Número 15 – agosto/setembro/outubro - 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA NOS CONSÓRCIOS E O CASO DAS CONCESSÕES

Prof. Carlos Ari Sundfeld
Professor Doutor da Faculdade e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e Coordenador de sua Especialização em Direito Administrativo. Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público.

Prof. Jacintho Arruda Câmara
Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da PUC/SP. Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP.

1. INTRODUÇÃO

Este breve estudo se destina a discutir se a previsão de responsabilidade solidária entre as empresas reunidas em consórcio para participar de licitação e execução de contrato (art. 33, V da Lei 8.666/93) é aplicável aos sócios de holding controladora de sociedade de propósito específico (SPE) constituída para assumir concessão de serviço público.

A questão posta a exame envolve, basicamente, a interpretação de dois dispositivos legais. O primeiro, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, diz respeito a uma condição fixada para a participação de empresas em consórcio na licitação e na execução de contratos administrativos (art. 33, V, da Lei 8.666/93). O outro se encontra na Lei Geral de Concessões e autoriza a Administração Pública (poder concedente) a exigir dos licitantes em consórcio que constituam empresa cujo propósito específico seja explorar a concessão (art. 20 da Lei 8.987/95).

Alguns analistas têm sustentado que a regra contida na Lei de Licitações e Contratos para disciplinar a participação de consórcios também seria aplicável aos sócios de empresa holding que controle sociedades de propósito específico

(SPE), constituídas com base na aplicação do art. 20 da Lei de Concessões. Outros entendem que não.

Para analisar a questão, procederemos, em primeiro lugar, a uma interpretação abstrata dos dispositivos legais em referência, buscando já neste momento uma resposta a respeito da aplicabilidade do dispositivo invocado da Lei 8.666/93 à situação concreta. Depois, abordaremos possíveis argumentos contrários à conclusão obtida.

2. OS CONSÓRCIOS NA LEI 8.666/93 E A REGRA CONTIDA NO SEU ART. 33, V.

A Lei 8.666/93 incorporou, como um de seus principais objetivos, o incremento à competitividade no processo licitatório. É neste contexto que se insere a admissão de empresas em consórcio para a participação em certames e, posteriormente, a execução de contratos.

É fácil compreender a lógica empregada pela legislação. Quanto maior o porte do contrato a ser firmado pela Administração, mais difícil seria a participação no processo licitatório de pequenas e médias empresas. Seja pela própria dificuldade de execução do contrato, seja em virtude das legítimas exigências que o objeto contratual propiciaria, a tendência natural das coisas seria a de que, em relação às grandes contratações realizadas pela Administração Pública, a participação isolada de empresas menores deixasse de ocorrer. Nessas contratações, portanto, a competitividade do certame estaria reduzida às empresas que apresentassem porte suficiente para isoladamente atender à demanda formulada.

Com a possibilidade de reunião de empresas, portanto, busca-se aumentar a competitividade da licitação. Várias empresas que, isoladamente, talvez não conseguissem atender às exigências decorrentes de uma determinada contratação pública, passam a ter essa perspectiva se reunidas em consórcio.

A admissão de consórcios de empresas, todavia, também poderia trazer uma conseqüência indesejável para a Administração Pública contratante. Deveras, ao invés de contratar uma única pessoa, que seria a responsável por toda a execução do contrato — e, antes disso, assumiria todas as conseqüências por seus atos praticados no cerne da licitação — a Administração passaria a firmar a mesma relação jurídica com diversos sujeitos.

Para que não houvesse prejuízo ao interesse público, representado pela redução de garantias em favor da Administração, ou mesmo pela ampliação do risco em relação à execução do contrato, a Lei 8.666/93 fixou uma série de regras com o intuito de disciplinar a participação de consórcios de empresas em licitações e contratações públicas.

Entre tais garantias figura a previsão de responsabilidade solidária entre os integrantes de consórcio. É o que dispõe o aludido art. 33, V. Confira-se:

Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.

> *Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:*
>
> *(...)*
>
> *V – responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.*

Ao prever que as empresas integrantes de consórcio serão solidariamente responsáveis, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato, a Lei busca evitar que a Administração enfrente um maior risco nessas situações do que naquelas em que há apenas participação de empresas isoladamente.

Deveras, havendo apenas participação individualizada de empresas, qualquer conduta indevida no curso do certame ou na execução contratual apresentaria claramente um responsável: a empresa licitante ou contratada. Além das garantias previamente exigidas (na licitação e no contrato), o patrimônio da própria empresa asseguraria eventual indenização. A empresa é, em suma, plenamente responsável por suas ações e omissões.

No consórcio, essa responsabilidade, em princípio, estaria dissipada entre as consorciadas. Não existiria uma empresa isolada a assumir as conseqüências inerentes à participação de certame e execução de contrato. Eventualmente, a execução de uma dada obrigação poderia conduzir a Administração a promover medidas administrativas ou judiciais em relação a mais de uma das empresas integrantes do consórcio, ou mesmo em relação a todas. Isto ocorre porque o consórcio, em si, não é dotado de personalidade jurídica.

Para evitar referida situação — em que haveria aumento do risco da Administração ou, quando menos, uma inegável perda de eficiência na execução de obrigações — a Lei instituiu a responsabilização solidária entre as empresas integrantes do consórcio. Em função disto, à semelhança do que ocorre nas situações de participação individualizada em licitação, a Administração poderá eleger um único sujeito passivo para cobrar o cumprimento de obrigações. Todas as consorciadas respondem igualmente por todas as obrigações assumidas pelo consórcio. Não haverá, com a solidariedade entre as empresas, ônus maior para a Administração Pública cobrar seus eventuais créditos.

Percebe-se, portanto, que a previsão de responsabilidade solidária entre as integrantes de consórcio está intimamente vinculada ao fato de não existir uma pessoa jurídica única assumindo a participação no certame e a execução do contrato. O consórcio é figura desprovida de personalidade jurídica. Desta forma, para evitar que a Administração tenha de cobrar de todos os integrantes o cumprimento de uma obrigação e que se envolva na disputa interna dos consorciados quanto ao papel de cada um na execução do objeto, a Lei instituiu a responsabilidade solidária entre eles. Essa providência legislativa autoriza a Administração (credora) a cobrar de qualquer das empresas, conforme sua conveniência.

Em suma, a responsabilidade solidária só existe porque, no modelo de consórcio de empresas, múltiplos sujeitos (e não uma pessoa jurídica isoladamente) assumem o papel de licitante ou contratado.

3. A CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO PARA ASSUMIR CONCESSÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 20 DA LEI 8.987/95.

A autorização legislativa para a Administração exigir a constituição de empresa nova (SPE), por parte das empresas consorciadas, antes da assinatura do contrato de concessão, também busca melhorar a eficiência da atuação estatal.

Neste caso, porém, as preocupações do legislador foram outras. Antes de explicá-las, vejamos o dispositivo da Lei de Concessões que prevê a citada regra:

Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

> *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.*

A referida medida constitui uma novidade em relação ao modelo aplicável aos contratos administrativos em geral (regidos pela Lei 8.666/93). Naqueles, a solução legislativa empregada, conforme visto no tópico anterior, se resume à aplicação da responsabilidade solidária entre as empresas integrantes do consórcio.

Para as concessões foi concebida alternativa a este regime. O art. 20 da Lei 8.987/95 autoriza o poder concedente a exigir (desde que já o faça no edital de licitação) que as empresas reunidas em consórcio criem uma nova empresa para assumir a concessão. Neste caso, ao invés de solucionar o "problema" da multiplicidade de sujeitos com a estipulação de responsabilidade solidária entre eles, a legislação autoriza a imposição de regra editalícia que exija a criação de pessoa jurídica autônoma para assumir o contrato.

As peculiaridades do contrato de concessão justificam esta previsão especial.

Nas concessões, o particular contratado assume encargo relacionado à prestação de serviço público, construção ou manutenção de obra e recebe, em contrapartida, o direito de explorar economicamente o empreendimento. Em função das altas somas de investimento que são exigidas, em geral os prazos contratuais são longos (em muitos casos a duração dos contratos é de 15, 20 anos, com possibilidade de renovação).

Durante todo este período, é função do poder concedente fiscalizar a execução do contrato, acompanhando, entre outros aspectos, a rotina econômico-financeira do empreendimento. Esse acompanhamento é imprescindível para a adequada gestão dos contratos de concessão, pois dele dependem decisões fundamentais sobre a matéria, tais como a fixação de tarifas e o pagamento de indenizações decorrentes de eventual extinção do contrato.

Diante disto, a Lei de Concessões autorizou a imposição, pelo poder concedente aos consórcios participantes de licitação, do dever de constituir nova empresa. Com isso, a Administração ganha um importante instrumento para tornar mais eficiente o acompanhamento dos contratos de concessão. Com esta solução, ademais, também desaparece o problema relacionado à responsabilidade contratual. A nova empresa, por óbvio, assume essa responsabilidade em nome próprio, como o faz qualquer outra que tenha participado isoladamente da licitação.

4. INAPLICABILIDADE DO ART. 33, V, AOS SÓCIOS DE SPE'S CONCESSIONÁRIAS OU DE HOLDING QUE AS CONTROLE.

Essa conclusão pode ser obtida com base na pura e simples leitura dos dispositivos em foco, uma vez que neles não se encontra qualquer menção à aplicabilidade de responsabilidade solidária a sócios de empresa concessionária.

Deveras, o art. 33, V, da Lei 8.666/93 impõe a responsabilidade solidária apenas e tão somente em relação a empresas integrantes de consórcio. Na mesma linha, o dispositivo da Lei 8.987/95 que disciplina a participação, na licitação para contratos de concessão, de empresas em consórcio, também só

cogita de responsabilidade solidária quando houver a assunção do contrato pelo próprio consórcio[1].

A solução é outra no caso de constituição de empresa autônoma pelas consorciadas. Nesta hipótese, não há qualquer previsão de responsabilidade solidária. O tratamento dos sócios desta empresa, que assumirá originariamente a concessão, é exatamente o mesmo dos sócios de qualquer outra concessionária que tenha participado isoladamente da licitação. Não há qualquer previsão legal expressa no sentido de criar um regime de responsabilidade especial para os sócios de tais empresas (as SPE's de que fala o art. 20 da Lei 8.987/95).

É fundamental perceber que a criação da SPE extingue o consórcio. Aquela substitui este, sucedendo-o. A partir daí **não há mais consorciadas,** e sim **sócios** de uma pessoa jurídica. Ora, o art. 33, V, da Lei 8.666/93 e o art. 19, § 2.º da Lei 8.987/95 impõem a solidariedade apenas **entre empresas consorciadas**, não entre a concessionária e seus sócios. Assim, não há base legal — nem há sentido lógico — em exigi-la nesse último caso.

Além da literalidade da Lei, é forçoso chegar a este resultado em virtude da própria finalidade de cada uma das medidas analisadas.

Como foi visto, a previsão de responsabilidade solidária entre empresas consorciadas atende a uma necessidade de segurança da Administração, na hipótese de celebração de contrato com organismo desprovido de personalidade jurídica (o consórcio). Todas as empresas são responsáveis solidariamente para que não haja discussão jurídica no momento de cobrar determinada obrigação. Com a solidariedade, todas as empresas consorciadas são indistintamente responsáveis.

Situação completamente distinta se obtém nos casos em que o edital de licitação exige que as empresas consorciadas criem nova empresa, antes da assinatura do contrato de concessão. Nesta hipótese surge nova figura, dotada de personalidade jurídica e de capacidade técnica e econômica própria: a SPE (Sociedade de Propósito Específico). A Administração (poder concedente) firmará contrato com uma só pessoa e não com um grupo delas. A criação da SPE, portanto, constitui, por si só, razão bastante para se afastar a aplicação da responsabilidade solidária das empresas anteriormente reunidas em consórcio, pois estas deixam de integrar a relação jurídica, substituídas que foram pela nova entidade.

A nova empresa — tal como qualquer outra que tenha participado isoladamente da licitação — assumirá todas as responsabilidades oriundas do contrato de concessão. A pessoa jurídica que celebra o contrato de concessão (concessionária), seja ela SPE ou não, assume exclusivamente a responsabilidade dele decorrente. Não há, por óbvio, incidência de

[1] É o que dispõe o art. 19, § 2.º da Lei 8.987/95. Veja-se: "Art. 19. (...) § 2.º A empresa líder do consórcio é a responsável perante o poder concedente pelo cumprimento do contrato de concessão, **sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas**."

responsabilidade solidária entre a concessionária e seus sócios. A responsabilidade que cada sócio assumirá será apenas aquela decorrente da própria relação de caráter societário que mantenha com a empresa.

A interpretação que busca estender a responsabilidade das empresas concessionárias para suas novas sócias apresenta como justificativa, possivelmente, a tentativa de preservar as salvaguardas da Administração Pública. Apesar de ser esta uma finalidade inegavelmente relevante, há de se constatar que ela não seria perfeitamente atingida com a medida proposta. Vale dizer, a previsão de responsabilidade solidária para empresa que venha a integrar o grupo de controle de concessionária em nada alteraria a situação juridicamente já constituída, desde a licitação. Ao contrário, a solução traria como conseqüência a imposição de gravame maior ao novo sócio do que aquele suportado pelos acionistas originais.

É fácil demonstrar por que. A Lei de Concessões somente impõe a assunção de responsabilidade solidária, entre as empresas integrantes de consórcio, nas hipóteses em que o próprio consórcio vier a assumir a concessão. É o que dispõe o art. 19, § 2.º, da Lei 8.987/95. Confira-se:

> *Art. 19. (...)*
>
> *§ 2.º A empresa líder do consórcio é a responsável perante o poder concedente pelo cumprimento do contrato de concessão, **sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas**.*

Se houver constituição de empresa com propósito específico, nos moldes fixados no art. 20 da mesma Lei, não há, como se viu anteriormente, qualquer imposição de solidariedade entre as empresas sócias. A imposição de responsabilidade solidária a empresas que venham a integrar o controle da concessionária, portanto, seria um ônus maior do que o existente para as empresas anteriormente consorciadas que, nesta condição, participaram da licitação e constituíram a SPE.

Ademais, a Lei 8.987/95 tomou suas próprias medidas no sentido de proteger os interesses do poder concedente e dos usuários. E o fez de maneira clara e expressa. As mais importantes estão arroladas no seu art. 27, parágrafo único. São elas: I – atendimento, por parte da nova empresa, das exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessária à assunção do serviço; e II – comprometimento desta nova empresa a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

Além disso, importante garantia ao poder concedente é obtida por intermédio da exigência de contratação de seguros por parte da concessionária. Trata-se de garantia de caráter objetivo, que protege a Administração e os usuários contra uma série de infortúnios ou prejuízos que eventualmente a

execução do contrato possa propiciar. No caso em tela, foram exigidos desde seguros para cobrir acidentes com terceiros, até hipóteses de inadimplemento contratual por parte da concessionária[2]. Independentemente do comprometimento do patrimônio da concessionária, ou mesmo da cogitada responsabilização solidária de seus sócios, a legislação e, especialmente, os contratos em exame, contêm garantias suficientes para resguardar os interesses da Administração, bem como dos usuários.

A preservação de interesses do poder concedente, portanto, não serve de fundamento fático para justificar a adoção da medida proposta. Concretamente, a legislação e o contrato prevêem outras medidas para atender, de modo até mais eficiente, a este mesmo objetivo.

5. CONCLUSÃO

Em vista do exposto, chegamos a uma conclusão quanto ao problema que motivou estas notas, o de saber se a previsão de responsabilidade solidária entre as empresas reunidas em consórcio para participar de licitação e execução de contrato (art. 33, V da Lei 8.666/93) é ou não aplicável aos sócios de holding controladora de sociedade de propósito específico constituída para assumir concessão.

Nosso entendimento é de que a responsabilidade solidária é inaplicável, nesse caso. A Lei 8.666/93 estabeleceu a responsabilidade solidária para o caso específico de participação em licitação e assinatura de contrato que ocorresse com empresas reunidas em consórcio. Mas a Lei não estendeu esse regime jurídico para as situações em que o consórcio participante da licitação é obrigado a constituir Sociedade de Propósito Específico para assumir a concessão. Nelas, a responsabilidade solidária deixa de incidir em virtude da extinção do consórcio e da constituição da nova empresa, que assumirá, em nome próprio e

[2] Confira-se, como exemplo, a previsão contida no item 158 do Contrato de Concessão da Rodovia BR-116/RJ/SP (Dutra): "158. A concessionária fará e manterá em vigor os seguintes seguros: a) Seguro de danos materiais ('Material Damage Insurance') cobrindo a perda, destruição ou dano em ou de todos os bens que integram a concessão, devendo este seguro fornecer a cobertura que, tanto quanto aplicável e de acordo com as praxes comerciais, inclui: (i) Seguro de todos os riscos de construção ('Constrution All Risks Insurance'); (ii) Seguro de maquinaria e equipamento de obra ('Construction Plan and Equipament Insurance'); (iii) Seguro de danos patrimoniais ('Property Insurance'); (iv) Seguro de avaria de máquinas ('Machinery Breakdown Insurance'); b) Seguro de lucros cessantes ('Consequencial Loss Insurance'), cobrindo as conseqüências financeiras do atraso no início da cobrança do pedágio e da interrupção da explora da RODOVIA, sempre que esse atraso ou interrupção sejam resultantes de perdas, destruições ou danos cobertos pelos seguros de danos materiais previstos na letra anterior; c) Seguro de responsabilidade civil ('Legal Liabilly Insurance'), cobrindo a concessionária e o DNER pelos montantes que possam ser responsabilizados a título de danos, indenizações, custas processuais e outros em relação a morte ou lesão de pessoas e bens resultantes do desenvolvimento das atividades pertinentes à concessão; d) Seguro de acidente de trabalho ('Workmen's Conmpensation Insurance', de acordo com as leis aplicáveis, a todos os trabalhadores."

exclusivamente, toda a responsabilidade decorrente da execução do contrato de concessão.

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:

SUNDFELD, Carlos Ari, CÂMARA, Jacintho Arruda. A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA NOS CONSÓRCIOS E O CASO DAS CONCESSÕES. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 15, agosto/setembro/outubro, 2008. 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:

Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Ano 2, n. 07, out./dez. 2004. Belo Horizonte: Fórum, 2003. Trimestral. ISSN: 1678-7072. 1 – Direito Público – I. Fórum. CDD: 342. CDU: 34.