Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

IDPB
Instituto de Direito Público da Bahia

R e DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 3 – agosto/setembro/outubro de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil

OS CONSÓRCIOS EMPRESARIAIS E AS LICITAÇÕES PÚBLICAS (considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/93)

Prof. Egon Bockmann Moreira

Mestre e Doutor em Direito do Estado pela UFPR Pós-Graduado em Regulação Pública pela aculdade de Direito da Universidade de Coimbra Advogado e Consultor em Curitiba.

Sumário: 1. Introdução. 2. O conceito de consórcio. 3. Os consórcios e a Lei de Licitações. 4. A possibilidade da participação através de consórcios: interpretação restrita. 5. O termo de compromisso de constituição do consórcio. 6. Forma societária dos consorciados. 7. Consórcios "homogêneos" e consórcios "heterogêneos". 8. A "empresa líder" do consórcio. 9. Consórcio entre empresas brasileiras e estrangeiras: a liderança. 10. Legitimidade do consórcio em Juízo: a capacidade de ser parte. 11. Qualificação técnica e econômico-financeira do consórcio. 12. A licitação, os consórcios e empresas do mesmo grupo econômico. 12.1 Consórcio entre empresas de um mesmo grupo econômico: o caso das *holdings* e controladas. 12.2 Consórcio entre empresas de um mesmo grupo econômico: o caso das coligadas. 12.3 Consórcio entre empresas de um mesmo grupo econômico e a licitação "por lotes". 13. Responsabilidade solidária dos consorciados. 14. Constituição e registro do consórcio prévios à assinatura do contrato. 15. Ressalva final: os consórcios e o risco da cartelização.

1. INTRODUÇÃO

Já há muito tempo a doutrina do Direito Administrativo discorre acerca do fenômeno apelidado de "fuga" para o Direito Privado.[1] Esse acontecimento envolveria uma atenuação dos limites (normativos, estruturais, orgânicos etc.) da Administração Pública, com o fito de conferir maior agilidade e flexibilidade à tutela do interesse público. Isso porque as fronteiras ortodoxas do Direito

[1] A expressão remonta a FRITZ FLEINER, ao descrever a intensificação da atividade econômica do Estado alemão depois da I Guerra Mundial: "Esta huída del Estado y el Municipio al Derecho privado lleva consigo la reglamentación del aprovechamiento según este Derecho" (Instituciones de Derecho Administrativo, Trad. SABINO A. GENDIN. Barcelona: Ed. Labor, 1933, p. 263). Aprofundar em ALMIRO DO COUTO E SILVA (Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas, in CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (coord.), Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba, vol. 2. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 74 ss.) e MARIA JOÃO ESTORNINHO (A fuga para o Direito Privado. Coimbra: Almedina, 1999).

Público não permitiriam um desempenho eficiente da ampla gama de tarefas sócio-econômicas atribuídas ao Estado-Administração.

Essa escapadela normativa tem lugar tanto na criação de pessoas empresariais da Administração indireta (sociedades de economia mista e empresas públicas), como na própria privatização *lato sensu*, passando pelo acolhimento e prestígio a modelos empresariais desenvolvidos pelos empresários privados, quando da celebração de contratos administrativos. Esta terceira hipótese dá-se não só através da celebração de contratos administrativos outrora típicos do direito privado (franquia e terceirizações, p. ex.), mas mediante a interação contratual com figuras societárias *sui generis*, como é o caso do consórcio empresarial.

Mas frise-se a ressalva de que permanece íntegra a racionalidade da *res publica* a orientar a atividade administrativa do Estado. As mudanças funcionais (e mesmo estruturais) não têm o condão de macular tal compreensão. Devem estar presentes as exigências consolidadas ao longo do tempo para a administração da coisa pública, no sentido de se firmar um paradigma ótimo da ação estatal em benefício do cidadão.

Logo, tais instrumentos de Direito Privado devem ser concebidos como *subordinados* ao regime de Direito Público (quando menos à respectiva *rationale*), o qual incide com força de *norma especial*, a disciplinar de forma específica e peculiar a interação daquilo que foi desenvolvido pelos particulares ao interno das suas relações mercantis.

O consórcio é uma dessas formas societárias peculiares desenvolvidas pelo Direito Mercantil e acolhidas pelo Direito Administrativo com ressalvas e uma específica compreensão. Isso porque o consórcio envolve uma associação entre empresas, disciplinada em lei, porém despojada das características próprias das pessoas jurídicas (vez que pessoa jurídica não é).

Interessa ao presente estudo as previsões da Lei de Licitações (art. 33) e da Lei de Concessões (art. 20), as quais permitem que consórcios participem de licitações e depois firmem contratos administrativos. A fim de aprofundar o tema, este ensaio pretende integrar a compreensão de Direito Privado do consórcio ao regime jurídico de Direito Público das Leis de Licitação e de Concessões.

2. O CONCEITO DE CONSÓRCIO

O consórcio é o modo de organização empresarial disciplinado pelo art. 278 e ss. da Lei 6.404/76 (Lei de Sociedades Anônimas). Trata-se de uma integração horizontal entre empresas, a estabelecer uma relação de coordenação de interesses autônomos, visando a um fim específico e comum. Não envolve a constituição de uma pessoa jurídica distinta dos consorciados (o consórcio não tem personalidade jurídica). Destina-se a um objetivo certo e dirigido, na busca de benefícios individuais às pessoas que o constituem.

No consórcio, como a origem etimológica do nome dá a entender (*consortium*, participação e comunhão de várias pessoas numa *mesma sorte*), os consorciados e suas vontades estão num primeiro plano. Melhor dizendo: *todos* os consorciados estão num primeiro plano. A essência do instituto está na autonomia recíproca daqueles que se associam e compartilham de um mesmo objetivo empresarial (sem que isso implique qualquer desprezo ao patrimônio e aos custos envolvidos).

Através do contrato de consórcio (também conhecido por *contrato consorcial* ou *ato consorcial*), determinado número de pessoas formaliza uma associação de interesses, visando a criar obrigações recíprocas e específicas condições que possibilitem o atingir de determinada finalidade empresarial comum (que provavelmente não seria alcançada através da capacidade individual de cada uma delas – seja por motivos de ordem técnica, seja devido a razões econômico-financeiras).

Não há subordinação entre as empresas que constituem o consórcio, mas conjugação de esforços e cooperação administrativa. O contrato de consórcio deve estabelecer uma forma específica quanto às deliberações coletivas (*quorum*, distribuição de receitas, aporte de investimentos, atribuições, administração etc.) – mas isso não significa a definição de uma hierarquia entre as empresas componentes. O que se dá é a definição do modo de operar o empreendimento consorcial.

Segundo o conceito de MODESTO CARVALHOSA, o consórcio constitui "uma *comunhão de interesses e de atividades* que atende a específicos objetivos empresariais, que se originam nas sociedades consorciadas e delas se destacam".[2] Na pena de WALDÍRIO BULGARELLI, consórcio é a "união de empresas para determinados fins, conservando cada uma a sua personalidade jurídica e autonomia patrimonial".[3]

3. OS CONSÓRCIOS E A LEI DE LICITAÇÕES

A fim de incrementar a competitividade, o art. 33 da Lei de Licitações permite que o edital admita a oferta de propostas através de consórcios. Assim, torna-se possível que empresas diversas, detentoras de atributos específicos, conjuguem interesses e formulem uma proposta unitária para a Administração.

Os consórcios que participam de licitações são, na classificação de CARVALHOSA, *consórcios instrumentais*: o objetivo de sua constituição é o de "habilitar as consorciadas – com a soma de seus recursos e aptidões – a contratarem com terceiros serviços e obras".[4] É o meio através do qual as

[2] MODESTO CARVALHOSA, Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 4º vol., t. II. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 386.

[3] WALDÍRIO BULGARELLI, Manual das sociedades anônimas. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1984. p.266.

[4] Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 4º vol., t. II, cit., p. 386.

empresas potencializam reciprocamente os seus atributos, somando esforços a fim de atingir o objetivo comum (a contratação administrativa e a execução da obra, serviços ou mesmo a concessão de serviço público).

Com definiu CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, é uma "associação de empresas que conjugam recursos humanos, técnicos e materiais para a execução do objeto a ser licitado. Tem lugar quando o vulto, complexidade ou custo do empreendimento supera ou seria dificultoso para as pessoas isoladamente consideradas".[5]

Em vista a crescente complexidade das licitações (em especial aquelas que envolvem concessões), tem sido usual nos editais a possibilidade da associação consorcial. Porém, fato é que a participação em licitações através de consórcios permanece a suscitar dúvidas. Algumas delas serão examinadas a seguir.

4. A POSSIBILIDADE DA PARTICIPAÇÃO ATRAVÉS DE CONSÓRCIOS: INTERPRETAÇÃO RESTRITA

O *caput* do art. 33 é claro ao estabelecer o caráter condicional da participação de consórcios: "*Quando permitida* na licitação a participação de empresas em consórcio...". Isto é, apenas ao se implementar o antecedente necessário previsto na norma (a permissão) será possível apresentação da proposta através de um consórcio. Condição que se revelará no ato convocatório: o edital tem que autorizar expressamente a constituição de consórcios específicos para o objeto licitado.

A autorização para a participação de consórcio reveste-se de natureza discricionária: cabe à Administração, em vista das peculiaridades do certame, decidir acerca da matéria. O que se dará, por óbvio, no momento interno da criação e definição do edital. CARLOS ARI SUNDFELD[6] e MARÇAL JUSTEN FILHO[7] alertam para casos nos quais, tendo em vista o prestígio à competitividade, torna-se necessária a autorização. Ou seja, os característicos do certame (técnicos ou financeiros) podem impor a participação via consórcios. Caso contrário, frustrar-se-ia o objetivo primaz do certame.

Na medida em que é imprescindível que a participação de empresas em consórcio seja literalmente prevista no edital, não é preciso que a negativa venha expressa no ato convocatório. Basta que o edital silencie a respeito dessa hipótese e omita-se no que diz respeito à exigência do inc. II do art. 33 (indicação da empresa líder e condições de liderança fixadas no edital). Mesmo

[5] Curso de Direito Administrativo. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 545/546.

[6] Licitação e Contrato Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 131.

[7] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 354.

porque o edital deve, obrigatoriamente, discriminar as condições de liderança dos consórcios: caso não o faça, é nula a previsão.

Caso a Administração admitisse a participação em certames através de consórcio de empresas sem previsão expressa no edital, haveria uma discriminação, restritiva à competitividade, e uma violação à isonomia. Isto é, apenas algumas empresas formariam, *sponte propria*, os respectivos consórcios (assumindo o risco por eventual indeferimento). As demais, que da leitura do edital concluíssem pela impossibilidade devido à ausência de autorização administrativa, veriam suprimidas alternativas empresariais e correspondentes vantagens na competição.

Porém, é importante ressaltar que tal compreensão não é pacífica. Em sentido contrário, CARLOS PINTO COELHO MOTTA (com lastro na doutrina de ELIANA LEÃO) reputa que "entendimento defensável é o de que o *silêncio* do edital quanto à admissibilidade de consórcio *não pode ser entendido como vedação ou impedimento*".[8] Segundo os autores, haveria a necessidade de proibição expressa vedando a participação através de consórcios.

De qualquer forma, a ausência poderia ser transposta através de esclarecimentos ao edital? Isto é, caso o edital seja omisso e o interessado formule um pedido relativo à participação de consórcios, a Administração poderia agregar tal condição ao certame? Tal nos parece possível apenas se for republicado o edital e reabertos todos os prazos. O permissivo do art. 40, inc. VIII, deve ser compreendido em consonância ao art. 21, § 4º: qualquer modificação no edital exige a sua republicação, "exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas".[9] A toda evidência, a possibilidade (ou não) da participação de consórcios afeta a formulação das propostas. Logo, a republicação é imperiosa.

5. O TERMO DE COMPROMISSO DE CONSTITUIÇÃO DO CONSÓRCIO

O inc. I do art. 33 permite a participação na licitação através da comprovação do *termo de compromisso de consórcio*. Trata-se de acordo formal lavrado em instrumento público ou privado, através do qual as empresas signatárias obrigam-se reciprocamente (e perante a Administração, uma vez apresentado o termo na licitação) a, caso sagrada vencedora a respectiva proposta, constituir o consórcio nos termos ali estabelecidos. É um contrato preliminar, uma promessa de constituição e registro futuros de um consórcio, caso a proposta seja adjudicada. As empresas signatárias assumem a condição de *promitente-consorciadas*.

A subscrição do termo de compromisso deverá ser realizada pelo diretor da respectiva empresa (ou sócio-gerente), detentor de poderes específicos

[8] Eficácia nas Licitações e Contratos. 9ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 315.

[9] V. o nosso O Edital e os 'esclarecimentos relativos à licitação' (Lei 8.666/1993, art. 40, inc. VIII). RTDP 32/101-106. São Paulo: Malheiros, 2000.

quanto à prática desse ato. No caso das sociedades anônimas, a Lei 6.404/76 exige que o ato seja praticado através do "órgão competente para autorizar a alienação de bens do ativo permanente" (art. 279, *caput*). Nas demais espécies societárias, a análise dependerá da previsão do respectivo contrato social. Por isso que a proposta deverá ser acompanhada do respectivo "ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor" (Lei 8.666/93, art. 28, II) de todas as empresas participantes, no qual conste a definição da pessoa (órgão) competente para a prática do ato consorcial.

O termo de compromisso é documento que deverá acompanhar a proposta e ser submetido ao conhecimento dos demais licitantes. Não é, nem pode ser, uma peça sigilosa.

Além disso, o termo não poderá ser singelo documento de promessa, despido das regras básicas que conformarão o futuro consórcio. Quando menos, deverá prever: o nome do consórcio; as empresas participantes e a respectiva "empresa líder"; a licitação que lhe deu origem; a duração e o endereço do consórcio; as obrigações e responsabilidades a serem assumidas pelo futuro consórcio (e as relativas a cada uma das consorciadas); a forma de administração do consórcio, bem de repartição das futuras despesas e resultados; a representatividade social de cada uma das empresas consorciadas e o modo de deliberação dos interesses comuns (Lei 6.404/76, art. 279).

Nesse sentido, há previsão expressa no art. 462 do Código Civil.[10] Há de ser observada não apenas a indicação da empresa líder, mas também os requisitos do art. 279 da Lei 6.404/76 e o art. 32 da Lei 8.934/94.

6. FORMA SOCIETÁRIA DOS CONSORCIADOS

A Lei de Licitações e a Lei de Sociedades Anônimas não restringem a constituição de consórcios para empresas com determinada forma societária. Qualquer que seja a respectiva natureza jurídica, elas podem integrar-se reciprocamente numa associação consorcial (sociedades limitadas, sociedades anônimas, empresas públicas, sociedades de economia mista, sociedades em comandita etc.).

CARLOS ARI SUNDFELD vai além e sustenta a viabilidade de o consórcio ser constituído entre pessoas físicas, pois, apesar de o art. 33 mencionar "apenas o consórcio de empresas", "isso não descarta o consórcio de pessoas físicas, quando o objeto o admita, como nos concursos".[11] Segundo

[10] "Art. 462. O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado".

[11] Licitação e Contrato Administrativo, cit., p. 131, nota nº 43.

CARVALHOSA, a peculiaridade residiria em que "tais consórcios serão de *natureza civil*, pelo caráter eminentemente profissional de que se revestem".[12]

Porém, CARVALHOSA reputa que "poderá o Poder Público, em caso de licitação, exigir que todas as consorciadas, para se matricularem no certame, revistam a forma anônima".[13] Com a devida *venia*, divergimos dessa compreensão: a exigência, sobre ser restritiva à competitividade e não ter fundamento normativo adequado, careceria de razoabilidade. Qual o motivo de fato que autorizaria a Administração a restringir de forma tão radical a competitividade num certame? Por que apenas sociedades anônimas? Por que excluir a participação de todas as demais empresas interessadas, com lastro unicamente na forma societária adotada? Haveria agressão ao art. 37, XXI, da Constituição, e 3º, da Lei de Licitações: a previsão limitadora seria nula.

O consórcio formado entre sociedades de economia mista ou empresas públicas e outras empresas privadas tende a gerar uma nova ordem de reflexões. Isso porque as empresas estatais devem obediência à Lei de Licitações (ou ao respectivo ato normativo interno), a fim de associar-se com terceiros. Mais do que isso: haveria uma potencial futura contratação. Constatação que se agrava se cogitarmos de concessões públicas, cuja lei autoriza o edital a exigir a constituição de uma sociedade específica (o que deflagraria os efeitos do art. 37, inc. XX, da Constituição).

7. CONSÓRCIOS "HOMOGÊNEOS" E CONSÓRCIOS "HETEROGÊNEOS"

MARÇAL JUSTEN FILHO elaborou uma classificação que visa a aclarar a ampliação dos limites de composição dos consórcios. Na medida em que as licitações podem reportar-se a exigências complexas, que envolvam capacidade técnica unida a aportes significativos de recursos e peculiaridades logístico-operacionais diferenciadas, é possível que os consórcios sejam constituídos por empresas de setores econômicos e empresariais diversos entre si.

Ou seja, não é necessário que todos os componentes de um consórcio façam parte de uma mesma categoria empresarial, nem que tenham objeto empresarial idêntico (ou sequer semelhante). Trata-se da distinção entre "consórcios homogêneos" e "consórcios heterogêneos": "A diferença não consta do direito posto, mas é útil para compreender melhor a função dos consórcios. Em alguns casos, os consórcios reúnem empresas de objeto similar, que se associam para conjugação de recursos ou experiências equivalentes – homogêneas. Já em outras hipóteses, cada empresa atua em

[12] Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 4º vol., t. II, cit., p. 403.

[13] Idem, p. 403.

determinado segmento de atividade e o consorciamento objetiva propiciar a união de qualificações distintas e inconfundíveis – heterogêneas".[14]

A previsão quanto à forma de composição dos consórcios não precisa estar prevista no edital. Se estiver, só será válida caso diga o óbvio, admitindo a participação dos consórcios homogêneos e dos heterogêneos. Contudo, se autorizar apenas a formação de consórcios homogêneos, será nula: a uma, porque não há previsão legal que autorize tal discriminação; a duas, porque a liberdade empresarial não poderia ser coarctada através de ato administrativo dessa ordem (que operaria em violação ao art. 1º, inc. IV, e 170 da Constituição).

8. A "EMPRESA LÍDER" DO CONSÓRCIO

O inc. II do art. 33 fala em "empresa responsável" pelo consórcio e respectivas "condições de liderança", enquanto que o § 1º do mesmo artigo trata da "liderança" do consórcio. Porém, do que se trata essa "liderança" e quais os poderes e deveres da "empresa líder"?

A previsão não diz respeito à necessidade de ser estabelecida uma relação de subordinação entre as empresas consorciadas – o que seria antagônico à própria *ratio* dos consórcios. Nem "liderança" nem a "responsabilidade" dizem respeito à definição de um controle interno ao consórcio. A norma vale-se dos termos no sentido de *representação* do consórcio frente à Administração.

A exigência relaciona-se com a previsão do art. 279 da Lei 6.404/76, significando uma "personalidade judicial e negocial, que se expressa pela existência de uma representação e de uma administração, com capacidade negocial e processual, ativa e passiva".[15] À empresa líder é outorgado um mandato por todas as consorciadas, com específicos poderes de administração e representação do consórcio perante terceiros. O *consórcio* (e não as empresas consorciadas) é representado pela empresa líder.

Ou seja, a Lei de Licitações exige que os consorciados indiquem qual pessoa representará o grupo frente ao órgão licitante, bem como frente a terceiros (e mesmo frente ao Judiciário). Na medida em que é da essência dos consórcios a ausência de personalidade jurídica, não se poderia cogitar de uma solução que dificultasse a interação administrativa com os licitantes. A previsão do art. 33, inc. II e § 1º, dirige-se à definição de quem será a pessoa responsável pelo contacto formal do consórcio com a Administração e com os demais licitantes.

---

[14] Comentários à lei de licitações e Contratos Administrativos, cit., p. 354.

[15] MODESTO CARVALHOSA, Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 4º vol., t. II, cit., p. 385.

A Lei de Licitações prevê, ainda, que as "condições de liderança" deverão ser expressamente fixadas no edital. Assim, se e quando o edital permitir a participação através de consórcio, deverá prever com minúcias quais os direitos, deveres e atribuições que deverão ser concentrados na e exigidos da empresa líder. Trata-se de exigência legal que se irradia inclusive quanto à validade da respectiva cláusula do edital.

Mas é importante a ressalva de que se trata de condições administrativas, negociais e processuais. Não é possível ao edital criar exigências suplementares ou exclusivas para a empresa líder do consórcio. Não é viável que o edital fixe o dever de ser estabelecida uma relação de subordinação interna ao consórcio, nem é juridicamente válido que o edital limite o exercício da liderança a empresas com qualificações extraordinárias.

Na medida em que o consórcio é uma relação horizontal, sem hierarquia ou ascendência, e na medida em que as pessoas dele integrantes aportam qualidades autônomas e específicas a fim de serem conjugadas e apreciadas em conjunto, não pode o edital fixar deveres ou atributos (técnicos ou financeiros) extraordinários a serem preenchidos com exclusividade pela empresa líder. Exigências dessa ordem desvirtuariam a razão de ser do próprio art. 33 da Lei de Licitações e revestir-se-iam de nulidade.

9. CONSÓRCIO ENTRE EMPRESAS BRASILEIRAS E ESTRANGEIRAS: A LIDERANÇA

O § 1º do art. 33 prevê que, na hipótese de haver um consórcio constituído por empresas brasileiras e estrangeiras, será obrigatória que a liderança seja outorgada e exercida por uma empresa brasileira.

MARÇAL JUSTEN FILHO reputa inconstitucional tal exigência, pois violaria o princípio da livre empresa e a respectiva liberdade comercial. A regra teria criado uma exigência incompatível não só com a liberdade de empresa celebrada constitucionalmente (arts. 1º, inc. IV, e 170), mas igualmente ofensiva ao espírito da Lei de Licitações. "Afinal, se a Administração é autorizada a contratar com empresa estrangeira, nas licitações internacionais, não há fundamento para vedar-se de modo absoluto a liderança de empresas estrangeiras em hipóteses de contratação de consórcios".[16]

Outros autores reputam que essa previsão foi derrogada pela extinção dos privilégios para a empresa brasileira, derivada da supressão do art. 171 da Constituição através da Emenda nº 6/95.[17]

---

[16] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, cit., p. 355.

[17] HELY LOPES MEIRELLES, Licitação e Contrato Administrativo. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 85, nota 19, e JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR, Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 393.

10. LEGITIMIDADE DO CONSÓRCIO EM JUÍZO: A CAPACIDADE DE SER PARTE

O art. 12 do Código de Processo Civil disciplina o "comparecimento em juízo das pessoas jurídicas e dos grupos de pessoas ou massas de bens que, embora sem personalidade jurídica, estão equiparadas às pessoas jurídicas".[18] E o inc. VII desse dispositivo prevê que "as sociedades sem personalidade jurídica" serão representadas em juízo (ativa e passivamente) "pela pessoa a quem couber a administração de seus bens".

Ou seja, e na doutrina de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, a lei "confere mera *personalidade judicial* a alguns outros entes que, sem serem pessoas físicas ou jurídicas em sentido integral, são admitidas no processo como parte".[19]

Frise-se que o CPC não disciplina apenas a legitimidade processual das sociedades irregulares e/ou a daquelas de fato. A legislação processual refere-se apenas a "sociedades sem personalidade jurídica", sem nenhum qualificativo. Ora, uma vez constituído e devidamente registrado na respectiva Junta Comercial, o consórcio torna-se "de direito" (não de fato) e "regular" (não é irregular). Mesmo o contrato preliminar consubstanciado no termo de constituição "juridiciza" o consórcio. Não é uma "sociedade" (mas sim um "consórcio") e, por disposição legal expressa, é constituído sem personalidade jurídica. Existe juridicamente de forma regular e pode interagir em processos judiciais, pois se encontra albergado pela previsão do art. 12, inc. VII, do CPC.

Na lição de CARVALHOSA: "o consórcio tem legitimidade ativa e passiva, podendo acionar e ser acionado. O pressuposto é que o consórcio representa em juízo as empresas que o constituem, naquilo que é objeto do respectivo contrato associativo".[20]

A representação do consórcio é atribuída, por força do próprio termo de compromisso ou instrumento constitutivo (Cód. Civil, art. 462, Lei 6.404/76, art. 279, inc. IV, c/c Lei 8.666/93, art. 33, inc. II), à empresa líder. É razoável que a indicação da empresa líder seja acompanhada de cláusula que outorgue com clareza os termos do mandato atribuído ao representante do consórcio (o que pode vir previsto desde o edital, quando da definição das "condições de liderança").

---

[18] HÉLIO TORNAGHI, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, 2ª ed. São Paulo: RT, 1976, p. 123.

[19] Instituições de direito processual civil, vol. II. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 281.

[20] Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 4º vol., t. II, cit., p. 405.

11. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA E ECONÔMICO-FINANCEIRA DO CONSÓRCIO

O inc. III do art. 33 autoriza, para efeitos de qualificação técnica, "o somatório dos quantitativos de cada consorciado" e, no que diz respeito à qualificação econômico-financeira, "o somatório dos valores de cada consorciado". Aliás, esse preceito está na razão de ser do consórcio: a adição dos quantitativos permite que as empresas unam esforços em torno de um objetivo comum – agregando reciprocamente os respectivos atributos pessoais.

Na qualificação técnica os atestados individuais assumem valor absoluto: a qualificação do consórcio advirá da soma simples dos atestados de cada um dos consorciados (independentemente da sua cota de participação). O que deve ser compreendido de forma ponderada, nos exatos limites da razão de ser da exigência (e da autorização ao somatório). Não se pode imaginar que a soma de muitos atestados de pequenas obras resulte numa capacidade técnico-operacional equivalente à capacidade de execução de uma obra grandiosa. A soma de muitas piscinas jamais resultaria numa hidrelétrica.

Já a qualificação econômico-financeira exige que o somatório tenha por base os valores de cada um dos consorciados, considerados de forma proporcional à respectiva participação no consórcio. Não envolve uma soma simples, mas guardadas as proporções expressamente definidas no ato consorcial (ou termo de compromisso). A lei refere-se a "somatório dos valores", expressão que remete ao conceito de quantidade monetária (ou outra determinação quantitativa) consignada numericamente nos documentos requeridos pelo art. 31 da Lei.

Apenas no caso da qualificação econômico-financeira a Lei 8.666/93 autoriza que a Administração exija, "para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual" (art. 33, inc. III). Isto é, o edital poderá estabelecer que o *consórcio* como um todo represente, na média ponderada da participação dos respectivos componentes, acréscimo nos valores relativos à qualificação econômico-financeira de *até 30%* daquilo exigido para cada um dos licitantes individuais. Ao se referir a "valores exigidos", a Lei limita a possibilidade da imposição ao somatório dos índices e números oriundos da qualificação econômico-financeira. O que se pretende é atenuar o risco da Administração quando da contratação de consórcios formados por pessoas que porventura não apresentem os índices adequados para, individualmente, executar o contrato (apesar da regra da solidariedade).

Em sentido contrário, MARÇAL JUSTEN FILHO reputa que a autorização do acréscimo se aplica a ambas as qualificações: técnica e econômico-financeira.[21]

[21] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, cit., p. 355.

Note-se que o acréscimo é proibido nos casos de consórcios formados, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas (a Lei 9.317/96 define as microempresas e empresas de pequeno porte, para fins fiscais).

Além disso, e uma vez que os participantes do consórcio mantêm a respectiva personalidade jurídica, é necessária a apresentação de todos os demais documentos ordinários pertinentes à habilitação, previstos no art. 27 e ss. da Lei 8.666/93.

Por fim, uma pequena ressalva: a Lei utiliza o termo "admitindo-se", quanto aos somatórios. Isso poderia significar que o edital estaria autorizado a suprimi-los? Não nos parece possível essa leitura. Trata-se antes de uma prerrogativa atribuída aos licitantes. A Lei diz que os consórcios devem ser aceitos contemplando a possibilidade da soma dos quantitativos de cada consorciado, observadas as peculiaridades quanto à qualificação técnica e aquelas quanto à qualificação econômico-financeira. Essa é a regra que deve ser obedecida pelos atos convocatórios.

12. A LICITAÇÃO, OS CONSÓRCIOS E EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO

A Lei proíbe a participação de uma empresa consorciada, "na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente" (art. 33, inc. IV). Por óbvio, incertezas não há quanto à hipótese literal da previsão: uma empresa a concorrer consigo mesma, apresentando duas (ou mais) propostas – quer compondo mais de um consórcio, quer sozinha e num consórcio.

Nesse caso, haveria uma clara violação à competitividade. Se uma determinada empresa tem o interesse (e a capacidade) de apresentar duas propostas, sozinha e/ou em mais de uma associação (unindo-se a empresários diversos), a sua intenção somente pode ser a de frustrar a formulação de propostas mais vantajosas para a Administração – neutralizando a concorrência. Os custos de transação envolvidos na constituição de mais de um consórcio e na formulação de mais de uma proposta afastam razoabilidade à competição consigo mesmo (ainda que indireta).

Porém, a proibição tem outros desdobramentos. Isso porque a organização empresarial em grupos econômicos envolve várias alternativas, dentre as quais avultam de importância para as licitações as *holdings* e as sociedades coligadas.

12.1 CONSÓRCIO ENTRE EMPRESAS DE UM MESMO GRUPO ECONÔMICO: O CASO DAS HOLDINGS E CONTROLADAS

A *holding* é a forma de organização do poder de controle empresarial através de um instrumento legal que permite a constituição de uma pessoa externa (a controladora) à controlada. Em termos simplistas, é a organização

vertical do controle de várias empresas numa só. O que pode se desdobrar no processo qualificado por BERLE e MEANS como "*pyramiding*": ser controlador de uma empresa que, ao seu tempo, controla uma outra, que controlará outra – num processo que pode ser repetido por muitas vezes, criando uma estrutura empresarial ampla e complexa.[22] Segundo os autores, nas *holdings* o controle das subsidiárias, sobre ser absoluto, é objeto de informações escassas – "até a informação descoberta pode vir a ser tão cega que será ininteligível".[23]

A *holding* pode ser *pura* ou *mista*. "Há *holding pura* quando o seu único escopo é exercitar a atividade de *holding* (participação e controle), ainda que parte do patrimônio venha a ser investido em bens que não ações ou participação social. Fala-se em *holding mista* quando, ao lado da atividade de participação financeira e de controle, a sociedade exerce uma atividade industrial, sem que a primeira deva institucionalmente prevalecer".[24]

O *caput* do art. 278 da Lei de Sociedades Anônimas admitiu que o consórcio seja constituído por sociedades sob o mesmo controle ou não. É permitido que a constituição do consórcio dê-se entre empresas do mesmo grupo econômico e/ou entre controlador e controlado. Fato esse que levou à conclusão de BULGARELLI, no sentido de que "a lei afasta o consórcio brasileiro da figura de coordenação clássica, que em geral é formado por sociedades sem subordinação, com o fito de colaboração econômica, com duração não eventual".[25]

MODESTO CARVALHOSA é incisivo: "O controle acionário comum (art. 265) será inteiramente irrelevante. Serão idênticos quanto à natureza, função e características os consórcios entre as sociedades sob controle comum e as independentes".[26]

Logo, a lei societária brasileira admite o consórcio que se caracterize pela relação hierárquica, com subordinação entre as empresas consorciadas (o que, no caso de uma *holding*, envolveria a modalidade *mista*). Nada demais frente ao Direito Comercial e, quanto a isso, não há problemas frente à Lei de Licitações: controlador e controlado podem formar um só consórcio a fim de participar do certame licitatório. A discussão residirá caso controlador e controlado pretendam formar consórcios diferentes e concorrer entre si, mediante a apresentação de propostas diversas.

Nesse caso, em vista da previsão do inc. IV do art. 33 parece-nos impossível que empresas que desfrutem de uma integração vertical subordinante participem numa mesma licitação através da formulação de

---

[22] ADOLF A. BERLE e GARDINER C. MEANS, The modern corporation & private property. 5ª impr. New Brunswick: Transaction Publishers, 2003, p. 69.

[23] Idem, p. 183.

[24] LUIZ GASTÃO DE BARROS LEÃES, Direito Comercial. São Paulo: J. Bushatsky, 1976, p. 131.

[25] Manual das sociedades anônimas, cit., p. 266.

[26] Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 4º vol., t. II, cit., p. 404.

propostas diversas. O titular do poder de controle (a *holding*) não concorre com a empresa controlada. Ao contrário: esta se subordina aos desígnios daquele.

Acentua-se a falha de mercado conhecida como "assimetria de informações": a dificuldade de a Administração (e demais licitantes) terem acesso fidedigno não só aos dados das concorrentes, mas em especial às informações internas ao relacionamento entre *holding* e controladas. O que envolve a definição das propostas e o porquê da competição entre duas empresas de um mesmo grupo econômico (o que multiplica os custos internos à participação numa mesma licitação). Ora, uma empresa controladora tem um conhecimento profundo das atividades da controlada, etapas de produção e estrutura dos custos – ao mesmo tempo em que a Administração e demais licitantes não dispõem dessas informações: subordinam-se aos limites da proposta. Portanto, desde logo se desenha o vício de compartilhamento de informações entre licitantes.

Assim, e quando menos, é próximo do impossível que não ocorra troca de informações entre *holding* e controlada. O que importa violação ao art. 94 da Lei de Licitações: onde está a garantia do sigilo da proposta feita por uma empresa controlada em face da controladora?

12.2 CONSÓRCIO ENTRE EMPRESAS DE UM MESMO GRUPO ECONÔMICO: O CASO DAS COLIGADAS

Outra dimensão assume a participação através de propostas diversas (em consórcios ou individualmente) de empresas coligadas, pertencentes ao mesmo grupo econômico. Nas coligadas existe um vínculo *de capital* entre as empresas, sem a dependência ou hierarquia que caracterizam as relações de controle. O art. 243, § 1º, da Lei 6.404/76 dispõe que são coligadas "as sociedades quando uma participa, com 10% ou mais, do capital da outra, sem controlá-la".

A riqueza da imaginação da atividade de planejamento empresarial é tão grande que se torna próximo do impossível uma avaliação, *in abstracto* e exaustiva, quanto à concorrência entre empresas coligadas. Porém, certo é que haverá hipóteses de organização horizontal de empresas em que não tenha incidência o inc. IV do art. 33.

Para ADILSON DALLARI, "não há identidade de situações na participação de uma empresa com duas propostas e na participação de duas empresas de um mesmo grupo econômico", pois "se duas empresas de um mesmo grupo econômico fazem propostas distintas, isso pode decorrer das peculiaridades de cada uma delas". Afinal de contas, "cada empresa integrante de um grupo econômico tem personalidade jurídica própria".[27]

[27] Aspectos jurídicos da licitação. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 10.

12.3 CONSÓRCIOS ENTRE EMPRESAS DE UM MESMO GRUPO ECONÔMICO E A LICITAÇÃO "POR LOTES"

RENATO MENDES faz uma importante advertência quanto à previsão em comento: "a proibição normativa não tem aplicação se o objeto for dividido em itens ou lotes e o julgamento for cindido".[28]

A licitação por lotes envolve a aglutinação de vários certames sob a regência de um só ato convocatório, envolvendo a formulação de propostas, diversas e autônomas, para cada um dos itens que compõem o edital (Lei 8.666/93, art. 23, § 1º). Isso pode se dar por motivos de economia ou em razão da dimensão da obra, ou mesmo para estimular a concorrência *ex ante*. Por exemplo, uma licitação para a construção de uma rodovia com grande extensão deve ser desdobrada em vários lotes, de molde a ampliar a participação e a competitividade, bem como a fim de possibilitar a perfeita execução do total da obra em curto espaço de tempo.

Nesse caso, o que se dá é a junção formal de várias licitações num só edital, que comporta propostas diversas para lotes diversos e julgamentos específicos (muitas vezes envolvendo a impossibilidade de o licitante vencedor prosseguir no certame, depois de sagrado vencedor num dos lotes). Não se pode dizer, *a priori*, que haverá quebra do sigilo das propostas, nem tampouco que será inviabilizada a competitividade.

Desta forma, é viável a participação de uma mesma empresa em mais de um consórcio numa mesma licitação, desde que em lotes (ou itens) diferentes e observados os limites expressos do edital.

13. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS CONSORCIADOS

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos constitui uma *lei especial* em relação à Lei de Sociedades Anônimas. O que importa a definição de peculiaridades na regência específica dos consórcios, extraordinárias em face da legislação comercial (e civil). O legislador alterou o modo de regular os consórcios apenas quanto ao objetivo restrito e especial da sua participação em licitações públicas.

Aliás, esta é a previsão do § 2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, como esclarece a doutrina de MARIA HELENA DINIZ: "O *critério da especialidade* (*lex specialis derogat legi generali*) visa a consideração da matéria normada, com o recurso aos meios interpretativos. Entre a *lex specialis* e a *lex generalis* há um *quid specie* ou uma *genus au speci*. Uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados *especializantes*. A norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta, afastando-

[28] Lei de Licitações e Contratos Anotada. 3ª ed. Curitiba: Znt, 1998, p. 94, nota nº 592.

se assim o *bis in idem*, pois o comportamento só se enquadrará na norma especial, embora também previsto na geral (*RJTJSP* 29:303)".[29]

Nessa medida, o inc. V do art. 33 da Lei 8.666/93 prevê uma garantia superlativa à Administração, através da "responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato". Isto é, e ao contrário do previsto na Lei 6.404/76, existe regra de plena solidariedade entre os consorciados. Mais do que isso: norma de ordem pública que é, essa solidariedade não é derrogável pela vontade das partes e a Administração não pode a ela renunciar (através do edital, *v.g.*).

Ora, a solidariedade existe "quando, na mesma obrigação, concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda" (Cód. Civil, art. 264). Lendo-se o dispositivo nos termos da Lei de Licitações: a apresentação da proposta através de um consórcio de empresas implica a responsabilidade de todas e de cada uma delas por todos os atos praticados na licitação e na futura execução do contrato.

Por exemplo, imagine-se um consórcio heterogêneo, formado por uma instituição financeira, uma empreiteira e uma empresa de TI - Tecnologia de Informação. Os danos porventura causados pela empresa de TI à execução do contrato serão integralmente apuráveis diretamente frente a qualquer um dos consorciados, de forma direta (excluindo-se a responsabilidade subsidiária).

No caso do inc. V do art. 33, a solidariedade emana diretamente da Lei, em consonância à previsão do art. 265 do Código Civil.[30] No mais, aplicam-se as regras civis quanto ao pagamento e exigibilidade interna aos consorciados (art. 277 e 283).

14. CONSTITUIÇÃO E REGISTRO DO CONSÓRCIO PRÉVIOS À ASSINATURA DO CONTRATO

Caso vença a proposta apresentada por consórcio que havia celebrado apenas um termo de compromisso, ele fica obrigado a constituir o consórcio antes da celebração do contrato (art. 33, § 2º).

O consórcio a ser constituído assemelha-se a uma *joint venture* ou a uma sociedade de propósito específico – SPE: trata-se da conjugação de esforços empresariais comuns, com o fito de desempenhar uma determinada tarefa, usualmente num prazo certo. Ou seja, envolve a coordenação de interesses não duradouros.

---

[29] Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 72.

[30] "Art. 265. A solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes".

Nada impede que o consórcio vencedor venha a se transformar numa SPE *sponte propria* dos consorciados: extingue-se o consórcio, que é imediatamente sucedido em direitos e obrigações pela SPE (desde que mantidas as mesmas garantias, responsabilidades e condições técnicas da proposta vencedora). Altera-se o modo de constituição societária, mas permanece íntegro o resultado da licitação.

Porém, o edital não poderá exigir que o consórcio licitante constitua-se numa empresa, a fim de firmar o contrato. A Lei de Licitações não autoriza esse *plus*, que violaria o princípio da legalidade. Os consorciados não podem ser obrigados, exclusivamente pelo edital, a ir além da forma consorcial e formar uma nova empresa (pouco importa a forma societária). A exceção (a confirmar a regra) está na Lei de Concessões.

O art. 20 da Lei de Concessões (Lei 8.987/95) prevê de modo expresso a possibilidade de o ato convocatório impor a obrigatoriedade da constituição de empresa específica para a execução do serviço. Com lastro no edital, o poder concedente determina que o consórcio vencedor se constitua numa empresa (personalidade jurídica, patrimônio, sede, administração etc. próprios). Isso se explica devido ao fato de que as concessões, de ordinário, envolvem contratos com prazos muito longos: são investimentos de longa maturação, a exigir uma estabilidade subjetiva e objetiva durante décadas (p. ex., o art. 19 da Lei 9.074/95 dispõe acerca da *prorrogação* das concessões de energia elétrica então vigentes pelo prazo de até 20 anos). O que seria antitético ao conceito clássico de consórcio, que envolve a conjugação de interesses em curto ou, quando muito, em médio prazo – sem a permanência duradoura que caracteriza uma concessão de serviços públicos.

O consórcio vencedor deverá ser formalmente constituído e registrado *antes* da assinatura do contrato administrativo. O registro deverá ser feito na respectiva Junta Comercial, nos termos da Lei de Registros Públicos de Empresas Mercantis (Lei 8.934/94, art. 32, II, '*b*', regulamentada pela Instrução Normativa nº 74/98, do Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC).

Daí a necessidade de um lapso razoável entre a divulgação do resultado da licitação e a celebração do respectivo contrato, a fim de que o consórcio tenha condições operacionais de promover a respectiva constituição e registro. De qualquer forma, caso se dê eventual atraso em decorrência de fato de terceiro (procedimento burocrático frente à Junta Comercial, p. ex.), o consórcio vencedor não poderá ser penalizado por isso – cabendo a proporcional dilação do prazo para a celebração do contrato administrativo.

Note-se que o termo de compromisso tem a natureza jurídica de um contrato preliminar, submetido a condição específica (a vitória na licitação). O que gera desdobramentos quanto aos deveres e obrigações dos promitente-consorciados e da Administração.

Em relação à Administração, incide uma *proibição legal*: ela está impedida de assinar o contrato caso o consórcio não seja constituído e

registrado (ou a SPE superveniente). Há o dever de apenas assinar o contrato com o grupo horizontal de empresas, observados os estreitos limites do termo de compromisso, da proposta e do edital. Não há alternativa discricionária: a não-constituição e registro equivale à recusa em assinar o contrato, incidindo o art. 81 da Lei 8.666/93.

Quanto às empresas promitente-consorciadas, a vitória na licitação tem a natureza jurídica de uma condição, com incidência não só do art. 121 do Cód. Civil.[31] Internamente para os licitantes, a implementação da condição instaura a possibilidade de exigência recíproca do termo de compromisso, com aplicação do princípio da boa-fé objetiva. Isto é, *inter partes*, torna-se possível exigir que seja firmado o documento constitutivo do consórcio. Caso haja recusa, incide o art. 465 do Código Civil (perdas e danos). Não parece possível a incidência do art. 464 do mesmo diploma (o juiz suprindo a vontade da parte inadimplente), pois a isso se opõe a natureza da obrigação.

15. RESSALVA FINAL: OS CONSÓRCIOS E O RISCO DA CARTELIZAÇÃO

Não há dúvidas de que os consórcios envolvem o aumento do risco da cartelização de interesses econômicos: empresas que se associam visando a estabelecer óbices impróprios à legítima concorrência. Esse é um dilema que de há muito atormenta a doutrina e a jurisprudência. O que emerge com clareza da doutrina de ASCARELLI, trazida à colação por LUIZ GASTÃO DE BARROS LEÃES, para quem "os consórcios visam a disciplinar a *recíproca concorrência* dos empresários que deles participam".[32]

Como alerta CARVALHOSA, "o consórcio constitui a principal modalidade de *cartelização* de atividades setoriais. Diferentemente dos monopólios individuais – trustes – o consórcio pode objetivar a constituição de um monopólio *coletivo*. Este se constitui pela regulamentação associativa da *conduta* mercadológica das empresas até então concorrentes".[33]

Alerta que deve ser compreendido sem qualquer preconceito, pois nem todas as associações comerciais implicarão a construção de estruturas econômicas desviantes, violadoras da livre concorrência. Ao contrário, exige-se o "reconhecimento do óbvio" apontado por CALIXTO SALOMÃO FILHO: "Nem todas as formas de cooperação econômica entre empresas implicam limitação da concorrência entre seus membros. Existem casos em que certas limitações são apenas coadjuvantes necessários para a obtenção de resultados

[31] "Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a um fato futuro e incerto".

[32] Direito comercial, cit., p. 128.

[33] Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 4º vol., t. II, cit., p. 393.

economicamente positivos, como o progresso tecnológico ou mesmo a melhor eficiência das empresas".[34]

Por outro lado, nem sempre os consórcios em licitações envolvem empresas representantes de um mesmo setor econômico (reitere-se a classificação quanto aos consórcios homogêneos e heterogêneos). Por exemplo, é usual a associação entre empresas do setor financeiro (ou equivalente) com empresas de alta tecnologia e empresas do setor de obras públicas. Mesmo quando o consórcio se dá entre empresas de um mesmo setor econômico, pode envolver conhecimentos técnicos específicos e não-compartilhados (mediante a conjugação e potencialização recíproca de acervos técnicos).

Mais do que isso: há determinadas obras e serviços que *exigem* tal associação, a fim de minorar os custos para a Administração e possibilitar a escorreita execução do contrato num prazo adequado ao interesse público posto em jogo.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

BOCKMANN, Egon. Os Consórcios Empresariais e as Licitações Públicas (considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/93). **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 3, ago-set-out, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site www.direitodoestado.com.br

Publicação Impressa:

Informação não disponível.

[34] .Direito concorrencial – as estruturas, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 318.