

ALTERAÇÃO DE COMPOSIÇÃO DE CONSÓRCIO CRIADO COM O OBJETIVO DE ATENDER A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

SIDNEY BITTENCOURT

Parece primordial definir, de plano, como se enquadra a figura do consórcio perante o Direito pátrio e, principalmente, qual o papel que cumpre (ou assume) quando envolvido com procedimentos licitatórios e contratos administrativos.

Disciplinam o consórcio os arts. 278 e 275 da Lei nº 6.404/76, discernindo que se trata de uma associação entre sociedades, sem personalidade jurídica, na qual os consorciados somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada um por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

Verifica-se, assim, que o consórcio nada mais é que uma união de esforços em uma associação temporária de duas ou mais sociedades, visando à consecução de determinado objetivo, caracterizando-se pela transitoriedade e pela manutenção da autonomia jurídica de cada ente consorciado.

No que tange à área comercial, não existe previsão de responsabilidade solidária, respondendo cada membro pelos atos a eles imputáveis.

Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Guerreiro sintetizam, com rara felicidade, a configuração do consórcio no mundo jurídico:

O consórcio não é sujeito de direitos, não podendo, correlatamente, assumir obrigações enquanto tal. Simples fórmula associativa de diversas pessoas jurídicas, desprovido de personalidade e patrimônio, e com conotação marcadamente contratual, o consórcio age, no mundo jurídico, por intermédio das empresas que o constituem, notadamente e na prática, através de uma empresa líder, escolhida pelos demais. São os consortes, portanto, que assumem obrigações e responsabilidades perante terceiros, cabendo-lhes igualmente exercer os direitos decorrentes dos atos jurídicos que celebram, ainda que com escopo comum.¹

No Direito Administrativo, mais precisamente no âmbito das licitações e contratações públicas, a participação do consórcio depende de autorização expressa do documento convocatório, conforme prevê o art. 33 da Lei nº 8.666/93, assumindo o “líder” do consórcio tão somente o papel de representante das empresas que o compõem perante a Administração.

O motivo determinante da possível existência do consórcio é de fácil compreensão, qual seja, a reunião de duas ou mais empresas para o alcance de um objeto que sozinhas jamais teriam condições de realizar.

Ressalta-se que, na Lei de Licitações, a permissão de participação de consórcios, apesar de não enquadrar-se nas situações em que o administrador atua com discricionariedade, também não se constitui numa regra, uma vez que a autorização somente se perfaz quando o Poder Público, sopesando o mercado, avalia que dificilmente uma única empresa terá condições de realizar o objeto pretendido.

Característica marcante da abordagem técnico-jurídica da figura do consórcio, no âmbito das licitações, é a responsabilidade solidária dos que o compõem pelos atos praticados pela associação, em que pese a forte posição doutrinária que defende a inconstitucionalidade dessa regra, por considerar que desnatura a figura do consórcio no ordenamento jurídico brasileiro.

Por conseguinte, enquanto nos consórcios organizados com base no modelo do Direito Comercial os consorciados respondem individualmente pelos seus atos, no Direito Administrativo, há a responsabilidade conjunta pelos atos praticados, o que poderia fazer crer ao desavisado que o possível desligamento de uma das empresas poria fim, inapelavelmente, ao contrato, como se desencadeasse uma espécie de “falência” do consórcio.

Tal desencadeamento, a nosso ver, carece de profunda reflexão. Inicialmente, em face da crítica que se faz à solidariedade imposta somente na legislação administrativa. Posteriormente, diante da necessidade precípua de preservar ao máximo o interesse público, devendo o intérprete, ao avaliar uma regra legal, verificar preliminarmente se inexistem caminhos que permitam a manutenção do *status quo*, de modo a não macular-se o interesse da coletividade.

É evidente que, com base na solidariedade prevista, pode o Poder Público exigir de cada um dos consorciados (individual ou conjuntamente) o

cumprimento das obrigações assumidas, uma vez que, embora figure como contratado o consórcio, na realidade a figura apresenta-se como mero rótulo a encobrir as empresas que o constituem.

Nesse contexto, as empresas, apesar de consorciadas e teoricamente solidárias, atuam individualmente, não obstante, como já mencionado, unirem forças para um objetivo comum. Assim, pode-se afirmar que a pessoa jurídica “consórcio” inexistente, uma vez que, na hipótese de qualquer lesão de direito das partes, a incidência da ação recairá tão somente sobre as empresas, diante da ausência de personalidade jurídica da associação.

É cediço, entretanto, que a habilitação do consórcio (fase preponderante na licitação) resulta da avaliação conjunta das características individuais de cada um.

Essa dicotomia é, a nosso ver, aparente, pois, mesmo na fase de habilitação, avaliam-se individualmente as empresas, verificando se, na conjugação de esforços, elas se complementam.

A legislação estabelece uma diretriz específica para a liderança consorcial. Dita o § 1º do art. 33 da Lei de Licitações que o consórcio deve possuir uma empresa líder, provendo o instrumento convocatório das condições a serem preenchidas por esta, do que, evidentemente, decorrerá a desclassificação do consórcio no caso de tais condições não serem satisfeitas.

As características que envolvem essas condições, entretanto, não são nem de leve informadas no texto legal.

Não obstante a inconstitucionalidade defendida pela doutrina quanto a esta obrigatoriedade, por ofensa flagrante à livre concorrência, com interferência na liberdade de decisão de quem exercerá a liderança, verifica-se total dificuldade dos aplicadores da lei no que se refere a mais essa situação de discricionariedade que a lei oferece ao agente público.

É certo, entretanto, que a empresa líder apenas representa o consórcio no trato com o Poder Público, ou seja, configura-se apenas naquela empresa que recebe a outorga para travar os contatos negociais com a Administração em nome das empresas consorciadas.

Hely Lopes Meirelles, tratando do tema, conclui da mesma forma:

A firma-líder não representa juridicamente as demais integrantes do consórcio, porque este não possui personalidade própria; se a tivesse, deixaria de ser consórcio para apresentar-se como nova entidade jurídica.²

Em face da indefinição quanto aos critérios a serem adotados no edital para a caracterização da empresa líder, é de praxe o estabelecimento de percentuais maiores para atendimento dos tradicionais documentos de comprovação técnica para demonstração de aptidão (habilitação).

Depreende-se, diante do exposto, uma tênue importância da empresa líder no consórcio, sendo necessária a sua existência para que, como mencionado, se fixe a representante dos consórcios perante a Administração, que agirá, num primeiro momento, como intermediadora e controladora do cumprimento das obrigações contratuais.

Assim também se posicionaram Ivan Barbosa Rigolin e Marco Tulio Bottino, lembrando que:

As condições específicas de como se dará esse relacionamento devem figurar com todos os detalhes no edital completo, nas condições gerais, onde serão previstas questões como o controle e a fiscalização da execução do objeto contratual; a responsabilização dos consorciados e seu eventual apenamento administrativo por inadimplência de condição; formas e condições de pagamento, e distribuição das parcelas devidas a cada consorciado, para isso fixando-se medições e sistemas de acompanhamento; o encaminhamento de pedidos e reivindicações dos consorciados, e outras possíveis.³

Também nessa linha de entendimento, posicionou-se o Advogado da União Francisco Rezende Filho, em parecer emitido no Rio de Janeiro, em outubro de 1998, destacando, de maneira veemente, dois aspectos importantes: a flagrante inconstitucionalidade da regra e a “branda atuação da líder, nos consórcios para atendimento de contratos administrativos”.

Infere-se, pelo exposto, que, apesar da obrigatoriedade da definição da empresa líder do consórcio, tal fato não denota importância maior que demande uma grande preocupação da Administração, porquanto, também como mencionado anteriormente, cada empresa em consórcio necessitará satisfazer na licitação (ou no seu afastamento), de per si, todos os requisitos

para habilitação, de vez que, mesmo consorciadas, não perdem a condição de pessoa jurídica isolada.

Em face das diversas premissas, não se pode olvidar que, iniciada a execução de um contrato por um consórcio, tendo havido prévia licitação ou devido afastamento legal, é de se ter cautela caso ocorra uma descontinuação consorcial, com a saída de um dos consorciados.

É fato que parte minoritária da doutrina, fulcrada na solidariedade que a lei impõe, além do necessário atendimento *intuitu personae*, tem concluído pela inadmissibilidade da retirada da empresa líder de consórcio ao longo da execução contratual.⁴

Parece, no entanto, conforme explicitado, que essa interpretação, totalmente isolada e discrepante da maioria esmagadora doutrinária, desfalece, por desconsiderar o que foi fartamente demonstrado anteriormente: a tênue linha que sustenta a solidariedade, além da branda importância da empresa líder na constituição do consórcio.

É claro que, para a manutenção do acordo com as empresas restantes do consórcio, há de se ater a Administração a alguns requisitos inafastáveis. Num primeiro momento, faz-se mister observar objetivamente a proporção da participação na execução do objeto da consorciada que se retirou do consórcio. Se considerada não somente a percentagem, mas a natureza da participação, ou seja, o que lhe caberia efetivamente executar, avaliando se a atividade pode ser desempenhada pelas empresas remanescentes (individualmente ou em conjunto), visto que, com o passar do tempo, podem ter crescido, evoluído e atingido um patamar antes não alcançado, sem que haja prejuízo para a Administração, vislumbra-se que, nesse aspecto, nada poderia obstar a assunção da obrigação.

Além disso, como segundo passo, demonstrada a ausência de qualquer prejuízo no que se refere à execução, deve o Poder Público solicitar, ainda, justificativa da desconstituição do consórcio, que será devidamente apreciada, visando a elidir eventual alegação de “aluguel” de participação. Sobre o tema, alerta Marçal Justen que deve se reprimir que a empresa forneça seu nome comercial apenas para viabilizar a participação de outras na licitação.

Evita-se a conjugação de um número absurdo de empresas, todas reunidas apenas para o fim de propiciar quantitativos mínimos e cuja viabilidade de operação é nula. Enfim, a restrição legal relaciona-se com a ideia de capacitação real e não meramente formal ou aparente.⁵

Por derradeiro, apesar de a saída da empresa líder, por si só, não demandar a descontinuidade da contratação, faz-se necessário que as remanescentes comprovem terem alcançado capacidade técnica idêntica ou superior àquela demonstrada pela empresa que se retirou do consórcio, demonstrando, também, que reúnem possibilidades de preencher as condições de liderança dispostas no instrumento convocatório (quase sempre condições de habilitação técnica, portanto, já comprovadas).

Destarte, atendidos todos os pressupostos, entendemos ser inconteste a legalidade da ação de permanência da contratação, devendo para tal ser providenciado o competente aditamento, restando lembrar que, caso não atendido qualquer um dos requisitos, é dever do administrador partir para a rescisão contratual.

Como citar este texto:

BITTENCOURT, Sidney. Alteração de composição de consórcio criado com o objetivo de atender a Administração Pública. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 226, p. 1218-1220, dez. 2012.

¹ TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, p. 797.

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. p. 287.

³ RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tulio. *Manual prático das licitações: Lei nº 8.666/93*. 5. ed. rev. e atual. p. 211.

⁴ Esse é o entendimento, por exemplo, da Zênite. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98, e com a Lei nº 9.648/98*. 5. ed. rev. e ampl. p. 340.