

ESTRUTURA JURÍDICA DO CONSÓRCIO DESTINADO ÀS CONTRATAÇÕES COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Horácio Augusto Mendes de Souza *

1. Introdução. 1.1. Delimitação do tema. 2. A Estrutura Consorcial. 2.1. Conceito. 2.2. Consórcio de Empresas e Lei das S.A. 2.2.1. Consórcio e Abuso do Poder Econômico. 2.3. Consórcio e Termo de Acordo Operacional. 3. Estrutura Jurídica do Consórcio destinado às Contratações com a Administração Pública. 3.1. O consórcio e as estruturas societárias Licitantes: O consórcio regido pela Lei n.º 8666/93. 3.2. O consórcio para a Prestação de Serviços Públicos: O consórcio regido pela Lei n.º 8987/95. 3.3. Consórcio e Sociedade de Propósito Específico. 4. Algumas Questões em matéria Consorcial. 4.1. Consórcio e Estrutura Societária Atípica. 4.2. Alteração do Pacto Consorcial com reflexos imediatos na execução do Contrato Administrativo. 4.3. Liderança no Consórcio e Consorciado Minoritário. 4.4. Remuneração dos Consorciados. 4.5. Consórcio e Arbitragem. 4.6. Consórcio e Personalidade Jurídica. 5. Conclusões. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO.

1.1. DELIMITAÇÃO DO TEMA.

A empresa, quer sob o ponto de vista orgânico, quer sob a ótica funcional, é, inegavelmente, fenômeno que se desenvolve e busca aperfeiçoamento institucional constantemente.

* Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Candido Mendes. Professor do MBA da FGV, de pós-graduação do IBMEC e da Universidade Federal Fluminense. Consultor Jurídico do Instituto Brasileiro de Administração Municipal – IBAM, Advogado do Rio de Janeiro. E-mail: hmendes@yahoo.com.br.

Vários são os motivos que levam os empresários a desenvolverem suas atividades empresariais de maneira eficiente e econômica, podendo-se destacar, dentre outros motivos, a busca da prevalência empresarial em determinado mercado de atuação¹, a Revolução das Tecnologias, notadamente nas áreas da Telecomunicação e da Telemática, permitindo um imediato e dinâmico contato com os componentes da cadeia de consumo na negociação de bens e serviços, a constante e crescente ampliação dos níveis de conscientização dos interesses dos consumidores que, a cada dia mais, buscam um consumo adequado, o fenômeno da globalização que, dentre outras finalidades e repercussões, fomenta a competitividade no plano nacional e supranacional, entre outras causas².

Assim, não obstante a diversidade de causas e efeitos provocados pelas estruturas empresariais no mercado, o objetivo empresarial é, em regra, único, qual seja, a maximização dos lucros, com a busca constante de diminuição dos custos das transações.

Por outro lado, não é rara a impossibilidade de determinada estrutura empresarial se mostrar impotente para, isoladamente, atender as exigências do mercado, seja em termos quantitativos, seja em termos qualitativos.

Dai o apelo à parceria³, somando-se esforços com outras estruturas empresariais para que juntas, com a união de tecnologias e recursos, possam atender de forma satisfatória o mercado e suas cada vez mais incessantes e complexas demandas.

¹ É traço característico observado pelos estudiosos da ciência econômica a busca incessante das estruturas empresariais da prevalência no mercado em que atuam, o que não se coaduna com o modelo ideal denominado "concorrência perfeita", cujas principais características são: as empresas atomizadas (pulverização de empresas no mercado, evitando-se a assunção ou o domínio empresarial), a produção homogênea, o pleno conhecimento do mercado por consumidores e produtores e a mobilidade total dos recursos. Na impossibilidade fática de efetivação do modelo ideal, busca-se através dos mecanismos do mercado e também os instrumentos de caráter jurídico, como por exemplo, as Agências Reguladoras, um ponto ótimo de equilíbrio entre os diversos agentes do cenário econômico, em última análise, uma eficiência distributiva e equitativa.

² Pertinentes as ponderações de Ricardo Aziz Cretton no mesmo sentido: "Ligada à evolução do capitalismo e às modernas técnicas de produção em massa, a exigir capitais e organizações cada vez maiores e mais abrangentes, dentre seus fatores causais, que constituem, de outro ângulo, suas vantagens determinantes, alinha-se a consolidação e a centralização do poder econômico e de controle, a necessidade da conquista de mercados e sua integração, do aumento da produção, da comercialização e dos fluxos financeiros, a racionalização de custos, a produtividade, a padronização, a economia de escala etc." In: Grupos de Sociedades. *Revista da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, v. VII, p. 1.

³ Noticiou a Gazeta Mercantil em 04.06.2001 a parceria a ser formada entre a Sony e Ericsson, visando a criar uma única estrutura empresarial competitiva no mercado de telefonia celular móvel. Embora a pretensão seja criar uma *joint venture*, figura distinta do consórcio, conforme adiante será visto, tal soma de esforços, capital e tecnologia, evidencia a crescente e constante ascensão dos agrupamentos empresariais.

Neste contexto se insere a importância do estudo da estrutura jurídica consorcial, criatura jurídica desburocratizada e em franca expansão e aprimoramento institucional, cujo êxito em sua operacionalização é fator de desenvolvimento local, regional, nacional e supranacional⁴, conferindo efetividade ao postulado da função social da empresa e propiciando ao empresário o lucro justo e razoável.

Portanto, constitui objeto de preocupação do presente estudo analisar a estrutura jurídica consorcial no direito brasileiro, o regime jurídico aplicável quando o empreendimento a ser executado pelo consórcio é de interesse do Poder Público, que assume a feição de contratante, ultimando-se com a reflexão acerca de algumas questões atinentes ao consórcio.

2. A ESTRUTURA CONSORCIAL.

2.1. CONCEITO.

O consórcio pode ser conceituado como a estrutura jurídico-societária, formado através de, ao menos, duas estruturas societárias empresariais, que tem por finalidade a soma de esforços técnicos e financeiros visando à execução de determinado empreendimento, cujo resultado é a obtenção de lucro justo e razoável, repartido proporcionalmente à participação de cada estrutura societária empresarial no consórcio, assim como as despesas e prejuízos.

Cuida-se neste estudo do consórcio entre empresas para o desenvolvimento de determinado empreendimento de interesse público. A observação é válida tendo em vista as diversas espécies de consórcio, variantes quer em função das pessoas consorciadas, quer em razão do escopo consorcial⁵⁶, que pode ser desde a parceria de consumidores com objetivo específico de constituir um fundo comum de poupança para a aquisição de determinado

⁴ Não se pode olvidar que a Constituição da República de 1988 elegeu a atividade econômica exercida através da livre iniciativa, da livre concorrência e da liberdade de empresa, expressões, em última análise, do valor liberdade, para o alcance de seus fins, dentre os quais se inclui o pleno desenvolvimento nacional (CR/88, art. 3.º, II).

⁵ Sobre a distinção e o amplo espectro de opções e regimes jurídicos que a expressão "consórcio" comporta, confira-se Miguel Reale e Miguel Reale Júnior, in: Questões Atuais de Direito. Minas Gerais: Del Rey, 2000, p.14.

⁶ Como lembra Isaac Benjé, em seus Fundamentos da Economia da Regulação. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1999, p. 40, foi contratado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social um consórcio formado por empresas de consultoria e bancos visando a uma avaliação econômica das empresas envolvidas no Processo de Privatização em âmbito Federal, com a finalidade de recomendar um preço mínimo para a venda e sugestão do modelo de venda a ser adotado.

ben⁷, passando-se por consórcio entre empresas estatais ou até mesmo entre entes políticos da federação brasileira⁸.

A distinção entre os diversos tipos de consórcio ostenta fundamental relevância, pois a disciplina jurídica aplicável a cada uma das espécies consorciais é, da mesma forma, variável.

Neste passo, vale conferir a disciplina do consórcio regido pela Lei n.º 6404/76, arts. 278 e 279, cuja sistemática sofrerá modificação quando se tratar de consórcio visando a determinada contratação com o Poder Público para a execução de um específico empreendimento, conforme oportunamente será visto. Por ora, cabe cuidar do tratamento conferido ao consórcio de empresas, disciplinado, como dito, pela Lei das S.A.

2.2. CONSÓRCIO DE EMPRESAS E A LEI DAS S.A.

De início, cumpre ressaltar que o instituto consorcial traduz uma necessidade inafastável da atividade empresarial moderna: daí a Lei das S.A. haver dispensado tratamento específico ao tema. É dizer, os grandes empreendimentos ou mercados específicos exigem a soma ou reunião dos fatores de natureza, capital e trabalho de duas ou mais estruturas jurídicas empresariais que, isoladamente, não atenderiam às complexas necessidades do mercado.

Assim, seja pela finalidade, seja pelo disciplinamento jurídico, não se pode negar o caráter de especialidade do consórcio entre empresas.

Neste sentido é o magistério de Miguel Reale e Miguel Reale Júnior⁹, que, apoiados nos ensinamentos de José A. Engrácia Antunes, asseveram:

⁷ A Constituição da República de 1988 estabeleceu em seu art. 22, XX, ser da competência privativa da União Federal legislar sobre tal espécie consorcial. Aliás, a este tipo de consórcio e suas implicações jurídicas tem se dedicado a jurisprudência brasileira, conforme se infere da seguinte ementa, *verbis*: "ação civil pública. Consórcio. A associação civil da União Nacional dos Consumidores Consorciados - Unacon tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa de consumidores, sejam ou não seus associados, para reconhecimento de nulidade de cláusula em contrato de adesão a consórcio que prevê devolução das quantias recebidas sem correção monetária e juros. "Resp n.º 302.192 - RJ, Rel. Min. Ruy Rosado, julgado em 10.04.2001. V. Informativo STJ n.º 92.

⁸ Relevante inovação trazida pela Emenda Constitucional n.º 19, de 04.06.98, é a nova redação do art. 241 da Constituição da República, que prevê a competência concorrente entre a União Federal, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios para legislar sobre consórcios públicos, com a específica finalidade "gestão associada de serviços públicos".

⁹ MIGUEL REALE e MIGUEL REALE JÚNIOR, in Questões Atuais de Direito. Minas Gerais: Del Rey, 2000, p.15.

“Consoante se vê, a Lei das S.A. distingue uma especial categoria de consórcio, o consórcio de empresas, que JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, professor da Universidade de Coimbra, assim caracteriza: ‘Constitui um instrumento de cooperação interempresarial pelo qual duas ou mais pessoas, singulares ou coletivas, que exercem atividade econômica, se vinculam entre si a realizar concertadamente certa atividade tendo em vista um dos objectos taxativamente previstos em lei (... execução de um empreendimento)’.

Destarte, estabelece a Lei das S.A. que as companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio, desde que seja para a execução de empreendimento lícito e, conforme se verá, não constitua concentração empresarial (ilícita), de modo a abalar a higidez do mercado, cuja tutela se dá pela Lei n.º 8884/94.

Logo, é intuitivo que a Lei, imbuída do espírito de liberdade de associação e de empresa, princípios, como cediço, constitucionalmente consagrados, admite a formação de consórcio entre estruturas societárias revestidas sob a forma de sociedade anônima e sociedade por quotas de responsabilidade limitada, por exemplo.

Assim, é lícito se inferir que a formação de estrutura consorcial é estimulada pelo ordenamento jurídico pátrio, tanto em sede constitucional como infraconstitucional, a despeito da parca disciplina conferida pela Lei 6404/76.

Em nível constitucional, resta atendido o princípio da livre iniciativa, que confere o desenvolvimento das atividades econômicas aos particulares, seja através de estrutura societária individual ou consorciada.

Por outro lado, realiza-se o princípio da livre concorrência, mediante o qual a estrutura consorcial pode buscar uma projeção mais eficiente, econômica e competitiva no mercado nacional e internacional, gerando mais empregos e arrecadação para o Estado.

Alcança-se a efetividade do princípio da integração econômica, política, social e cultural dos povos, eis que nada obsta a formação de consórcio entre empresas de nacionalidades distintas, visando, em boa parte das vezes, espaços em mercados componentes de outro blocos econômicos.

Ademais, garante-se ao consumidor, seja ele público ou privado, o fornecimento de bens ou serviços gerados a partir da soma de esforços propiciada pelo consórcio, de maneira eficiente em termos de qualidade e quantidade e menos onerosa.

Desta forma, atende-se a princípios fundamentais consagrados constitucionalmente, o que, em última análise, atende a valores e objetivos essenciais da mesma forma estampados no Texto Constitucional, tais como a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho e da livre iniciativa (CR/88, art. 1.º, III e IV), a garantia do desenvolvimento nacional e a promoção do bem estar de todos (CR/88, art. 3.º, II e IV).

2.2.1. CONSÓRCIO E ABUSO DO PODER ECONÔMICO.

Contudo, e como ressaltado acima, a formação da estrutura consorcial, que se dá através de ato jurídico bilateral ou multilateral – frise-se –, não poderá, em nenhuma hipótese, constituir ofensa aos princípios constitucionais, notadamente aqueles afetos ao desenvolvimento das atividades econômicas, não sendo lícita a formação de estrutura consorcial que vise à dominação de mercados, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário de lucros, formas constitucionalmente inadmissíveis de abuso do poder econômico (CR/88, art. 173, § 4.º), cuja caracterização, entre nós, se encontra na Lei n.º 8884/84¹⁰.

É de se observar, por oportuno, que a Lei de Defesa da Concorrência Brasileira atualmente vigente, atenta ao fenômeno consorcial, trouxe disciplinamento pertinente ao tema. Com efeito, dispõe a Lei competir ao Plenário do CADE contratar a realização de exames, vistorias e estudos visando a melhor instrução do processo administrativo desenvolvido no âmbito da Agência Reguladora aqui mencionada, cujas

¹⁰ Vale conferir as pertinentes ponderações de Rachel Sztajn, ao estabelecer a conexão entre a estrutura consorcial e a possibilidade de se alcançar práticas abusivas do poder econômico, *verbis*: “o acordo permite a harmonização dos interesses de um grupo de empresários ou comerciantes que opera em determinado setor da economia, propiciando a formação de cartéis. Mesmo com o risco de passarem a ser encarados como instrumento nocivo, os consórcios facilitam a reunião de sociedades para escopo de domínio de mercados. Apenas recentemente é que a regulação societária vem tratando concretamente, sob a forma grupal, essa concentração de sociedades para que se obtenha os efeitos benéficos desejados, tais como economias de escala e colaboração econômica, evitando os danosos abusos do poder econômico e manipulação de mercados.” *In: Contrato de Sociedade e Formas Societárias*, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 127.

despesas correrão por conta da “empresa” que vier a ser punida¹¹, asseverando, ainda, no que tange ao espectro de atuação do CADE e conseqüente alcance desta Lei, a sua aplicação “a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica”¹², sendo certo que, uma vez comprovada a infração à ordem econômica, independentemente de sua forma, haverá responsabilidade solidária entre as estruturas consorciadas¹³, art.23, III, art. 54, § 3.º, 56, *caput*

Outra característica que se extrai da disciplina jurídica consorcial prevista na Lei das S.A é a ausência de personalidade jurídica do consórcio (art. 278, § 1.º), que, no entanto, será objeto de apreciação em tópico específico.

Prosseguindo nas considerações, dispõe a Lei que a estrutura consorcial será constituída por contrato, portanto, ato jurídico bilateral ou multilateral que pressupõe, intuitivamente, duas ou mais manifestações de vontade no sentido de criar a estrutura consorcial e fixar os seus termos, sendo essa a regra geral.

Entretanto, não parece absurdo sustentar que, nas hipóteses em que o consórcio se dê entre estruturas societárias isoladas que ostentem o mesmo controle, a criação do consórcio se efetivará por imposição da sociedade controladora, daí não se terá mais, em essência, manifestação bilateral de vontade (contrato), mas sim ato unilateral praticado pela sociedade controladora, ao qual aderem as estruturas societárias controladas.

Na prática, no entanto, a distinção não encontra maiores conseqüências, salvo na hipótese em que, por exemplo, uma consorciada controlada, notadamente seu sócio ou acionista minoritário, insatisfeito com a disposição do pacto consorcial, possa, em juízo, tentar desconstituir tais cláusulas, por abuso ou lesão a direitos do sócio minoritário praticados por parte do controlador.

¹¹ Art. 7, XI. Não se pode deixar de consignar a imprecisão do legislador ao se referir tão-somente à empresa. Contudo, através de interpretação sistemática da Lei n.º 8884/94 não se apresenta ilícito concluir que o termo deve ser encarado de forma ampla, de modo a abranger, neste particular, os consórcios empresariais, inclusive aqueles destinados a empreendimentos públicos regidos quer pela Lei de Licitações, quer pela Lei de Concessões. Outro ponto digno de crítica é a vinculação do pagamento da despesa com o *expert* com o consórcio punido. E se não houver punição pela ausência de prática reprimível na forma da Lei de Defesa da Concorrência? E a taxa processual instituída pela Lei n.º 9781/99? A presunção deve ser neste sentido, a despeito da Lei citada não estabelecer parâmetros para a aferição da proporcionalidade do valor da taxa à atividade regulatória do CADE.

¹² Art. 15 da Lei n.º 8884/94.

¹³ Art.16 e 17 da Lei n.º 8884/94.

Outro ponto de caráter geral é a não solidariedade entre os consorciados, respondendo cada estrutura societária componente do consórcio de forma individual, na proporção de sua participação no empreendimento objeto do consórcio. Contudo, e conforme será visto oportunamente, a Lei de Licitações, ao conferir tratamento específico à estrutura consorcial, traz a regra da solidariedade dos consorciados perante a Administração Pública contratante (Lei n.º 8666/93, art. 33).

De outra parte, na sistemática da Lei das S.A. a falência de uma consorciada não se estende às demais, e, em obséquio ao princípio da continuidade da empresa, a Lei prevê a manutenção da estrutura consorcial, sendo os créditos devidos à falida apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio (Lei das S.A, art. 278, § 2.º).

A Lei enumerou, exemplificativamente, alguns requisitos considerados pelo Legislador como indispensáveis ao contrato de constituição do consórcio, estabelecendo, na realidade, seus elementos constitutivos mínimos, a saber:

A designação do consórcio, que geralmente é formada por parte da razão social ou denominação de cada uma das empresas consorciadas ou de outra forma a ser estabelecida no contrato de constituição de consórcio; a descrição do empreendimento, que constitua o objeto do consórcio, podendo ser a prestação de um serviço, o fornecimento de um bem, a realização de obras, entre outros. Dada a complexidade que normalmente envolve o empreendimento, o objeto do consórcio é fracionado de acordo com a especialidade de cada estrutura societária componente do consórcio. Aliás, essa é a própria essência do consórcio, ou seja, a soma de esforços técnicos ou econômicos – ou até mesmo ambos – para o desenvolvimento de determinado empreendimento.

Registre-se, ainda, ser da essência do consórcio regido pela Lei das S.A. a sua transitoriedade ou temporariedade, significando dizer que a estrutura consorcial já nasce com vida predeterminada, sendo a regra geral a vinculação da existência jurídica do consórcio até o término da execução do empreendimento para o qual foi constituído. Nada obsta, no entanto, e o princípio da razoabilidade até recomenda, que o consórcio tenha alguma “vida útil” após a execução definitiva do empreendimento, tendo em vista que as obrigações assumidas em decorrência do consórcio podem ter o seu termo para cumprimento após o

lapso de tempo inicial para a execução do empreendimento. Tal regra também sofre alguns contornos estabelecidos pela Lei de Licitações, como será visto.

O consórcio terá domicílio, que, quando não fixado o da empresa líder, será, em regra, aquele convencionado pelas sociedades consorciadas, na maioria das vezes coincidente com o local em que deve ser cumprida a obrigação objeto do consórcio.

No que tange ao foro, a regra geral é que o mesmo coincida com o domicílio do consórcio, nada obstando, no entanto, por se tratar de matéria convencional, que as sociedades consorciadas elejam foro distinto do domicílio consorcial para a resolução de seus conflitos. Note-se, no entanto, que tal regra só tem validade para as sociedades consorciadas, embora, em algumas hipóteses, possa ser oponível a terceiros alheios ao pacto consorcial.

Na tradição jurídica brasileira, embora o foro competente para a resolução dos conflitos do consórcio venha a ser o da Comarca Judiciária convencionada pelas partes consorciadas, cuja finalidade, como é óbvio, é submeter ao crivo do Poder Judiciário as eventuais controvérsias porventura existentes, durante ou após a execução do empreendimento, defendemos o entendimento no sentido de que já tarda entre nós a instituição efetiva de uma “cultura arbitral”, de modo que as geralmente complexas controvérsias entre as estruturas consorciadas possam ser solucionadas de maneira célere, técnica e menos onerosa por sujeitos imparciais e com o conhecimento técnico específico do objeto da discussão que, em boa parte das vezes, não se restringe a questões jurídicas. Em relação à arbitragem adotada pelo consórcio, seus reflexos e viabilidade jurídica perante a Administração Pública, abordaremos em tópico ulterior específico. Por ora, cabe asseverar ser plenamente legal e legítima a adoção pelo consórcio regido pela Lei das S.A da cláusula de resolução dos conflitos entre si existentes pela via arbitral.

No contrato de consórcio deve ser fixada, ainda, a definição das obrigações e responsabilidades de cada estrutura societária consorciada, bem como a definição do escopo específico de cada uma das consorciadas. Como dito, essa é a essência do consórcio, pois divide-se o empreendimento a ser executado de maneira racional possível, a partir da observância de critérios técnicos, econômicos e convencionais das estruturas jurídicas consorciadas.

Tal regra, na sistemática consorcial estabelecida pela Lei das S.A, se amolda perfeitamente à cláusula de não solidariedade (Lei n.º 6404/76, art. 278, § 1º) antes mencionada, sendo um dos principais motivos para a definição das obrigações e responsabilidades de cada estrutura societária consorciada. Esta disciplina, no entanto, sofre enfoque distinto quando o empreendimento a ser executado é ligado diretamente a um interesse público, consubstanciado em contrato celebrado com a Administração Pública, conforme será adiante demonstrado.

Conseqüentemente, a partir da definição do escopo específico de cada estrutura societária consorciada, será possível mensurar a participação na receita consorcial de cada uma das consorciadas, bem como a respectiva participação nos resultados.

É a consagração da comutatividade nos contratos celebrados pelo consórcio com terceiros (externamente) e em razão das estruturas consorciadas entre si (internamente). Logo, os encargos estabelecidos para determinada consorciada deverão, ao menos, corresponder às vantagens auferidas por cada uma e também pelo próprio consórcio.

Na hipótese de desequilíbrio entre os encargos e remuneração, devidamente comprovados, há que se fazer a devida revisão contratual (cláusula *rebus sic stantibus*), podendo ser apurado o *quantum*, inclusive, mediante processo arbitral.

De qualquer sorte, os encargos de cada estrutura consorcial, em última análise, do próprio consórcio, deverão ser equivalentes à remuneração auferida na execução do empreendimento.

Dispõe a Lei das S.A, ainda, que o contrato de consórcio deverá conter normas sobre a administração do consórcio, geralmente a cargo de uma gerência, órgão composto por integrantes indicados por cada estrutura societária consorciada, com atribuições previamente determinadas pelo contrato de consórcio.

Tal gerência, por seu turno, é, em regra, subordinada a um Conselho de Representantes, que, por sua vez, reúne os representantes legais de cada estrutura societária consorciada, a quem incumbem as decisões definitivas acerca das condutas e procedimentos a serem adotados pelo Consórcio, quer internamente, quer em relação a terceiros alheios à estrutura consorcial.

Naturalmente, pode tal órgão de deliberação superior avocar as atribuições da gerência, disciplinando dado assunto, por ser inerente à própria delegação, de previsão explícita no contrato de consórcio.

Prevê a Lei, ainda, a necessidade de estabelecimento no pacto consorcial da forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum. Embora omissa a lei, aplica-se o mesmo procedimento para a análise dos pleitos atinentes a cada estrutura consorciada perante o consórcio e até mesmo terceiros.

Estabelece, por outro lado, a necessidade de fixação de representantes do consórcio perante terceiros, inclusive o contratante. Geralmente tal representação recai sobre a empresa líder, nada obstando, no entanto, que seja convencionada outra forma de representação.

Por derradeiro, deverá ser fixado, se houver, contribuição de cada consorciada, em forma de aportes, ordinários e, eventualmente, extraordinários, nas despesas comuns do consórcio. Nada impede, portanto, que se estabeleça que as despesas na execução do empreendimento correrão por conta de cada estrutura consorciada, na proporção da execução de seus respectivos escopos.

Neste sentido, a solução que nos parece razoável é a criação de um fundo específico para as eventuais despesas extraordinárias, como, por exemplo, o ressarcimento de danos causados pelo consórcio, a ser constituído a partir do recolhimento de determinado percentual sobre o faturamento de cada estrutura societária consorciada. Se, ao final da execução do empreendimento (ou do prazo fixado para o cumprimento de outras obrigações consorciais além do termo final da execução do empreendimento), em não havendo despesas comuns, extraordinárias ou não (incluindo-se aí, na esteira do exemplo mencionado, o dever de indenizar a terceiros), serão tais recursos repartidos entre as estruturas jurídicas consorciadas, na proporção da contribuição de cada uma das consorciadas, devidamente atualizados monetariamente.

Ainda em sede de considerações genéricas acerca da sistemática do consórcio entre empresas estabelecidas pela Lei das S. A., cumpre considerar a natureza do contrato de consórcio e das cláusulas que o informam.

2.3. CONSÓRCIO E TERMO DE ACORDO OPERACIONAL.

O Termo de Acordo Operacional, diga-se por oportuno, não se confunde com o contrato de constituição de consórcio, embora possa ser abrangido por este último.

Tal contrato se reveste das características de sinalagmaticidade (todas as estruturas societárias componentes do consórcio possuem direitos e obrigações perante as outras consorciadas, diante do próprio consórcio e perante terceiros, independentemente do número de entidades consorciadas), comutatividade (todas as consorciadas possuem entre si e perante o contratante obrigações equivalentes às vantagens auferidas, o mesmo ocorrendo no consórcio em relação ao contratante, conforme será visto), onerosidade (as obrigações a serem executadas por cada estrutura consorciada, em última análise, pelo consórcio, são traduzíveis economicamente), formalidade mínima (pois, na sistemática estabelecida pela Lei das S.A. os requisitos constantes dos arts. 278 e 279 se apresentam, como dito, como constitutivos mínimos, razão pela qual não se exaurem no rol citado, sendo certo, ainda, que a Lei prevê o registro das alterações do consórcio no registro do comércio do lugar de sua sede, com a publicação da referida certidão), a termo (pois o consórcio nasce com existência predeterminada).

Com relação à formalidade, é de se advertir que tal característica não é absoluta. Com o dito, parece haver sido a intenção do legislador estabelecer requisitos mínimos indispensáveis à configuração jurídica do consórcio.

Portanto, dentro do balizamento mínimo estabelecido pela Lei das S.A., ou seja, desde que respeitadas tais disposições, fica o remanescente à criatividade, oportunidade e conveniência técnica e financeira das consorciadas no sentido de fixar cláusulas e condições para a melhor e eficiente execução do escopo consorcial¹⁴.

Assim, por exemplo, poder-se-ia citar a cláusula que cria a obrigação da gerência fornecer relatórios circunstanciados da execução do empreendimento ao Conselho de Representantes ou, ainda, a fixação de penalidades como a redução na participação

¹⁴ Neste sentido assevera Rachel Sztajn ao afirmar que "O espaço reservado à manifestação das partes é bastante amplo. Exatamente essa flexibilidade é que permite que o consórcio apareça como forma de limitação da concorrência" In: *Contrato de Sociedade e Formas Societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 126.

consorcial na hipótese de mora ou inadimplemento até a exclusão da consorciada contumaz inadimplente.

Há, pois, liberdade na fixação de cláusulas regedoras do consórcio que, no entanto, são limitadas pela Constituição, pela Lei das S.A, pela moral e bons costumes, estes últimos, aliás, fontes do direito comercial.

O instituto consorcial, como visto, comporta diferentes regimes jurídicos, conforme varie seu objeto.

Portanto, a despeito das críticas doutrinárias no sentido de ser tímido o disciplinamento dos consórcios empresariais no direito brasileiro, o fato é que, no nosso entender, não poderia ser diferente, tendo em vista a maior ou menor complexidade da estrutura consorcial a partir da definição de seu escopo, decorrência natural da complexidade e diversidade de fatores que informam o fenômeno empresarial. Emerge daí, pois, a impossibilidade natural do legislador vislumbrar em tese e estabelecer no texto legal todas as especificidades que envolvem o instituto.

Neste sentido, procurou a Lei das S.A disciplinar os contornos básicos indispensáveis ao instituto, com o nítido cuidado de não desfigurá-lo, deixando clara a intenção de não conferir personalidade jurídica ao consórcio empresarial regido pela Lei n.º 6404/76.

O Contrato de Constituição de Consórcio, que é dotado de “solenidade mínima”, conferida pela Lei das S.A, estático por natureza, não se confunde com o Termo de Acordo Operacional, a despeito de ambos ostentarem natureza contratual, tendo em vista este último ser orientado pela criatividade das consorciadas, decorrência do princípio geral da liberdade das formas, que orienta em regra o direito privado, sendo seu limite a Constituição da República, a Lei das S.A, a moral e os costumes.

A disciplina jurídica da Lei das S.A é que servirá como regime jurídico base, na ausência de norma derogatória, para os consórcios cujo objeto seja a execução de empreendimento destinado ao atendimento de determinado interesse público.

3. ESTRUTURA JURÍDICA DO CONSÓRCIO DESTINADO ÀS CONTRATAÇÕES COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Variando o objeto do consórcio, varia seu disciplinamento jurídico. Cuida-se, na espécie, das estruturas jurídicas consorciais cujo objeto seja a realização de um empreendimento público (obras, serviços, etc...), cuja principal característica é o influxo das normas de direito público na estrutura consorcial, o que se justifica tendo em vista os altos interesses públicos na execução do objeto do consórcio.

A despeito de tal característica, digna de nota e que especializa a estrutura jurídica consorcial aqui tratada, sua base normativa originária reside no tratamento conferido pela Lei das S.A, que será afastado, no entanto, quando os diplomas de regência dos consórcios de licitantes apresentar regramento distinto.

3.1. O CONSÓRCIO E AS ESTRUTURAS SOCIETÁRIAS LICITANTES: O CONSÓRCIO REGIDO PELA LEI N.º 8666/93.

Se é certo que a disciplina jurídica da estrutura consorcial varia na proporção da finalidade do consórcio, não é menos certo que haverá variação da sistemática básica estabelecida pela Lei das S.A quando a finalidade consorcial for o fornecimento ou prestação de um serviço público¹⁵, ou a execução de uma obra pública.

Tal afirmação se justifica em razão dos altos interesses públicos na execução de tais empreendimentos, além das vultosas quantias empregadas em contratos dessa natureza.

Ademais, a contratação do consórcio se dá pela Administração Pública, que, “por ser pública”, suas contratações visam, como é intuitivo, ao atendimento do interesse público, que, naturalmente, se sobrepõe ao interesse particular, em obséquio ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

¹⁵ Sob o ponto de vista técnico, em sede de prestação de serviços públicos, é válida tanto a utilização da expressão “fornecimento de serviços públicos” adotada pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor (art. 6.º, X c/c art. 22, p. único), quanto a expressão consagrada em sede constitucional, qual seja, a “prestação de serviços públicos”, tendo em vista que, independentemente da terminologia utilizada, deve sempre restar compreendido que ambos os termos sinalizam para o desenvolvimento de atividade positiva pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes.

Destarte, enquanto no direito privado, em matéria consorcial, vigora o princípio da liberdade das formas, corolário da autonomia da vontade das partes, desde que observado o esquema abstrato mínimo – e não máximo, frise-se – da Lei das S.A para a estrutura consorcial, no direito público, ao revés, prevalece o princípio da legalidade das formas, de modo que o legislador, sensível quanto à necessidade de ampliar a competitividade nas contratações públicas, aliada à necessidade de eficiência, economicidade e razoabilidade e realidade (entendido este último princípio como sendo a possibilidade de execução do objeto contratual), nos empreendimentos decorrentes de contratações públicas, franqueou a possibilidade da formação de estruturas consorciais licitantes¹⁶.

Contudo, como os interesses nesta sede são outros, se estabeleceu um travejamento legal para a disciplina consorcial dotado de especialidade, em boa parte derogatório da sistemática da Lei das S.A, embora adotando tal regime subsidiariamente¹⁷, adequando-o às necessidades e interesses públicos.

Passa-se, pois, à análise da disciplina consorcial prevista na Lei de Licitações, cuja matéria está disciplinada no art. 33 da Lei nº 8666/93.

Desde logo, vale asseverar que a participação de consórcios nos procedimentos licitatórios realizados pela Administração Pública só se dará a partir da análise, por parte do Administrador Público, da oportunidade e conveniência em se permitir a participação de estruturas societárias em consórcio.

Com efeito, é a análise do objeto a ser licitado que permitirá se conferir se é cabível ou não, conveniente ou não, a possibilidade de participação de estruturas societárias consorciadas. Veja-se a hipótese através de exemplos.

Suponha-se que a Administração Pública pretenda contratar a construção de um muro. Neste caso, é razoável a vedação a participação de empresas em consórcio, tendo em vista a ausência de necessidade de projetos básicos e executivos complexos e irrealizáveis por uma única estrutura empresarial isolada. Noutra caso, pretende a Administração contratar a construção e operacionalização de uma usina hidrelétrica. Neste caso, nitidamente distinto do primeiro, é evidente que o grau de complexidade e dificuldade de realização do

¹⁶ Sobre o tema, vale conferir o trabalho de PRATA, Ana, *in*: Tutela Constitucional da Autonomia Privada. Coimbra: Almedina, 1982.

¹⁷ Sobre o tema, ver art. 54 da Lei n.º 8666/93.

empreendimento por uma única estrutura empresarial é muito maior, fato este que autoriza a Administração Pública a franquear a participação na competição de consórcios.

A inconveniência no 1.º exemplo se dá, quer sob o ponto de vista técnico (a construção de um muro simples, em situações normais, não exige grandes conhecimentos técnicos), quer sob o ponto de vista econômico (a Administração pode viabilizar a participação de um número bem maior de licitantes e, portanto, obter uma proposta economicamente mais vantajosa). Ao revés, no 2.º exemplo, a opção pela permissão em participar da competição de estrutura consorcial se revela conveniente, quer sob o ponto de vista técnico (na construção de uma usina, várias tecnologias podem estar envolvidas, de modo que uma única empresa isolada não tenha condições ou interesse em participar da competição), quer sob o ponto de vista econômico (desmembrar a contratação em várias licitações pode constituir elevação dos custos da Administração Pública) e a própria realidade do objeto (pois pode haver empresas que, isoladamente, não executem a construção de uma usina hidrelétrica em todas as suas composições).

Assim, e não obstante a complexidade técnica específica que os exemplos retratam, é lícito se entender que se trata de um juízo de valor, sim, por parte do administrador, não dotado de cunho político, mas técnico (discricionariedade técnica), portanto, plenamente controlável judicialmente, desde que ofensivo aos princípios que informam a atividade administrativa, notadamente o da razoabilidade.

Logo, a vedação à participação de consórcio nas licitações há que se fundar em motivos tecnicamente justificáveis, sob pena de inviabilizar a própria contratação e relegar a segundo plano os princípios que informam a atividade administrativa.

Significa dizer que, em alguns casos, a licitação com ampla competitividade só é passível de efetivação a partir do permissivo constante do Edital de participação do consórcio, tendo em vista os imperativos principiológicos antes mencionados. Portanto, nas licitações de grande vulto e de alta complexidade técnica, é comum (e razoável) a permissão de participação de consórcios.

De outro lado, nas licitações em que a execução de seu objeto não exija maiores qualificações técnicas e econômicas, a regra é a impossibilidade de participação de consórcios.

Tal se justifica tendo em vista que o consórcio, como é formado por estruturas societárias isoladas, em tese reduziria o número de licitantes e potenciais contratados e, portanto, a possibilidade de alcance por parte da Administração Pública de proposta mais vantajosa, alcançada após ampla competição, dentre o maior número de concorrentes qualificados, o que ensejaria perda substancial na economicidade da contratação.

Aliás, o consórcio, em tese, e dependendo das circunstâncias, pode constituir abuso do poder econômico, com eventual eliminação da concorrência, aumento arbitrário de lucros ou até mesmo a dominação da mercados (art. 173, § 4.º da CR/88 c/c arts. 20 e 21 da Lei n.º 8884/94), o que não se pode admitir.

Contudo, tais premissas não podem ser levadas ao extremo, a ponto de se inviabilizar uma contratação mais eficiente e econômica para a Administração quando a complexidade do objeto da contratação primar pela execução por estrutura consorcial, sendo assim, pois, que deve ser encarada a discricionariedade técnica da Administração Pública licitante em limitar nos certames a participação de consórcios.

Avançando nas considerações, é permitida a participação do consórcio no certame licitatório: a Lei de Licitações determina que as estruturas societárias isoladas que pretendam formar consórcio, caso venham a ter adjudicado o objeto do contrato, apresentem, por ocasião da licitação, um termo de compromisso de constituição de consórcio, que faz as vezes de uma “promessa de consórcio”, ostentando natureza jurídica de contrato preliminar, vinculada a sua execução à ocorrência de um evento futuro e incerto (sagar-se o promitente consórcio vencedor no certame).

Este termo deve conter, basicamente os requisitos constantes do art. 33, I, II, V e §§ 1.º e 2.º da Lei de Licitações, sobre os quais passa-se a discorrer.

Tal compromisso pode se dar por instrumento público ou particular, devendo ser subscrito por cada estrutura societária promitente consorciada, vinculados seus efeitos, como dito, a formalização da contratação com o Poder Público.

Exige a Lei de Licitações que cada estrutura societária promitente consorciada apresente, na fase de habilitação, os respectivos documentos referentes à habilitação jurídica,

qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal (Lei n.º 8666/93 arts. 28 a 31), admitindo, no entanto, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos técnicos de cada estrutura societária promitente consorciada, o que é intuitivo, pois, do contrário, restaria frustrada a própria essência e finalidade do consórcio.

Neste sentido, não podem os Editais de Licitação vedar a soma dos quantitativos técnicos das promitentes consorciadas quando admitida a participação em consórcio, sob pena de violação ao disposto no art. 33, IV, 1.ª parte, da Lei de Licitações.

Ainda para efeito de somatório dos quantitativos técnicos, é plenamente admissível que uma promitente consorciada, que é controlada por estrutura societária não componente do consórcio, se aproveite dos quantitativos técnicos de estrutura empresarial controlada por seu controlador em parceria no consórcio que se pretende implementar.

O dispositivo legal citado admite, ainda, que as promitentes consorciadas, para fins de qualificação econômico-financeira, somem os valores correspondentes a cada estrutura societária considerada isoladamente. Nesse caso, pode a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para o licitante que participa da competição individualmente.

Tal *discrimen*, no nosso entender, além de violar frontalmente o princípio da razoabilidade, viola o princípio da competitividade, pois tal acréscimo pode, em algumas situações, inviabilizar a própria participação do consórcio.

Tanto é assim que não previu a lei o inconstitucional aumento nos consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas, assim definidas em lei.

Embora a proteção à pequena e microempresa seja princípio norteador do desenvolvimento da atividade econômica (art. 170, IX, da CR/88), a efetividade do comando constitucional, em sede de licitações, restará vulnerada se a pequena empresa participar em certame licitatório, sob o signo de promessa de constituição de consórcio, caso se alie à estrutura empresarial de grande porte, o que é um manifesto contra-senso.

Ademais, se é certo que a Constituição da República nitidamente se preocupou com as pequenas empresas, não se pode desconsiderar que a atividade empresarial como um

todo é incentivada e protegida por nossa sistemática constitucional, uma vez que o desenvolvimento da atividade econômica, como enfatizado, é meio para que o Estado Brasileiro alcance seus fins, estabelecidos no mesmo Texto Constitucional em seu art. 3º.

Estabelece o Estatuto das Licitações, ainda, como impedimento objetivo referente à participação de empresas em consórcio (promitentes consorciadas) participarem nesta condição em mais de um consórcio na mesma licitação. Nada obsta, no entanto, e desde que a empresa em consórcio detenha capacidade financeira e técnica, participar de vários empreendimentos.

Embora a Lei de Licitações não se refira à subcontratação¹⁸, esta deve ser entendida como incluída na proibição, em obséquio ao princípio da moralidade administrativa.

Inova na sistemática prevista na Lei das S.A a Lei de Licitações ao estabelecer a responsabilidade solidária das prometentes consorciadas pelos atos praticados pelo promitente consórcio na fase da licitação, estendendo-se tal regime de responsabilização quando da constituição do consórcio, e durante a execução do contrato.

A rigor, eventuais danos à Administração Pública contratante são causados em sede de execução contratual, nada obstando, no entanto, que o dano advenha na fase do procedimento licitatório, como por exemplo, na hipótese em que se descubra por ocasião de diligência a apresentação de atestado de capacitação técnica falso por uma das consorciadas (art. 93 da Lei n.º 8666/93) ou, ainda, a combinação prévia de preços ou ajustamento de vantagens na licitação (art. 90 da Lei de Licitações c/c art. 21, VIII, da Lei n.º 8884/94), com a finalidade de eliminar a concorrência, aumentar arbitrariamente os lucros ou dominar o mercado (CR/88, art. 173, § 4.º), através da prática do *dumping*¹⁹, por exemplo, hipótese em que os prometentes consorciados responderão solidariamente, garantindo-se indenização aos demais prometentes consorciados em face do promitente consorciado culpado que ensejou a responsabilização do promitente consórcio.

¹⁸ Não é rara a previsão de cláusulas desta natureza nos compromissos de constituição de consórcio.

¹⁹ Na lição de Welber Barral, sob o ponto de vista jurídico, "ocorre quando o preço de exportação de um bem é inferior ao preço de venda do mercado exportador. Para ser condenável, esta diferença de preços (*margem de dumping*) deve causar um dano material à indústria do país importador". In: *Dumping e Comércio Internacional: A regulamentação Antidumping Após a Rodada do Uruguai*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Neste caso, eventual declaração de inidoneidade (art. 87, IV, da Lei n.º 8666/93) recairá sobre todas as prometentes consorciadas, pois se as mesmas auferem os bônus proporcionados pela estrutura consorcial, devem igualmente arcar com os prejuízos daí advindos.

No consórcio licitante formado entre empresas brasileiras e estrangeiras, a liderança caberá, obrigatoriamente, a empresa brasileira, sendo tal dispositivo nitidamente protetivo da empresa brasileira, que efetivamente não se encontra em igualdade substancial com a empresa estrangeira, daí o *discrimen*.

Contudo, tal restrição pode eventualmente inviabilizar uma melhor contratação para a Administração Pública, notadamente naquelas hipóteses em que o parceiro brasileiro só encontrar parceiros estrangeiros que só aceitem participar do negócio na condição de líder, além de não se coadunar, no nosso entender, com as modernas tendências mundiais de atenuação das restrições comerciais entre os países e blocos econômicos, corolário da integração entre os povos (art. 4.º da CR/88), do qual a integração empresarial é perspectiva.

Todavia, esta foi a opção do legislador da Lei de Licitações, que preferiu resguardar a empresa brasileira em detrimento de uma contratação técnica e economicamente mais vantajosa para o Erário.

É de se lembrar, no entanto, que a atestação técnica do licitante estrangeiro, para ser aceita no Brasil, deverá ele apresentar seus acervos técnicos equivalentes aos expedidos no Brasil, devidamente autenticados pelo respectivo consulado e traduzidos por tradutor juramentado, além do necessário registro no Cartório de Títulos e Documentos, na forma do que dispõe o art. 126, 6.º da Lei n.º 6015/77.

Por fim, estabelece a Lei de Licitações a obrigatoriedade dos prometentes consorciados promoverem, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio²⁰, cuja disciplina é a prevista nos arts. 278 e 279 da Lei das S.A, sendo este o

²⁰ Como se verá adiante, a Lei Geral de Concessões de Serviços Públicos constitui relevante avanço neste aspecto, pois, embora possibilite a participação de prometentes consorciadas, pode exigir, antes da assinatura do contrato, que os prometentes consorciados constituam uma sociedade de propósito específico de gestão e exploração do serviço (art. 20 da Lei n.º 8987/95). Se houver tal previsão no Edital, a promessa de constituir consórcio jamais poderá ser cumprida!

panorama geral do consórcio entre licitantes para os contratos de que trata a Lei de Licitações.

Não se pode deixar de consignar que parece incontroverso o fato de que a Lei de Licitações, inspirada pelas bases da estrutura consorcial estabelecida pela Lei das S.A., também adotou a orientação no sentido de não conferir personalidade jurídica ao consórcio, o que, no nosso entender, constitui um retrocesso, conforme será explicitado em tópico específico ulterior.

Do exposto, embora não seja possível diferenciar totalmente o consórcio disciplinado pela Lei das S.A. e o da Lei de Licitações, haja vista a aplicação subsidiária do primeiro diploma na estrutura jurídica do consórcio entre licitantes, em decorrência da relação de generalidade e especialidade entre os diplomas legais citados, é possível traçar algumas distinções, a saber:

Em relação à sua composição, o consórcio da Lei das S.A. é aquele constituído entre sociedades mercantis que, segundo a dicção da Lei n.º 6404/76, não se apresenta possível o consórcio entre comerciantes individuais ou entre estes e as sociedades comerciais, conforme se infere da cristalina dicção do *caput* do art. 278 da Lei das S.A., ao passo que o consórcio entre licitantes pode se dar entre comerciantes individuais e até mesmo entre não comerciantes²¹, bem como comerciantes individuais e sociedades comerciais.

No que diz respeito ao objeto do consórcio, na sistemática da Lei das S.A. será sempre para a execução de determinado empreendimento (art. 278, *caput*), no sentido de ser criado para a realização de determinada atividade de cunho econômico, significando dizer que o objeto desta espécie consorcial poderá ser qualquer atividade econômica, a ser desenvolvida pelo consórcio de forma empresarial. Ao revés, o consórcio entre licitantes, regido pela Lei de Licitações, embora também tenha escopo determinado, terá seu campo de atuação reduzido, pois restringe-se à execução de obras, prestação de serviços, fins

²¹ Suponha-se a realização de concurso pela A.P para a confecção de estudo específico sobre determinado tema que, no entanto, supõe o domínio de várias ciências conexas, tais como direito, sociologia e economia. Nada obsta que pessoas físicas somem esforços através da formação de consórcio para a realização de trabalho intelectual coletivo. Neste sentido, vale conferir o magistério de Carlos Ari Sundfeld ao asseverar que: "O consórcio não tem personalidade jurídica própria, sendo mera conjugação de pessoas físicas ou jurídicas que se vinculam por contrato para o atingimento de um fim comum.(...) O art. 33 - *caput* menciona apenas o consórcio de empresas, que é o caso mais comum. Mas isso não descarta o consórcio de pessoas físicas, quando o objeto o admita, como nos concursos." *In: Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 131.

normalmente²² visados pela Lei de Licitações (art. 31, XXI, da CR/88 c/c art. 1.º *caput*, da Lei n.º 8666/93).

Em relação ao regime de responsabilidade, a regra é no sentido de que o consórcio da Lei das S.A não gera presunção de solidariedade²³, ao passo que o consórcio entre licitantes, por expressa determinação legal (art. 33, V, da Lei de Licitações), é dotado do regime de responsabilidade solidária.

Na hipótese de falência de uma consorciada, na sistemática da Lei das S.A., em obséquio ao princípio da continuidade da empresa, prossegue o consórcio e a execução do empreendimento com as outras consorciadas (art. 278, § 2.º), enquanto na Lei de Licitações, a decretação da falência de um dos consorciados é motivo para a rescisão do contrato (art. 78, IX, da Lei de Licitações).

A parte que contrata o consórcio, na disciplina da Lei das S.A. é geralmente do mercado, da iniciativa privada, enquanto a contratante do consórcio entre licitantes será sempre a Administração Pública, Direta ou Indireta, de quaisquer dos Poderes dos entes da Federação.

Por conseguinte, os conflitos de interesses entre o consórcio regido pela Lei das S.A. e seu contratante poderão ser resolvidos pela via da arbitragem (art. 279, III, da Lei das S.A. c/c a Lei n.º 9307/96), ao passo que os conflitos entre o consórcio contratado e a Administração Pública contratante serão sempre resolvidos no foro da Administração, por força do art. 55, § 2.º da Lei de Licitações²⁴.

No que tange ao regime de parceria no âmbito interno do consórcio, na forma do art. 278, *caput*, da Lei n.º 6404/76, nada obsta que a liderança seja exercida por empresa estrangeira, enquanto o consórcio entre licitantes brasileiros e estrangeiros será sempre exercido por empresa brasileira (art. 33, § 1.º, da Lei n.º 8666/93).

²² Diz-se normalmente tendo em vista que a Lei de Licitações também regula as alienações de bens e as locações em que a Administração Pública seja locadora, atividades que, por sua própria natureza, excluem a aplicação do instituto consorcial.

²³ A Lei das S.A ao se referir expressamente em seu art. 278, § 1.º que o consórcio regido por esta Lei não gera presunção de responsabilidade, numa leitura desatenta nos leva à falsa premissa de que a solidariedade pode ser presumida, quando se sabe que a regra geral é no sentido de que a solidariedade não se presume, sempre resultando da Lei ou da vontade das partes.

²⁴ Sobre os litígios consorciais e a arbitragem discorreremos em tópico ulterior específico.

Do quadro comparativo acima delineado, e a despeito de uniformidade de orientação em ambos os diplomas legais no sentido de não conferir personalidade jurídica ao consórcio, verifica-se uma natural flexibilidade no regime e estrutura jurídica do consórcio regido pela Lei das S.A, enquanto o consórcio entre licitantes, embora tenha como referência básica o consórcio da Lei das S.A, é revestido de maiores formalidades, o que se justifica em razão de seu escopo (execução de obra ou serviço de interesse público).

Significa dizer que para o consórcio empresarial da Lei das S.A vigora o princípio da liberdade das formas, em vista dos objetivos privatísticos a serem atendidos, enquanto o consórcio entre licitantes é orientado pelo princípio da legalidade das formas, em decorrência do já mencionado interesse público que envolve o objeto do consórcio.

3.2. CONSÓRCIO PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: O CONSÓRCIO REGIDO PELA LEI Nº 8987/95.

Além de poder o consórcio regido pela Lei das S.A desenvolver quaisquer atividades econômicas e a estrutura consorcial da Lei de Licitações ser destinada à execução de obras e prestação de serviços como regra geral, vale mencionar a formação de consórcio para a execução de determinado serviço público²⁵.

Na disciplina do consórcio prestador de serviços públicos, regido pela Lei n.º 8987/95, a Lei de Licitações só se aplica subsidiariamente e, na sua omissão, à disciplina consorcial prevista na Lei n.º 6404/76.

Seguindo a orientação do art. 33 da Lei de Licitações, estabeleceu o art. 19 da Lei de Concessões a opção discricionária do Poder Concedente em admitir ou não a formação de estruturas consorciais para a prestação de serviços públicos.

²⁵ A partir de uma leitura desavisada, poder-se-ia cogitar que o a prestação de serviços regida pela Lei de Licitações se confunde com a concessão de serviços públicos, em última análise, com a prestação de serviços públicos "propriamente ditos". E assim se denomina doutrinariamente tal categoria de atuação estatal, tendo em vista se tratar de delegação da execução de atividades finalísticas do Estado, como saneamento, transportes, energia, rodovias, a serem desenvolvidas por conta e risco do prestador dos serviços (concessionário), que se remunera a partir da cobrança de uma tarifa módica fixada a partir da proposta vencedora na licitação para a execução do contrato de concessão, a ser cobrada dos usuários do serviço público, ao passo que os serviços regidos pela Lei de Licitações são aqueles considerados instrumentais, acessórios, remunerados pelo próprio Poder Público. Sobre o tema ver nosso "O contrato de Prestação de Serviços Públicos - análise da possibilidade de adoção e distinção para a concessão. Trabalho apresentado na disciplina Regime Jurídico das Empresas Prestadoras de Serviços Públicos, no Mestrado em Direito Empresarial da Universidade Cândido Mendes, 2000.

Contudo, tal opção somente é discricionária sob o ponto de vista técnico (discricionariedade técnica), fundada em critérios principiológicos de eficiência, economicidade, razoabilidade e realidade, pois a vedação à formação de consórcio, desatendidas tais premissas principiológicas, é plenamente sindicável junto ao Poder Judiciário, notadamente naquelas hipóteses em que o Edital vedar a formação do consórcio em que o mesmo seja plenamente razoável em razão da complexidade do objeto.

De outro lado, é razoável se entender que, como a Lei de Concessões trata também das permissões de serviços públicos, parece que, nestes casos, tendo em vista a possibilidade de delegação da execução de serviços públicos a pessoas físicas (art. 2.º, IV da Lei n.º 8987/95), aumentaria a discricionariedade do Poder Concedente em admitir ou não a formação do consórcio. Tal se justifica, uma vez que a regra geral é no sentido de que o objeto da permissão de serviço público, por ser menos complexo, inclusive sob o ponto de vista econômico, dispensaria em tese a formação do consórcio.

Destaque-se, ainda, um argumento de ordem pragmática, ou seja, é rara a admissão nos Editais de Licitação de formação de consórcio para as permissões de serviços públicos, valendo citar como exemplo os serviços de transporte rodoviário de passageiros, em que as delegações são, na sua grande maioria, materializadas por permissão a uma única estrutura empresarial isolada.

Poder-se-ia objetar, ainda, a partir da interpretação literal do art. 2.º, IV, que a Lei de Concessões não previu para as permissões a possibilidade de formação de consórcio, como fez expressamente em relação às concessões (art. 2.º, II e III da Lei n.º 8987/95), demonstrando que o legislador não pretendeu, para as permissões, a possibilidade de formação de consórcio.

Contudo, tal interpretação cairia por terra, consoante o disposto no art. 40 da Lei de Concessões que prevê a aplicabilidade às permissões de tudo quanto aplicável às concessões, desde que compatível. Aliás, se o pregão²⁶ admite a formação de consórcio entre os licitantes, que é o menos, porque não admitir o consórcio às permissões de serviços públicos, que constituem um *plus* em relação ao pregão.

²⁶ O pregão é uma nova modalidade licitatória instituída pela MP n.º 2026/2000 e, na forma do seu art. 2.º, destina-se a aquisição de bens e serviços comuns. Logo, é intuitivo que o que é comum não pode ser complexo e, para o pregão, por força do art. 17 do Decreto n.º 3555/2000, se admite a formação de consórcio.

Ademais, não existem critérios sólidos na Lei de Concessões que nos permita inferir quando um serviço deve ser delgado por concessão ou permissão, razão pela qual entendemos que a regra é no sentido da desnecessidade de consórcio para as permissões de serviços públicos, embora não seja vedado, a despeito de previsão expressa na Lei Geral de Concessões.

Avançando nas considerações, verifica-se que, na linha do que já dispunha o art. 33, I da Lei de Licitações, prevê a Lei nº 8987/95, em seu art. 19, I, a necessidade de comprovação, por parte do licitante que pretenda participar do certame em consórcio, da assunção de compromisso público ou particular de constituição de consórcio.

Tal compromisso, como já assinalamos, tem natureza de contrato preliminar, cuja efetividade está condicionada a ocorrência de evento futuro e incerto, qual seja, sagrar-se o consórcio vencedor no certame. O mesmo se diga em relação à necessidade de indicação da empresa líder, que a lei denominou de responsável pelo consórcio.

Contudo, há inovação da Lei de Concessões que, diferentemente da Lei de Licitações, não asseverou a necessidade da empresa líder ser brasileira, sendo comum, nas licitações aqui mencionadas, a empresa estrangeira ser a líder. Mas não é só. Pode o consórcio regido pela Lei de Concessões ser constituído em sua totalidade por empresas estrangeiras, o que constitui inovação salutar para o incremento da competitividade nos certames envolvendo as concessões de serviços públicos, com significativa atração de capitais e investidores estrangeiros, providência legislativa, portanto, digna de nota.

Ainda na esteira da disciplina da Lei de Licitações, a Lei Geral de Concessões também tratou de vedar expressamente a participação de uma empresa consorciada, na mesma licitação, em mais de um consórcio ou isoladamente. Para tal fim, deve-se entender a empresa e o conjunto de empresas que compõem uma *holding* por exemplo, uma vez que, seria de todo anti-competitivo, desarrazoado e imoral que determinadas empresas de um grupo competissem entre si, no mesmo certame, sendo o controle acionário de ambas pertencentes à uma terceira empresa, além de constituir, como já dito, ofensa à ordem econômica, na forma do já citado art. 173, § 4º da CR/88 c/c arts. 20 e 21 da Lei nº 8884/94.

A Lei de Concessões se refere, ainda, em seu art. 19, III, a necessidade de apresentação dos documentos exigidos no art. 18, que equivalem aos previstos nos arts. 27 a 31 da Lei de Licitações, ou seja, habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica e qualificação econômico-financeira, devendo, na esteira da Lei de Licitações, tais documentos ser apresentados por cada consorciada, isoladamente.

A despeito da omissão legislativa, é plenamente razoável se entender pela aplicabilidade ao consórcio da Lei de Concessões as regras referentes às normas atinentes aos quantitativos técnicos e econômicos (art. 33, III) previstos na Lei de Licitações, a serem apresentados pelo consórcio para atendimento das exigências da Administração Pública, sob pena de frustrar a própria razão de ser do consórcio. No mais, remetemos o leitor as considerações feitas em relação aos específico aspecto aqui abordado quando tratamos do consórcio regido pela Lei de Licitações.

Avançado nas considerações, a Lei de Concessões prevê a possibilidade da Administração Pública exigir das promitentes consorciadas vencedoras no certame, e desde que prevista no Edital, a constituição, antes da celebração do contrato, do consórcio antes prometido, bem como seu pertinente registro (art. 20, § 1.º, da Lei n.º 8987/95), neste particular, aplicável a disciplina do art. 279 da Lei das S.A..

Prevê a Lei de Concessões, ainda, a responsabilidade da empresa líder do consórcio perante o Poder Concedente, independentemente da responsabilidade solidária das demais consorciadas. Portanto, admitindo-se o consórcio, o contrato pode ser celebrado diretamente com o mesmo.

3.3. CONSÓRCIO E SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO.

Existe a possibilidade do Poder Concedente estabelecer no Edital da Licitação que o promitente consórcio vencedor, antes da celebração do contrato, se constitua em empresa, na forma do art. 20 da Lei de Concessões.

A discricionariedade do Poder Concedente nesta sede também é técnica, fulcrada em fatores principiológicos de economicidade, eficiência, razoabilidade e realidade. Nesta sede, é de se entender que a natureza do serviço público objeto da delegação é que

determinará a necessidade ou não de constituição de uma sociedade de propósito específico²⁷.

A sociedade de propósito específico, como é intuitivo, é constituída para a execução concentrada de determinado empreendimento de cunho empresarial, sendo seu único objetivo societário a execução do serviço público concedido. Sua existência vincula-se à continuidade do empreendimento que constitui seu objeto, o que já a diferencia de outras estruturas societárias que, em regra, nascem com vida indeterminada.

Embora se trate nesta sede da sociedade de propósito específico com o fim de gerir, técnica e financeiramente, a execução de determinado serviço público, tal estrutura empresarial também é utilizada para empreendimentos realizados pela iniciativa privada, sendo, portanto, amplo e ilimitado o espectro de atuação da referida estrutura jurídica empresarial.

Destarte, poderá o Poder Concedente optar por estabelecer no Edital que a contratação futura se dará com o consórcio vencedor ou com uma sociedade constituída especificamente para a gestão do serviço objeto da delegação. Nesse caso, a rigor, é desnecessário e até mesmo contraditório exigir no Edital, por ocasião da fase de habilitação, o compromisso de constituição de consórcio, pois equívale a prometer algo que jamais será cumprido! Daí sugerirmos, *de lege ferenda*, que se exija dos licitantes em parceria compromisso de constituição de sociedade de propósito específico, caso venham a sagrarem-se vencedores os promitentes, por ser solução mais coerente e adequada sob o ponto de vista técnico com o art. 20 da Lei n.º 8987/95.

A opção pela sociedade de propósito específico constitui um *plus* em relação ao consórcio, pois oferece mais vantagens, seja para as empresas em parcerias e sócias de nova sociedade, seja para a Administração Pública.

Para os acionistas controladores da sociedade de propósito específico, sob o aspecto interno da estrutura empresarial, confere-se especialidade (eficiência) na gestão do serviço público objeto do contrato celebrado com o Poder Público, como dito, único objetivo da estrutura jurídica empresarial em comento.

²⁷ Assim, por exemplo, tem-se optado pela formação de sociedades de propósito específico para a exploração de concessão de rodovias.

Por outro lado, oferece-se maior solidez, seja aos investidores da sociedade de propósito específico, seja aos terceiros alheios ao contrato de concessão que com ela negociam, tendo em vista ser seu passivo praticamente zero, eis que nasce contemporaneamente com a contratação com o Poder Público, gerando, portanto, maior confiabilidade e interesse do mercado em suas ações e títulos emitidos.

Outra vantagem sobre o consórcio é que neste só podem participar da contratação com o Poder Público aqueles promitentes que participaram da licitação sob a forma de compromisso de constituição de consórcio, ao passo que na sociedade de propósito específico é de sua essência a associação com empresas que não participaram do certame, mas que se situam como parceiras da sociedade de propósito específico, notadamente instituições financeiras, que cuidarão, como é intuitivo, da gestão financeira da concessão (*Project Finance*).

Contudo, a estrutura jurídica consorcial é menos desburocratizada no que diz respeito à sua organização interna que a sociedade de propósito específico, que se reveste da forma de S.A., o que poderia ser resolvido com o aperfeiçoamento deste último diploma.

Nada obsta, no entanto, que o consórcio adote disposições contratuais com fulcro em normas constantes da Lei das S.A. Mas é inegável a sua potencialidade criadora, adentrando com toda legalidade e legitimidade na seara da atipicidade das cláusulas contratuais do consórcio.

4. ALGUMAS QUESTÕES EM MATÉRIA CONSORCIAL.

Em razão da dinâmica que envolve a estrutura jurídica do consórcio entre licitantes, adicionado ao fato de o contratante ser a Administração Pública, várias questões se colocam à reflexão em matéria de liberdade e limites de atuação do consórcio e dos consorciados, quer entre si, quer em relação ao Poder Público contratante.

Tais questões, frise-se, não teriam maiores repercussões se o consórcio fosse disciplinado *in totum* pela Lei das S.A., cuja inspiração advém do princípio privatístico da liberdade das formas, com regramento mínimo estabelecido pelo diploma de regência citado,

o que não ocorre, como visto, quando o consórcio visa à execução de um empreendimento destinado ao atendimento de um interesse público.

4.1. CONSÓRCIO E ESTRUTURA SOCIETÁRIA ATÍPICA.

A análise do contexto em que se insere a natureza do consórcio como sociedade atípica ou não é verificada a partir das formas societárias expressamente previstas em lei e através de uma reflexão acerca da possibilidade de flexibilização das estruturas societárias.

É de se ressaltar, no entanto, a necessidade de adequação da idéia ante um sistema positivo e fundamentado na legalidade das formas, bem como alertar para o fato de que, embora seja saudável à atividade empresarial a flexibilização aqui alvitrada, tal liberdade de formas não pode ser ao ponto de desnaturar a própria forma societária ou ensejar a transformação do direito constitucional de livre associação em instrumento de instabilidade e insegurança jurídica.

É certo que o direito empresarial em geral, e o direito societário, como compartimento daquele, em particular, são orientados pelo dinamismo de suas normas, característica marcante desta disciplina jurídica, tendo em vista a necessidade de acompanhamento da rápida evolução do fenômeno econômico, objeto de preocupação da atividade empresarial e do direito, bem como da multiplicidade das relações jurídicas de cunho mercantil, uma vez que a atividade econômica constitui poderoso mecanismo para alcance do Bem-Estar Geral pugnado pelo Estado Democrático de Direito.

Assim, se, por um lado, a iniciativa privada tem profundo interesse na busca de mecanismos que otimizem as relações jurídicas de caráter empresarial, não se pode negar que o Estado também tem interesse na prosperidade das referidas atividades, eis que o desenvolvimento econômico, repita-se, é meio para que o Estado alcance seus fins.

Portanto, força é concluir que o aprimoramento dos mecanismos ou instrumentos para o desenvolvimento da atividade empresarial é tema de grande relevância. É neste contexto que se insere o presente estudo.

Destarte, é incontestável que o processo legislativo clássico adotado entre nós não atende de forma qualitativa e de tempo os anseios sociais, o que deve causar grande preocupação, principalmente quando a regulamentação que se persegue está ligada a um instrumento de desenvolvimento da atividade econômica.

Entretanto, tem-se como alternativa para a realização do dinamismo que informa o direito empresarial a necessidade de reconhecimento pelo direito de estruturas societárias atípicas, que, sendo formadas para fins lícitos, constituem poderosos instrumentos para o desenvolvimento das atividades econômicas e a conseqüente produção de riquezas.

Nesta teleologia é que se insere a estrutura consorcial, que, não obstante sua previsão em lei, não pode ser considerada como uma sociedade típica, considerando a tipicidade na aceção de delineamento rígido fixado em lei, com cerceamento da capacidade criadora dos sócios, o que vai de encontro à noção de flexibilidade do consórcio. Por outro lado, muito se aproxima de uma sociedade de fato, mas se afasta dela pelo regularidade de sua constituição (arts. 278 e 279 da Lei das S.A.).

Adicione-se, ainda, o fato de que em nossa sistemática o consórcio não tem personalidade jurídica, embora, reiteradamente, seja sujeito de direitos e obrigações, até mesmo nas contratações com o Poder Público, onde ele é o contratado²⁸, o que dificulta ainda mais o enquadramento sistemático do instituto.

Seria o consórcio um sociedade de fato? Parece que não, tendo em vista que a característica de toque das sociedades de fato está na ausência de regularidade formal de sua constituição, pois a sociedade de fato, como é intuitivo, não leva ao registro do comércio os seus atos constitutivos, o que a diferencia tecnicamente, inclusive, da sociedade irregular que embora tenha levado seu ato constitutivo a registro, posteriormente deixa de proceder regularmente na manutenção e atualidade desse mesmo registro. Acrescente-se, ademais, que tal premissa referente à sociedade de fato é excepcionada pela sociedade em conta de participação, que também leva seus atos a registro.

²⁸ Neste sentido é o magistério de Marçal Justen Filho: "É que a Administração considera, para contratar, o conjunto dos recursos (em aceção ampla) dos diversos consorciados. Produz-se uma soma, onde o importante é o conjunto total de bens recursos financeiros, capacitação técnica etc. - a Administração não toma em vista cada consorciado individualmente. Os consorciados comparecem diante da Administração como unidade.(...) A Administração contrata com o "consórcio", o que torna a situação radicalmente distinta." *In: Concessão de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 231.

Neste sentido, cumpre indagar se o consórcio seria sociedade de fato, estando no mesmo esquema legal de registro das sociedades em conta de participação.

Embora a Lei das S.A não se tenha firmado neste sentido, parece que tal premissa estaria afastada, pois o CPC, em seus art. 12, fez uma distinção, em termos de capacidade processual, entre sociedade de fato e sociedades sem personalidade, a evidenciar que tais institutos não são a mesma coisa.

Pensamos que o equacionamento do problema não reside na procura de se enquadrar o consórcio em uma ou outra categoria jurídica já existente, pois a estrutura consorcial é dotada de aspectos que não lhe permitem a adequação em qualquer outra categoria jurídica. É, pois, forma associativa peculiar, com disciplinamento variável, conforme varie seu escopo, com flexibilidade operacional e normativa que o diferencia das espécies societárias tradicionais²⁹.

4.2. ALTERAÇÃO UNILATERAL DO PACTO CONSORCIAL COM REFLEXOS IMEDIATOS NA EXECUÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO.

A análise do presente tópico evidencia nitidamente o regime jurídico de direito público que envolve os consórcios cujo escopo seja a realização de empreendimentos públicos. Para tanto, formula-se o seguinte exemplo:

Suponha-se que A e B celebraram um consórcio visando à execução de contrato celebrado com uma entidade da Administração Pública Direta cujo objeto consistia na execução de obras e serviços públicos, regido pela Lei de Licitações, sendo que A era a empresa líder.

Neste sentido, o instrumento de consórcio previa que todas as negociações e relacionamentos com a entidade contratante seriam veiculados, como é intuitivo, pela

²⁹ A mesma dificuldade de enquadramento da estrutura consorcial se infere dos ensinamentos de RACHEL SZTAJN, *verbis*: "Até 1976 o consórcio é, acredito, uma sociedade atípica. Tem características das sociedades de pessoas, porque a ligação entre as sociedades se faz em razão de características das sociedades consorciadas e não dos recursos que possam aportar para o empreendimento. Tem características de sociedade de capitais, pois não há responsabilidade subsidiária dos membros em relação às obrigações do grupo. A estrutura organizacional também se assemelha à de sociedade de capitais, pois os eventuais órgãos grupais supra-societários constituem forma hetero-organicismo. Essas sociedades de sociedades, atípicas, foram aceitas e assimiladas pelo sistema societário e acabaram por se transformar em tipo legal." *In: Contrato de Sociedade e Formas Societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 127-128.

empresa líder, bem como a previsão de que as consorciadas não poderiam alterar ou modificar a composição do consórcio sem a anuência da Contratante.

Com base em tal previsão, B formulou consulta junto à Contratante visando à sub-rogação de seus direitos e obrigações no contrato em tela à C, sociedade cuja atividade era a execução de obras e serviços da mesma natureza dos pactuados com a mencionada entidade, pedido que foi deferido pela Contratante.

Adicione-se, ainda, por relevante, que o contrato celebrado entre A, B e a referida entidade previa a possibilidade de subcontratação de parte das obras e serviços, no percentual máximo de 30% (trinta) por cento.

Com base nesta moldura fática, A questionou a possibilidade e validade jurídica da sub-rogação dos direitos e deveres contratuais de B a C, sem a anuência de A, ainda que com a anuência da Contratante, bem como as consequências jurídicas das condutas contratuais adotadas por B frente a A e diante da Contratante.

Assim, mister se faz acentuar, desde logo, que o cerne da questão, ao menos sob a ótica da Administração Pública, consistia em saber se, após regularmente estabelecida uma relação jurídica contratual, sob o regime de direito público, seria possível a modificação subjetiva do contrato, notadamente das partes contratantes.

Antes, no entanto, vale frisar que o procedimento de seleção da proposta que melhor atenda ao interesse público, quer sob o ponto de vista técnico (eficiência), quer sob o ponto de vista econômico (economicidade), se desenvolve sob o manto de critérios e métodos nitidamente objetivos, seja na descrição do objeto, seja no cadastramento dos interessados, seja na verificação da habilitação dos licitantes e até mesmo na apreciação das propostas, pois o que se visa é a melhor proposta, oferecida por quem esteja em melhores condições de ser contratado, independentemente da pessoa, física ou jurídica, do proponente, em obséquio ao princípio constitucional da impessoalidade.

Contudo, findo o procedimento seletivo, há verdadeira atenuação na objetividade antes mencionada, pois a partir da exploração da potencialidade do princípio do julgamento objetivo na fase seletiva se constatou que determinada unidade empresarial ou

aglomerado empresarial (consórcio) é quem melhor poderá atender ao interesse público específico da Administração, qual seja, a eficiente e econômica execução do contrato.

Em outras palavras, é contando com as características extrínsecas daquele licitante selecionado, a partir das constatações e averiguações procedidas na fase de habilitação e julgamento das propostas, que a Administração confiará a execução de um cometimento seu por aquele e não outro licitante, sendo daí, portanto, que emerge a característica *intuitu personae* do contrato administrativo.

A alteração subjetiva no contrato importa em rescisão unilateral pelo contratado e consorciado B, o que é inadmissível em sede de contratação administrativa. Só a Administração Pública, que conduz o interesse público na contratação, é que pode, potestativamente, extingui-lo unilateralmente, de modo que a conduta de B perante a Administração, ainda que com o seu consentimento, é despida de valor jurídico.

Por outro lado, não se deve confundir a cessão dos direitos e deveres inerentes à execução do contrato (de regra, vedada) com a subcontratação, sendo certo que, dentre as características distintivas mais marcantes, merecem destaque duas, ou seja, na cessão se tem a efetiva modificação subjetiva da relação contratual, enquanto na subcontratação não há modificação das partes contratantes, eis que a nova relação jurídica se cinge à subcontratação, permanecendo o subcontratante, portanto, como sujeito no contrato administrativo, respondendo perante a Administração pelos danos causados pelo subcontratado.

Haverá violação do princípio licitatório, pois C será contratado sem haver se submetido ao indispensável procedimento seletivo. Por outro lado, restará maculado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, pois haveria a necessidade de expressa previsão no instrumento contratual da possibilidade de mutação subjetiva do contrato. Neste sentido, se ultimada a mencionada cessão a C, restará também violado o princípio da impessoalidade, pois se conferirá tratamento diferenciado à empresa C em detrimento de um universo de potenciais interessados na contratação.

Aliás, a questão se agrava ainda mais, tendo em vista uma peculiaridade, qual seja, a empresa C, que segundo a pretensão de B ingressaria no contrato em pleno vigor, participou do procedimento seletivo que originou o presente contrato, e restou inabilitada, de

modo que a sua contratação, por via transversa, vulneraria o princípio da moralidade administrativa, que não permite que a Administração transacione com riscos ao atendimento do interesse público.

Ainda que hipoteticamente se admita a modificação subjetiva do contrato em pleno vigor, restaria comprometido o princípio da continuidade da execução dos serviços públicos, eis que a desmobilização dos equipamentos, materiais e recursos humanos de B e a substituição pela empresa C demandaria um tempo inconciliável com a entrega do objeto da licitação.

Tal mutação, advirta-se, poderia trazer sérios complicadores no campo da eficiência e economicidade, postulados que devem orientar os contratos administrativos

Restará violado, ainda, o princípio da padronização, que impõe a compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, padrão que dificilmente será alcançado com a modificação da "engrenagem" já acertada entre A e B.

Donde se conclui que a opção, a partir do exemplo aqui hipoteticamente apresentado, ainda que fosse considerada legal e legítima, extrapolaria a razoabilidade elementar às condutas administrativas, por manifesta inadequação do meio utilizado ao fim pretendido.

Ademais, além dos princípios jurídicos licitatórios acima realçados, nunca é demais enfatizar a necessidade de segurança jurídica nas contratações procedidas pela Administração, que provavelmente restaria vulnerada caso o quadro fático narrado no exemplo se efetivasse.

4.3. LIDERANÇA NO CONSÓRCIO E CONSORCIADO MINORITÁRIO.

A despeito de falta de previsão legal, haja vista a ausência de disciplina legal sobre o tema na Lei de S.A, bem como no silêncio da Lei de Licitações – que só exige que a Empresa Líder seja brasileira e constituída com capital nacional, o que é de duvidosa constitucionalidade – o fato é que nada obsta, no nosso entender, que a empresa líder no consórcio tenha participação consorcial menor ou igual a outra consorciada, eis que as

atribuições da liderança na gestão do empreendimento não estão necessariamente vinculadas à participação no consórcio, embora comumente a empresa líder seja a que possui maior participação no empreendimento objetivo do consórcio.

Aplica-se, por analogia, o mesmo raciocínio, p. ex., do que ocorre numa sociedade por quotas, em que o sócio gerente pode ser eleito sem que necessariamente possua maior participação societária que os demais sócios ou sócio, nada obstando, portanto, que o consórcio seja liderado por empresa com participação minoritária no empreendimento.

Tal avença, por outro lado, nenhum prejuízo causa à Administração Pública, já que, na forma do que dispõe a Lei de Licitações, a responsabilidade das consorciadas é solidária e ilimitada.

Nada impede, por outro lado, que a empresa líder, ainda que com participação minoritária, receba uma remuneração, a título de *pro labore* pela Administração do Consórcio, matéria que se situa, no entanto, na autonomia da vontade dos consorciados.

4.4. REMUNERAÇÃO DOS CONSORCIADOS.

Nesta scara, pode-se desde logo afirmar ser irrelevante para a Administração Pública a remuneração do Consorciado, a menos, é óbvio, que o pactuado entre os consorciados venha a manifestamente evidenciar que, na forma do convencionado, o consorciado não poderá cumprir suas obrigações perante a Administração.

É a Administração Pública verificando, no caso concreto, a comutatividade dos contratos, independentemente de responsabilidade solidária dos consorciados, constituindo, pois, limite à autonomia da vontade, justificada por razões de interesse público, consubstanciada, no caso, pela manutenção da regularidade na execução viável do contrato.

4.5. CONSÓRCIO E ARBITRAGEM.

A arbitragem nos conflitos intersubjetivos em que uma das partes seja a Administração Pública, na forma do que estabelece o art. 55, § 2.º da Lei de Licitações, não se apresenta possível na sistemática do Estatuto das Licitações.³⁰

Não há vedação, ao revés, e a complexidade dos empreendimentos envolvendo os consórcios licitatórios e a celeridade que as decisões empresariais necessitam aconselham que as concorciadas estabeleçam um juízo arbitral para as soluções dos conflitos internos nas questões do consórcio.

Na prática empresarial e consorcial, os instrumentos de constituição de consórcio prevêm na maioria das vezes uma cláusula determinando que os litígios envolvendo as consorciadas serão resolvidos por uma comissão de arbitragem eleita pelas consorciadas, o que é plenamente admissível.

Questão interessante, no entanto, diz respeito aos efeitos da decisão arbitral em relação ao contrato administrativo, em última análise, em relação à Administração Pública.

Não se nega a possibilidade de instituição da arbitragem para tal fim. Contudo, a decisão arbitral não poderá tratar de matéria atinente ao contrato administrativo em situações em que seja imprescindível a manifestação e concordância da Administração Pública, como p. ex., a exclusão de uma consorciada (uma vez admitida esta como cláusula contratual atípica), eis que se estará, em última análise, modificando as partes do contrato administrativo, só admissível em hipóteses excepcionais.

4.6. CONSÓRCIO E PERSONALIDADE JURÍDICA.

Não se pode negar o fato de que o consórcio, na sistemática adotada pelo direito brasileiro, quer aquele regido especificamente pela Lei das S.A, quer o consórcio voltado ao desenvolvimento de obras e serviços de relevante interesse público, tratados pela Lei de Licitações e Concessões, respectivamente, não ostentam personalidade jurídica.

³⁰ Contudo, a Lei n.º 8987/95 trouxe significativos avanços nesta sede, admitindo-se expressamente arbitragem, na forma do que o art. 23, XV.

Digna de nota, ainda, a desnecessidade de personalização do consórcio em sede de contratos de concessão, regidos pela Lei n.º 8987/95, pois se a Administração quiser contratar com uma pessoa jurídica determinará, no Edital, como visto, a constituição de uma sociedade de propósito específico, o que sinaliza para a ausência de ânimo do legislador em conferir personalidade jurídica ao consórcio.

Se o consórcio, na forma do art. 16 da Lei n.º 8884/94, é solidariamente responsável com seus dirigentes, obviamente significa que responde por infrações eventualmente cometidas contra a ordem econômica.

Todas as indagações mencionadas enfatizam a dinâmica do Direito Administrativo e do Direito Empresarial, no caso dos consórcios entre licitantes, que não deixam de ser consórcios originários do direito privado, e cuja aplicação em sede de contratações administrativas não pode se resumir a fórmulas simplistas de legalidade estrita, haja vista os relevantes interesses públicos a serem atingidos.

5. CONCLUSÕES.

Em vista do que foi sinteticamente exposto, é lícito objetivamente concluir:

1.º) - O instituto consorcial, como visto, comporta diferentes regimes jurídicos, conforme varie seu objeto.

2.º) - Apesar das críticas doutrinárias no sentido de ser tímido o disciplinamento dos consórcios empresariais no direito brasileiro, o fato é que, no nosso entender, não poderia ser diferente, tendo em vista a maior ou menor complexidade da estrutura consorcial a partir da definição de seu escopo, decorrência natural da complexidade e diversidade de fatores que informam o fenômeno empresarial. Emerge daí, pois, a impossibilidade natural do legislador vislumbrar em tese e estabelecer no texto legal todas as especificidades que envolvem o instituto.

3.º) - Neste sentido, procurou a Lei das S.A. disciplinar os contornos básicos indispensáveis ao instituto, com o nítido cuidado de não desfigurá-lo, deixando clara a

intenção de não conferir personalidade jurídica ao consórcio empresarial regido pela Lei n.º 6404/76.

4.º) - O Contrato de Constituição de Consórcio, que é dotado de "solenidade mínima", conferida pela Lei das S.A., estático por natureza, não se confunde com o Termo de Acordo Operacional, apesar de ambos ostentarem natureza contratual, tendo em vista este último ser orientado pela criatividade das consorciadas, decorrência do princípio geral da liberdade das formas, que orienta em regra o direito privado, sendo seus limites a Constituição da República, a Lei das S.A., a moral e os costumes.

5.º) - A disciplina jurídica da Lei das S.A. é que servirá como regime jurídico base, na ausência de norma derogatória de direito público, para os consórcios cujo objeto seja a execução de empreendimento destinado ao atendimento de determinado interesse público.

6.º) - Do quadro comparativo acima delineado, e apesar de uniformidade de orientação em ambos os diplomas legais no sentido de não conferir personalidade jurídica ao consórcio, verifica-se uma natural flexibilidade no regime e estrutura jurídica do consórcio regido pela Lei das S.A., enquanto o consórcio entre licitantes, embora tenha como referência básica o consórcio da Lei das S.A., é revestido de maiores formalidades, o que se justifica em razão de seu escopo (execução de obra ou serviço de interesse público).

7.º) - Para o consórcio empresarial da Lei das S.A. vigora o princípio da liberdade das formas, em vista dos objetivos privatísticos a serem atendidos, enquanto o consórcio entre licitantes é orientado pelo princípio da legalidade das formas, em decorrência do já mencionado interesse público que envolve o objeto do consórcio.

8.º) - No cenário das contratações administrativas, seja em razão da complexidade do objeto a ser licitado, como p. ex., num contrato de concessão ou na realização de uma obra pública de grande monta, é comum a estrutura do empreendimento não ser atendida e absorvida no mercado por um único organismo empresarial, o que pode constituir, primariamente, poderoso entrave ao atendimento das finalidades públicas para as quais o Estado foi criado e, secundariamente, embaraço ao desenvolvimento de atividades econômicas, que, por seu turno, são extremamente relevantes para a economia nacional, que,

por sua vez, é informada pelos volumosos recursos despendidos pelo Poder Público nas contratações administrativas.

9.º) - Daí a potencialidade e o importante papel a ser desempenhado pelo consórcio, como forma de, a um só tempo, atender primariamente ao interesse público, consubstanciado na contratação de entidades que, conjuntamente, possam satisfazer, sob o aspecto técnico (eficiência) ou até mesmo financeiro (economicidade), idoneamente os fins pretendidos pela Administração Pública com a contratação e, secundariamente, incrementar a circulação de riquezas em razão dos vultosos recursos financeiros acima realçados, o que, em última análise, conduz ao desenvolvimento nacional, desiderato fundamental da República insculpido no art. 3.º da Lei Maior.

10.º) - Mister se faz enfatizar que o Direito Administrativo, como se sabe, tem sua estrutura dogmática em profunda formação e transformação constante, haja vista sua recenticidade como ramo autônomo do saber jurídico, fruto da Revolução Francesa, e das complexidades informadoras das relações jurídico – administrativas, avultadas pelo movimento denominado de Reengenharia Estatal, onde se busca mais do que o redimensionamento da estrutura administrativa, com redução das despesas públicas, ou seja, visa-se uma ocupação eficiente dos espaços e setores constitucionalmente destinados ao Estado.

11.º) - Por tais considerações é que o direito administrativo se utiliza de estruturas cujas origens descansam no direito privado, tal como se dá com o consórcio.

12.º) - Neste sentido, o consórcio é instituto que comporta diversas projeções, variantes em função do objeto a que visa o empreendimento, devendo-se cuidar, nesta sede, do "consórcio de direito administrativo", formado entre licitantes interessados na exploração de determinado cometimento estatal, a ser delegado via concessão.

13.º) - Assim, oportuno se faz assentar que neste aglomerado empresarial se aproveitam os lineamentos estruturantes básicos do consórcio de direito privado, na forma como idealizado pela Lei n.º 6404/76.

14.º) – Poder-se-ia afirmar que a possibilidade de utilização dos consórcios nos certames licitatórios, segundo uma desavisada interpretação do sistema de contratações

administrativas, constitui exceção, pois afastaria a real potencialidade do princípio constitucional setorial específico da competitividade, nuclear das contratações administrativas, não obstante a possibilidade de outros resultados indesejáveis no cenário econômico, como a eliminação da concorrência, o aumento arbitrário de lucros e a dominação de mercados.

15.º) - Contudo, a viabilização dos consórcios pode se tornar imperiosa na medida em que o objeto do contrato a ser ulteriormente firmado seja de tamanho vulto ou complexidade não alcançável por uma estrutura empresarial isolada, daí a necessidade de valoração pela Administração, no caso concreto, da oportunidade e conveniência em se permitir que a competição no certame licitatório se instaure pela disputa entre aglomerados empresariais.

16.º) - Não obstante a estruturação básica do consórcio entre licitantes ter origem no direito privado, o fato é que, como o objeto do consórcio é um empreendimento público, e como os fins a serem atingidos com a contratação são de interesse público, é salutar que o regime jurídico dos consórcios entre empresas visando a participação de certame licitatório sofresse o influxo das norma de direito público.

17.º) - Deve-se frisar, ainda, a premissa no sentido de que o consórcio entre licitantes constitui espécie do gênero consórcio, advindo a especialidade de suas normas, como aqui enfatizado, do regime e interesses públicos que envolvem o tema.

18.º) - O equacionamento do problema não reside na procura de se enquadrar o consórcio em uma ou outra categoria jurídica já existente, pois a estrutura consorcial é dotada de aspectos que não lhe permitem a adequação em qualquer outra categoria jurídica. É, pois, forma associativa peculiar, com disciplinamento variável, conforme varie seu escopo, com flexibilidade operacional e normativa que o diferencia das espécies societárias tradicionais.

19.º) – É salutar a adoção da arbitragem para a resolução dos conflitos entre as consorciadas contratadas pela Administração Pública. Não se nega a possibilidade de instituição da arbitragem para tal fim. Contudo, a decisão arbitral não poderá tratar de matéria atinente ao contrato administrativo em situações em que seja imprescindível a manifestação e concordância da Administração Pública, como p. ex., a exclusão de uma

consorciada (uma vez admitida esta como cláusula contratual atípica), eis que se estará, em última análise, modificando as partes do contrato administrativo, só admissível em hipóteses excepcionais.

20.º) - Digna de nota, ainda, a desnecessidade de personalização do consórcio em sede de contratos de concessão, regidos pela Lei n.º 8987/95, pois se a Administração quiser contratar com uma pessoa jurídica determinará, como visto, a constituição de uma sociedade de propósito específico, o que sinaliza para a ausência de ânimo do legislador em conferir personalidade jurídica ao consórcio.

21.º) - Todas as indagações mencionadas enfatizam a dinâmica do Direito Administrativo e do Direito Empresarial, no caso dos consórcios entre licitantes, que não deixam de ser consórcios originários do direito privado, e cuja aplicação em sede de contratações administrativas não pode se resumir a fórmulas simplistas de legalidade estrita, haja vista os relevantes interesses públicos a serem atingidos.

6. BIBLIOGRAFIA.

AZIZ, Ricardo Cretton. Grupos de Sociedades. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, v. VII, 2001.

BARRAL, Welber. Dumping e Comércio Internacional: A regulamentação Antidumping Após a Rodada do Uruguai. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BENJÓ, Isaac. Fundamentos da Economia da Regulação. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1999.

BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 6.ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BULGARELLI, Waldirio. Concentração de Empresas e Direito Antitruste. 3.ª ed., São Paulo: Atlas, 1997.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. São Paulo: Saraiva, v. IV, tomo II, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 7 ed., São Paulo: Dialética, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de Serviços Públicos. São Paulo: Dialética, 1997.

LOBO, Jorge. Grupo de Sociedades. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MARTINS, Fran. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas. 1.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, v. III, 1979.

PRATA, Ana. Tutela Constitucional da Autonomia Privada. Coimbra: Almedina, 1982.

REALE, Miguel *et al.* Questões Atuais de Direito. Minas Gerais: Del Rey, 2000.

STAJN, Rachel. Contrato de Sociedade e Formas Societárias. São Paulo: Saraiva, 1989.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Licitações e Contratos Administrativos. 3.ª ed., Rio de Janeiro: Adcoas, 1999.

SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. "O contrato de Prestação de Serviços Públicos – análise da possibilidade de adoção e distinção para a concessão". Trabalho apresentado na disciplina Regime Jurídico das Empresas Prestadoras de Serviços Públicos, no Mestrado em Direito Empresarial da Universidade Cândido Mendes, 2000.

SUNDEFELD, Carlos Ari. Licitação e Contrato Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994.

TIBÚRCIO, Carmen. A Lei de Arbitragem e a Pretensa Inconstitucionalidade do seu art. 7º. Desenvolvimento Recente do Tema no STF. In: Revista Ibero – Americana de Direito Público. Rio de Janeiro: América Jurídica, v. III, 2001.