

PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS EM LICITAÇÃO. CONCEITO. COMPROMISSO DE REGISTRO. PAGAMENTO. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. EMPENHO DA DESPESA PÚBLICA

SP, 24/3/2014

O consórcio empresarial consiste na reunião transitória de dois ou mais proponentes com o escopo de viabilizar a participação em certo procedimento licitatório, tendo em vista que, se participassem isoladamente, nenhum deles atenderia às exigências editalícias de ordem técnica e econômica necessárias para se sagrarem vencedores da licitação.

Nesse sentido, ensina Lucas Rocha Furtado, *in verbis*: “A possibilidade de formação de consórcios permite que as empresas somem suas experiências e possam atender às exigências editalícias ampliando a competitividade de licitações para as contratações de grande vulto” (*Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 249).

A fim de garantir a ampliação da competitividade em contratações de grande vulto, *facultou* o art. 33 da [Lei de Licitação](#) que a Administração promotora do certame permitisse expressamente no ato convocatório a participação de empresas reunidas em consórcio, devendo, necessariamente, ser observada a disciplina assentada em seus incisos.

Acerca dos requisitos fixados no artigo supramencionado, destaca-se o seu inc. I, que exige que o consórcio apresente, dentro do envelope habilitatório, um *compromisso de consorciamento*, o qual deverá ser celebrado mediante instrumento público ou particular, sendo este subscrito por todas as empresas interessadas, de forma a vincular todos os proponentes. Com efeito, estabelece o § 2º do artigo retromencionado que o consórcio vencedor do torneio será obrigado a promover a constituição e arquivamento no órgão de registro de comércio, antes da celebração do competente contrato administrativo, observando os termos de referido compromisso, bem como as regras assentadas a partir do art. 278 da [Lei Federal nº 6.404/1976](#).

Acerca da formação do consórcio empresarial, ensina o jurista Marçal Justen Filho, *in verbis*:

“Sendo o consórcio uma associação eventual, constituída para um empreendimento específico, o ato convocatório deve não apenas autorizar sua participação quando for o caso mas também estabelecer as regras correspondentes. De regra, o consórcio não existirá antes, nem fora, nem além da licitação. Será constituído para o fim de participar da licitação e, eventualmente, promover a execução do contrato. Geralmente, o consórcio apenas se aperfeiçoará quando e se a proposta formulada for vencedora. De usual, as sociedades interessadas apenas efetivam promessa de contratação de consórcio. Afinal, o empreendimento objeto do consórcio será a contratação com a Administração Pública – evento futuro e incerto. Assim, os interessados estabelecem previamente todas as condições atinentes ao consórcio, ingressam na

licitação e aguardam a obter êxito. Se for o caso de vitória, o consórcio será aperfeiçoado; na derrota, cada sociedade arca com parte do prejuízo e se desfazem quaisquer vínculos jurídicos entre elas” (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 569).

Tendo em vista que o consórcio empresarial não é provido de personalidade jurídica própria, *ex vi* do art. 271, inc. I, da [Lei Federal nº 6.404/1976](#), verifica-se que o art. 33, inc. II, da [Lei de Licitações](#) exige a indicação da empresa que será a responsável pelo consorciamento, denominada empresa-líder, no ato que assenta o compromisso, que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital. Conforme se infere do teor contido no § 1º do retromencionado artigo, no consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira. Verifica-se, assim, que durante o processamento da licitação e da execução do objeto contratado, o relacionamento do consórcio empresarial com a Administração ocorrerá por meio da empresa-líder, sendo este particular o responsável pelo cumprimento das obrigações assumidas pelo consórcio.

Acerca das atribuições da empresa-líder nos consórcios empresariais, ensina o jurista Ivan Barbosa Rigolin, *in verbis*:

“O edital deverá exigir que cada consórcio indique a empresa líder; essa empresa, deve fixar também o edital, representará as demais e responderá por elas, num primeiro momento, junto à Administração, como intermediadora e controladora do cumprimento do futuro contrato. As condições específicas de como se dará esse relacionamento devem figurar com todos os detalhes no edital completo, nas condições gerais, onde serão previstas questões como o controle e a fiscalização da execução do objeto contratual; a responsabilização das consorciadas e seu eventual apenamento administrativo por inadimplência de condição; formas e condições de pagamento, e distribuição das parcelas devidas a cada consorciada, para isso, fixando-se medições e sistemas de acompanhamento; o encaminhamento de pedidos e reivindicações das consorciadas, e outras possíveis” (*Manual prático de licitações*. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 261-262).

Delineada a atuação do representante do consorciamento, em relação aos pagamentos devidos pela Administração contratante ao consórcio contratado, a nosso ver, é a *empresa-líder* quem, em regra, detém a atribuição de receber tais valores, que, por sua vez, os repassará aos demais consorciados, conforme sua participação na execução do objeto avençado.

Nesse sentido, ensina o advogado Alexandre Wagner Nester que, *in verbis*:

“O consórcio atua por intermédio de uma controladora (líder) em nome e com autorização expressa das demais. É o que se extrai do art. 33, inc. II, da Lei 8.666/93: uma dentre as consorciadas representa o consórcio perante o Poder Público contratante para todos os fins.

É usual que toda a comunicação seja concentrada na empresa líder, bem como os pagamentos sejam feitos também em nome desta, para posterior partilha entre as demais consorciadas na forma convencionada entre elas” (*A participação de consórcios em licitações e as atribuições da empresa líder.* Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=8&artigo=758&l=pt.>> Acessado em 27.2.2014).

Na ocasião da realização da liquidação dessa despesa pública, entende-se que as empresas consorciadas que efetivamente tenham atuado na execução do objeto contratado deverão emitir as devidas **notas fiscais**, as quais assentarão os serviços medidos ou os bens recebidos, com seu respectivo CNPJ, devendo ocorrer as devidas retenções em nome de cada empresa participante do consórcio, tendo por base o valor constante da correspondente nota fiscal de emissão de cada uma das pessoas jurídicas consorciadas, *ex vi* do art. 17 da [Instrução Normativa RFB nº 1.234/2012](#).

Com efeito, a fim de que inexistam dúvidas acerca da necessidade da realização do pagamento à empresa-líder na ocasião da execução do ajuste, fato que afastará posteriormente eventuais problemas entre os consorciados, tem-se que o instrumento convocatório e o respectivo contrato administrativo deverão prever as condições de remuneração dos particulares, nos termos do que dispõem o art. 40, inc. XIV, e o art. 55, inc. III, ambos da [Lei de Licitações](#).

Por fim, em relação ao empenhamento da despesa pública, consoante o teor contido no art. 58 da [Lei Federal nº 4.320/1964](#), tendo em vista que é o consórcio que figura no competente instrumento contratual, e não a empresa-líder, cremos que o empenho emitido pela Administração contratante deverá ser realizado em nome do consorciamento.

Aniello dos Reis Parziale – Advogado, membro do Corpo Jurídico da NDJ