

## ***Exigências no Edital de Licitação referentes a Capital ou Patrimônio Líquido Mínimo (1)***

*Antônio Carlos Cintra do Amaral*

O § 2º do art. 31 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, dispõe:

*"A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado."*

Por sua vez, o § 3º do mesmo artigo limita essa exigência a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.

Esses dispositivos legais devem ser interpretados à luz do art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, que dispõe que somente são permitidas *"as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações"*.

À primeira vista, pode afirmar-se que essa **indispensabilidade** refere-se a um **teto** de exigências, quer referentes à qualificação técnica, quer à qualificação econômica, não se podendo ultrapassar esse teto. Isso, porém, não é exato.

Sem cair na impropriedade de apelar para a interpretação literal, vale lembrar que - como se encontra no Novo Dicionário da Língua Portuguesa, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, 1ª edição - indispensável é o *"que não se pode dispensar; imprescindível... absolutamente necessário; essencial"*.

O dispositivo constitucional exige que exista uma relação de adequação entre o requerido pela Administração e o objeto da licitação. Essa relação de adequação traduz-se na noção de indispensabilidade. Assim, a Administração não pode exigir requisitos de capacitação técnica ou econômico-financeira **além** do que seja essencial ao cumprimento das obrigações, frustrando, assim, o caráter competitivo da licitação. Mas também não pode efetuar exigências **aquém** do que seja essencial ao cumprimento das obrigações, favorecendo, com isso, a participação de interessados sem capacidade, quer técnica quer econômica, para cumprir o objeto do contrato.

Trazidas essas noções para a interpretação dos §§ 2º e 3º do art. 31 da Lei 8.666/93, devem ser contempladas três situações:

- a) a contratação, em função de suas características, especialmente do valor, apresenta **nenhum** risco quanto à solidez econômico-financeira do licitante;
- b) a contratação apresenta **pouco** risco quanto à solidez econômico-financeira do licitante; ou
- c) a contratação apresenta **muito** risco quanto à solidez econômico-financeira do licitante.

A Lei 8.666/93, como se viu acima, dispõe que a Administração **poderá** exigir capital ou patrimônio líquido mínimo. Mas o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal determina que as exigências referentes à qualificação técnica e econômica serão aquelas **indispensáveis** ao cumprimento das obrigações.

Entendida a noção de indispensabilidade tal como acima exposto, a Administração não tem a discricionariedade (liberdade) de exigir ou não capital ou patrimônio líquido mínimo. Ela tem a discricionariedade (liberdade) de aferir o grau de complexidade econômica do objeto a contratar e, diante das três situações acima elencadas, não fazer a exigência (situação "**a**"), fazer a exigência escolhendo o percentual mais adequado ao caso concreto, entre diferente de zero e 10% (situação "**b**"), ou fazer a exigência no percentual de 10% (situação "**c**", de maior complexidade econômica).

Se a Administração, diante das situações "**b**" e "**c**", não efetuar exigência quanto ao capital ou patrimônio líquido mínimo, estará extrapolando o limite da margem de discricionariedade que a lei lhe concedeu. Por outro lado, estará descumprindo a Constituição Federal, na medida em que deixará de exigir algo **indispensável, absolutamente necessário** ou **essencial** ao cumprimento das obrigações. Se a expressão "**poderá**", contida na lei, fosse interpretada como conferindo à Administração uma liberdade total de atuação, estaríamos diante de uma situação de **arbítrio** e não de **discricionariedade**, noções antagônicas exatamente porque a primeira está ligada à atuação da Administração fora da ordem jurídica, enquanto a segunda refere-se ao poder da Administração de escolher uma dentre várias soluções de aplicação possíveis, todas

contidas na "moldura legal", a que se refere *HANS KELSEN* em sua "Teoria Pura de Direito".

Acentue-se que fere o princípio constitucional da isonomia não apenas o agente público que inclui no edital de licitação exigências quanto à qualificação técnica ou econômico-financeira superiores às indispensáveis, essenciais ou absolutamente necessárias, dirigindo a licitação a empresas de maior porte, como também o que deixa de exigir requisitos indispensáveis, essenciais ou absolutamente necessários, beneficiando, com isso, empresas incapazes, que irão auferir lucro pelo fornecimento de bens, execução de obras ou prestação de serviços de qualidade insatisfatória. Note-se que assim como a **isonomia** é um princípio constitucional (art. 5º da Constituição Federal), também o é a **economicidade** (art. 70), que se traduz na relação **custo-benefício**. Tanto a isonomia quanto a economicidade devem ser observadas pela Administração, exatamente por serem, ambas, princípios constitucionais.

---

**(Comentário CELC nº 42, de 01/08/2001, divulgado no site [www.celc.com.br](http://www.celc.com.br))**

☞ *É permitida a transcrição de trechos deste Comentário, desde que indicada a fonte.*