

Cálculo do Capital do Consórcio, para efeito de Qualificação Econômico-Financeira

(Interpretação do art. 33, III, da Lei 8.666/93)

Antônio Carlos Cintra do Amaral

- I -

O art. 33, inciso III, da Lei 8.666/93, dispõe que, quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, admitir-se-á “*para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação*”. Costuma-se interpretar essa norma de duas maneiras diversas. Buscarei, a seguir, expor a interpretação que me parece mais razoável.

Para entender uma norma legal, há que se indagar qual é sua **finalidade**.

Carlos Maximiliano, em seu clássico “*Hermenêutica e Aplicação do Direito*”, escreveu:

*“Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística; por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, **teleológica**. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi regida.”*

Essa concepção é defendida pela quase totalidade da doutrina jurídica, nos vários países. Assim, por exemplo, o jurista italiano **Francesco Ferrara** (“*Trattato di Diritto Civile Italiano*”), o alemão **Karl Engisch** (“*Introdução ao Pensamento Jurídico*”) e o espanhol **Fernando Sáinz Moreno** (“*Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa*”).

Qual a finalidade dessa norma da Lei 8.666/93?

Parece-me evidente que é a de permitir a ampliação do universo de licitantes.

Se o somatório não fosse admitido, cada empresa consorciada deveria atender ao mínimo exigido pelo edital. Admitido o somatório, um consórcio pode, **em certos casos**, ser qualificado apesar de somente uma de suas integrantes possuir o capital mínimo exigido, como se verá a seguir.

A lei não admite o somatório simples. Dispõe ela que, nesses casos, deve ser observada a proporção da participação de cada consorciada. Veja-se um exemplo:

Capital mínimo exigido: R\$ 100 milhões

EMPRESAS CONSORCIADAS	Participação (%)	Capital (R\$ x milhões)
Empresa 1	50	60
Empresa 2	40	60
Empresa 3	10	10

O somatório dos capitais das três consorciadas excede, nesse exemplo, em 30% o capital mínimo exigido. Se a lei admitisse o somatório simples, esse consórcio estaria qualificado. Mas, devendo o somatório ser proporcional, ele está desqualificado, porque, juntas, as empresas consorciadas atingem, **proporcionalmente**, um capital de R\$ 55 milhões.

Se nessa hipótese, porém, uma das empresas consorciadas ultrapassasse o mínimo exigido (capital de R\$ 100 milhões), o consórcio poderia estar qualificado. Bastaria, por exemplo, que a Empresa 1 tivesse o capital de R\$ 150 milhões. Não seria razoável entender o dispositivo legal, a partir da noção de sua finalidade - que, como afirmei acima, parece-me inequivocamente **ampliativa** -, no sentido de determinar a desqualificação, **em qualquer caso**, de um consórcio em que uma das empresas consorciadas tivesse o capital mínimo exigido, embora a outra, ou outras, não. Porque, nesse caso, se ela participasse isoladamente seria qualificada. Como chegar à conclusão de que, isolada, ela seria qualificada e em consórcio não?

Poder-se-ia argumentar que, isolada, sua participação seria de 100%, enquanto em consórcio seria menor. Mas esse argumento conflita claramente com a exigência, contida no mesmo artigo 33 (inciso V), de que a responsabilidade das empresas consorciadas deve ser **solidária**.

Lembre-se que o § 1º do artigo 278 da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações) dispõe:

*“§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, **sem presunção de solidariedade.**” (grifei)*

O Decreto-lei 2.300/86, quando tratou da participação, em licitações, de empresas em consórcio (artigo 26), silenciou a respeito da solidariedade, o que levava ao entendimento de que essa solidariedade existiria ou não, de acordo com o que dispusesse o edital. No silêncio deste, não haveria responsabilidade solidária, cabendo a cada empresa consorciada responsabilizar-se **por suas obrigações**. Vale dizer: **no limite de sua participação**.

A Lei 8.666/93 determinou que a responsabilidade deve ser solidária. Assim como também o fez a Lei 8.987/95, que disciplina as concessões e permissões de serviço público (§ 2º do artigo 19).

Se as empresas consorciadas são solidariamente responsáveis pelo empreendimento, não importa, no exemplo acima configurado, qual a participação percentual da Empresa 1. Sua integração no consórcio, com o capital de R\$ 150 milhões, contribui, decisivamente, para a qualificação econômico-financeira desse consórcio. É irrelevante, nessa hipótese, a **proporção** de sua participação (50%). Importa o fato de que ela é responsável por 100% do empreendimento, já que a lei determina a solidariedade.

Poder-se-á argumentar, a este passo, que o raciocínio ora exposto conduz, de um ponto de vista lógico, ao entendimento de que deveria bastar que uma das empresas consorciadas tivesse o capital mínimo exigido para que o consórcio fosse qualificado. No exemplo acima, deveria bastar à Empresa 1 o capital de R\$ 100 milhões para qualificar o consórcio. Concordo. Mas o intérprete não é legislador e este optou pela admissão do somatório na proporção da participação de cada consorciada. Assim, não basta que uma das consorciadas tenha o capital mínimo exigido.

A lei poderia ter ampliado mais. Não o fez e não cabe ao intérprete fazê-lo.

Volto a afirmar que a finalidade da norma que admite o somatório é a de **ampliar** o universo de licitantes, nos casos em que uma ou mais de uma empresa consorciada não preencha, isoladamente, o requisito mínimo exigido. Se se entendesse diferentemente do que acima foi exposto, poder-se-ia chegar ao resultado oposto: o de **restringir** o universo de licitantes, na medida em que se exigiria que todas as empresas consorciadas deveriam ter capital igual ou superior ao percentual do valor mínimo exigido correspondente à proporção de sua participação.

Suponha-se a seguinte situação:

Capital mínimo exigido: R\$ 100 milhões

EMPRESAS CONSORCIADAS	Participação %	Capital (R\$ x milhões)
Empresa 1	30	220
Empresa 2	50	40
Empresa 3	20	80

De acordo com o entendimento ora exposto, esse consórcio estaria qualificado, **apesar de a Empresa 2 - a de maior participação - não possuir capital de R\$ 50 milhões**. Isso porque a Empresa 1 teria contribuído, decisivamente, para que o consórcio atingisse o mínimo exigido, somando-se os capitais das consorciadas na proporção de sua participação. E não se poderia argüir que a **participação** da Empresa 1 seria de apenas 30% porque sua **responsabilidade** seria solidariamente pelo total.

Pode dizer-se que essa empresa (Empresa 1) atenderia a sua parte e destinaria o valor excedente para completar a parte das outras. Saliente-se que não basta que a empresa tenha um excedente. **É necessário que esse excedente seja suficiente para completar a parte das demais.**

Vale acentuar que a lei não contém duas exigências: **(a)** a de que o somatório dos valores das consorciadas, na proporção de suas respectivas participações, seja igual ou superior ao mínimo exigido; e **(b)** a de que cada consorciada atinja um limite individual correspondente a um valor percentual do capital exigido, na proporção de sua participação. Ou seja: que se sua participação for, por exemplo, de 50%, seu capital deva ser, pelo menos, igual a 50% do capital mínimo exigido pelo edital. A lei prevê apenas a primeira exigência **(a)**. Se o “*capital do consórcio*”, apurado mediante o somatório proporcional, for igual ou superior ao mínimo exigido, estará ele qualificado, mesmo que uma das consorciadas esteja abaixo de sua participação ponderada individual (por exemplo: se sua participação for de 50% e seu capital for inferior a 50% do mínimo exigido).

No próximo Comentário, abordarei a outra interpretação, que tem sido sustentada por parte da doutrina.

(Comentário CELC nº 63, de 01/07/2002, divulgado no site www.celc.com.br)

Esta página é renovada quinzenalmente, nos dias 1 e 15 de cada mês.

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