

Qualificação Econômico-Financeira dos Consórcios **(Interpretação do art. 33, III, da Lei 8.666/93)**

Antônio Carlos Cintra do Amaral

Em meu “*Concessão de Serviço Público*” (São Paulo, Malheiros Editores, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, 2002, pp. 68 e ss.), tratei da qualificação econômico-financeira dos consórcios, disciplinada pelo art. 33, III, da Lei 8.666/93. Percebi que não ficou suficientemente claro meu entendimento sobre o assunto, chegando a parecer contraditório. Quase que simultaneamente com a publicação da 2ª edição desse livro, divulguei, no site **www.celc.com.br**, os Comentários ns. 63 e 64, datados, respectivamente, de 01 e 15 de julho de 2002, com o objetivo principal de afastar eventuais dúvidas sobre minha opinião.

Reconheço, porém, que não consegui atingir totalmente esse objetivo. Assim, volto ao assunto para expor, com a concisão que a clareza exige, o que penso sobre ele.

Dispõe o referido art. 33, inciso III:

“Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

.....

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;”

A norma contida nesse inciso **admite**, para efeito de qualificação técnica, o somatório (simples) dos quantitativos de cada consorciado e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, “na proporção de sua respectiva participação”. A norma legal não **exige** o somatório, simplesmente o **admite**. E quando o somatório é **admissível**? A resposta é: **quando pelo menos uma das consorciadas não apresentar os quantitativos ou valores mínimos exigidos no edital**. Se uma delas – e basta uma – atender às exigências do edital, o consórcio deverá ser qualificado.

A **finalidade** da norma legal é ampliar o universo das licitantes. Já acentuei isso nos escritos anteriores. E não se pode interpretar uma norma jurídica senão de acordo com a finalidade a que se destina. Como escreve o jurista português **Afonso Rodrigues Queiró** (“*Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*”, Coimbra, Coimbra Editora, 1940, p. 74):

*“Parece que a melhor doutrina sobre o fim da lei, a **ratio legis**, consiste em considerá-la como aquele conjunto de interesses, exigências, relações, necessidades ou circunstâncias sociais em vista das quais a lei foi emanada, ou que a lei tem em vista, considerada objetivamente, e cujo conhecimento será porventura necessário para determinar o verdadeiro alcance da lei. É apenas um recurso da interpretação da lei, de nenhum modo um elemento da própria lei.”*

No Comentário nº 63, acima citado, deixei bem claro que a participação, no consórcio, de uma empresa com o capital mínimo exigido no edital, acrescido ou não dos 30% permitidos por lei, é suficiente para qualificação econômico-financeira do consórcio. Vejamos:

“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.*

.....
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**.*”

Reconheço, porém, que dei margem a uma certa confusão quando escrevi, mais adiante:

“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.”

Faltou-me deixar claro que estava me referindo, nessa passagem, a uma eventual contestação ao que havia sustentado até então. Daí uma certa perplexidade que meu texto pode ter provocado.

A interpretação de uma norma legal deve pautar-se pela **razoabilidade**. É o que nos ensina **Chaim Perelman** em sua “*Lógica Jurídica*” (São Paulo, Martins Fontes, trad. para o português, 2004). E a meu ver seria **desarrazoado** o entendimento de que uma empresa fosse qualificável, se participasse da licitação individualmente, e desqualificada, ao participar em consórcio. Essa situação somente seria razoável se a responsabilidade de cada consorciada estivesse limitada à sua participação no consórcio. Mas, como vimos, a responsabilidade das consorciadas é **solidária**.

Por último, ressalvo que o entendimento ora exposto não se aplica, pelo menos na íntegra, à qualificação técnica do consórcio. Se uma empresa participa do consórcio com capital ou patrimônio líquido superior ao exigido pelo edital, isto basta para qualificar economicamente o consórcio, qualquer que seja o percentual de sua participação, já que ela é solidariamente responsável por 100% do empreendimento. Sob o aspecto da qualificação técnica, porém, uma participação irrisória no consórcio pode, em certos casos, camuflar uma chamada “*venda*” de atestados. Ou seja: a empresa participa simbolicamente do consórcio apenas para aportar os atestados técnicos necessários ao

atendimento das exigências do edital, não pretendendo atuar, de fato, na realização do empreendimento. Como a capacitação técnico-operacional é dela – e não das outras consorciadas – a Administração não tem garantia de que o empreendimento será tecnicamente bem conduzido. E se o empreendimento fracassar, não servirá de consolo à Administração saber que poderá responsabilizar todas as consorciadas, solidariamente.

(Comentário nº 154 – 01.07.2008, divulgado no site www.celc.com.br)

Esta página é renovada mensalmente, no dia 01 de cada mês.