



## RELATÓRIO DE INSTRUÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO

DA: COMISSÃO DE LICITAÇÃO  
PARA: DIRETOR DE ENGENHARIA  
ASSUNTO: INSTRUÇÃO DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS - FASE DE ANÁLISE DA DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO  
REFERENTE: CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL Nº 009/DALC/SBEG/2011  
OBJETO: EXECUÇÃO DAS OBRAS/SERVIÇOS DE ENGENHARIA PARA REFORMA, ADEQUAÇÃO E AMPLIAÇÃO DO TERMINAL DE PASSAGEIROS I DO AEROPORTO INTERNACIONAL EDUARDO GOMES/MANAUAS-AM.

### RECORRENTE:

Consórcio S.A PAULISTA/SOMAGUE, formado pelas empresas S.A Paulista de Construções e Comércio, CNPJ nº 60.332.319/0001-46 e Somague Engenharia S.A., CNPJ nº 05.055.482/0001-09.

RECORRIDA: Consórcio RCI, formado pelas empresas Construtora RV Ltda, Convap Engenharia e Construções SA e IC Supply Engenharia Ltda

Prezado Senhor,

Trata-se de instrução de recurso administrativo interposto pelo consórcio participante acima mencionado contra o resultado atinente ao julgamento dos DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO, constante do parecer técnico apenso a Ata de Julgamento da Comissão de Licitação, o qual foi publicado no Diário Oficial da União do dia 01/08/2011, Seção 3, página 4.

Apresentamos, ao longo deste relatório, o histórico, as argumentações apresentadas pela RECORRENTE, bem como, o exame e a opinião desta Comissão à luz das condições insculpidas no instrumento convocatório.

### I - HISTÓRICO

O Edital da Concorrência em destaque estabeleceu para efeito de habilitação das licitantes a adoção dos critérios de avaliação a seguir, entre outros:

(...)

*5.6. A comprovação do atendimento das exigências habilitatórias de que tratam os artigos 42, 44 e 45 do REGULAMENTO, poderá ser feita das seguintes formas:*



(...)

5.6.1.2. *a licitante deverá possuir capital igual ou superior a 10% do valor estimado desta licitação. No caso de consórcio, será admitido o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação.*

5.6.1.2.1. *em se tratando de Consórcio, fica estabelecido um acréscimo de 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para a licitante individual, admitindo-se, porém, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação. (grifo nosso)*

(...)

No que concerne ao julgamento dos documentos de habilitação, o edital estabeleceu os seguintes procedimentos:

(...)

## 8. DA ABERTURA E DO JULGAMENTO DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO

8.5 Será inabilitada a licitante que:

- a) *deixar de apresentar qualquer documento exigido ou apresentá-lo em desacordo com as exigências do presente Edital e seus Anexos;*
- b) *afrontar qualquer condição editalícia;*
- c) ...

(...)

Por sua vez, cabe registrar, que o julgamento dos Documentos de Habilitação foi sentenciado pelos membros técnicos, membro jurídico, pelo presidente da Comissão de Licitação, bem como pelos membros administrativos, todos designados pelo Ato Administrativo nº 1277/DA(DALC)/2011, cujo mister é a responsabilidade pela análise da documentação habilitatória que foram apresentadas.

## II - DOS RECURSOS

### 2.1. RECURSO INTERPOSTO PELA LICITANTE CONSÓRCIO S.A PAULISTA/SOMAGUE



### 2.1.1. Razões do Recurso Interposto (em síntese):

Informa que sua inabilitação ocorreu por desatendimento do item 8.5, alínea "a" do edital nos seguintes termos: *"por ter deixado de comprovar que, a licitante Somague Engenharia S.A do Brasil, possui capital social individual à proporção de sua respectiva participação na Constituição do Consórcio, nos termos previstos no subitem 5.6.1.2 e 5.6.1.2.1 do Edital".*

A Recorrente inicia sua peça recursal, apresentando o conceito de capital social e filial os quais transcrevemos:

*"Capital social, (...) é a força-motriz da empresa, é o patrimônio que a impulsiona na exploração do negócio.*

*Filial, a seu turno é um braço operacional organizado da pessoa jurídica, que viabiliza a sua operação de forma setorizada. Isso não significa, no entanto, que a filial seja uma pessoa jurídica ou, ainda, que goze de autonomia de direitos e de obrigações".*

Apresenta o seguinte ensinamento do magistrado Alberto Xavier:

*"Como diz o art. 64 do decreto-lei nº 2.627 a Sociedade estrangeira pode funcionar no Brasil em duas modalidades: Ou por si mesma ou através de filiais, sucursais, agências ou estabelecimentos que as representem. No primeiro caso nem sequer terá no Brasil um mínimo organizacional; no segundo, constituirá uma organização de pessoas e bens que dá origem a um patrimônio autônomo, sem personalidade jurídica."*

Assevera que a concessão de registro de filial, não concede a ela personalidade jurídica distinta do estabelecimento Matriz, se tratando, portanto, de estabelecimento secundário, estreitamente vinculado à matriz, sem personalidade jurídica, sem autonomia e sem poder deliberativo e/ou executivo, possuindo apenas poder de representação.

Para sustentar sua argumentação, apresenta o entendimento de Plácido e Silva e do Professor Oscar Barreto filho, os quais transcrevemos, *ipsis litteres*, respectivamente:

*"A filial, em qualquer hipótese, compreende-se o estabelecimento com poder de representação ou mandato da casa matriz, praticando assim, atos que tenham validade jurídica e obriguem a organização, considerada em sua unidade."*



*“É importante notar que a empresa (sob o ângulo subjetivo do empresário) é sempre considerada unitariamente, sob o ponto de vista jurídico, ainda que a atividade compreenda vários tipos de atividade. Admite-se, ao contrário, uma pluralidade de estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular, tendo em vista a possível diversidade de objetos ou de localização”.*

Argui que a constituição da filial no Brasil se reveste de caráter eminentemente formal e político e que se deu com o propósito de facilitar a operação da empresa no país e para atender aos requisitos para funcionamento previstos nos artigos 1.134 e 1.135, do código Civil de 2002.

Destarte, afirma que o capital social a ser considerado para fins de habilitação e de qualificação econômico-financeira é o da Matriz que monta do valor de € 58.450.000,00 (cinquenta e oito milhões, quatrocentos e cinquenta mil euros) e não da filial que é apenas a sua extensão dotada de um mínimo de estrutura organizacional.

Portanto, amparando-se nos princípios da competitividade e da finalidade, considera inconcebível que sua empresa que possui capital social de aproximadamente R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais) seja inabilitada do certame por não comprovar ter recursos suficientes para fazer frente às suas obrigações contratuais.

Pelo exposto, considera incontestes a reforma da decisão que a inabilitou, pois afirma ter comprovado possuir a qualificação técnica necessária além de capital social muitas vezes superior ao exigido no edital para execução do objeto ora licitado.

Somado a isso, considera que a comissão de Licitação aplicou indevidamente o artigo 33, inciso III, da lei 8.666/93.

*“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.”*

Argumenta que a interpretação do inciso, retromencionado, e sobretudo da expressão *“na proporção de sua respectiva participação”* há de ser aquela em que adote, como base de cálculo, o capital social de cada empresa, e não o adotado pela comissão, em que a base de cálculo é valor a ser comprovado mediante soma de esforços.



Afirma que o capital social mínimo do consórcio, considerando a interpretação adequada da expressão “*na proporção de sua respectiva participação*”, deve ser realizado por meio da multiplicação dos percentuais de participação de cada empresa no consórcio pelo capital social individual de cada empresa, sendo que o resultado deve ser superior ao valor exigido.

Desta forma a Recorrente informa que a soma dos capitais sociais das empresas consorciadas superariam o necessário para assegurar o atendimento da exigência editalícia.

Salienta que, em qualquer dos cálculos, ou o da comissão ou aquele apresentado em sua peça recursal “*multiplicação dos percentuais de participação de cada empresa no consórcio pelo capital social individual de cada empresa*”, a consorciada S.A. Paulista possui, sozinha, capital social suficiente para execução da obra, contudo sugere que a soma do capital social implicaria em uma redução da capacidade econômica o que contrariaria o princípio da razoabilidade.

Para sustentar seu ponto de vista, apresenta a seguinte opinião de Antônio Carlos Cintra do Amaral:

*“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?”*

Além disso, evoca a norma de responsabilidade solidária aplicável aos consórcios em casos de licitações nos seguintes termos:

*(...) “pouco importa, para administração, se ambas as empresas, no presente caso, dispõem de cerca de R\$ 24.000.000,00 de capital social, pois a responsabilidade posterior, perante o interesse público, não será limitada à participação de cada qual. Nesse sentido, segundo Marçal Justen Filho:*



*“Lembre-se, por outro lado, que a participação individual de cada consorciado é irrelevante, para fins de garantia perante a Administração Pública. Consagrada a responsabilidade solidária dos integrantes do consórcio, perdeu toda a relevância o percentual de participação de cada consorciado. Não há quotas referentes a cada consorciado e cada qual não responde nos limites de sua participação no consórcio.”*

A Recorrente apresenta ainda opinião de Antônio Carlos Cintra do Amaral:

*“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”.*

Posto isso, afirma que a interpretação empregada pela Administração é contrária ao espírito da lei e produz inversão da finalidade por ela pretendida: a inabilitação de empresas que, sozinhas, restariam habilitadas, situação que segundo a Recorrente, reduz drasticamente o espectro de participantes.

Aduz que a aplicação da lei, no presente caso, viola o próprio regime constitucional de licitação pública, segundo o qual a administração somente pode impor exigência de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Argui que o consórcio inabilitado tem plenas condições de executar o objeto licitado e que a manutenção da decisão da Comissão de licitação por sua inabilitação se configuraria em ato ilegal.

Por derradeiro, espera o conhecimento e o provimento do recurso, para reformar a r. decisão administrativa que declarou-o inabilitado, reconhecendo-se o integral atendimento às exigências do Edital e permitindo ao Consórcio S.A Paulista / Somague a participação na fase subsequente do certame.

### **2.1.2. Tempestividade:**

Tendo sido protocolada em 08/08/2011, sob o registro nº 19369, às 11:17 horas, TEMPESTIVA é a peça recursal. Portanto, esta Comissão de Licitação CONHECE do RECURSO ADMINISTRATIVO interposto, com base no Art. 109, Inc. I, da Lei n.º 8.666/93.



### 2.1.3. Contrarrazões apresentadas pelo Consórcio RCI (em síntese)

Inicia suas Contrarrazões refutando os argumentos da Recorrente de que sua inabilitação se deu de forma equivocada pelo fato da Comissão da licitação ter considerado o Capital social da empresa Somague Brasil (filial) e não de sua matriz, conforme segue, *in verbis*:

*“Entretanto, é de se refutar desde já a alegação do Consórcio ora Recorrente quanto à obrigação de se considerar o capital social da empresa estrangeira (matriz) para fins de habilitação, eis que quem está a participar e que cumprirá as obrigações do contrato do presente certame é a filial, caso se sagsasse vencedora, razão pela qual deveria ela ter comprovado a sua qualificação econômico-financeira para suportar e cumprir as obrigações previstas no edital em questão, mas não o fez.”*

Aduz ainda que o inciso III do artigo 33 da Lei nº 8.666/93 pudesse gerar uma dupla interpretação, como alegado, a Comissão de Licitação esclareceu por meio da resposta à 13ª pergunta as dúvidas dos licitantes quanto ao critério por ela utilizado para fins de cálculo quanto ao capital mínimo necessário que o Consórcio deveria possuir.

Para tanto, acrescenta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como o entendimento da Corte de Contas sobre o tema em questão demonstrando que não há qualquer ilegalidade na utilização do critério adotado pela INFRAERO para apurar o capital mínimo dos consórcios licitantes.

Finaliza requerendo que o Recurso administrativo ora guerreado seja julgado improcedente, mantendo-se a inabilitação do recorrente, em respeito aos ditames editalícios e as disposições constitucionais.

### 2.1.4. Tempestividade:

Tendo sido protocolada em 15/08/2011, sob o registro nº 20031, TEMPESTIVA é a peça contendo as contrarrazões. Portanto, esta Comissão de Licitação CONHECE das mesmas, as quais interpostas com base no Art. 109, § 3º, da Lei n.º 8.666/93.

## III. DA ANÁLISE DO RECURSO INTERPOSTO PELA LICITANTE CONSÓRCIO S.A PAULISTA/SOMAGUE

No que tange as alegações da Recorrente de que a Comissão de Licitação equivocou-se ao inabilitá-la, pois deveria, para fins de comprovação do Capital Social, considerar a qualificação econômico-financeira da matriz da empresa Somague Engenharia S.A (Capital social integral) e não de sua filial (capital destacado), temos a considerar que o Código Civil brasileiro em seu inciso IV, do § 1º, do artigo 1.134, dispõe que para a sociedade estrangeira funcionar no país é necessário a autorização do Poder Executivo e que, ao requerimento de autorização, devem juntar além de outros documentos, cópia do ato que autorizou o funcionamento no Brasil e fixou o *capital destinado às operações no território nacional*, conforme segue, *“ipsis Litteris”*:



*“Art. 1.134. A sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira.*

*§ 1º Ao requerimento de autorização devem juntar-se:*

*IV - cópia do ato que autorizou o funcionamento no Brasil e fixou o capital destinado às operações no território nacional;(grifo nosso)*

Salientamos que a empresa Somague Engenharia S.A. demonstrou o valor do Capital Social de sua representante no Brasil, no valor de R\$ 13.000.000,00 (treze milhões de reais) por meio dos seguintes documentos:

- Publicação do Ministério do desenvolvimento, Indústria e Comércio exterior, no Diário Oficial da União/DOU de 20/04/2004, seção 01, página 253 (folha 446 de sua proposta);
- Ata número trezentos e quinze do conselho de administração da Somague Engenharia S.A. (folhas 448 e 449 de sua proposta).

Logo, conclui-se, por tal dispositivo legal, que a operação financeira da representante da empresa estrangeira no território brasileiro deve limitar-se ao seu Capital Social instituído pelo ato de funcionamento da filial no país, ou seja, R\$ 13.000.000,00 (treze milhões de reais), capital este insuficiente para suportar o empreendimento e portanto atender o exigido nos subitens 5.6.1.2 e 5.6.1.2.1 do Edital.

Registre-se que como a participação da empresa Somague Engenharia S.A. no consórcio foi de 50% esta deveria apresentar um Capital Social de sua filial autorizada a operar no país de no mínimo R\$ 24.625.445,49 (vinte e quatro milhões, seiscentos e vinte e cinco mil quatrocentos e quarenta e cinco reais e quarenta e nove centavos).

Portanto, esta Comissão de Licitação, considera que o argumento da Recorrente não pode prosperar.

No que se concerne às alegações de que a Comissão aplicou indevidamente o artigo 33, inciso III, da lei 8.666/93, temos a considerar que os parâmetros a serem utilizados para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, prevê o § 3º do art. 31 da Lei Nacional de Licitações: “O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser





feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais." (grifo nosso). **Portanto, a própria norma disciplina o acréscimo monetário sobre o valor estimado pela Administração Pública.**

Assim, é compreensível enfatizar que a cláusula editalícia prevista no subitem 5.6.2.1 e sua subalínea preceituadas no instrumento convocatório aqui discutidas carregam uma interpretação de, no mínimo, capacidade econômico-financeira de cada consorciada em relação ao ônus do empreendimento a ser suportado, tendo sempre em conta o objeto a ser contratado. Portanto, as participantes devem suportar as obrigações inerentes ao universo estimado de R\$ 378.853.007,56. Ou seja, se para participação individual exige-se o percentual de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, nos termos do § 3º do art. 31 da Lei 8.666/93, não seria razoável, em caso de consórcio, alterar o entendimento, portanto, a lógica é aplicar o percentual de participação de cada consorciada sobre o valor de R\$ 49.250.890,98 que corresponde ao produto de 10% (dez por cento) do valor orçado pela Infraero acrescido de 30% (trinta por cento) sobre o valor exigido da licitante individual.

A recorrente colaciona em sua peça recursal entendimento do ilustre doutrinador Marçal Justen Filho. ENTRETANTO, identificamos que tal assertiva colacionada é **posição pretérita do autor – aquela que ele já abandonou** – tópico 7.4.3.1 de sua obra atual, e que consistia em aplicar o percentual de participação do consorciado aos valores apresentados na documentação.

Por sua vez, a temática foi levada à apreciação do Tribunal de Contas da União – TCU expressa na Decisão nº 587/2001 na qual o Órgão de Fiscalização deparou-se com regra que dispunha sobre a avaliação da qualificação econômico-financeira dos consórcios. É relevante examinar essa decisão. A equipe técnica do TCU assinalou que:

[...]

*“É de se observar que a formação de consórcios para participar de licitações não tem o objetivo de propiciar que empresas em situação financeira deficitária tenham acesso a competição através do ‘empréstimo’ da saúde financeira das outras consorciadas. É compreensível, destarte, que a Administração exija de cada consorciado nível mínimo de capacidade econômico-financeira, tendo sempre em conta o objeto a ser contratado.*

[...]

*Se tivermos, entretanto, um consórcio de 10 empresas, cada uma com participação igual a 10%, sendo que nove delas possuem um PL igual a 2000 UM enquanto a décima possui um PL de 1000 UM, esse consórcio não seria habilitado uma vez que o seu PL seria igual a 1900 UM (9x200 + 100 UM), inferior, portanto, às 2000 UM exigidas.*



*A princípio, essa situação pareceria despropositada uma vez que 10 empresas consorciadas, com patrimônio líquido total de 19000 UM, que é quase dez vezes o mínimo exigido (2000 UM), restariam inabilitadas, enquanto qualquer das empresas desse consórcio com PL igual a 2000 UM, isoladamente, poderia seguir no certame.*

*Mas o paradoxo é só aparente. Não se pode confundir o PL do consórcio com o PL das empresas que o compõem. Embora o PL total das empresas supere, e muito, o PL mínimo exigido para a habilitação, não se pode olvidar que a parte do PL das empresas disponível para o consórcio é inferior ao exigido, pois está limitada pela respectiva participação de cada empresa. Assim, se uma empresa participa de um consórcio em 10%, é de admitir que somente 10% do seu PL, e nada mais que isso, estaria disponível para empreender o negócio objeto do consórcio.*

*[...]*

**O Ministro relator Walton Alencar Rodrigues anotou que**

*[...]*

*O percentual da participação da empresa no consórcio não é o mesmo percentual de PL que a empresa compromete com o consórcio, mas, sim, o percentual do valor do PL, exigido do consórcio, é que tem de ser coberto pelo PL total da empresa. Assim, se o PL exigido do consórcio é de 2.000 UM e o percentual de participação da empresa A no consórcio é de 20%, seu patrimônio líquido terá de ser, no mínimo, 400 UM, e se for de exatamente 400 UM estará comprometendo 100% de seu PL com o consórcio e estará habilitada. Se seu PL for de 10.000 UM, estará comprometendo apenas 4% de seu PL, e estará, o consórcio, igualmente habilitado, segundo a dicção legal e o bom senso.*

*Na verdade, o critério de PL 'disponível' para o consórcio apenas imprime confusão ao tema, já que não tem base legal e atende apenas à discussão dos autos. Somente a empresa participante do consórcio é que pode decidir quanto do seu patrimônio líquido estará disponível para o consórcio. Pode ser 100 %, pode ser 1%. O que interessa à lei e ao interesse público é que o PL da empresa seja superior à fatia de PL do consórcio pelo qual ela se responsabiliza.*

*[...]*



*O que a lei proíbe é que uma empresa tente figurar no consórcio com percentual superior ao permitido por sua capacidade financeira. Seria o caso, por exemplo, de empresa, com PL irrisório, pretender participar de licitação para a qual não tem capacidade financeira e formar consórcio com outra de excelente condição financeira, mas de tal modo que a de péssima saúde financeira fique com a maior parte do consórcio e a que tem condições satisfatórias fique com parcela ínfima. Isso a lei não admite, pois seria, isso sim, uma empresa deficitária tomar a saúde financeira de outra por empréstimo.*

*Entretanto, o critério do edital permite justamente isso, como passo a demonstrar. Se o PL exigido para o consórcio é de 2000 UM e uma empresa A, com PL de apenas 10 UM, pretender figurar com 90% em um consórcio com outra empresa B, que tem PL de 20000 UM, mas que fica com apenas 10% do consórcio. Pelo critério do DNER, previsto no edital, este consórcio estaria imediatamente habilitado, ao arrepio da lei e de qualquer lógica econômica, pois segundo esse critério o PL do consórcio seria  $(10 \text{ UM} \times 90\%, \text{ empresa A}) + (20.000 \text{ UM} \times 10\%, \text{ empresa B}) = 9 + 2000 = 2009 \text{ UM}$ , que é superior a 2000 UM. Neste caso, sim, a empresa A, sem nenhuma capacidade financeira, para objeto de tal monta, toma por empréstimo a saúde financeira de outra ou, talvez pior, por aluguel, para habilitar-se na licitação e ser sócia majoritária de 90% do consórcio, enquanto a outra responderá por apenas 10% do consórcio. Essa situação, segundo entendo, feriria a lei e não poderia ser admitida, porquanto propiciatória da mercancia dos contratos públicos e da evasão de responsabilidades.*

*[...]*

#### **Voto do Ministro Revisor**

*[...]*

*9. De início, verifico que o texto da lei, em nenhum momento, menciona que os valores dos consorciados, a serem somados, derivarão da aplicação de percentuais a serem aplicados sobre o patrimônio líquido de cada uma das empresas integrantes do consórcio. A proporção a que se refere o texto legal, em meu entendimento, trata da parcela do patrimônio do consórcio que cada consorciado deverá demonstrar possuir. E essa parcela deve ser equivalente ao capital que cada consorciado se comprometa a integralizar. Nessa linha, o somatório das parcelas de todos os consorciados, observada a regra da proporcionalidade, equivalerá ao patrimônio total do consórcio.*



*10. Observe-se que a diferença fundamental entre esse entendimento e aquele defendido pelo DNER, que conta com o aval do Ministério Público, refere-se à base de cálculo sobre a qual incidirá a regra da proporcionalidade: pelo critério do DNER, a proporcionalidade será aplicada sobre o patrimônio líquido de cada consorciado; pela compreensão que agora defendo - alinhando-me ao Ministro Walton Alencar Rodrigues e à SEFID - a proporcionalidade incidirá sobre o patrimônio líquido do consórcio.*

*[...]*

*8.1. determinar ao DNER que:*

*8.1.6. adeqüe a alínea "d" do item 71, vindo a prever que, para efeito de qualificação econômico-financeira do consórcio, cada consorciado, individualmente, deverá ter patrimônio líquido igual ou superior à parcela do patrimônio líquido mínimo exigido no edital correspondente à sua respectiva participação na constituição do consórcio;*

*[...]*

### **Decisão**

*O Tribunal Pleno, pelo Voto de Desempate de seu Presidente, nos termos do inciso VIII do art. 94 do Regimento Interno, e com fundamento nos arts. 1º, incisos II e IV, 5º, 43, inciso II, da Lei 8.443/92, DECIDE:*

*8.1. determinar ao DNER que:*

*8.1.11. nos próximos editais de licitação:*

***8.1.11.1. altere os critérios de qualificação econômico-financeira aplicável aos consórcios, de forma a prever que cada consorciado, individualmente, comprove possuir patrimônio líquido igual ou superior à parcela do patrimônio líquido que deverá integralizar no consórcio, observado o valor mínimo de patrimônio líquido exigido no edital e sua participação no empreendimento, (GRIFO NOSSO)***

*[...]*

Na licitação em análise, cujo objetivo é a escolha da empresa ou consórcio que fará a reforma do Aeroporto de Manaus, a INFRAERO decidiu que, no tocante à



participação, seria admitido a formação de consórcios. Segundo Lucas Rocha Furtado, Procurador Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, na sua obra “Curso de Licitações e Contratos Administrativos”, página 249, *in verbis*:

*“Os Consórcios caracterizam-se por serem associações transitórias, sem personalidade jurídica, e por visarem à união de esforços para a consecução de fim determinado”.*

Portanto, o Consórcio tem a função de unir esforços não só na parte técnica como também na parte econômico-financeira, onde, para ser habilitada, a licitante deve cumprir alguns requisitos para poder contratar com o Estado e dentre estes requisitos tem-se a habilitação quanto à qualificação econômico-financeira que tem por objetivo assegurar que os participantes do certame terão capacidade de cumprir com as obrigações a serem contratadas e se a futura contratada tem como assumir obrigações junto ao Estado.

Cumpra registrar que o cálculo de participação deve ser feito em cima do valor que foi orçado e não em cima do capital individual de cada empresa participante do consórcio. O que deve ser observado é se o percentual de participação de cada licitante no consórcio deve estar dentro do capital social de cada empresa, deve ser suportado, não ultrapassando o limite individual. Para exemplificar, tome-se o seguinte exemplo: Empresa (A) com capital social de R\$ 1.000.000,00 (Um milhão de reais) e a empresa (B) com capital social de R\$ 500.000,00 (Quinhentos Mil reais). Supõe-se que estas duas empresas queiram participar de uma concorrência cujo valor orçado foi de R\$ 10.000.000,00 (Dez milhões de reais). Como o critério de participação é de 10% (R\$ 1.000.000,00) acrescido de 30% (R\$ 300.000,00) sobre os 10%, totaliza-se como patrimônio líquido mínimo o valor de R\$ 1.300.000,00 (Um milhão e trezentos mil reais). A fim de exemplificar o entendimento, vamos à tabela 1:

Tabela 1

Empresa	Capital	Participação	Total
A	R\$ 1.000.000,00	70%	R\$ 910.000,00
B	R\$ 500.000,00	30%	R\$ 390.000,00
			R\$ 1.300.000,00

Conforme se observa o percentual foi aplicado em cima dos 10% do valor orçado mais os 30%. O percentual de participação da empresa (A) foi de 70%, perfazendo um valor de R\$ 910.000,00 (novecentos e dez mil reais) e da empresa (B) foi de 30%, perfazendo um valor de R\$ 390.000,00 (trezentos e noventa mil reais). Pode-se analisar que os valores estão dentro do limite de capital social de cada participante. Exemplo: A empresa (A) com uma participação de 70% no consórcio deve entrar com 910.000,00 (novecentos e dez mil reais) do seu capital social, o que é perfeitamente aceitável já que ela tem um capital social de R\$ 1.000.000,00 (Um milhão).

Agora vejamos outro exemplo com os mesmos valores e percentuais, porém usando a metodologia adotada pela Recorrente.



Tabela 2

Empresa	Capital	Participação	Total
A	R\$ 1.000.000,00	70%	R\$ 700.000,00
B	R\$ 500.000,00	30%	R\$ 150.000,00
			R\$ 850.000,00

Percebe-se que por esta metodologia, o consórcio estaria inabilitado, haja vista que o total do patrimônio líquido seria de R\$ 850.000,00. Mesmo que a licitante A aumentasse sua participação para 80%, o consórcio não prosperaria, pois a licitante (B) teria que entrar com 20% o que não daria o capital mínimo necessário, conforme tabela 3:

Tabela 3

Empresa	Capital	Participação	Total
A	R\$ 1.000.000,00	80%	R\$ 800.000,00
B	R\$ 500.000,00	20%	R\$ 100.000,00
			R\$ 900.000,00

Ora, seria razoável a Administração Pública não aceitar a participação dessa empresa hipotética? Provavelmente seria uma discriminação, pois isoladamente elas não tem capital social suficiente para participar da licitação, usando o critério da Recorrente. Entretanto, usando o critério da INFRAERO a empresa estaria, por este raciocínio, suficientemente habilitada. Portanto, este cálculo usado pela Recorrente fere o princípio da competitividade e da isonomia. O princípio da competitividade estaria comprometida pelo fato de que este cálculo proposto pela Recorrente excluiria um consórcio de forma injustificada, desarrazoada. Conforme entendimento do Tribunal de Contas da União no seu Acórdão 1734/2009 Plenário (sumário):

*“A licitação não deve perder seu objetivo principal, que é obter a proposta mais vantajosa à Administração, mediante ampla competitividade, a teor do art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993.”*

Quanto ao princípio da isonomia, este restaria prejudicado por não dar tratamento igualitário aos participantes, discriminando aqueles que isoladamente não tem capital suficiente e precisam unir esforços. Consoante entendimento do Tribunal de Contas da União, em sua obra Licitações e Contratos, Orientações e Jurisprudência do TCU, o princípio da isonomia significa:

*“..... dar tratamento igual a todos os interessados. É condição essencial para garantir competição em todos os procedimentos licitatórios.”*



Interessante também notar que o critério adotado pela INFRAERO privilegia o bom senso, pois o licitante que possui mais capital é obrigado a entrar com uma participação maior e o licitante que possui menos capital entra também com menos capital, conforme se pode observar no exemplo da tabela 1. Vale mencionar o juízo que o Tribunal de Contas da União, em sua obra acima citada, tem sobre o tema:

*“É dever da Administração, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir documento compatíveis com o ramo do objeto licitado, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira dos licitantes.*

*Exigências habilitatórias não podem ultrapassar os limites da razoabilidade, além de não ser permitido o estabelecimento de cláusulas desnecessárias e restritivas ao caráter competitivo. Devem restringir-se apenas ao necessário para o cumprimento do objeto licitado.”*

Depreende-se, então, que a INFRAERO ao aplicar o percentual de participação de cada consorciada sobre o valor de R\$ 49.250.890,98 que corresponde ao produto de 10% (dez por cento) do valor orçado pela Infraero acrescido de 30% (trinta por cento) sobre o valor exigido da licitante individual, coaduna-se com a Decisão nº 587/2001 - Plenário do Tribunal de Contas da União - TCU.

Na hipótese em exame, no qual a recorrente trouxe configurada seu compromisso de consórcio de: empresa A = R\$ 126.003.779,57 – 50% de participação e empresa B = R\$ 13.000.000,00 – 50% de participação, é temerário, uma vez que se houver o advento da saída da “empresa A”, detentora de substancial aporte financeiro para suportar o empreendimento; e, considerando que é evidente o empréstimo de saúde financeira da “**empresa A**” à empresa B.

Assim, não há coerência da empresa de Capital de R\$ 13.000.000,00 suportar, individualmente, a integralização de exigência legal de R\$ 49.250.890,98, valor mínimo, estabelecido por lei a verificação da situação econômico-financeira das participantes em consórcio – subitem 5.6.1.2.1 do Edital.

Cumpre registrar que a INFRAERO em Esclarecimento de Dúvidas publicado em 13/06/2011, esclareceu o entendimento de que a análise econômico-financeira das participantes em consórcio corresponderia ao produto de 10% (dez por cento) do valor orçado pela Infraero acrescido de 30% (trinta por cento) sobre o valor exigido da licitante individual multiplicado pelo percentual de participação das consorciadas individualmente:

*“CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL Nº 009/DALC/SBEG/2011*

*Esclarecimento de Dúvidas nº 002/LCLI/2011, de 13/06/2011*



### 13º PERGUNTA

*Devido a dupla interpretação do item descrito abaixo, 5.6.1.2. A licitante deverá possuir capital igual ou superior a 10% do valor estimado desta licitação. No caso de consórcio, será admitido o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação. 5.6.1.2.1. em se tratando de Consórcio, fica estabelecido em acréscimo de 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para a licitante individual, admitindo-se, porém, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação.*

*Perguntamos qual dos critérios, abaixo, deverá ser adotado?*

*Valor total da obra R\$ 415.030.489,27;*

*10% do valor é igual a R\$ 41.503.048,92;*

*Acréscimo de 30% devido a participação de consórcio é igual a R\$ 41.503.048,92 + 30% = R\$ 41.503.048,59;*

*Capital social mínimo a ser atingido será de R\$ 53.953.963,61.*

#### *Opção A*

*Empresa A: Capital social de R\$ 90.000.000,00 participação no consórcio 60%;*

*Empresa B: Capital social de R\$ 10.000.000,00 participação no consórcio 40%;*

*Então somando sua participação na sua proporção será:*

*(R\$ 90.000.000,00 x 60% = 54.000.000,00) + (R\$ 10.000.000,00 x 40% = R\$ 4.000.000,00);*

*R\$ 54.000.000,00 + 4.000.000,00 = R\$ 58.000.000,00*

#### *Opção B*

*Empresa A: Capital social de R\$ 90.000.000,00 participação no consórcio 60%;*

*Empresa B: Capital social de R\$ 10.000.000,00 participação no consórcio 40%;*

*Então comparando sua participação no consórcio pelo Capital mínimo a ser exigido e comparando se sua proporção é menor ou igual ao Capital Social individual da empresa.*

*Empresa A R\$ 53.953.963,59 x 60% = 32.372.378,15)*





*R\$ 32.372.378,15 menor que capital social da Empresa A, portanto Habilitada.*

*Empresa B R\$ 53.953.963,59 x 40% = R\$ 21.581.585,43*

*R\$ 32.372.378,15 maior que o capital social da Empresa B, portanto Inabilitada.*

#### RESPOSTA

*Com relação à Opção "B" há de se ressaltar que o consórcio constituído pela empresa A e B seria inabilitado pelo fato da empresa "B", não possuir o Capital Social mínimo necessário.*

*Segue abaixo outro exemplo hipotético a fim de esclarecer quaisquer dúvidas:*

*Empresa "A": Capital social de R\$ 90.000.000,00;*

*Empresa "B": Capital social de R\$ 10.000.000,00;*

*Considerando que o Capital social mínimo a ser atingido pelo consórcio é de R\$ 53.953.963,61 e que a empresa "B" possui capital social de apenas 10.000.000,00, para que o consórcio assegure sua habilitação é necessário que a empresa "A", apresente uma participação mais expressiva, de no mínimo 81,47% e a empresa "B" de no máximo 18,53%, destarte teríamos:*

*· Empresa "A": Capital social de R\$ 90.000.000,00; participação 81,47%; logo, Empresa "A" R\$ 53.953.963,61 x 81,47% = R\$ 43.953.963,61*

*· Empresa "B": Capital social de R\$ 10.000.000,00; participação 18,53%; logo, Empresa "B" R\$ 53.953.963,61 x 18,53% = R\$ 10.000.000,00."*

Do mesmo modo, devemos lembrar que a finalidade precípua da licitação é a busca da proposta mais vantajosa para a Administração. Na busca por esta proposta mais vantajosa deve a Administração observar o princípio constitucional da isonomia, sendo vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções impertinentes ou irrelevantes para o específico objeto do contrato, nos termos do art. 3º, § 1º e inciso I, da Lei n.º 8.666/93. A realização da isonomia, com vistas à realização da ampla competitividade, não deve ser levada a extremos, devendo a Administração impor exigências de qualificação técnica e econômico-financeiras que deixem evidentes a capacidade do licitante de executar o objeto da licitação. Vê-se, assim, que a isonomia



e a competitividade são mitigadas pela Lei n.º 8.666/93 e pela própria Constituição Federal quando impõem ao administrador o dever de fixar parâmetros técnicos e financeiros.

Nesse sentido, o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal permite que se estabeleçam 'exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis a garantia do cumprimento das obrigações'. Assim, para definir o objeto da licitação e as condições de contratação, a Administração pode se servir de certa margem de discricionariedade para determinar, em cada caso concreto, o que deverá ser comprovado pelos interessados em participar da licitação, sempre visando ao atendimento de seus interesses e respeitando-se a isonomia entre os licitantes.

Com vistas afastar o argumento de que os critérios adotados pela Comissão de Licitação cercearam o caráter competitivo do certame, cumpre pontuar a quantidade considerável de licitantes habilitadas e classificadas a 2ª fase da licitação: sendo 9 consórcios e 3 empresas isoladas, totalizando 27 (vinte e sete) empresas participantes habilitadas. Parece-nos um número razoável de licitantes, de maneira que se presume que a competitividade do certame não restou comprometida. Portanto, a 2ª fase – Propostas de Preços, encontra-se preservada pelo somatório de licitantes habilitadas.

#### **IV. CONCLUSÃO**

Ante o exposto, esta Comissão de Licitação, consubstanciada na análise empregada no item III desta instrução e, pela faculdade adstrita ao subitem 10.4.2 do Edital, submete o assunto à consideração de V.S.<sup>a</sup> opinando, desde já, pelo NÃO PROVIMENTO ao recurso da licitante Consórcio S.A PAULISTA/SOMAGUE, por carecer do devido respaldo legal, para reformar a decisão proferida por este Colegiado, e ainda visto que na hipótese de dar-se provimento total ao teor da referida peça recursal estaria a Administração afrontando aos Princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório, do Julgamento Objetivo e da Legalidade.

Brasília(DF), 16 de agosto de 2011.

JOSE ANTONIO PESSOA NETO  
Presidente da Comissão de Licitação

HEBERT JULIANO MOREIRA  
Membro Técnico/DEPE

ANA PAULA NOBREGA  
Membro técnico/DEOB

RÔMULO TÔRRES BRAZ  
Membro Administrativo/DALC

SILVIA CRISTINA LOBO CAVALCANTE FERREIRA  
Membro Jurídico/PRPJ