



UNIFACS
UNIVERSIDADE SALVADOR
LAUREATE INTERNATIONAL UNIVERSITIES*

UNIVERSIDADE SALVADOR
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO

QUALIFICAÇÃO TÉCNICA – UMA EXIGÊNCIA DA LEI NACIONAL 8.666/93

Adriana Teixeira Borba Santana*

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 A qualificação técnica como requisito de habilitação: sua preponderância no procedimento licitatório – 3 O alcance da lei nacional 8.666/93 – 4 O veto presidencial à qualificação técnico-operacional – 5 Posicionamentos doutrinário e jurisprudencial sobre o tema – 6 Considerações finais – Referências

RESUMO: O procedimento licitatório é obrigatório para todo e qualquer ente que faça uso do recurso público. Acredita-se que por meio da licitação seja possível selecionar a proposta mais vantajosa para contratar com a Administração Pública. A obrigatoriedade de sua adoção advém da própria Constituição Federal, seguida das leis infraconstitucionais: a lei 8.666/93, de competência da União, complementada pelas leis específicas dos Estados-membros que a possuam. A lei 8.666/93 elenca as diretrizes básicas para a realização do procedimento, inclusive suas fases e os pré-requisitos para aprovação em cada uma delas. Nesse contexto, a qualificação técnica aparece como uma das exigências para a fase de habilitação. Sua necessidade justifica-se em razão do alto vulto de algumas licitações que envolvem obras e serviços de engenharia de grande complexidade. Através de sua verificação dá-se a salvaguarda do erário, afastando, assim, a possibilidade de contratar empresas incapazes de honrar com o objeto para o qual se comprometeram.

Palavras-chave: previsão constitucional e infraconstitucional; procedimento licitatório obrigatório; requisito para a fase de habilitação; serviços complexos e de alto vulto; necessária comprovação da qualificação técnica.

1 INTRODUÇÃO

A licitação é procedimento imposto a todo e qualquer ente que se utilize de recurso público em seu orçamento. Sua obrigatoriedade encontra lastro na previsão

* Bacharela em Administração de Empresas pela Universidade Católica do Salvador – UCSAL. 1997; Especialista em Finanças Corporativas pela Universidade Salvador – UNIFACS. 1999; *Master in Business Administration* em Gestão de Recursos Humanos pela Universidade Salvador – UNIFACS. 2002; Bacharelada em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS. 2010.
E-mail: adrianaborbas@gmail.com

constitucional – mais especificamente no art. 37, inciso XXI – que somente excepciona as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade.

Encarregou-se, também, a Constituição Federal de, no seu art. 22, inciso XXVII, conferir à União a competência privativa para legislar sobre normas gerais. Nesse intuito, foi publicada a lei 8.666/93, responsável por instituir regras gerais capazes de nortear a forma com que se dará a execução da licitação.

A lei 8.666/93 definiu que o procedimento será composto por duas fases, sendo necessária a aprovação na primeira para alcançar a segunda fase. Em outras palavras, faz-se necessário que a empresa demonstre possuir a habilitação mínima requerida a fim de ter a sua proposta de preço analisada.

Dentre os requisitos a serem verificados na fase de habilitação está a qualificação técnica, que se volta para a averiguação da capacidade da empresa e do profissional para adimplir com o objeto da licitação – aquele que é alvo de contratação da empresa.

O objetivo das fases serem consecutivas, porém excludentes, encontra respaldo na salvaguarda do interesse público, tendo em vista que de nada adiantará analisar o preço oferecido pela empresa que, sequer, tem a estrutura física, maquinário, profissionais qualificados, aptos a responder pelo objeto da licitação. Dessa forma, sempre que o objeto fizer alusão à obra ou serviço de engenharia, que envolva grande vulto, além de grande complexidade para a sua realização, a qualificação técnica precisará ser exigida dos licitantes envolvidos.

2 A QUALIFICAÇÃO TÉCNICA COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO: SUA PREPONDERÂNCIA NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

A licitação é procedimento de que se vale a Administração Pública para selecionar a melhor proposta, obtendo, por via de consequência, as melhores oportunidades de contratação. Consoante Fernanda Marinela de Sousa Santos (2005, p.247):

A licitação tem como **finalidade** viabilizar a melhor contratação possível para o Poder Público, além de permitir que qualquer um que preencha os requisitos legais, tenha a possibilidade de contratar, representando o exercício do princípio da impessoalidade. Este procedimento apresenta três **exigências** públicas impostergáveis: a) proteção dos interesses públicos e

recursos governamentais; b) respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (art. 5º e art. 37, *caput*, ambos da CF); c) obediência aos reclames da probidade administrativa (art. 37, *caput* e art. 85, V, da CF) (destaques no original).

Ressalte-se que por não haver um conceito único, ocorrem variações de um duto para outro, mantendo-se, contudo, um sentido comum entre as diversas definições dadas. Buscando ilustrar as várias formas de abordagem traz-se, a seguir, o conceito conferido por, respectivamente, Hely Lopes Meirelles (2010, p.28), Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p.514-515) e José dos Santos Carvalho Filho (2010, p.256):

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Tem como pressuposto a competição. Por isso visa a propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. É o meio técnico-legal de verificação das melhores condições para a execução de obras e serviços, compra de materiais e alienação de bens públicos. Realiza-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, sem a observância dos quais é nulo o procedimento licitatório, e o contrato subsequente (destaques no original). (MEIRELLES, 2010, p.28).

Ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da lei. Tal procedimento denomina-se licitação. Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de *competição*, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir. Donde, pressupõe, como regra, duas fases fundamentais (sem prejuízo de outras subdivisões): uma, a da demonstração de tais atributos, chamada *habilitação*, e outra concernente à apuração da melhor proposta, que é o *julgamento* (destaques no original). (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p.514-515).

Para conceituar-se a licitação, de forma objetiva, não se pode deixar de considerar dois elementos, que, inclusive, serão estudados separadamente. O primeiro é a *natureza jurídica* do instituto, ou seja, como este se insere dentro do quadro jurídico. O segundo consiste no *objetivo* a que se preordena, o que, aliás, constitui a própria *ratio essendi* desse instrumento. Fincados em tais elementos, podemos conceituar a licitação como o *procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico* (destaques no original). (CARVALHO FILHO, 2010, p.256).

Saliente-se que a licitação se trata de procedimento vinculado, previsto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Por meio desse dispositivo fica a prática da licitação obrigatória – ressalvadas as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade – no âmbito da administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios. Isso significa que em se tratando de obras, serviços, compras e alienações deverão os entes supracitados observar a exigência de licitar. Ressalte-se que através de tal procedimento estar-se-á assegurando, dentre outros princípios, a isonomia, a legalidade, a impessoalidade, o julgamento objetivo, a publicidade, a probidade administrativa, a moralidade.

Com vistas a haver um critério homogêneo a ser seguido pela administração direta e indireta dos Poderes de todos os entes federados, a Constituição Federal, no seu art. 22, inciso XXVII, concedeu à União a competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação. Para Alice Gonzalez Borges (1996, p. 85):

Gerais, todas as normas o são, pois é de sua essência o serem genéricas, abstratas e dotadas de força coercitiva.

A conceituação das **normas gerais**, expressamente referidas pela Constituição no art. 22, XXI e XXVII, bem como no art. 24 e seus parágrafos, transcende a clássica distinção entre leis gerais e leis especiais. No texto constitucional, o termo sempre teve uma conotação bem definida, que só tem pertinência com a especial sistemática de um Estado Federativo, onde as ordens federadas guardam uma relativa autonomia normativa (é o caso da Federação brasileira, organizada em tríplice esfera de competências normativas). Surgem normas gerais quando, por alguma razão, convém ao interesse público que certas matérias sejam tratadas por igual, entre todas as ordens da Federação, para que sejam devidamente instrumentalizados e viabilizados os princípios constitucionais com que guardam pertinência. Têm-se, então, **leis nacionais**, forçosamente mais genéricas, que ditam certas diretrizes, princípios gerais, comandos normativos dirigidos ao legislador das ordens federadas locais. Este, por sua vez, sem quebra de sua autonomia, irá desenvolvê-los, aplicá-los a suas realidades locais peculiares, através da expedição de suas próprias normas (destaques no original).

A União, com o objetivo de regulamentar o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, elaborou a lei 8.666/93. Pela sua natureza, deveria a lei em referência tratar exclusivamente de normas gerais. Contudo, da análise do seu conteúdo, observa-se que há um misto de normas gerais e de normas gerais. Nesse sentido cita-se Rita Tourinho (2007, p. 894):

Assim, em 21 de junho de 1993, foi publicada a Lei nº 8.666, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública. O referido diploma legal possui 126 (cento e vinte seis) dispositivos. Não se pode considerar a Lei Federal de Licitações como *norma geral* na sua inteireza, pois tal entendimento colide com o princípio federativo. Ora, como o referido

diploma legal não especificou quais os artigos que possuem natureza de norma geral, coube ao intérprete a missão de identificar quais aqueles que possuem tal característica e, portanto, são aplicáveis em todo território nacional, e quais os dispositivos de incidência exclusiva na esfera federal. Para tal identificação, necessita-se firmar o conceito de norma geral (destaques no original).

Tem-se, portanto, que, no que tange às normas identificadas como gerais, a lei 8.666/93 será considerada como nacional – obrigatória para todos os entes da Federação. Já no que diz respeito às normas tidas como específicas será a lei 8.666/93 considerada como federal – obrigatória, tão somente, para a União.

Devido ao seu caráter genérico, visto que se volta para a salvaguarda do interesse coletivo, defende-se que a necessidade de comprovar, ou não, a qualificação técnica se caracteriza como regra geral. Ressalte-se que a qualificação técnica compõe o rol dos requisitos para a habilitação, que, conforme Marçal Justen Filho (2010, p.396-397):

A titularidade das condições do direito de licitar é denominada, usualmente, de “habilitação”. No entanto, o vocábulo também é utilizado para indicar tanto a fase procedimental de avaliação das condições de licitar como a decisão proferida pela Administração.

Na acepção de fase procedimental, a habilitação consiste no conjunto de atos orientados a apurar a idoneidade e a capacitação de sujeito para contratar com a Administração Pública. Na acepção de ato administrativo decisório, indica o ato pelo qual a Administração finaliza essa fase procedimental, decidindo estarem presentes as condições do direito de licitar.

Na acepção semântica de fase procedimental, a habilitação sujeita-se ao disposto na lei e no ato convocatório.

Enquanto ato decisório, a habilitação é ato vinculado. Não é informada por qualquer juízo de conveniência. Nem pode se fundar na vantajosidade de propostas. Há uma radical dissociação entre “habilitação” (exame da presença das condições do direito de licitar) e julgamento das propostas.

[...]

Os requisitos de habilitação consistem em exigências relacionadas com a determinação da idoneidade do licitante. É um conjunto de requisitos que se poderiam dizer *indiciários*, no sentido de que sua presença induz a presunção de que o sujeito dispõe de condições para executar satisfatoriamente o objeto licitado. Por decorrência, a ausência de requisito de habilitação acarreta o afastamento do licitante do certame, desconsiderando-se sua proposta. O elenco dos requisitos de habilitação está delineado em termos gerais nos arts. 27 a 32 da Lei de Licitações. É inviável o ato convocatório ignorar os limites legais e introduzir novos requisitos de habilitação, não autorizados legislativamente (destaques no original).

Consoante a lei 8.666/93 a qualificação técnica, quando o objeto da licitação fizer jus, deverá ser exigida. Em outras palavras, quando a ocasião exigir, o licitante será compelido a comprovar que atende aos requisitos mínimos necessários para uma contratação com o Poder Público – tanto a nível da empresa, quanto a nível do profissional encarregado.

3 O ALCANCE DA LEI NACIONAL 8.666/93

A lei 8.666/93 foi elaborada pela União com o intuito de instituir normas gerais de licitação e contratação. Embora tenha sido feita referência quanto a sua capacidade de reunir, num mesmo instrumento, normas gerais e específicas, não é objeto desse estudo adentrar em tal especificidade. Tem-se, contudo, que, no que tange ao tema em tela – qualificação técnica – há a consideração quanto ao mesmo ser de caráter geral e, por isso, de observância obrigatória pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios.

Especificamente no art. 43, a lei 8.666/93 tratou do procedimento da licitação: uma consideração minuciosa do dia do certame, desde a apresentação dos interessados no certame até o seu término.

A primeira das fases tem por função habilitar o licitante a passar para a fase de análise do preço. No decorrer da fase habilitatória serão verificados: (a) habilitação jurídica, que evidenciará a constituição formal da sociedade, observados os devidos procedimentos legais; (b) regularidade fiscal, com vistas a comprovar a situação regular da sociedade, ante o adimplemento de suas obrigações tributárias e trabalhistas; (c) qualificação técnica, relevante para certificar o preparo da empresa com vistas a adimplir com o objeto licitado – envolve registro ou inscrição na entidade profissional competente, comprovação de aptidão profissional e operacional; (d) qualificação econômico-financeira, a fim de investigar a situação econômica e financeira da empresa, através da verificação de balanço patrimonial, certidão negativa de falência ou concordata, garantia de execução do serviço; (e) declaração de não possuir no quadro menor de dezoito anos executando trabalho noturno, perigoso ou insalubre; e de não possuir no quadro menor de dezesseis anos, salvo se na condição de aprendiz a partir dos quatorze anos.

Conforme parágrafo anterior, a qualificação técnica é um dos requisitos para a habilitação. Possuí-la significará que o licitante atende às condições necessárias para a adequada e satisfatória prestação da obra ou dos serviços.

A habilitação jurídica, por sua vez, visa averiguar a regularidade formal do licitante. De acordo com o art. 28 da lei em comento, serão apreciados: (I) cédula de

identidade; (II) registro comercial, em se tratando de empresa individual; (III) ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores; (IV) inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício; (V) decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir. Pode-se dizer, então, que esse será o momento em que se verificará se a empresa ou sociedade foi regularmente constituída e registrada; e quem, de acordo com tais documentos, tem poderes para representar a empresa ou sociedade, assinando em seu nome.

Já a qualificação econômico-financeira, segundo José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 309), “é o conjunto de dados que fazem presumir que o licitante tem “capacidade para satisfazer os encargos econômicos decorrentes do contrato””. Conforme o art. 31, da lei nacional, serão examinados: (I) o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis do último exercício social; (II) a certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física; (III) a garantia, quando exigível, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

A regularidade fiscal, como o próprio termo indica, se resume à constatação de o licitante estar quite com obrigações fiscais a nível federal, estadual e municipal. Tal requisito, de acordo com o art. 29 da lei supracitada, abarca a averiguação da: (I) prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC); (II) prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual; (III) prova de regularidade para com as Fazendas Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei; (IV) prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

No que tange à qualificação técnica, o art. 30, da lei 8.666/93, elenca a seguinte documentação:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

A título ilustrativo considere-se um edital que tenha como objeto: Serviços de Construção e Montagem de Gasodutos Enterrados em Aço Carbono, para o atendimento de Clientes na Região Metropolitana da Salvador, pelo prazo de 12 (doze) meses. Tomando por base o referido objeto seriam reconhecidos como requisitos plausíveis de serem exigidos:

A título de verificação da qualificação técnica-operacional: (a) prova da inscrição da empresa licitante no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CREA; (b) atestado fornecido, por pessoa jurídica de direito público ou privado, à empresa licitante, comprovando a realização satisfatória de serviços de construção e montagem de gasodutos, cujo contrato envolva, por exemplo, valores iguais ou superiores a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para uma área mínima de 1.000 metros de extensão; (c) declaração elaborada pela empresa licitante confirmando dispor de 02 caminhões com guindaste; 02 retro escavadeiras; 02 medidores de explosividade; equipamento de furo direcional; etc.

A título de verificação da qualificação técnico-profissional: (a) declaração formalizada pela empresa licitante indicando o responsável técnico e a equipe técnica que executará os serviços, devendo os mesmos possuir a seguinte qualificação: (a.1) tratando-se do responsável técnico: engenheiro mecânico ou químico, inscrito no CREA; (a.2) tratando-se do chefe de obra: engenheiro mecânico ou químico, formado há pelo menos 04 anos, inscrito no CREA, com experiência mínima de 02 anos em gerenciamento / coordenação de obras de instalação de redes de dutos soldados e enterrados; (a.3) tratando-se de engenheiro de produção: [...].

Do exemplo supracitado pode-se observar a estrita correlação entre os itens pontuados, para a necessária comprovação das qualificações operacional e profissional, e o objeto da licitação – de outro modo não teriam propósito tais

exigências. Nesse sentido faz-se mister a participação da área técnica para a indicação de quais requisitos são realmente imprescindíveis – vedada, por lei, qualquer exigência entendida como desnecessária ou excessiva. Por conseguinte, se é sabido que um profissional dotado de quatro anos de experiência se adéqua perfeitamente ao desejável para o exercício da função de Engenheiro de Produção mostrar-se-á excessiva a exigência de qualquer lapso de tempo superior ao mencionado. Nesse sentido dota-se de grande valia a contribuição das procuradoras Edite Hupsel e Leyla Bianca da Costa (2006, p.266) no que tange à conceituação e delimitação do tema em questão:

De complexidade se reveste a análise da qualificação técnica dos licitantes. Enquanto os demais requisitos de habilitação referem-se, de forma genérica, ao próprio licitante, a qualificação técnica tem relação direta com a natureza do objeto da licitação. As exigências para sua comprovação variam de acordo com o objeto específico a ser contratado, posto se referirem ao *know how* a ser apresentado pelo concorrente, resultante de aptidões adquiridas por seus técnicos e/ou pela própria entidade, em decorrência do acúmulo de experiências anteriores (destaques no original).

Saliente-se que a Constituição Federal, no art. 30, deixa transparecer que a capacitação técnica, em âmbito genérico, se compõe das capacitações do profissional – expressamente prevista no art. 30, § 1º, inciso I, da lei 8.666/93 – e da empresa – objeto de veto e, por conseguinte, alvo do próximo tópico.

4 O VETO PRESIDENCIAL À QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL

Faz-se saber que o conteúdo do dispositivo, alvo do veto, dispunha expressamente sobre a capacitação técnico-operacional, a saber:

II – capacitação técnico-operacional: comprovação de o licitante ter executado obras ou serviços em quantitativos e grandezas das relações quantitativos/prazo global iguais ou superiores ao exigido no instrumento convocatório, podendo ser considerado para os quantitativos o somatório de até três contratos e para as grandezas das relações quantitativos/prazo global o somatório de quaisquer contratos, desde que referidos a um mesmo período, devendo essas exigências observar:

a) no caso de quantitativos, o limite máximo de cinquenta por cento das quantidades estimadas na planilha orçamentária da Administração, restritas exclusivamente às parcelas de maior relevância técnica e valor significativo do objeto da licitação;

b) no caso das grandezas das relações quantitativos/prazo global das parcelas referidas na alínea anterior, o limite máximo de cinquenta por cento das relações estabelecidas em função do prazo máximo necessário para realização da respectiva parcela, compatível com o prazo total de execução do contrato.

Tem-se que o veto em comento se baseou em parecer da Advocacia-Geral da União, que se mostrou favorável ao não cerceamento da competitividade, com vistas ao barateamento dos preços e o conseqüente êxito na seleção da proposta economicamente mais vantajosa.

Note-se, contudo, que mesmo ante a expressa vedação do dispositivo referente à qualificação técnico-operacional, ainda assim é possível a sua aplicabilidade partindo da interpretação do art. 30, II c/c art. 30, § 1º, I, da lei 8.666/1993.

Defende-se aqui o entendimento de que não cabe falar em restrição da competitividade, visto que a Administração Pública tem o dever de zelar pelo erário e pelo interesse da coletividade. Assim sendo não se justificaria a vedação do dispositivo que prevê uma especificidade da qualificação técnica que, ausente, colocará em risco a população.

5 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA

Pode-se dizer que a corrente majoritária comunga do sentimento de que, embora haja o veto, é possível e até necessário que se exija do licitante a comprovação de possuir capacitação técnico-operacional. Nesse sentido, citar-se-ão como exemplos, respectivamente, Hely Lopes Meirelles (2010, p.194), Marçal Justen Filho (2010, p.437-438) e José dos Santos Carvalho Filho (2010, p.308):

A comprovação da *capacidade técnico-operacional* continua sendo exigível não obstante o veto oposto à letra “b” do § 1º do art. 30. Na verdade, o dispositivo vetado impunha limitações a essa exigência, e sua retirada do texto legal deixou a critério da entidade licitante estabelecer, em cada caso, as exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações – exigências, essas, que devem ser *pertinentes* e *compatíveis* com o objeto da licitação (MEIRELLES, 2010, p.194).

[...] A exigência acerca de experiência anterior no âmbito empresarial não deriva de conveniência suprimível por parte do legislador. É relevante apurar a idoneidade do licitante e submeter sua participação à comprovação objetiva de atuação satisfatória anteriormente. Essa comprovação não pode fazer-se apenas por via da capacitação técnica profissional. Esse é um dos ângulos através do qual pode avaliar-se as condições de execução satisfatória do objeto licitado. Mas, em várias hipóteses, sequer essa é a via mais adequada para tanto. Basta considerar todos os casos de serviços não relacionados ao exercício de profissões regulamentadas. Excluir a possibilidade de requisitos acerca de capacitação técnica operacional conduz, em termos gerais, a colocar em risco a execução satisfatória da futura contratação. A Administração Pública poderá contratar sujeito sem a experiência necessária à execução de certo objeto contratual. Enfim, lei

proibindo providências necessárias a salvaguardar os fins buscados pelo Estado seria inconstitucional. Se exigências de capacitação técnica operacional são indispensáveis para salvaguardar os interesses colocados sob tutela do Estado, o dispositivo que as proibisse seria incompatível com o princípio da República. Diante disso, deve-se adotar para o art. 30 interpretação conforme à Constituição. (JUSTEN FILHO, 2010, p.437-438).

Tem havido controvérsias quanto à cláusula constante de alguns editais licitatórios através da qual são fixadas exigências para que os participantes atendam a determinados requisitos de ordem técnica, além dos atestados comprobatórios de serviços prestados a outras pessoas públicas ou privadas (art. 30, § 1º, do Estatuto), com o objetivo de demonstrar sua capacidade operacional. Para alguns, o veto apostado ao art. 30, § 1º, II, indica que bastam os atestados. Para outros, é possível que o edital fixe condições especiais para tal comprovação, de acordo com a complexidade do objeto do futuro contrato, invocando-se, como fundamento, o art. 37, XXI, da CF, que alude a “exigências de qualificação técnica”. Em nosso entender, esta é a melhor posição, desde que, é óbvio, não haja o intento de burlar o princípio da competitividade que norteia as contratações na Administração. Todavia, justificados o interesse e a necessidade públicos aferidos pelo administrador, não há como impedir que, em certas situações específicas, sejam estabelecidas condições particulares que denunciem a qualificação operacional dos participantes (destaques no original) (CARVALHO FILHO, 2010, p.308).

Nota-se dos trechos transcritos acima que a doutrina contemporânea toma por base o próprio texto constitucional, a fim de subsidiar o entendimento quanto ao cabimento de se exigir que o licitante comprove possuir a qualificação técnico-operacional requerida para o adimplemento do objeto licitado.

No que tange aos Tribunais tem-se que estes, pelo motivo já exposto, têm adotado posicionamento na mesma linha daquele defendido pela corrente majoritária. Com o intuito meramente exemplificativo, transcrevem-se, a seguir, trechos de julgados do Superior Tribunal de Justiça – STJ (RESP 361.736; RESP 155.861) e do Tribunal de Contas da União – TCU (Decisões 432/1996; 1.942/2009):

É lícita a exigência, referente à capacitação técnico-operacional de licitantes, de apresentação de atestado comprobatório de exercício pela licitante de atividade anterior compatível em características, quantidades e prazos, desde que pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação. (STJ. RESP 361.736, Proc. 2001/0116432-0, Rel. Min. Franciulli Netto).

A exigência, no edital, de comprovação de capacitação técnico-operacional, não fere o caráter de competição do certame licitatório (STJ. RESP 155.861, Proc. 97/0083089-6, Acórdão da Primeira Turma).

Naquela assentada o Plenário firmou entendimento no sentido da legalidade da exigência de atestado de capacidade técnico-operacional na fase da habilitação técnica. Ressaltou, também, que o Ministério Público, ao se pronunciar, naquela ocasião, citou trecho do ensinamento do Professor Adilson Abreu Dallari a respeito do assunto, abaixo transcrito: "... a supressão da letra `b', deveras procedida pelo veto Presidencial, não proíbe o estabelecimento de requisitos de capacitação técnico-operacional, mas, sim, retira a limitação específica relativa a exigibilidade de atestados destinados a comprová-la, deixando que a decisão quanto a essa questão

fique ao critério da autoridade licitante, que deve decidir quanto ao que for pertinente, diante de cada caso concreto, nos termos do art. 30, II (TCU. Proc. TC 013.587/95-1. Decisão 432/96).

As exigências relativas à capacidade técnica guardam amparo constitucional e não constituem, por si só, restrição indevida ao caráter competitivo de licitações conduzidas pelo Poder Público. Tais exigências, sejam elas de caráter técnico-profissional ou técnico-operacional, não podem ser desarrazoadas a ponto de comprometer o caráter competitivo do certame, devendo tão-somente constituir garantia mínima suficiente de que o futuro contratado detém capacidade de cumprir com as obrigações contratuais. Tais exigências ser sempre devidamente fundamentadas, de forma que fiquem demonstradas inequivocamente sua imprescindibilidade e pertinência em relação ao objeto licitado.

(TCU. Acórdão nº 1.942/2009, Plenário, rel. Min. André Luís de Carvalho).

Os trechos supracitados evidenciam que os Tribunais não vêm entendendo a exigência de qualificação técnico-operacional como desarrazoada ou cerceadora da competitividade, quando em consonância com o próprio objeto licitado. Tal precaução é, muito mais que uma faculdade, um dever do gestor público, vez que lhe cabe gerir e zelar pela coisa pública, salvaguardando, desse modo, o interesse da coletividade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A qualificação técnica é requisito de suma representatividade para a seleção do licitante apto a contratar com o Poder Público. Pode ser analisada sob o viés da capacitação da empresa e da capacitação do profissional. Não há que se falar em qual detém maior importância, visto que são distintas e complementares. Em face de objeto que diga respeito a obra ou serviço na área de engenharia – em regra de alto vulto e grande complexidade – far-se-á imprescindível a previsão no edital e a constatação de a empresa possuir tais pré-requisitos que a habilitem a executar a obra ou o serviço com eficiência e nível satisfatório.

Não se trata de cerceamento da competitividade, visto que é dever da Administração Pública definir os parâmetros técnicos da obra ou serviço que precisa ver executado e, por via de consequência, verificar e comprovar que tais condições técnicas estão presentes na empresa interessada em contratar com o Poder Público. Se a pretexto de estar cerceando a ampla competitividade houver uma flexibilidade, esta poderá ser entendida como fruto de negligência, vez que implica em prejuízo à coletividade.

Nesse sentido, sempre que o objeto fizer jus, deverão ser previstas e exigidas ambas as qualificações – operacional e profissional – da empresa.

No que tange ao fato de a qualificação técnico-profissional contar com previsão expressa, enquanto que a qualificação técnico-operacional apresenta veto expresso, filia-se ao entendimento de que toda e qualquer interpretação deve, sempre, ser realizada à luz da Constituição Federal. E, ressalte-se, a Carta Magna, além de evidenciar princípios a serem seguidos, trás, também, diretrizes para que a coletividade e o patrimônio público sejam preservados e utilizados com responsabilidade. Daí que se pode extrair o subsídio para exigir a qualificação a nível da empresa do próprio texto constitucional e da lei infraconstitucional, mais especificamente, do art. 30, inciso II c/c art. 30, § 1º, inciso I, da lei 8.666/1993.

Por conseguinte, constata-se a existência de previsão na lei 8.666/93 para a qualificação técnica, a qual não deve ser ignorada pela administração direta, nem indireta, incluindo empresas públicas e sociedades de economia mista que façam uso do recurso público, de todos os Poderes, da União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios.

Não obstante a previsão infraconstitucional e a possibilidade de interpretar o dispositivo vetado à luz da Constituição Federal há de se considerar a predominância da corrente majoritária da doutrina, seguida do posicionamento que vem sendo adotado pelos Tribunais – ambos convergindo para a plausibilidade em se exigir a comprovação dos requisitos de habilitação em relação à empresa e em relação ao profissional encarregado pela execução e/ou supervisão do serviço ou obra. Desse modo faltam argumentos para sustentar a impossibilidade de se exigir ambas as qualificações ou, até mesmo, a qualificação técnico-operacional.

Tenta-se salvaguardar o interesse público de futuras contratações frustradas, fraudulentas e sem êxito, que, além do prejuízo financeiro, acarretem malefícios ainda maiores à população. Afinal, cabe ao Poder Público zelar para que todos os requisitos sejam devidamente observados e levados em consideração, com vistas a mapear devidamente as necessidades coletivas para, a partir daí, objetivar a efetivação do que foi planejado. Afinal, o que se almeja é a prática de atos probos, transparentes, éticos, dentre outros princípios a serem observados tanto pela Administração quanto pelos particulares que com ela contratam.

REFERÊNCIAS

BORGES, Alice Gonzalez. *Normas gerais nas licitações e contratos administrativos (Contribuição para a elaboração de uma lei nacional)*. São Paulo: Revista de Direito Público, 1996.

_____. *Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

BRASIL. *Vade Mecum*. Organizado por Anne Joyce Angher. São Paulo: Rideel, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HUPSEL, Edite Mesquita; COSTA, Leyla Bianca Correia Lima da. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações do Estado da Bahia: Lei nº9.433, de 01 de março de 2005*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MARINELA DE SOUSA SANTOS, Fernanda. *Direito Administrativo*. Salvador: JusPODIVM, 2005, v.1.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Proc. 97/0083089-6, Decisão da Primeira Turma. Publicado em 1 de Dez. 1998. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700830896&dt_publicacao=08-03-1999&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 6 nov. 2010.

_____. Proc. 2001/0116432-0, Rel. min. Franciulli Netto. Publicado em 31 de Mar. 2003. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=371079&sReg=200101164320&sData=20030331&formato=PDF>. Acesso em: 6 nov. 2010.

TOURINHO, Rita. Ponderações sobre infrações e sanções administrativas no âmbito das licitações e contratos administrativos. *Revista Zênite de Licitações e Contratos*. Curitiba, v.14, n.163, 2007, p.891-900.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Proc. TC 013.587/95-1, Decisão 432/96, Plenário, Rel. min.-substituto Lincoln Magalhães da Rocha. Publicado em 6 de Ago. 1996. Disponível em: <contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>. Acesso em: 6 nov. 2010.

_____. Acórdão 1.942/2009, Plenário, Rel. min. André Luís de Carvalho. Publicado em 26 de Ago. 2009. Disponível em: <contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>. Acesso em: 27 out. 2010.