A QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E A CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL DO LICITANTE

ROBERTO RIBEIRO BAZILLI

I — *Introdução*

O procedimento licitatório, atualmente, está disciplinado, sobretudo, pela Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com as alterações introduzidas pela Lei Federal nº 8.833, de 8 de junho de 1994.

Nos termos da legislação referida, uma das fases da licitação é a da habilitação. Nesta fase, o licitante sujeita-se a exame e apuração de sua idoneidade, ou seja, de sua capacidade de vir a contratar com a Administração, de realizar o objeto da licitação e assumir os encargos do contrato.

No dizer de Hely Lopes Meirelles a habilitação “é o reconhecimento dos requisitos legais para licitar feito, em regra, por comissão, que, no caso do convite, pode ser substituída por servidor designado por autoridade competente para o procedimento licitatório (Estatuto, art. 41, § 1º), caracterizando-se como ato prévio ao de julgamento das propostas. (Estatuto, art. 35, I e II e § 5º)”¹

Nesta fase do procedimento licitatório, perquire-se a capacidade jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira e a regularidade fiscal dos licitantes. A qualificação técnica é, pois, uma das condições a ser demonstrada pelo licitante, para que seja considerado habilitado.

O já citado mestre Hely Lopes Meirelles, a propósito da qualificação técnica, usando a então vigente expressão capacidade técnica, nomenclatura acolhida pela legislação que antecedeu à atual — DL 2.300 —, diz que “é o conjunto de requisitos profissionais que o licitante apresenta para executar o objeto da licitação. Essa capacidade pode ser genérica, específica e operativa, e sob todos esses aspectos pode ser examinada pela Administração, na habilitação para licitar, desde que pedido no edital a sua comprovação.”²

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*, Ed. RT, 10ª ed., 1991, p. 132.

² *Idem*, *ibidem*, p. 135.

Marçal Justen Filho, adotando já a nova nomenclatura, doutrina que qualificação técnica “Em termos sumários, consiste na aptidão teórica e prática para execução do objeto a ser contratado.”³

A qualificação técnica deve ser demonstrada consoante o previsto no artigo 30 da Lei 8.666/93, que dispõe:

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

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.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do “caput” deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas a exigências a:

I — capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

II — (VETADO)

a) (VETADO)

b) (VETADO)

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitação de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários À Lei De Licitações E Contratos Administrativos. Ed. Aide, 1ª ed., 1993, p. 170.

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedadas as exigências de propriedade e de localização prévia.

§ 7º (VETADO)

I — (VETADO)

II — (VETADO)

§ 8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§ 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

§ 10 Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-operacional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração.

§ 11 — (VETADO)

§ 12 (VETADO)

II — *Qualificação técnica e capacidade técnico-operacional*

Nota-se no texto transcrito que, dentre os vários vetos presidenciais, um deles foi aposto ao dispositivo que disciplinava a aferição da capacidade técnico-operacional, ou mais precisamente, à alínea “b” do § 1º do artigo 30 do Projeto de Lei nº 1.491-F, que resultou na Lei 8.666/93, repetido, agora, quanto ao item II, do § 1º do artigo 30 do Projeto de Lei de Conversão nº 10/94, que resultou na Lei nº 8.883/94.

Estes vetos deram origem à polêmica jurídica seguinte: a comprovação de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, deve ser feita somente pela apresentação de atestado de capacitação técnico-profissional, ou poderá, ainda, ser exigida a demonstração da capacidade técnico-operacional do licitante?

À primeira vista, pela simples aposição dos vetos presidenciais, poderia o intérprete ser levado ao entendimento de que a demonstração da aptidão para o desempenho de atividade, prevista no inciso II, do artigo 30, da Lei 8.666, ficou restrita à exclusiva exigência de capacitação técnico-profissional.

Os preceitos teriam sido vetados com a intenção precípua de restringir a demonstração da qualificação técnica à comprovação da capacitação técnico-profissional.

Uma análise mais acurada do texto, contudo, conduz a posicionamento diametralmente oposto.

Em realidade, os vetos não eliminaram a exigência da demonstração da capacidade técnico-operacional do licitante, ainda que nos dispositivos legais pertinentes não haja referência à expressão “capacidade técnico-operacional”, como sucedia no Decreto Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, onde constava menção expressa à capacidade operativa (art. 25, § 6º). Os vetos produziram, isto sim, efeito de liberação dos limites e condições definidas nos dispositivos vetados.

A alínea “b” do § 1º do artigo 30, objeto do veto presidencial, dispunha que “quanto à capacitação técnico operacional: comprovação do licitante de ter executado, no somatório de até 3 (três) contratos, quantitativos mínimos não superiores a 50% (cinquenta por cento) daqueles previstos na mensuração e exclusivamente nas parcelas de maior relevância técnica ou de valor significativo, do objeto da licitação, e a 50% (cinquenta por cento) das relações quantitativos/prazo global destas, admitida a soma de atestados quando referidos a um mesmo período, sem limite de contratos.”

Vetado o dispositivo acima, o articulado ficou truncado; a disciplinação da forma de demonstrar a capacitação técnico-profissional permaneceu nos termos do inciso I do § 1º do artigo 30; quanto à maneira de demonstrar a capacidade operacional do licitante passou a existir um hiato. Porém, o mesmo § 1º continuou a dispor sobre a aptidão referida no inciso II do “caput” do artigo 30. E esta aptidão não se restringe à exclusiva capacitação técnico-profissional; é mais ampla, alcançando, sem dúvida, outros aspectos do licitante inerentes à sua capacidade técnico-operacional, tais como a sua própria aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação, as suas instalações e aparelhamentos.

Corroborando, ainda, esta interpretação a disciplinação dos parágrafos do mesmo artigo. A comprovação da capacitação técnico-profissional é tratada no inciso I do § 1º, já a aptidão o é nos §§ 3º, 4º e 5º, por sua vez a comprovação das exigências relativas a máquinas e equipamentos é disciplinada no § 6º.

Esta ordenação dos parágrafos demonstra à saciedade que a qualificação técnica do licitante não se resume à demonstração da sua capacitação técnico-profissional, mas sim alcança, também, a capacidade operacional do licitante.

Reforça esta exegese o inciso III do artigo 33 do mesmo diploma legal que admite, para fins de qualificação técnica de empresas em consórcio, “o somatório dos quantitativos de cada consorciado.” Ficasse restrita a qualificação técnica tão-somente à capacitação técnico profissional, o dispositivo faria referência ao somatório dos acervos técnicos dos profissionais de seus respectivos quadros técnicos e não aos quantitativos dos consorciados.

A propósito, Geraldo Ataliba, em esmerado artigo sob o título “Licitação. Acervo ou Cabelo Técnico e Engenharia”⁴, além da capacidade genérica, específica e operativa, adicionou a capacidade gerencial da empresa, a demonstrar que a capacitação técnico profissional é somente um dos elementos ensejadores da apuração da qualificação técnica do licitante.

4 RDP 41-42/127 e ss.

Hoje, doutrinadores estão, em sua grande maioria, posicionando no sentido de que o inciso II do artigo 30 da Lei 8.666/93 contempla a capacidade técnico-operacional do licitante e a capacidade técnico-profissional, inclusive nas licitações referentes a obras e serviços de engenharia.

Carlos Ari Sundfeld é de opinião que “resultou do veto, apenas, a supressão dos limites quanto a quantidade e prazos das obras e serviços objeto dos atestados.” “A capacitação técnico-operacional será verificada por atestados fornecidos por pessoas jurídicas públicas ou privadas e devidamente registradas na entidade profissional competente (art. 30, § 1º). Não se exige que tais atestados se refiram a objeto idêntico. Basta as obras ou serviços serem similares (isto é, pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos — art. 30 — II) e de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior à do objeto da licitação (art. 30 — § 3º).”⁵

Nesta mesma linha doutrinária, o jurista Cintra do Amaral ensina que “Para efeito de qualificação técnica das empresas licitantes, a Administração deve, com base na Lei nº 8.666/93, exigir atestados referentes à sua capacidade técnica, com vista à comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação. Além da aptidão da empresa, comprovável em função de sua experiência ou tradição, a Administração deve exigir comprovação da capacidade técnico-profissional, nos termos do § 1º do mesmo art. 30.”⁶

Aliás, o referido mestre, em artigo denominado “Qualificação Técnica da Empresa na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/93)”, desenvolveu oportunos argumentos na defesa de sua exegese do artigo 30 da Lei 8.666/93.

Assinala que “a capacitação técnico-profissional é apenas uma das capacitações contidas na qualificação técnica do licitante. Há pelo menos uma outra. Qual, então, seria esta? Parece-me que é, exatamente, a capacitação técnico-operacional.

Poder-se-á argumentar que a capacitação técnico-operacional foi extinta, no projeto de lei, pelo veto à alínea “b” do § 1º do art. 30. É possível — embora o teor das razões expostas deixe dúvidas a respeito — que a vontade do autor do veto tenha sido a de extingui-la, e não apenas os limites nela previstos. Mas — repito — essa vontade é irrelevante para interpretação e aplicação da lei tal como posta. Como diz Kelsen, no trecho acima citado: “É errôneo caracterizar a norma em geral e a norma jurídica em particular como “vontade” ou “comando” — do legislador ou do Estado —, quando por “vontade” ou “comando” se entenda o acto de vontade psíquica.”

O que foi impedido, pelo veto, de ingressar no sistema jurídico não foi a capacitação técnico-operacional, mas a disciplina dessa capacitação contida na alínea “b” do § 1º do art. 30 do projeto de lei. É verdade que não existe na lei, em decorrência do veto, a expressão capacitação técnico-operacional, como ocorre com

5 SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação E Contrato Administrativo*. Malheiros Editores, 1994, p. 126.

6 AMARAL, Antonio Carlos Cintra do Ato Administrativo, *Licitações e Contrato*. Malheiros Editores, 1995, pp. 75/76.

a capacitação técnico-profissional. Mas o conceito de capacitação técnico-operacional ingressou no sistema jurídico por força do inc. II do art. 30, interpretado em conjugação com o art. 33, III, que permite o somatório de quantitativos de empresas consorciadas.

Não pretendo dizer, como isso, que o veto resultou inócuo. Em consequência dele, deixou a lei de incorporar os limites de quantitativos e prazos previstos no projeto aprovado, bem como a permissão de se comprovar tais quantitativos no somatório de até três contratos. Mas — repito — o conceito jurídico de capacitação técnico-operacional, no sentido de capacidade técnica da empresa, a ser exigida nas licitações em conjugação com o acervo técnico do profissional (capacitação técnico-profissional), está contido na nova lei, embora sem denominação específica. A exigência, portanto, pela Administração, em casos concretos, exclusivamente de capacitação técnico-profissional caracterizará uma ilegalidade.”⁷

À luz da doutrina citada, também os Tribunais de Contas vêm se posicionando.

O Tribunal de Contas da União, ao apreciar representação do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado de São Paulo, consagra a tese da regularidade da previsão editalícia que exige, para fins de qualificação técnica do licitante, a demonstração de sua capacitação técnico-profissional e de sua capacitação técnico-operacional.

No seu voto, o Ministro-Relator Paulo Affonso Martins de Oliveira afirma: “é importante considerar certos fatores que integram, de forma absoluta, a finalidade de determinadas licitações e, nesse contexto, estão incluídos os casos em que para a realização de obras ou serviços de grande complexidade não podem ser dispensados o conhecimento técnico especializado nem a comprovação de experiência e capacitação operativa para cumprir o objeto do contrato.”

Aduz, ainda, o Ministro-Relator: “... trata-se de serviço eminentemente técnico e, como tal, deve exigir a participação de profissionais especializados aliada à capacitação operativa da empresa a ser contratada, principalmente em se tratando de Administração Pública, quando há desdobramento de problemas econômicos e administrativos, ligados ao fluxo de recursos disponíveis ou à liberação de áreas físicas, ou, ainda, a prioridades de atendimento ou a problemas estruturais do órgão ou entidade estatal.

Conforme estabelece a Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI, há a permissão, nas licitações públicas, de exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, pois caracterizam-se como instrumentos eficazes de garantias para a boa conservação das obras públicas”.⁸

III — Conclusão

A demonstração da qualificação técnica dos licitantes, nos termos da legislação vigente, implica na comprovação da capacitação técnico-profissional e na de aptidão

7 Revista Trimestral De Direito Público 5/1994, p. 47.

8 Decisão nº 395/95 TCU — Plenário. D.O.U., de 28/09/95, pp. 13.226/13.229.

do licitante para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto do certame, ou seja, na demonstração de sua capacidade operativa.

O que foi impedido de ingressar no sistema jurídico, pelo veto presidencial, não foi a exigência de demonstração da capacitação técnico-operacional, mas sim a disciplina dessa capacitação, inicialmente prevista na alínea “b” do § 1º, do art. 30 do projeto de lei, que deu origem à Lei 8.666/93.

Nos termos do artigo 32, inc. XXI, da Constituição do Brasil, combinado com a legislação infraconstitucional pertinente, as exigências de qualificação técnica devem ser tão-somente as necessárias e indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações; portanto, variáveis e proporcionais à complexidade e ao vulto do objeto licitado, mas não dispensáveis, salvo nos casos de convite.

Ref. 0014
Brochura
150 págs.
Form. 14x21
1989

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS CONSTITUCIONAIS

(Em verbetes)

Mohamed Amaro

Este livro distingue-se dos demais, pois não contém doutrina nem faz referência à jurisprudência. Apresenta o texto Constitucional dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º), com inúmeros verbetes em ordem alfabética, que facilitam a localização dos temas sociais abordados pela nova Constituição, alguns deles inéditos, como o *habeas corpus* e o mandado de injunção.