

PARECER/CONSULTA TC-020/2017 - PLENÁRIO

DOEL-TCEES 5.3.2018 - Ed nº 1082, p.190

PROCESSO TC: 7713/2013
CLASSIFICAÇÃO: CONSULTA
UNIDADE GESTORA: PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
CONSULENTE: LUCIANO SANTOS REZENDE

CONHECER – POSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL, DESDE QUE RESPEITADA A LETRA DO ARTIGO 30, INCISO II DA LEI 8.666/93. – POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO, NOS EDITAIS DE LICITAÇÃO, DE CRITÉRIOS DE COMPROVAÇÃO DA EXECUÇÃO DE QUANTITATIVOS MÍNIMOS EM OBRAS OU SERVIÇOS COM CARACTERÍSTICAS SEMELHANTES, PARA A CONSECUÇÃO DO OBJETO PRETENDIDO PELA ADMINISTRAÇÃO, COM OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE, DESDE QUE EXPRESSAMENTE JUSTIFICADOS – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR

O CONSELHEIRO EM SUBSTITUIÇÃO JOÃO LUIZ COTTA LOVATTI:

I. RELATÓRIO

Versam os presentes autos sobre Consulta formulada pelo senhor **LUCIANO SANTOS REZENDE**, Prefeito de Vitória/ES, solicitando respostas para as seguintes indagações:

Assim, para que os Atos Administrativos estejam alinhados à interpretação jurídica da Corte, formula-se a presente consulta a respeito dos seguintes quesitos:

a) em que pese já ter sido exposto no parecer técnico o posicionamento jurisprudencial adotado pelo Tribunal de Contas da União e STJ, acerca do tema discutido, solicito que seja a presente consulta conhecida, com vistas a ser explicitado por esse Tribunal quanto ao posicionamento adotado frente a tese apresentada, referente à legalidade da exigência contidas nos editais de licitação quanto à comprovação da capacidade técnica operacional pelas empresas licitantes;

b) dentro da mesma celeuma, é pacífico o entendimento quanto à legalidade da Administração Pública, nos editais de licitação, adotar critérios de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, para a consecução do objeto pretendido pela Administração, com observância ao princípio da razoabilidade.

Remetidos os autos à 8ª Controladoria Técnica, foi elaborada a Orientação Técnica de Consulta – Nº OT-C 31/2014, sugerindo o conhecimento da presente consulta, por entender estarem presentes os requisitos de admissibilidade, e, no mérito, sugeriu a seguinte resposta:

Quanto ao mérito, sugere-se que os questionamentos sejam respondidos da seguinte maneira, respectivamente:

1. É possível a exigência de atestado de capacidade técnico-operacional como requisito habilitatório nas licitações, desde que o objeto seja de valor superior a cem milhões de reais e também apresente grau de complexidade significativo, o que necessariamente será motivado pela Administração, sob pena de invalidade.

2. Acolhidos os argumentos relativos ao primeiro questionamento, é possível adotar, nos editais de licitação, critérios de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, para a consecução do objeto pretendido pela Administração, com observância ao princípio da razoabilidade, desde que expressamente justificados.

Encaminhados os autos ao Ministério Público Especial de Contas, foi proferido o Parecer do Ministério Público de Contas 04043/2016-3, que concluiu nos seguintes termos:

3 CONCLUSÃO

Nestes termos, o Ministério Público de Contas, guiado pela interpretação que melhor atende ao interesse público, dimensão pública dos interesses individuais, requer:

3.1 O NÃO CONHECIMENTO da Consulta formulada, com o conseqüente arquivamento do procedimento, haja vista a inobservância do seguinte requisito:

- indicação de dispositivo legal sobre o qual pairam as dúvidas suscitadas (caput do art. 122 da LC 621/2012);*

3.2 Caso o Plenário ultrapasse a fase de conhecimento e venha a analisar o mérito, requer, ainda,

3.2.1 Quanto ao primeiro questionamento, que seja reconhecida a ilegalidade e a inviabilidade de se exigir atestados de capacidade técnico-operacional como requisito habilitatório nas licitações;

3.2.2 Quanto ao segundo questionamento, configura-se prejudicada a sua análise, haja vista que somente poderia ser apreciado caso acolhido o primeiro questionamento.

3.3 Por derradeiro, com fulcro no inc. III do art. 41 da Lei 8.625/93, bem como no parágrafo único do art. 53 da Lei Complementar nº 621/12, reserva-se o direito de manifestar-se oralmente em sessão de julgamento, em defesa da ordem jurídica.

II. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Apesar de o douto Ministério Público de Contas haver pugnado pelo não conhecimento da consulta, verifica-se a presença dos seus pressupostos, conforme manifestação da Área Técnica.

A consulta é apresentada por agente legítimo, a saber, o Prefeito Municipal, o que atende ao artigo 122, inciso I, c/c § 1º do mesmo artigo da Lei Complementar 621/2012, havendo nos autos sua qualificação, nome legível e assinatura.

Como bem apontado pela Área Técnica, a matéria suscitada possui pertinência com a atuação deste Tribunal (art. 122, § 1º, II), por questionar acerca da possibilidade de exigência, na fase de habilitação, de comprovação referente à capacidade técnica-operacional dos licitantes (art. 30 da Lei 8.666/93), possuindo relevância jurídica, econômica e social, já que trata da regularidade de exigência de capacidade técnica-operacional dos licitantes, com possibilidade de responsabilização do gestor em caso de irregularidade, atendendo ao disposto no artigo 122, § 3º da Lei Complementar 621/2012.

Constata-se ainda o implemento das seguintes condições:

a) indicação precisa da dúvida (art. 122, § 1º, III).

b) consulta formulada em tese (art. 122, § 1º, IV).

c) indicação do dispositivo legal sobre o qual pairam dúvidas (art. 30 da Lei 8.666/93).

d) presença do parecer do órgão de assistência técnica e/ou jurídica da autoridade consulente (fls. 04/08 – art. 122, § 1º, V).

Presentes os requisitos de admissibilidade, passamos à análise meritória.

III. FUNDAMENTAÇÃO

a) DO PRIMEIRO QUESTIONAMENTO

O primeiro questionamento apresentado é o seguinte:

a) em que pese já ter sido exposto no parecer técnico o posicionamento jurisprudencial adotado pelo Tribunal de Contas da União e STJ, acerca do tema discorrido, solicito que seja a presente consulta conhecida, com vistas a ser explicitado por esse Tribunal quanto ao posicionamento adotado frente a tese apresentada, referente à legalidade da exigência contidas nos editais de licitação quanto à comprovação da capacidade técnica operacional pelas empresas licitantes;

Em suma o que o consulente presente saber é se seria legal a exigência, em edital de licitação, quanto à comprovação da capacidade técnica operacional pelas empresas licitantes.

Manifestando-se nos autos, assim se pronunciou a Área Técnica, por meio da Orientação Técnica de Consulta – Nº OT-C 31/2014:

Com efeito, o primeiro questionamento diz respeito à legalidade da exigência, em editais de licitação, de atestado de capacidade técnico-operacional às licitantes. A dúvida é pertinente, uma vez que o art. 30, § 1º, II, b, da Lei n. 8.666/93, com a redação dada pela Lei n. 8.883/94, que o previa, foi vetado pelo Presidente da República. Dessa forma, o Estatuto das Licitações não mais cita expressamente tal hipótese, o que justifica o questionamento a respeito da sua exigibilidade.

A doutrina pátria identifica dois tipos de atestado de capacidade técnica: o de capacidade técnico-profissional e o de capacidade técnico-operacional. O primeiro, segundo Marçal Justen Filho, reconhece a “existência, nos quadros (permanentes) de uma empresa, de profissionais em cujo acervo técnico constasse a responsabilidade pela execução de obra similar àquela pretendida pela Administração”¹.

O segundo, por sua vez, refere-se à “comprovação de que a empresa, como unidade jurídica e econômica, participara anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública”².

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11. ed. São Paulo: Editora Dialética, 2005, p. 327.

² *Ibidem*.

O atestado de capacidade técnico-profissional continua previsto no art. 30, § 1º, I, da Lei n. 8.666/93. O atestado de capacidade técnico-operacional, por outro lado, anteriormente previsto no art. 30, § 1º, II, do referido diploma legal, foi objeto de veto pelo Presidente da República. O dispositivo em questão, na sua redação original, assim dispunha:

Art. 30 [...]

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II deste artigo, no caso de licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente certificados pela entidade profissional competente, limitadas as exigências a:

a) quanto à capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data da licitação, profissional de nível superior 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;

b) 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]

Nas razões do veto, o Presidente da República assim se manifestou:

Reconhecidamente, a competição entre possíveis interessados é princípio ínsito às licitações, pois somente ao viabilizá-la o Poder Público pode obter a proposta economicamente mais vantajosa, barateando, assim, os preços de suas obras e serviços.

Ora, a exigência de “capacidade técnico-operacional”, nos termos definidos no primeiro dos dispositivos supra [art. 30, § 1º, b], praticamente inviabiliza a consecução desse objetivo, pois segmenta, de forma incontornável, o universo dos prováveis competidores, na medida em que, embora possuindo corpo técnico de comprovada experiência, uma empresa somente se habilita a concorrer se comprovar já haver realizado obra ou serviço de complexidade técnica idêntica à que estiver sendo licitada. [grifo nosso]

Ademais, dependendo do vulto da obra ou serviço, essa exigência pode afastar pequenos e médios competidores, já que pode chegar a até 50% (cinquenta por cento) das “parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo”, conceitos, aliás, sequer definido [sic] objetivamente no projeto. [grifo nosso]

Impõe-se, assim, expungir do texto os dispositivos em foco, que, por possibilitarem possíveis direcionamentos em proveito de empresas de maior porte, se mostram flagrantemente contrários ao interesse público. [grifo nosso]

A não serem suficientes tais razões, basta verificar ainda a redação dúbia e imprecisa da referida alínea “b”, a gerar previsíveis dificuldades na sua correta aplicação³.

Posteriormente, o art. 30, § 1º, da Lei n. 8.666/93 foi alterado pela Lei n. 8.883/94 e passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 30 [...]

§ 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 as 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 – 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: [VETADO]

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; [VETADO]

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. [VETADO]

O inciso II do art. 30, § 1º, que se referia à capacitação técnico-operacional, foi vetado sob o argumento de que reproduz a redação original do dispositivo, também vetado, “o que não permite seja agora sancionado, tendo em vista o disposto no art. 66, § 4º, da Constituição Federal”⁴.

Tal quadro resultou no surgimento de duas correntes doutrinárias antagônicas sobre a legalidade da exigência de atestado de capacidade técnico-operacional. Marçal Justen Filho dispõe sobre tal celeuma da seguinte maneira:

³ Mensagem n. 335, fl. 2/3.

⁴ Mensagem n. 436, fl. 6.

Com os vetos, produziu-se não apenas o desaparecimento aos “limites”. Como a referência à “capacitação técnica operacional” estava prevista no inc. II do § 1º, também ela deixou de ser explicitamente referida na Lei. Logo, surgiu impasse acerca da disciplina legal a ser dada ao tema da capacitação técnica operacional. Há duas posições acerca da interpretação comportada pelo art. 30.

A primeira corrente sustenta que a exigência de capacitação técnica operacional pode ser imposta com fundamento diretamente no inc. II do art. 30. Se é possível exigir comprovação de experiência anterior, tal como prevê essa disposição, haveria fundamento jurídico para o ato convocatório introduzir tal requisito da capacitação técnica operacional. Para ratificar o entendimento, lembra-se o art. 33, inc. II, que faculta o somatório de quantitativos executados pelos diferentes consorciados. Essa regra apenas poderia aplicar-se a propósito de capacitação técnica operacional.

A segunda corrente toma em vista que o § 1º do art. 30 explicitamente determina a extensão dos requisitos de qualificação técnica previstos no inc. II, quando se trata de licitação para obras ou serviços. Ou seja, as licitações que versem sobre obras ou serviços sujeitam-se ao § 1º do art. 30, não sendo possível aplicar diretamente o inc. II do mesmo dispositivo. O disposto no § 1º deve ser complementado com a regra do § 5º. Neste dispositivo, proíbe-se a exigência de qualquer requisito de capacitação técnica não previsto no art. 30, o que excluiria a capacitação técnica operacional⁵.

Conforme se depreende do texto, a primeira utiliza-se de interpretação sistemática para admitir a exigência de atestado de capacidade técnico-operacional, citando o art. 30, II, bem como o art. 30, § 1º, I, combinado com o art. 33, III, todos da Lei n. 8.666/93 (com a redação dada pela Lei n. 8.883/94). Os defensores de tal corrente argumentam, basicamente, que, mesmo com o veto presidencial, subsistem vestígios da previsão desse tipo de avaliação das empresas interessadas em contratar com o Poder Público.

A segunda segue a linha do veto presidencial, que considera a exigência de comprovação de capacitação técnico-operacional ofensiva à competitividade do certame, na medida em que restringe a contratação às empresas de grande porte, que já tenham celebrado contratos com o Poder Público. Obviamente, tal cenário traz repercussões danosas à busca da oferta mais vantajosa para a Administração. Nesse sentido, diante da referida manifestação do Chefe do Poder Executivo Federal, o dispositivo que a admitia não foi promulgado, sendo, portanto, impossível de ser invocado.

As duas correntes doutrinárias parecem se excluir numa primeira leitura. Contudo, é possível harmonizá-las se forem considerados alguns aspectos. Primeiramente, é preciso reconhecer que assiste razão ao grupo de doutrinadores que defendem a possibilidade de exigência de atestado de capacidade técnico-operacional, baseando-se na premissa de que, mesmo com o veto presidencial, subsistem dispositivos legais que a autorizam. O art. 30, II, da Lei n. 8.666/93 parece claro nesse sentido:

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

[...]

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da

⁵ JUSTEN FILHO, 2005, p. 327-328.

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; [grifo nosso]

Embora o referido dispositivo não mencione expressamente o termo “capacitação técnico-operacional”, anteriormente destacado pela lei, é possível reconhecer que há resíduos de sua exigibilidade quando se fala de comprovação para o desempenho de atividade pertinente com o objeto da licitação, indicando-se instalações e aparelhamento adequados e disponíveis.

Ora, conforme definido alhures, a cobrança de experiência anterior relativamente à empresa (com suas instalações e aparelhamentos próprios para a execução do contrato almejado pela Administração) refere-se à capacitação técnico-operacional e não à capacitação técnico-profissional.

De fato, como bem se expressou Marçal Justen Filho, há certos objetos, principalmente na área de engenharia, em que há a necessidade de experiência anterior da empresa, como unidade jurídica e econômica, e não apenas dos profissionais individualmente considerados. Abaixo, segue trecho de seu ensinamento:

O desempenho profissional e permanente da atividade empresarial conduz ao desenvolvimento de atributos próprios da empresa. Um deles seria sua capacidade de executar satisfatoriamente encargos complexos e difíceis. Utiliza-se a expressão “capacitação técnica-operacional” para indicar essa modalidade de experiência, relacionada com a ideia de empresa. Não se trata de haver executado individualmente uma certa atividade, produzida pela atuação pessoal de um único sujeito. Indica-se a execução de um objeto que pressupõe a conjugação de diferentes fatores econômicos e de uma pluralidade (maior ou menor) de pessoas físicas (e, mesmo jurídicas). O objeto executado revestia-se de complexidade de ordem a impedir que sua execução se fizesse através da atuação de um sujeito isolado. Portanto, não se tratou de experiência pessoal, individual, profissional. Exigiu-se do sujeito a habilidade de agrupar pessoas, bens e recursos, imprimindo a esse conjunto a organização necessária ao desempenho satisfatório. Assim, a experiência seria das pessoas físicas – mas não dessas pessoas individualmente. Esse conjunto de pessoas físicas enfrentou desafios e problemas e os resolveu através da conjugação de seus esforços comuns. Cada uma das pessoas físicas, isoladamente, contribuiu com uma parcela para o êxito conjunto. Portanto, a perspectiva de enfrentar problemas no futuro e continuar a superá-los pressupõe a manutenção dessa organização. [grifo nosso]

Observe-se, contudo, que o autor parte da premissa de que a capacitação técnica-operacional é cabível quando o objeto a ser executado reveste-se de significativa complexidade, de modo a impedir que sua execução se faça através da atuação de um sujeito isolado.

A contrario sensu, portanto, se o objeto licitado não possuir características especiais a esse ponto, a exigência de capacitação técnica-operacional na fase habilitatória mostra-se desnecessária, excessiva, desproporcional e, portanto, inválida. Foi o que quis evitar o constituinte, quando fez constar no art. 37, XXI, da Constituição Federal o seguinte:

Art. 37 [...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. [grifo nosso]

Então, se por um lado pode ser indispensável a exigência de capacitação técnica-operacional para a garantia de execução de certo objeto contratual, por outro lado tal exigência pode ser desnecessária e, caso levada a cabo, implicar em restrição indevida da competitividade no certame.

Tal preocupação é o que leva a segunda corrente doutrinária a rechaçar a possibilidade de exigência de capacitação técnica-operacional. Quem a defende fundamenta-se nas razões de veto do Presidente da República, quando destaca que tal requisito:

[...] praticamente inviabiliza a consecução desse objetivo [proposta economicamente mais vantajosa], pois segmenta, de forma incontornável, o universo dos prováveis competidores, na medida em que, embora possuindo corpo técnico de comprovada experiência, uma empresa somente se habilita a concorrer se comprovar já haver realizado obra ou serviço de complexidade técnica idêntica à que estiver sendo licitada.

Seguindo esse entendimento, o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul rechaça a possibilidade de exigência de atestado de capacitação técnica-operacional, por ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A Decisão Plenária TP n. 511/2009 seguiu o posicionamento do Exmo. Sr. Conselheiro Relator, Cezar Miola, que em seu Voto destacou o seguinte:

Fruto do até aqui exposto, tenho que, identificados a importância apenas relativa das certificações de capacitação técnico-operacional e o grau de restritividade competitiva resultante dessa exigência, torna-se inevitável concluir que a mesma, quando utilizada como requisito para habilitação, culmina por violar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e, com isso, os demais postulados aplicáveis às ações da Administração Pública, elencados no caput do artigo 37 da Lei Fundamental, e, em especial, o contido no inciso XI desse mesmo dispositivo, verbis: [grifo nosso]

“XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (Grifei.)

O Voto do Relator registra, inclusive, que é possível obter resultados mais satisfatórios para resguardar os interesses da Administração caso sejam adotadas certas providências, a seguir enumeradas:

Entre essas cautelas em prol do Erário, podem ser relacionadas uma correta análise da higidez financeira das empresas licitantes; a exigência de demonstração cabal da capacidade de mobilização em favor do empreendimento (recursos humanos, maquinário, infra-estrutura de apoio, instalações, etc.); a elaboração de termos contratuais com disposições claras, definição pormenorizada de direitos e obrigações recíprocos e previsão de efetiva imposição de penalidades por inadimplemento; e fiscalização atuante, com acompanhamento pari passu da execução das obras e serviços contratados.

Sopesando-se os argumentos trazidos pela primeira e segunda correntes, conclui-se preliminarmente que uma reconhece a existência de dispositivos legais, mesmo após o Veto Presidencial, que admitem a exigência de atestado de capacidade técnica-operacional. Isso é fato.

A outra, por sua vez, entende que tal exigência é desproporcional e, conseqüentemente, restritiva ao caráter competitivo do certame. Nesse caso, prevalece a ideia de que a mais ampla concorrência proporciona a melhor oferta para Administração, em observância ao disposto no art. 3º, da Lei n. 8.666/93.

Tal entendimento deixa evidente a preocupação de que a exigência de capacitação técnico-operacional é, de fato, capaz de restringir a competitividade do certame, direcionando a contratação a certos grupos econômicos. Com efeito, mesmo aqueles que reconhecem a legalidade de tal requisito, admitem que a ausência de certa cautela é capaz de produzir esse resultado.

Marçal Justen Filho, em posicionamento citado anteriormente, diz que a capacitação técnico-operacional é aceitável quando “o objeto executado revestia-se de complexidade de ordem a impedir que sua execução se fizesse através da atuação de um sujeito isolado”. Ou seja, se o objeto não apresentar complexidade significativa, não se justifica a exigência de tal requisito.

O deslinde da questão, portanto, se encontra exatamente no princípio da proporcionalidade. Tal princípio estabelece, em suma, que os meios devem ser adequados aos fins. José dos Santos Carvalho Filho assim dispõe a respeito:

O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido⁶. [grifo nosso]

Assim, é preciso verificar o fim almejado pelo Estado para avaliar se a exigência de atestado de capacidade técnica-operacional é legítima. Não é possível, a priori, à revelia dos dispositivos legais existentes, rechaçar tal requisito sem uma análise de adequação entre o meio e o fim. Seguindo esse

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 42.

entendimento, o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão n. 2626/2009, determinou ao Senado Federal o seguinte:

[...] 1.5.2. Ao inserir nos editais de licitação exigência de comprovação de capacidade técnica, seja a técnico-profissional ou técnico-operacional, como critério de pontuação de proposta técnica ou como requisito indispensável à habilitação de licitantes, consigne expressa e publicamente os motivos dessa exigência e demonstre, tecnicamente, que os parâmetros fixados são adequados, necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado⁷. [grifo nosso]

Isso porque pode haver determinados objetos, principalmente na área de engenharia, que, por sua especificidade e complexidade, justificam a exigência de experiência anterior que proporcione mais garantias de que será executado a contento. Nesse sentido, é adequado restringir a participação no certame àqueles que, comprovadamente, dispõem de plena capacidade para a consecução do fim colimado pelo Poder Público, demonstrada pela participação em situações semelhantes no passado. Nesse sentido, segue entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO PÚBLICA - SERVIÇOS DE LEITURA DE HIDRÔMETROS E ENTREGA DE CONTAS - EDITAL - EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR - CAPACITAÇÃO TÉCNICA - ARTIGO 30, § 1º, I, E § 5º DA LEI N. 8.666/93 - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações. Dessarte, inexistente violação ao princípio da igualdade entre as partes se os requisitos do edital, quanto à capacidade técnica, são compatíveis com o objeto da concorrência. [grifo nosso]

In casu, a exigência, prevista no edital, de apresentação de atestados que comprovem a experiência anterior dos participantes na prestação dos serviços objeto de licitação não é abusiva ou ilegal, pois é uma forma de demonstrar sua capacidade técnico-operacional segundo os critérios discricionariamente estabelecidos pela Administração para a execução a contento dos serviços. [grifo nosso]

"A ausência de explícita referência, no art. 30, a requisitos de capacitação técnico operacional não significa vedação à sua previsão. A cláusula de fechamento contida no § 5º não se aplica à capacitação técnico-operacional, mas a outras exigências" (Marçal Justen Filho, in "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", 8ª ed., Ed. Dialética, São Paulo, 2000, p. 335).

Recurso especial não conhecido⁸.

⁷ Acórdão 2626, TCU, Plenário, Relator: Min. Raimundo Carreiro, 13/11/2009.

⁸ RESP 361736/SP, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Ministro Relator Franciulli Neto, 05/09/2002.

Seguindo esse entendimento, a exigência de capacidade técnico-operacional não será irregular, pois há características especiais no objeto que a justificam. Opera-se a máxima referente ao princípio da isonomia de que os iguais devem ser tratados de forma igual, e os desiguais de forma desigual. Nesse sentido, segue ensinamento de Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidade virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressaltado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal. [grifo nosso]

[...]

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. [grifo nosso]

Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado⁹. [grifo nosso]

Nessa senda, se o objeto a ser executado for de menor complexidade, resta clara a restrição indevida do caráter competitivo do certame ao se exigir capacitação técnica-operacional como requisito habilitatório. Paralelamente, na seara dos concursos públicos, seria o mesmo que exigir tempo de experiência profissional para cargos de nível fundamental. É desarrazoado, pois o fim não justifica o meio adotado.

Corroborar tal entendimento o posicionamento da área técnica deste Tribunal manifestado nos autos do Proc. TC n. 967/2014, em sede de Instrução Técnica Inicial, de lavra da Auditora de Controle Externo Raquel Spinasse Gil Santos:

Isso porque até se poderia admitir a exigência de comprovação da experiência e capacitação da empresa licitante, desde que se tratasse da execução de objetos que demandam alta especificidade e complexidade, o que, no

⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 35/36.

entanto, somente poderia se dar na fase de análise técnica das propostas, afastando assim o caráter restritivo à habilitação do certame. [grifo nosso]

No caso em análise, o objeto licitado diz respeito à obra de terraplanagem, drenagem e obras de arte corrente, pavimentação, obras complementares e sinalização de um trecho com pouco mais de dois quilômetros de uma rodovia estadual, o que obviamente não justifica a utilização de instituto restritivo à habilitação, cuja utilização deve ser limitada a situações especialíssimas e devidamente justificadas. [grifo nosso]

Neste contexto, vemos que a exigência do atestado de capacidade técnico-operacional para a execução da obra em comento, que não se caracteriza como de grande vulto e complexidade, e que tampouco exige grandes tecnologias em sua execução, foge à razoabilidade e à proporcionalidade, sendo aplicável à espécie o disposto na parte final da supracitada súmula do TCU, quando determina que deverá a exigência “guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado”. [grifo nosso]

Partindo dessa premissa, apenas as contratações de grande vulto estariam aptas a exigir o atestado de capacidade técnico-operacional como requisito habilitatório. No âmbito desta Corte de Contas, a Resolução n. 266/2013 traz um parâmetro para definição do montante relativo a tais contratações. O referido instrumento normativo regulamenta a distribuição de processos para relatoria dos Conselheiros e Auditores. Nele há um critério especial utilizado para certos ajustes, previsto no art. 3º:

Art. 3º Os processos referentes a projetos relativos a obras, serviços e aquisições, inclusive de concessão ou parceria público-privada, que envolvam recursos orçamentários superiores a R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) serão distribuídos por critério especial, não se aplicando o critério de distribuição previsto no “caput” do art. 1º desta Resolução. [grifo nosso]

§ 1º Os processos previstos no “caput” serão distribuídos por sorteio, observados os princípios da publicidade, impessoalidade e adequada proporcionalidade, excluindo-se os Conselheiros já contemplados de acordo com a realização dos sorteios.

§ 2º Os processos submetidos a critério especial de distribuição deverão observar os procedimentos específicos a serem regulamentados em ato normativo próprio.

Depreende-se da análise do citado dispositivo que, para este Tribunal, as contratações superiores a cem milhões de reais apresentam relevo significativo, a ponto de merecer distribuição diferenciada. Sendo assim, sugere-se que tal montante seja utilizado como parâmetro para a definição da exigibilidade do atestado de capacidade técnico-operacional.

Isso quer dizer que para obras, serviços ou aquisições inferiores a esse valor não se cogita a utilização desse requisito para fins de habilitação. Para aquelas de valor superior, é mister questionar, ainda, se o objeto se reveste de complexidade suficiente para autorizar o licitante a prosseguir nas demais etapas do certame.

Tal questionamento é pertinente porque pode haver situações em que o contrato possui valor significativo, mas as soluções técnicas demandadas não justificam a restrição da competitividade do procedimento licitatório baseada na experiência anterior. É o que ocorre, p. ex., num ajuste celebrado

para reparação de rodovias (operação “tapa buracos”) em todo o Estado. O objeto apresenta baixo grau de complexidade, mas, por sua dimensão, pode apresentar números expressivos. Nesse caso, não se justifica excluir a empresa que, embora não tenha experiência anterior, demonstre condições de estrutura e pessoal suficientes para atender ao desejado pela Administração.

Cumpre salientar, por fim, que, caso entenda necessária a exigência de capacidade técnico-operacional como requisito habilitatório, a Administração deverá evidenciar os motivos que a levaram a essa conclusão. Sobre a questão, assim se posiciona Marçal Justen Filho:

Deve considerar-se que incumbe à Administração justificar as exigências de experiência anterior que introduz no ato convocatório. Não é dever dos particulares demonstrarem que as exigências impostas pela Administração são excessivas. Ou seja, não é possível a Administração invocar algum tipo de presunção de legitimidade de atos administrativos para transferir ao particular o ônus de prova extremamente complexa. Assim o é porque foi a Constituição que determinou a admissibilidade apenas das exigências as mais mínimas possíveis. Portanto, quando a Administração produzir exigências maiores, recairá sobre ela o dever de evidenciar a conformidade de sua conduta em face da Constituição. [grifo nosso]

Mas há outro motivo para isso. É que, se a Administração impôs exigência rigorosa, fê-lo com base em alguma avaliação interna. Em última análise, a discricionariedade na fixação das exigências de qualificação técnica operacional não significa que a Administração possa escolher as que bem entender. A escolha tem de ser resultado de um processo lógico, fundado em razões técnico-científicas. Portanto, o questionamento do particular conduz, em primeiro lugar, à Administração revelar publicamente os motivos de sua decisão. Depois, conduz à aplicação da teoria dos motivos determinantes. Ou seja, se a Administração tiver avaliado mal a realidade, reputando como indispensável uma experiência que tecnicamente se revela como dispensável, seu ato não pode prevalecer. O que é fundamental destacar é o pleno cabimento do controle jurisdicional acerca das exigências de qualificação técnica operacional impostas no ato convocatório. Trata-se de restrição ao universo de licitantes, o que somente se revela como constitucional quando for indispensável à segurança da Administração Pública¹⁰. [grifo nosso]

Isto posto, quanto ao primeiro questionamento, sugere-se que a presente consulta seja respondida no sentido de que é possível a exigência de atestado de capacidade técnico-operacional como requisito habilitatório nas licitações, desde que o objeto seja de valor superior a cem milhões de reais e também presente grau de complexidade significativo, o que necessariamente será motivado pela Administração, sob pena de invalidade.

Já o douto Ministério Público de Contas, dissentindo da Área Técnica, assim se manifestou, por meio do Parecer 04043/2016-3, quanto ao mérito:

2.2 DO MÉRITO

¹⁰ JUSTEN FILHO, 2005, p. 330.

Não obstante, somente para argumentar, se procederá à análise de questões meritórias que subjazem à temática apresentada pelo consulente.

São aclaradoras.

Cumpre-nos, no entanto, a princípio, buscarmos apresentar o contexto da temática, revelando as circunstâncias elucidativas da proposição em questão. A título de prefácio, servimo-nos, neste momento, dos apontamentos constantes do **Parecer Técnico nº 700/2013/CGM** (fl. 4/10), de lavra da Controladoria Geral do Município - Prefeitura de Vitória (fl. 4/10):

DISTINÇÃO DAS CAPACIDADES TÉCNICAS - PROFISSIONAL E OPERACIONAL

Conforme disposto na lei de licitações, a comprovação de aptidão técnica, no caso de licitações relativas a obras e serviços, dar-se-á mediante atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, e por meio de certidões de acervo técnico (CAT), limitadas as exigências à capacidade **técnico-operacional e técnico-profissional**. (sic)

Verificam-se as distinções das capacidades supra mencionadas:

A Capacidade técnico-operacional diz respeito à capacidade operativa do licitante, ou seja, é a demonstração das condições técnicas para execução da obra licitada da empresa participante (pessoa jurídica) através dos atestados devidamente registrados na entidade profissional competente.

Quanto à capacitação técnico-profissional, diz respeito à comprovação fornecida pelo licitante de que possui 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 serviços de características semelhantes às do objeto licitado, refere-se ao profissional técnico (pessoa física) detentor da aptidão técnica comprovada.

Conforme Marçal Justen Filho [Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, 11ª Edição, p.330] o § 1º, do inc. I, do artigo 30, refere-se exclusivamente à capacidade técnica **profissional**, a qual difere da capacitação técnica **operacional**, assim definida:

“Qualificação técnica operacional: comprovação de que a empresa participou anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública;

Qualificação técnica profissional: indica a existência nos quadros permanentes de uma empresa, de profissional em cujo acervo técnico constasse a responsabilidade pela execução de obra similar àquela pretendida pela Administração. (grifou-se)”

2.2.1 PRIMEIRO QUESTIONAMENTO

“a) em que pese já ter sido exposto no parecer técnico o posicionamento jurisprudencial adotado pelo Tribunal de Const da União e STJ, acerca do tema discorrido, solicitado que seja a presente consulta conhecida, com vistas a ser explicitado por esse Tribunal quanto ao posicionamento adotado frente a tese apresentada, referente à legalidade da exigência contida nos editais de licitação quanto à comprovação da capacidade técnica operacional pelas empresas licitantes”

A habilitação ou qualificação apresenta-se como fase do procedimento licitatório público que ocorre, em regra¹¹, previamente à análise das propostas, por meio da qual a entidade contratante certifica-se das qualidades indispensáveis dos interessados no objeto do certame. A teleologia dessa fase reside no fato de que a Administração Pública precisa ter segurança de

¹¹ Nos moldes preconizados pelo art. 32, § 1º, da Lei nº 8.666/93, nas modalidades licitatórias convite, concurso e leilão, bem como em casos de fornecimento de bens para pronta entrega, poderá haver a dispensa da fase de habilitação. **Art. 32. [...] § 1º.** A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.

que está proporcionando a disputa entre licitantes que tenham (i) condições técnicas e (ii) financeiras de cumprir os termos especificados no instrumento convocatório.

Deveras, como o procedimento licitatório almeja a seleção da proposta mais vantajosa, incoerente seria oportunizar a concorrência entre licitantes incapazes, técnica ou financeiramente, de oferecer à Administração Pública o objeto do certame. Em outras palavras, seria proceduralizar um inexorável prejuízo ao erário.

Márcio Pestana confirma os argumentos iniciais aqui expostos, ressaltando, ainda, que a fase de habilitação trata-se de uma confirmação da qualificação e credenciamento dos interessados na licitação, não se referindo, portanto, a juízo de valor acerca da sua idoneidade. Busca-se, em suma, aferir se os licitantes-proponentes atendem aos requisitos formais para poder contratar com o Poder Público. Veja-se:

Significa o atendimento, por parte do interessado, de todas as exigências formuladas pelo órgão ou entidade para que possa o interessado apresentar proposta num processo administrativo licitatório e vir a ser, subsequentemente, contratado, obrigando-se a conservar esta condição, até que sejam satisfeitas todas as obrigações assumidas no ajuste.

Não se trata de dizer que o interessado é idôneo, como afirmam alguns doutrinadores. Trata-se, em verdade, de declará-lo, juridicamente, qualificado e credenciado para participar da licitação, desfrutando, a partir de tal condição, de direitos pessoais que poderão ser utilizados em sua defesa, caso haja risco ou efetivo afrontamento tal situação jurídica.¹² (grifou-se)

Por sua vez, Lúcia Valle Figueiredo, com reconhecida didática, preleciona que “habilitação é ato vinculado por meio do qual a Administração reconhece ter o interessado capacidade para licitar”¹³.

Por seu turno, com o fito de proporcionar ampla competitividade ao certame, a Constituição Federal, por meio do art. 37, inc. XXI, proibiu expressamente qualquer exigência habilitatória supérflua. Veja:

Art. 37 [...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante **processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.** (Regulamento) (grifo nosso)

Intentando impedir que os procedimentos licitatórios públicos fossem contaminados com cláusulas desarrazoadas, capazes de deturpar as finalidades básicas de uma licitação¹⁴, a Lei Federal nº. 8.666/93 - diploma legal que regulamentou o supracitado dispositivo constitucional -, nos moldes preconizados pelo art. 27 permitiu, tão somente, exigências habilitatórias dos interessados nas licitações públicas, comprovadas documentalmente, e concernentes a:

- a) Habilitação jurídica;
- b) Qualificação técnica;
- c) Qualificação econômico-financeira;
- d) Regularidade fiscal e trabalhista;
- e) Cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

¹² PESTANA, Márcio. **Licitações Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 598.

¹³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 1998, p. 422.

¹⁴ **As finalidades da licitação são:**

- Selecionar a proposta mais vantajosa;
- Proporcionar igualdade entre os participantes; e
- A promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Detalhando o dispositivo em comento, o art. 30, da Lei 8.666/93, especifica os documentos comprobatórios da qualificação técnica, bem como corrobora seu caráter restritivo, vedando, de forma expressa por meio do § 5º, quaisquer outras exigências não contempladas pela lei stricto sensu. Confira:

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

[...]

*§ 5º **É vedada a exigência** de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, **ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.***¹⁵ (grifou-se)

Assim sendo, fácil é deduzir que o magno princípio da legalidade, postulado sobretudo importante em um Estado Democrático de Direito, norteia todas as fases do procedimento licitatório, bem como impede que os agentes públicos responsáveis por um certame tomem atitudes sem fundamento na ordem jurídica vigente. Isso ocorre porque a Administração Pública não desfruta de vontade autônoma, id est, somente lhe é autorizado fazer o que a lei preconiza.

Em consonância com este ideário, pode-se afirmar com segurança que apenas a lei e a Constituição podem estabelecer aquilo que seja de interesse público para a habilitação dos licitantes.

Destarte, verifica-se que a capacidade técnico-operacional, qualidade que indica a “experiência anterior” da empresa participante, em contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada, configura-se como um requisito desprovido de suporte legal, mormente em razão dos vetos que foram capazes de expurgar do mundo jurídico este instituto que, ressalte-se, carrega consigo grande potencial ofensivo à competitividade do procedimento concorrencial.

Diga-se, ademais que, como a Constituição Federal conferiu ao legislador ordinário o encargo de especificar quais os documentos seriam indispensáveis para a comprovação da qualificação dos interessados, por óbvio, não há que se extrair de outras fontes, a suplementação da referida documentação.

*A esse propósito, faz-se mister trazer à colação o entendimento do eminente doutrinador Fernando Dias Menezes de Almeida que assevera, *ipsis litteris*:*

É matéria tipicamente deixada pela Constituição ao critério do legislador a decisão quanto a quais documentos exigir para fins de habilitação; e mesmo quanto a quais documentos não se pode exigir.

*Claro que há limites constitucionais para a decisão do legislador. Mas nada há na Constituição que indique ser a capacidade técnico-operacional necessária, possível, nem inexigível.*¹⁶

Ora, em hipótese alguma os dispositivos vetados podem ser aplicados, como se, normalmente, fizessem parte do mundo jurídico. Se por um lado, o veto é explícito e compreensível quanto aos seus objetivos, e por outro, os membros do legislativo se mantiveram inertes, em aderência a sua aposição, realizar interpretação “sistemática” da norma do art. 30, inc. II, da Lei 8.666/93, a ponto de extrair resquícios autorizadores da inserção de cláusulas editalícias relacionadas à capacidade técnico-operacional, provoca arripio ao princípio da separação dos poderes.

Diga-se, ademais, que não se ignora o fato de a questão sub examine, no momento, estar pacificada no Tribunal de Contas da União (TCU), tendo esta Corte, inclusive, expedido a Súmula nº. 263/2011¹⁷ de sua jurisprudência no

¹⁵ BRASIL. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8666cons.htm Acesso em: 7 de out. de 2014.

¹⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e demais organizadores. Direito e Administração Pública. O veto como condicionante da interpretação das leis. São Paulo: Atlas, 2013, p. 10 e 11.

¹⁷ **SÚMULA Nº 263/2011:** Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de

sentido da possibilidade de exigir a comprovação da capacidade técnico-operacional dos licitantes em determinados casos. Na mesma trilha, aliás, o Tribunal de Contas de São Paulo fixou seu entendimento, por meio da Súmula nº. 24¹⁸.

Ocorre que, até mesmo o poder que as Cortes de Contas possuem de padronizar o entendimento interno, consolidada em sua jurisprudência, encontra limites materiais, isto é, limites quanto ao conteúdo a ser introduzido nas súmulas, as quais devem apenas esclarecer ou tornar hialino o que já está estabelecido na lei sobre determinada matéria, vedando-se inovações no mundo jurídico.

Permissa venia, não se revela prudente acompanhar o entendimento jurisprudencial dos Tribunais de Contas supracitados, consubstanciados nas referidas súmulas, tendo em vista que excede os limites fixados pelo art. 30, da Lei 8.666/93 e, por isso, desqualifica o dever/poder de veto do Chefe do Poder Executivo.

Ora, a "legislação em vigor" (de lege lata) em hipótese alguma pode ser confundida com a "legislação desejável" (de lege ferenda). Aquela é a única que pode ser utilizada para fundamentar decisões judiciais e administrativas. Com efeito, o interprete possui o dever de atuar dentro do repertório do ordenamento jurídico, excluindo da sua apreciação elementos que claramente foram rechaçados do arcabouço de uma lei, tal como a capacidade técnico-operacional.

Também por este prisma é o entendimento do Professor Fernando Dias Menezes de Almeida, quer perfilha o mesmo pensar, ao asseverar que "ser levado ao âmbito do não Direito é o que se passa com elementos de um projeto de lei que foram definitivamente vetados"¹⁹.

Por outro lado, o termo "VETADO", incluído no art. 30, § 1º, inc. II, da Lei 8.666/93²⁰ de forma oportuna, deve ser considerado um "verdadeiro elemento normativo, impondo-se que seja levado em conta no momento da interpretação jurisdicional"²¹.

Convém anotar, ainda, que conquanto a demanda pela legalização do requisito extralegal intitulado "capacidade técnico-operacional" provenha da necessidade de se trazer maior segurança quanto ao cumprimento de encargos complexos, evitando que licitantes com competência duvidosa venham a figurar como contratado, em verdade, há outras formas, expressas na Lei 8.666/93, de acautelar os objetos licitados pela Administração Pública, mesmo nos certames que carreguem consigo características especiais.

comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

¹⁸ **SÚMULA Nº 24** - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

¹⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e demais organizadores. Direito e Administração Pública. **O veto como condicionante da interpretação das leis**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 8.

²⁰ Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

[...]

§ 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 as exigências a:

[...]

II - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994) (grifou-se)

²¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e demais organizadores. Direito e Administração Pública. **O veto como condicionante da interpretação das leis**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 17.

O primeiro mecanismo que visa reduzir os riscos de um certame é o instituto denominado metodologia de execução, exposto no § 8º art. 30 da Lei 8.666/93, verbo ad verbum:

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

[...]

§ 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.²² (grifou-se)

Com amparo nesse dispositivo legal, que é direcionado às licitações que contenham objetos de alta complexidade técnica ou grande vulto, a Administração pode exigir dos interessados a demonstração objetiva de que conseguirão viabilizar a solução desejada.

Destarte, a proposta de metodologia possui a função de tornar clara a solução técnica a ser adotada, ou seja, evidencia se o participante possui o “domínio da técnica necessária à execução do objeto”²³.

Quando inserido no instrumento convocatório cabe à Comissão de Licitação, guiada por parâmetros objetivos, opinar pela aceitação ou rejeição da metodologia apresentada, de modo a excluir os que se aventuram com propostas amadoras.

Outro importante instrumento que visa aumentar o nível de certeza em torno do resultado pretendido encontra-se prescrito no § 6º do art. 30 da Lei 8.666/93, in verbis:

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

[...]

§ 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, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.²⁴ (grifou-se)

No dizer expressivo do preclaro Renato Geraldo Mendes, em decorrência do “planejamento da contratação, caberá à Administração relacionar as máquinas e os equipamentos necessários, e o licitante, por sua vez, deverá declarar que dispõe de todos os equipamentos indispensáveis à execução dos projetos básico e executivo”²⁵. Em idêntica senda deve ser feito com os recursos humanos e as instalações indispensáveis à adequada execução do objeto.

Essas informações conferem tranquilidade ao órgão ou entidade contratante, pois são elementos que indicam que o licitante ostenta condições básicas efetivas em dar cumprimento aos termos do contrato a ser celebrado.

Igualmente, é de todo oportuno citar, ainda, um terceiro mecanismo que busca diminuir os riscos de insucesso ou de lesão ao interesse estatal, qual seja, a exigência de garantias nas contratações de obras, serviços e compras, na forma do caput do art. 56 da Lei Federal de Licitações e Contratos, ipsi verbis:

²² BRASIL. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8666cons.htm
Acesso em: 7 de out. de 2014.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos**. 14ª ed. Dialética: São Paulo, 2010, p. 464.

²⁴ BRASIL. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8666cons.htm
Acesso em: 7 de out. de 2014.

²⁵ MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 9 ed. Curitiba: Zênite, 2013. P. 677.

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida **prestação de garantia** nas contratações de obras, serviços e compras.²⁶ (grifou nosso)
Ademais, o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, por meio da **Decisão Plenária 511/2009**²⁷ (Processo nº. 007949-02.00/08-1), ao rechaçar a possibilidade de exigência de atestado de capacidade técnico-operacional, ressaltou a existência de outros meios de se obter resultados satisfatórios para resguardar os interesses da Administração, quais sejam:

1. Correta análise da higidez financeira das empresas licitantes;
2. Exigência de demonstração cabal da capacidade de mobilização em favor do empreendimento (recursos humanos, maquinário, infra-estrutura de apoio, instalações, etc.);
3. Elaboração de termos contratuais com disposições claras, definição pormenorizada de direitos e obrigações recíprocos e previsão de efetiva imposição de penalidades por inadimplemento; e
4. Fiscalização atuante, com acompanhamento *pari passu* da execução das obras e serviços contratados.

A corroborar o exposto acima, insta transcrever o Voto do Ministro do Tribunal de Contas da União (TCU), Exmo. Sr. Adhemar Paladini Ghisi, exarado na Decisão Plenária nº. 767/98 (Processo nº. 004.797/1995-7), ainda que esse posicionamento não transmita sua atual opinião sobre o assunto²⁸. Veja-se:

Voto:

Ressalto de pronto que a tese que ora se examina já foi objeto de deliberação por parte desta Corte (Decisão nº 395/95-TCU-Plenário, Ata 36/95, e Decisão nº 217/97-TCU - Plenário, Ata 15/97). Naquelas oportunidades o Tribunal deliberou no sentido de que é legal a exigência de atestados técnicos das empresas licitantes, uma vez previsto no inciso II do art. 30 da Lei nº 8.666/93. Não obstante esse fato, entendo oportuna nova discussão sobre a matéria, visto que a questão foi mais uma vez suscitada pelo SINDUSCON, representante das empresas de construção civil, conhecedor, não tenho dúvida, das diversas facetas que envolve o mercado.

II

2. Não há dúvida de que o legislador, ciente das vicissitudes do mercado, especialmente na contratação por parte da Administração Pública, estabeleceu certas exigências a fim de, senão eliminar, pelo menos diminuir os riscos de a pessoa contratada não ser detentora de experiência técnica mínima necessária para a execução do objeto avençado.

3. A exigência de acervo técnico, em verdade, configura-se uma presunção de ordem lógica, que deverá ser exigida antes da abertura das propostas, pois não se admite a participação de licitante em procedimento para o qual, de antemão, não demonstre condições para consecução do objeto a ser licitado.

4. Sobre o tema leciona Marçal Justen Filho (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 4ª edição, p. 192):

"Configura-se uma presunção: a comprovação de qualificação técnica, na fase de habilitação, induz que o sujeito, se contratado, disporá de grande probabilidade de executar satisfatoriamente as prestações devidas. Ou, mais precisamente, a ausência dos requisitos de capacitação técnica, evidenciada na fase de habilitação, faz presumir que o interessado provavelmente lograria cumprir satisfatoriamente as prestações necessárias à satisfação do interesse público. A fixação das exigências de qualificação técnica é muito relevante. Não se pode fazer em termos puramente teóricos ou burocráticos. A relação de encargos tem de cumprir a função que justifica sua instituição."

²⁶ BRASIL. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm
Acesso em: 7 de out. de 2014.

²⁷ RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://srv00.tce.rs.gov.br:8081/tcrsnet/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0>
Acesso em: 2 de out. de 2014.

²⁸ O referido Ministro modificou sua opinião na Decisão nº. 285/2000.

5. A fim de assegurar o cumprimento do objeto pactuado, preceitua a Lei nº 8.666/93, em seu art. 30, inciso II, que o administrador deve exigir dos licitantes "comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com 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".

6. O mesmo dispositivo legal, em seu parágrafo 1º, inciso I, define a forma como será feita a comprovação da aptidão acima referida:

"Art. 30

§ 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 as 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;"

7. Em seguida, o § 5º do mesmo art. 30, que abaixo transcrevo, veda expressamente que se façam outras exigências que não aquelas previstas na Lei de licitações, e por via de consequência, impossibilita a exigência de outros documentos que não aqueles relativos à comprovação de capacidade técnico-profissional:

"Art. 30

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

8. Ante o exposto, verifica-se que a interpretação que conduz ao raciocínio de que o administrador pode exigir atestado de capacidade técnico-operacional contraria expressa determinação legal, pois inclui essa possibilidade quando o dispositivo logo acima transcrito determina expressamente que seja exigido apenas o atestado de capacidade técnico-profissional de que trata o § 1º, inciso, I, art. 30, da Lei nº 8.666/93. Data máxima vênia, tal interpretação não é aceita pelo Sistema Jurídico Brasileiro, como aliás leciona o reconhecido mestre de Hermenêutica Jurídica Carlos Maximiliano (in Hermenêutica e Aplicação do Direito, 14ª edição, p. 79/81), cujo excerto sobre o tema abaixo transcrevo:

".....

82 - Em geral, a função do juiz, quanto aos textos, é dilatar, complementar e compreender; porém não alterar, corrigir, substituir. Pode melhorar o dispositivo, graças à interpretação larga e hábil; porém não - negar a lei, decidir o contrário do que a mesma estabelece.

A jurisprudência desenvolve e aperfeiçoa o Direito, porém como que inconsciente, com o intuito de o compreender e bem aplicar. Não cria, reconhece o que existe; não formula, descobre e revela o preceito em vigor e adaptável à espécie. Examina o Código, perquirindo das circunstâncias culturais e psicológicas em que ele surgiu e se desenvolveu o seu espírito; faz a crítica dos dispositivos em face da ética e das ciências sociais; interpreta a regra com a preocupação de fazer prevalecer a justiça ideal (richtiges Recht); porém tudo procura achar e resolver com a lei; jamais com a intenção descoberta de agir por conta própria, proeter ou contra legem.

.....
Deve o magistrado decidir de acordo, não somente com os parágrafos formulados, mas também com outros elementos de Direito. Entretanto, daí se não deduz que se lhe permita o desprezo da Lei, ou que possa um indivíduo superpor-se ao Estado; pois deste e daquela emana a autoridade toda do juiz; goza ele da liberdade condicionada, dentro dos limites do conteúdo de Direito que se encontra nos textos. Lembram os corifeus da escola extremada que também eles assim procedem. A verdade é que exageram; não recorrem aos princípios gerais, ou à equidade, somente para compreender e completar o texto; mas também para lhe corrigir as disposições, injustas segundo o critério pessoal do julgador."

.....
84 - Como atribuir ao juiz a faculdade de abandonar o texto quando lhe não parecer suscetível de se adaptar, com justiça, à espécie, concedem-lhe, de fato, a prerrogativa de criar as exceções ao preceito escrito, isto é, fazem o contrário do que toda a evolução do direito concluiu: justamente as exceções é que se não deixam ao arbítrio do intérprete; devem ser expressas, e, ainda assim, compreendidas e aplicadas estritamente." (grifo nosso)

9. Coloco-me, assim, de acordo com os signatários da representação quando afirmam que a Lei 8.666/93 não exige, e ao contrário veda, para que se comprove qualificação técnica, apresentação, cumulativa, de atestados tanto da empresa licitante quanto dos seus responsáveis técnicos, pois uma interpretação sistemática dos dispositivos acima transcritos leva-nos à compreensão de que ao administrador é defeso fazer qualquer exigência que não aquela prevista no inciso I do § 1º logo acima transcrito.

10. Com propriedade, lembram os signatários da representação que o dispositivo da Lei nº 8.883/94 que fazia a exigência de atestados técnicos das empresas licitantes, a exemplo da Lei nº 8.666/93, foi, também, vetado pelo Exmo. Sr. Presidente da República, cujos motivos abaixo transcrevo:

[...]

11. Citando administrativistas de renome como Marçal Justen Filho (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 4ª edição, p. 195/6), cujo entendimento abaixo transcrevo, e José Cretella Júnior, o SINDUSCON não deixa dúvida, também, de que a solicitação de atestados técnicos das empresas, apesar de entenderem necessários, carece de amparo legal, uma vez que os dispositivos que permitiam fazer tal exigência foram vetados no regulamento das licitações:

"6) O problema da qualificação técnica para obras e serviços

Mesmo quanto a licitações para obras e serviços de engenharia, a situação tornou-se grave diante do veto à alínea "b" (quanto à Lei nº 8.666), equivalente ao inc. II (quanto à Lei nº 8.883). O § 1º disciplina as exigências do inc. II relativamente a licitações para obras e serviços. Como houve o veto a exigência de requisitos de capacitação 'técnico-operacional', somente restaram autorizadas exigências quanto à 'capacitação técnico-profissional'. Ocorre que o § 5º exclui a possibilidade de o edital conter exigências outras, não autorizadas expressamente na Lei e que sejam hábeis a inibir a participação na licitação. Por decorrência, a interpretação conjugada dos diversos dispositivos acarreta o resultado de que, em licitação de obras e serviços, somente se admitem exigências de qualificação técnico-profissional. (grifo nosso)

Isso provoca desvios e perplexidade, no tocante à elaboração dos editais e à apresentação de documentos.

Enquanto a situação não for resolvida, será inválida a exigência de atestados referidos à execução de obras ou serviços similares no passado. Não é possível impor essa exigência com fulcro diretamente no inc. II do art. 30, pois o § 1º é que regulamenta aquele dispositivo e não autoriza requisito dessa ordem." (grifo nosso)

12. Não bastassem os motivos ensejadores do veto expresso no dispositivo que autorizava esse tipo de exigência, data vênha dos ilustres administrativistas, no meu entendimento, a solicitação de atestado de capacidade técnico-operacional além de ilegal é inócuo no que pertine ao alcance dos objetivos pactuados, pois não assegura que a empresa licitante seja possuidora de conhecimentos capazes de dar cumprimento às obrigações assumidas. Digo isso assentado no raciocínio de que, no mais das vezes, os atestados solicitados de pessoas jurídicas, por refletirem uma situação pretérita, não significam que ainda possua, no presente, as mesmas condições existentes no passado.

13. Em verdade, as experiências de uma pessoa jurídica nada mais são do que o acúmulo de conhecimentos adquiridos pelos profissionais integrantes de seus quadros de pessoal.

14. Apenas para argumentar, tomemos como exemplo as empresas Mendes Júnior e ENCOL, sabidamente com problemas para desenvolver suas atividades. Não há dúvida de que essas empresas podem reunir inúmeros atestados de capacidade técnico-operacional para construir as mais complexas obras de engenharia em qualquer parte do Brasil ou mesmo no exterior. Não existe dúvida, também, de que tais atestados não refletem a atual situação dessas empresas, sob o aspecto operacional, pois não se espera que ainda possuam em seus quadros de pessoal profissionais capazes de desenvolver as atividades contratadas.

15. Imagine-se, entretanto, que os profissionais dessas empresas resolvam montar uma empresa de engenharia. *Ceteris paribus*, é inquestionável que essa hipotética empresa teria perfeitas condições de desincumbir-se de todas as obrigações assumidas no que se refere aos conhecimentos adquiridos ao longo dos anos por esses profissionais. No caso sob exame, estaria, no entanto, alijada do procedimento licitatório visto não possuir qualquer atestado comprovando ter executado obra similar àquela objeto da licitação.

16. Por oportuno, quero deixar claro que o entendimento ora defendido não exclui do administrador o dever de resguardar o interesse e o patrimônio público contra eventuais empresas que não tenham condições de dar cumprimento ao objeto contratado, seja por incapacidade financeira ou técnica, especialmente nos casos de obras ou serviços de comprovada complexidade.

17. O Administrador deve, por isso mesmo, observar o que preceitua o § 6º do art. 30 da Lei nº 8.666/93 que, ***lhe permite exigir dos licitantes relação explícita e declaração formal da disponibilidade relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal especializado***, consideradas essenciais para o cumprimento do objeto da licitação:

"Art. 30.

§ 6º. "As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, consideradas 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".

18. Deve observar, ainda, que *lhe é lícito exigir dos licitantes que comprovem ser detentores de certas tecnologias necessárias à execução do objeto, conforme explícita o § 8º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, abaixo transcrito:*

"Art. 30.

§ 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."

19. No caso sob exame, **dada a suposta complexidade da obra, deveria o Administrador exigir dos licitantes**, antes da abertura das propostas, que demonstrassem **os métodos que seriam utilizados** na construção do aludido prédio, a fim de evitar possíveis danos a terceiros com a movimentação de terra e **não solicitar atestados de capacidade técnico-operacional das mesmas, que pode não corresponder a real capacidade da empresa.**

20. Além desses dois instrumentos operacionais, o art. 56, e seus parágrafos, preceitua que poderá o administrador, ao estabelecer requisitos de habilitação, cercar-se de todas as cautelas para evitar o insucesso da contratação, **mediante a solicitação de garantias**, limitadas a 5% do valor do contrato ou até 10%, no caso de obras de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, com o objetivo de cobrir futuros prejuízos ao erário.

21. Por último, não pode o administrador prescindir de um **exame detalhado da documentação relativa à qualificação econômico-financeira de que trata o art. 31 e seus parágrafos da Lei nº 8.666/93**, cuja documentação conjugada com o atestado de capacidade técnico-profissional e os demais instrumentos por mim mencionados, demonstrem a idoneidade do licitante e, via de consequência, assegurem a execução do objeto avençado.

22. Reafirmo, assim, o meu entendimento de que a exigência de atestados de capacidade técnico-operacional, além de ilegal é desnecessária, pois o Estatuto das Licitações confere aos administradores outros instrumentos que visam assegurar o cumprimento do objeto pactuado ou mesmo o ressarcimento de possíveis prejuízos causados ao erário em razão de futuro inadimplemento.

III

23. Não obstante a constatação de que a exigência feita pela Comissão de Licitação era descabida, pondero em favor de seus membros que a questão foi submetida aos seus superiores hierárquicos e aos órgãos jurídicos que endossaram o entendimento por ela defendido.

24. Entendo, assim, que se deve, tão somente, promover determinação ao órgão, por intermédio da Ciset/MS, no sentido de que, doravante, solicite atestados de capacitação técnica apenas dos responsáveis pessoas físicas, consoante previsto no art. 30, inciso II, c/c o seu § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93. Entendo, também, de todo prudente que se determine à Ciset/MS que dê conhecimento da presente Decisão aos demais órgãos e unidades vinculadas ao Ministério da Saúde, a fim de evitar falhas dessa natureza.

25. Examinando a eventual à irregularidade relativa à exigência de capital social mínimo integralizado e registrado até a data da primeira publicação do aviso deste Edital no Diário Oficial da União, dissinto, também, da Unidade Técnica e do responsável, uma vez que o art. 31, § 3º da Lei nº 8.666/93, determina expressamente que a comprovação dessa exigência será feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da Lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

26. Sobre a questão entendo que se deva promover determinação ao órgão, por intermédio da Ciset/MS, para que, doravante, evite fazer exigências que não estejam contempladas no Estatuto das Licitações.

[...]

28. Por derradeiro, não tenho dúvidas de que as irregularidades apontadas e comprovadas pelos signatários da representação ensejariam providências desta Corte no sentido de tornar nulo todo o procedimento licitatório. Entretanto, tal providência só traria prejuízos à Administração, pois não existe nos autos qualquer informação no sentido que tais irregularidades tenham excluído algum interessado do processo licitatório, motivo pelo qual deixo de sugerir qualquer medida nesse sentido.

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto ao Colegiado.²⁹

Como se não bastasse, insta frisar que a exigência extralegal de comprovação da capacidade técnico-operacional, mesmo quando compatível com as características do objeto licitado, pode proporcionar relevantes problemas ao procedimento licitatório, tais como:

- **Restrição ao caráter competitivo do certame**

Impossibilita a participação de empresas recém-constituídas e, por consectário lógico, faz com que a disputa no procedimento licitatório público se tome cíclica já que sempre os mesmos participantes concorrerão pelo objeto, constituindo indesejável reserva de mercado, principalmente se considerarmos que existem algumas obras ou serviços que possuem dimensões e características peculiares quando são contratadas pelo Estado. À guisa de corroboração, necessário se faz trazer à baila o questionamento do Conselheiro Cezar Miola, na Representação MPC 44/88, do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul:

Como comprovar a anterior realização, para a iniciativa privada, no porte requerido, de obras de infra-estrutura sanitária (emissários cloacais, estações de tratamento de esgotos, etc.), de construção de rodovias, pontes e túneis, ou de pavimentação asfáltica?

Decididamente, não vejo como se possa fazê-lo, em face da natureza desses serviços, os quais, de uma maneira geral, são preponderantemente demandados pelo próprio Poder Público.

Efetivamente, in casu, com tal exigência, institui-se a reserva de mercado em favor dos pioneiros detentores de certificações de realização de obras públicas, transformando esses documentos em verdadeiros ativos patrimoniais, alçados a essa condição em detrimento do interesse da coletividade, frustrado pela não-consecução da saudável e proveitosa concorrência nesse importante ramo de atividade.³⁰

Deveras, resta flagrante a desigualdade injustificada dos licitantes e, destarte, a infringência ao princípio da competição (art. 3º, §1º, I, da Lei 8666/93)³¹, já que empresas novas no mercado, ainda que com profissionais capacitados e experientes, estariam impedidas de participar. Essa conclusão pode ser facilmente extraída da Mensagem de Vetos nº. 335³²:

Mensagem nº. 335

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do parágrafo 1º do artigo 66 da Constituição Federal, resolvi vetar parcialmente o Projeto de Lei nº 1.491, de 1991 (nº 59/92 no Senado Federal), que "Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências".

²⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CSIDOC%5CgeradoSIDOC_DC07674598P.pdf. Acesso em: 2 de out. de 2014.

³⁰ Disponível em: <http://srv00.tce.rs.gov.br:8081/tcrsnet/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0> Acesso em: 06 de out. de 2014.

³¹ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento) § 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 30 da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (grifou-se)

³² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/mensagem_veto/anterior_98/vep335-8666-93.pdf Acesso em: 28 de ago. de 2014.

As disposições ora vetadas são as seguintes:

[...]

Alínea "b" do § 1º e § 7º do art. 30.

"Art. 30.....

§ 1º

b) 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."

.....
§ 7º A comprovação de capacidade técnico-operacional será dispensada nas licitações cujo valor estimado for inferior a 50% (cinquenta por cento) do estabelecido na alínea "b", do inciso I do art. 23 desta Lei."

Razões do veto

A Advocacia-Geral da União assim argumenta:

"Reconhecidamente, a competição entre possíveis interessados é princípio insito às licitações, pois somente ao viabilizá-la o Poder Público pode obter a proposta economicamente mais vantajosa, barateando, assim, os preços de suas obras e serviços.

Ora, a exigência de "capacidade técnico-operacional", nos termos definidos no primeiro dos dispositivos supra, praticamente inviabiliza a consecução desse objetivo, pois segmenta, de forma incontornável, o universo dos prováveis competidores, na medida em que, embora possuindo corpo técnico de comprovada experiência, uma empresa somente se habilita a concorrer se comprovar já haver realizado obra ou serviço de complexidade técnica idêntica à que estiver sendo licitada.

Ademais, dependendo do vulto da obra ou serviço, essa exigência pode afastar pequenos e médios competidores, já que pode chegar a até 50% (cinquenta por cento) das "parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo", conceitos, aliás, sequer definido objetivamente no projeto.

Impõe-se, assim, expungir do texto os dispositivos em foco, que, por possibilitarem possíveis direcionamentos em proveito de empresas de maior porte, se mostram flagrantemente contrários ao interesse público.

A não serem suficientes tais razões, basta verificar ainda a redação dúbia e imprecisa da referida alínea "b", a gerar previsíveis dificuldades na sua correta aplicação."

[...]

A ratificar o acima expandido, é de todo oportuno citar os posicionamentos da 9ª Secretaria de Controle Externo – Engenharia (MTP 47/2011) e da 4ª Secretaria de Controle Externo (MTP 64/2011), no Processo TC 2993/2011, verbis:

A exigência dos chamados Atestados de Capacidade Técnico-Operacional, atestados ou certidões que comprovem a realização anterior de obras e serviços de engenharia – por parte da empresa Licitante – com características e porte similares ao pretendido, como requisito para a habilitação em certames licitatórios, constitui excessiva restrição ao competitivo, em afronta aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Entendemos sua exigência como irregular, pois, além de não haver previsão legal, é prejudicial à livre concorrência uma vez que possibilitaria a criação indevida de reserva de mercado e de estagnação societária na área de engenharia, em prejuízo, principalmente, do interesse público, na medida em que restringiria, na prática, o número de habilitados a participar de procedimentos concorrenciais nessa seara.

No mesmo sentido está o posicionamento do Núcleo de Engenharia e de Obras Públicas – NEO, em sede de Instrução de Engenharia Conclusiva - IEC 27/2013, posteriormente corroborado pelo Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas - NEC:

Por outro lado, não conhecemos estudo estatístico pacificado entre acadêmicos de engenharia que assegure que empresas aptas a fornecer atestado de capacidade técnico operacional assegurem vantagem (ao interesse público) sobre empresas que não sejam capazes de fornecer o referido documento.

Este argumento, entre outros, pode ser utilizado para sustentar a opção do veto presidencial, que atualmente, torna possível empresas novas e habilitadas a participarem de processos licitatórios.

Por esses motivos, dos argumentos oferecidos pelos citados, não foram entendidos que os benefícios de incremento de possíveis concorrentes sobrepujassem o princípio da segurança defendido pelos citados (ao qual não estamos convencidos).

Soma-se a esses entendimentos, o fato do procedimento adotado pela PMPK não estar positivado em norma.

Dessa forma, por não apresentar argumentos que declinassem o entendimento da exigência irregular de atestados de capacidade técnico-operacional, fica **mantida integralmente** a irregularidade.

Sobre a problemática posta, cita-se, ainda, por oportuno, publicação do jornal Folha de São Paulo, de 25 de abril de 1995³³:

O lobby contra-ataca

CLÓVIS ROSSI

SÃO PAULO - O lobby das grandes empreiteiras está de novo em ação para derrubar veto do então presidente Itamar Franco a item da lei 8.883 (licitações e contratos).

O veto deve entrar na pauta do Congresso amanhã e, se derrubado, permitirá a reintrodução dos chamados atestados técnico-operacionais, que se transformaram em fonte de direcionamento das concorrências públicas (maracutaias várias, em bom português).

O trecho vetado determinava que só poderia ganhar concorrência uma empresa que comprovasse ter executado antes o equivalente a 50% da nova obra ou serviço em licitação.

Traduzindo: se se pusesse em concorrência uma usina como a de Itaipu, só poderiam concorrer empresas que demonstrassem já ter feito meia itaipu.

"Pequenas e médias empresas, muitas vezes tecnologicamente mais modernas e gerencialmente mais enxutas, estariam fora dessas concorrências, mesmo que pudessem oferecer o mesmo serviço com melhor qualidade e por um preço mais baixo", afirma o Sinduscon (Sindicato da Indústria da Construção Civil do Estado de São Paulo).

Foi exatamente esse o motivo que Itamar apontou para vetar o dispositivo: "A exigência de capacidade técnico-operacional praticamente inviabiliza o objetivo de uma licitação (obter a proposta mais vantajosa, barateando os preços de obras e serviços)".

Foi em parte graças aos atestados técnico-operacionais que se montou uma espécie de oligopólio das grandes empreiteiras até a nova lei de licitações. Das 150 maiores empreiteiras, apenas sete dominavam 70% do mercado.

O argumento técnico em favor da derrubada do veto é o de que só a comprovação de experiência prévia em obras similares impede que aventureiros participem e ganhem concorrências. Por essa tese, empresas pequenas podem apresentar um preço baixo apenas para ganhar a licitação, mas, depois, não conseguem tocar a obra.

³³ Disponível em: <http://www.1.folha.uol.com.br/fsp/1995/4/25/opinioao/4.html> Acesso em 7 de out. 2014.

O Sinduscon discorda frontalmente e diz que o Estado já está protegido pela lei, que obriga a ganhadora de uma concorrência a apresentar garantia financeira equivalente a 5% do valor da obra. Se não cumprir o contrato, o Estado interrompe o pagamento e ponto final.

• **Natural dificuldade em se comprovar a veracidade dos atestados**

Esse óbice poderá ocorrer com frequência devido à ausência de um órgão que certifique os documentos relacionados à capacidade técnico-operacional de empresas.

Impende destacar que a Resolução nº. 1.025/2009³⁴ do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Confea), prescreve, por meio dos arts. 48³⁵, 55³⁶ e 64³⁷ que a Certidão de Acervo Técnico (CAT) comprovará tão somente a capacidade técnico-profissional - acervo técnico do profissional vinculado a uma empresa -, silenciando sobre a questionada capacidade técnico-operacional. Dessa forma, não há que se falar em certidões de acervo técnico para comprovar experiência de pessoas jurídicas em determinada obra ou serviço.

A ratificar o acima expandido, necessário se faz trazer à baila trecho da Manifestação Técnica Preliminar MTP 417-2014 (Processo TC 4581/2014), confeccionada pelo Núcleo de Engenharia e Obras Públicas (NEO), verbis:

Aliado a isso, segundo os órgãos do Sistema CONFEA/CREA – responsáveis pela regulamentação, fiscalização e pela emissão de atestados de acervo técnico – a qualificação técnica de uma empresa representa o somatório das capacidades dos profissionais que a integram. Os órgãos do sistema CONFEA/CREA, emitem certidões de acervo técnico somente para as pessoas físicas registradas. Ou seja, não existe previsão legal para a emissão de atestados de capacidade técnica de uma pessoa jurídica.

A exigência de atestado ou certidão de acervo técnico comprovando que a licitante executou os serviços relacionados no edital contraria a Resolução 1025/2009 do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia – CONFEA, que em seu art. 55 veda a expedição de Certidão de Acervo Técnico em nome de pessoa jurídica.

Art. 55. É vedada a emissão de CAT em nome da pessoa jurídica.

Parágrafo único. A CAT constituirá prova da capacidade técnico-profissional da pessoa jurídica somente se o responsável técnico indicado estiver a ela vinculado como integrante de seu quadro técnico.

O artigo 48 desta mesma resolução dispõe:

A capacidade técnico-profissional de uma pessoa jurídica é representada pelo conjunto dos acervos técnicos dos profissionais integrantes de seu quadro técnico.

Parágrafo único. A capacidade técnico-profissional de uma pessoa jurídica varia em função da alteração dos acervos técnicos dos profissionais integrantes de seu quadro técnico.

Já o § 4º do art. 64 estabelece:

§ 4º O atestado registrado constituirá prova da capacidade técnico-profissional da pessoa jurídica somente se o responsável técnico indicado

³⁴ Disponível em: <http://normativos.confex.org.br/downloads/1025-09.pdf> Acesso em: 6 de out. 2014.

³⁵ Art. 48. A capacidade técnico-profissional de uma pessoa jurídica é representada pelo conjunto dos acervos técnicos dos profissionais integrantes de seu quadro técnico.

Parágrafo único. A **capacidade técnico-profissional** de uma pessoa jurídica varia em função da alteração dos acervos técnicos dos profissionais integrantes de seu quadro técnico.

³⁶ Art. 55. **É vedada a emissão de CAT em nome da pessoa jurídica.**

Parágrafo único. A CAT constituirá prova da **capacidade técnico-profissional** da pessoa jurídica somente se o responsável técnico indicado estiver a ela vinculado como integrante de seu quadro técnico. (grifou-se)

³⁷ Art. 64. O registro de atestado será efetivado por meio de sua vinculação à CAT, que especificará somente as ARTs a ele correspondentes.

§ 4º **O atestado registrado constituirá prova da capacidade técnico-profissional** da pessoa jurídica somente se o responsável técnico indicado estiver ou venha ser a ela vinculado como integrante de seu quadro técnico por meio de declaração entregue no momento da habilitação ou da entrega das propostas. (grifou-se)

estiver ou venha ser a ela vinculado como integrante de seu quadro técnico por meio de declaração entregue no momento da habilitação ou da entrega das propostas.

Note-se que a Resolução 1025/2009 do CONFEA disciplina a comprovação da **capacidade técnico-profissional** da pessoa jurídica, que corresponde ao acervo técnico do profissional a ela vinculada, e **não** a sua **capacidade técnico-operacional**.

Nesse sentido, o próprio CONFEA veio a esclarecer o assunto, no Manual de Procedimentos Administrativos, aprovado pela Decisão Normativa 085/2011, para aplicação da Resolução 1025/2009, onde no item 1.3 do Capítulo IV, que trata do Registro do Atestado consta:

1.3. Recomendação

Esclarecer às comissões de licitação, aos profissionais e às empresas que:

- o atestado registrado no CREA constituirá prova da capacidade técnico-profissional para qualquer pessoa jurídica desde que o profissional citado na CAT:
- esteja a ela vinculado como integrante de seu quadro técnico, conforme Certidão de Registro e Quitação da pessoa jurídica; ou
- venha ser a ela vinculado como integrante de seu quadro técnico, conforme declaração entregue no momento da habilitação ou da entrega das propostas.
- o atestado registrado no CREA não fará prova de capacidade técnico-profissional da pessoa jurídica contratada citada no documento nos casos em que o profissional não mais estiver à ela vinculado;

[...]

- **O Crea não emitirá CAT em nome da pessoa jurídica contratada para prova de capacidade técnico-operacional por falta de dispositivo legal que o autorize a fazê-lo.** (grifamos)

Assim, não há meios seguros de se confirmar a idoneidade material e formal de documentos destinados a atestar pressuposto habilitatório demandado por órgão público.

Nesse diapasão, o advogado Fábio Pacheco, responsável pela área de licitações do CREA-RS, manifestou seu entendimento:

[...] salvo melhor juízo, tal prova é inviável de ser feita, exceto através de um moroso, custoso e inviável processo administrativo ou judicial de conhecimento.

São tantas as dificuldades de produção de tal prova que, agora, fica fácil entender o porquê do veto. Com efeito, suponhamos que a empresa licitante, instada a provar que tem capacidade técnico-operacional condizente com a exigível para enfrentar o objeto da licitação, ou seja, que já fez no passado obra semelhante, recorra (não ao acervo técnico, porque, como dito acima, ilegal e imprestável!) a atestados de seus clientes, daquelas pessoas jurídicas com quem contratou no passado e a quem prestou dito serviço ou obra. **Ditos atestados achar-se-iam sob o risco da insegurança quanto à veracidade, no todo ou em parte, ao menos em tese, eis que prova unilateralmente produzida, frágil para requerer o crivo de qualquer ente acreditado, isento, público ou privado, legalmente competente e capaz de lhe aquilatar a legitimidade ou de lhe escancarar nulidades.**

O cliente pretérito da empresa interessada em comprovar a capacitação técnico-operacional, se assinar o tal atestado, seguramente estará meramente apondo sua assinatura sobre documento elaborado pela própria empresa interessada, já que, por si, não tem condições de saber de que forma ou com que meios materiais foi realizada a obra ou serviço atestado, ou já não lembra mais. Vale dizer, com ou sem tais atestados a Administração, que busca escolher e contratar com empresa idônea e realmente capaz, não contará com a certeza mínima indispensável à conclusão de seu desiderato – ao contrário, portanto, do que ocorre quanto à

capacidade técnico-profissional, onde, como visto acima, a segurança deriva da sistemática trazida com a Lei das Licitações, ao conjugar atestado/acervo/registro no CREA como meio de prova.³⁸

• **Desatualização dos atestados frente ao momento presente**

Isso se deve ao fato de que ainda que a empresa detenha atestados que indiquem a indigitada capacidade técnico-operacional para executar a obra ou o serviço licitado, em verdade, deve-se ressaltar que esse documento pode não exprimir que a licitante, no momento da licitação, possua totais condições materiais de atender aos termos do objeto.

Convém destacar que atualidade da qualificação da empresa revela-se um problema expressivo, pois além das técnicas de execução poderem ter sofrido substanciais modificações com o decurso do tempo, a empresa poderá ter sido desafortunada com numerosas alterações na sua estrutura. Nesses casos, eventuais atestados, que em verdade, possuiriam a roupagem de uma certidão vencida, no entanto, por fim, ao cabo, seriam considerados válidos pelo simples fato de existirem.

A esse propósito, mister destacar que os argumentos até então perfilados foram ratificados por esta colenda Corte de Contas, como se nota das decisões a seguir transcritas:

ACÓRDÃO TC-062/2014 – PLENÁRIO

PROCESSO - TC-2675/2013

EMENTA : DENÚNCIA EM FACE DO DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - IRREGULARIDADES APONTADAS NO EDITAL DE CONCORRÊNCIA Nº 044/2012 - CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE IMPLANTAÇÃO E PAVIMENTAÇÃO DE RODOVIAS - 1) EXTINGUIR O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - ANULAÇÃO DO EDITAL - 2) DETERMINAÇÕES - 3) ARQUIVAR.

[...]

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-2675/2013, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão Plenária realizada no dia dezoito de fevereiro de dois mil e quatorze, à unanimidade, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto:

1. Extinguir o processo sem julgamento do mérito em razão da anulação do Edital de Concorrência nº 044/2012;

2. Determinar ao atual gestor que:

2.1. Realize o parcelamento do objeto quando os serviços contemplados forem de naturezas distintas;

2.2. Possibilite a participação de empresas em consórcio quando os serviços contemplados forem de naturezas distintas;

2.3. Abstenha-se de exigir visita técnica obrigatória como condição para habilitação;

2.4. Abstenha-se de exigir atestado de capacidade técnico-operacional como requisito para habilitação;

2.5. Abstenha-se de restringir inadequadamente o prazo entre a visita técnica e a abertura das propostas;

3. Após o trânsito em julgado, **arquivar** os autos. (grifou-se)

ACÓRDÃO TC-142/2013

PROCESSO -TC-2135/2013

³⁸ CREA-RS. A Lei das Licitações. Disponível em: <http://www.crea-rs.org.br/A3F1A97F-9FDB-4FD0-A95F-D9C6F8A748A1/FinalDownload/DownloadId-312AF68F41B2C4D13B8E67330B763584/A3F1A97F-9FDB-4FD0-A95F-D9C6F8A748A1/site/arquivo/revistas/ed45.pdf>. Acesso em: 6 de out. de 2014.

EMENTA: REPRESENTAÇÃO - CERTAME LICITATÓRIO - CONCORRÊNCIA PÚBLICA - INABILITAÇÃO DO REPRESENTANTE - DETERMINAÇÃO DE REPUBLICAÇÃO DO EDITAL REMOVENDO EXIGÊNCIAS DOCUMENTAIS RESTRITIVAS AO COMPETITÓRIO.

[...]

Na Instrução Técnica de Engenharia, a área técnica afirma que as 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.

VOTO

Em consonância com o entendimento da área Técnica na Instrução de Engenharia Conclusiva – IEC nº 6/2013 e com a manifestação do Ministério Público de fls. 212, julgo **PROCEDENTE** a presente **REPRESENTAÇÃO** e **DETERMINO**:

- a) **Que a autoridade competente republique o edital em análise removendo a exigência de atestados de capacidade técnico-operacional;**
 - b) Caso não sejam efetuadas as mudanças apontadas, devido às impropriedades apontadas na Instrução de Engenharia Conclusiva nº 6/2013, que seja declarada a nulidade do procedimento licitatório;
 - c) **Que em futuros certames análogos, ou seja, na contratação para obras de baixa complexidade, os responsáveis abstenham-se de exigir atestados de capacidade técnico-operacional como requisitos de habilitação técnica.**
- Cientifique-se, ainda, a parte representante do teor da decisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-2135/2013, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia vinte e três de abril de dois mil e treze, à unanimidade, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto:

1. Julgar **procedente** a presente Representação em face da Prefeitura Municipal de Colatina, referente ao Edital de Concorrência Pública nº 001/2013, sob a responsabilidade dos Srs. Leonardo Deptulski, Prefeito Municipal, e Victor Araújo Venturi, Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Prefeitura Municipal de Colatina;
2. **Determinar** à Prefeitura Municipal de Colatina:
 - 2.1 **Que a autoridade competente republique o edital em análise removendo a exigência de atestados de capacidade técnico-operacional;**
 - 2.2 Caso não sejam efetuadas as mudanças apontadas, devido às impropriedades apontadas na Instrução de Engenharia Conclusiva nº 6/2013, que seja declarada a nulidade do procedimento licitatório;
 - 2.3 **Que em futuros certames análogos, ou seja, na contratação para obras de baixa complexidade, os responsáveis abstenham-se de exigir atestados de capacidade técnico-operacional como requisitos de habilitação técnica.** (grifou-se)

Ante a ampla fundamentação aduzida, pode-se concluir que a exigência de documento que comprove a capacidade técnico-operacional não pode ser colocada como elemento impeditivo à habilitação de possíveis interessados em contratar com a Administração Pública, não só pela ausência de suporte legal, mas também pela inconveniência em relação aos desígnios de um procedimento licitatório.

Pois bem. Passamos à análise.

Como bem apontado pela Área Técnica, na Orientação Técnica de Consulta 00031/2014-2, considerando o veto procedido no inciso II do § 1º do artigo 30, e suas alíneas, pode-se identificar, na doutrina, duas correntes antagônicas discorrendo acerca da legalidade de se exigir o atestado de capacidade técnico-operacional.

A corrente que é favorável busca respaldo no inciso II do artigo 30, que expressamente permite a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, o que seria corroborado com o artigo 33, inciso III da mesma lei, que, ao tratar do consórcio de empresas licitantes, admitiria, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado.

Já para a corrente desfavorável, seria o § 1º do artigo 30 o dispositivo legal responsável pela extensão (melhor, delimitação) dos requisitos de qualificação técnica previstos no inciso II, não sendo possível a aplicação direta do inciso II do artigo 30, buscando essa corrente respaldo no § 5º do mesmo artigo que vedaria a exigências não previstas na Lei, que inibissem a participação na licitação.

Analisando a questão, a Área Técnica entendeu que, apesar de numa primeira leitura as duas correntes parecerem se excluir, seria possível a sua harmonização, considerando-se alguns aspectos.

Em seu entender, assistiria razão ao grupo de doutrinadores que defendem a possibilidade de se exigir o atestado de capacidade técnica-operacional, com fundamento na premissa de que, a despeito do veto presidencial, subsistiriam dispositivos legais que autorizariam a exigência.

Abaixo, segue excerto da Orientação Técnica de Consulta 00031/2014-2, nesse sentido:

Embora o referido dispositivo não mencione expressamente o termo “capacitação técnico-operacional”, anteriormente destacado pela lei, é possível reconhecer que há resíduos de sua exigibilidade quando se fala de comprovação para o desempenho de atividade pertinente com o objeto da licitação, indicando-se instalações e aparelhamento adequados e disponíveis.

Ora, conforme definido alhures, a cobrança de experiência anterior relativamente à empresa (com suas instalações e aparelhamentos próprios para a execução do contrato almejado pela Administração) refere-se à capacitação técnico-operacional e não à capacitação técnico-profissional.

Com razão a Área Técnica invoca doutrina de Marçal Justen Filho, que afirma que haveria certos objetos, principalmente na área de engenharia, em que haveria a necessidade de experiência anterior da empresa como unidade jurídica e econômica, e não apenas dos profissionais individualmente considerados, com a ressalva de que o citado autor só admitiria a exigência de capacitação técnica-operacional quando o objeto revestir-se de significativa complexidade, de modo a impedir que sua execução se faça através da atuação de um sujeito isolado.

O trecho abaixo muito bem sintetiza as posições exaradas pelas duas correntes, para, ao final, posicionar-se, com acerto, no sentido de que o deslinde da questão residiria no princípio da proporcionalidade. Senão vejamos:

Sopesando-se os argumentos trazidos pela primeira e segunda correntes, conclui-se preliminarmente que uma reconhece a existência de dispositivos legais, mesmo após o Veto Presidencial, que admitem a exigência de atestado de capacidade técnica-operacional. Isso é fato.

A outra, por sua vez, entende que tal exigência é desproporcional e, conseqüentemente, restritiva ao caráter competitivo do certame. Nesse caso, prevalece a ideia de que a mais ampla concorrência proporciona a melhor oferta para Administração, em observância ao disposto no art. 3º, da Lei n. 8.666/93.

Tal entendimento deixa evidente a preocupação de que a exigência de capacitação técnico-operacional é, de fato, capaz de restringir a competitividade do certame, direcionando a contratação a certos grupos econômicos. Com efeito, mesmo aqueles que reconhecem a legalidade de tal requisito, admitem que a ausência de certa cautela é capaz de produzir esse resultado.

Marçal Justen Filho, em posicionamento citado anteriormente, diz que a capacitação técnico-operacional é aceitável quando “o objeto executado revestia-se de complexidade de ordem a impedir que sua execução se fizesse através da atuação de um sujeito isolado”. Ou seja, se o objeto não apresentar complexidade significativa, não se justifica a exigência de tal requisito.

O deslinde da questão, portanto, se encontra exatamente no princípio da proporcionalidade. Tal princípio estabelece, em suma, que os meios devem ser adequados aos fins. José dos Santos Carvalho Filho assim dispõe a respeito:

O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a

*situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido*³⁹. [grifo nosso]

Assim, é preciso verificar o fim almejado pelo Estado para avaliar se a exigência de atestado de capacidade técnica-operacional é legítima. Não é possível, a priori, à revelia dos dispositivos legais existentes, rechaçar tal requisito sem uma análise de adequação entre o meio e o fim. Seguindo esse entendimento, o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão n. 2626/2009, determinou ao Senado Federal o seguinte:

*[...] 1.5.2. Ao inserir nos editais de licitação exigência de comprovação de capacidade técnica, seja a técnico-profissional ou técnico-operacional, como critério de pontuação de proposta técnica ou como requisito indispensável à habilitação de licitantes, consigne expressa e publicamente os motivos dessa exigência e demonstre, tecnicamente, que os parâmetros fixados são adequados, necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado*⁴⁰. [grifo nosso]

Do trecho acima, digno de nota é a posição do Tribunal de Contas da União, que no Acórdão 2626/2009, determinou ao Senado Federal que, ao inserir nos editais de licitação exigência de comprovação de capacidade técnica, seja técnico-profissional ou técnico-operacional, como critério de pontuação de proposta técnica ou como requisito indispensável à habilitação de licitantes, deixe consignado expressa e publicamente os motivos dessa exigência, além de demonstrar, tecnicamente, que esses parâmetros fixados são adequados, necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado. Ou seja, aquela Corte de Contas considerou possível a exigência de capacidade técnico-operacional, desde que cumpridos esses pressupostos acima tratados.

Ressalte-se também que o Superior Tribunal de Justiça também possui julgado no qual considerou possível a exigência em tela. Vejamos:

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO PÚBLICA - SERVIÇOS DE LEITURA DE HIDRÔMETROS E ENTREGA DE CONTAS - EDITAL - EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR - CAPACITAÇÃO TÉCNICA - ARTIGO 30, § 1º, I, E § 5º DA LEI N. 8.666/93 - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações. Dessarte, inexistente violação ao princípio da igualdade entre as partes se os requisitos do edital, quanto à capacidade técnica, são compatíveis com o objeto da concorrência. [grifo nosso]

In casu, a exigência, prevista no edital, de apresentação de atestados que comprovem a experiência anterior dos participantes na prestação dos serviços objeto de licitação não é abusiva ou ilegal, pois é uma forma de demonstrar sua capacidade técnico-operacional segundo os critérios discricionariamente estabelecidos pela Administração para a execução a contento dos serviços. [grifo nosso]

"A ausência de explícita referência, no art. 30, a requisitos de capacitação técnico operacional não significa vedação à sua previsão. A cláusula de fechamento contida no § 5º não se aplica à capacitação

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 42.

⁴⁰ Acórdão 2626, TCU, Plenário, Relator: Min. Raimundo Carreiro, 13/11/2009.

*técnico-operacional, mas a outras exigências" (Marçal Justen Filho, in "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", 8ª ed., Ed. Dialética, São Paulo, 2000, p. 335).
Recurso especial não conhecido⁴¹.*

Nesse ponto, devemos rememorar a conclusão da Área Técnica quanto ao primeiro questionamento, conforme transcrita abaixo:

- 1. É possível a exigência de atestado de capacidade técnico-operacional como requisito habilitatório nas licitações, desde que o objeto seja de valor superior a cem milhões de reais e também apresente grau de complexidade significativo, o que necessariamente será motivado pela Administração, sob pena de invalidade.*

Em suma, assiste razão à Área Técnica ao se posicionar pela possibilidade da exigência de atestado de capacidade técnica-operacional como requisito habilitatório. Entretanto, só discordamos na condicionante expressa, no sentido da possibilidade apenas quando o objeto superar o valor de cem milhões de reais, e também apresente grau de complexidade significativo.

A nossa discordância baseia-se no fato do critério eleito pela Área Técnica ter sido o artigo 3º da Resolução n. 266/2013 desta Corte, que simplesmente cria um critério especial de distribuição de processos, por sorteio, quando o processo envolver recurso orçamentário superior a R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), o que não guarda qualquer consonância com a regra de exigência de atestado de capacidade técnica-operacional. A relação entre as duas situações, criada de modo artificial, não é capaz de solucionar o deslinde da consulta feita pelo jurisdicionado.

Para elucidar a questão, o artigo 30, inciso II é fundamental, sendo esse o dispositivo que permite a inferência quanto à possibilidade da exigência do atestado de capacidade técnica-operacional, que é expresso ao permitir exigências quanto à comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação.

Diante do exposto, considerando que o artigo 30, inciso II da Lei 8.666/93 fundamenta a exigência de atestado de capacidade técnica-operacional, capacidade essa que inclusive encontra respaldo em julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União, somos pela regularidade da sua exigência, desde que respeitada a letra do artigo 30, inciso II da Lei 8.666/93, que exige que essa comprovação seja

⁴¹ RESP 361736/SP, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Ministro Relator Franciulli Neto, 05/09/2002.

compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e que o objeto licitado apresente grau de complexidade significativo, o que necessariamente será motivado pela Administração, já que a permissão de se exigir dito atestado em qualquer circunstância pode caracterizar indevida restrição à competitividade, destacando-se que o enquadramento do objeto como de complexidade significativa é competência da órgão licitante, em cada caso concreto, enquadramento esse sujeito à fiscalização por parte desta Corte de Contas, nos termos regimentais.

Deve-se explanar agora acerca do posicionamento do douto Ministério Público de Contas que, manifestando-se nos autos, foi pela impossibilidade da exigência questionada, baseado no fato da supressão do dispositivo atinente à capacidade técnico-operacional, tanto no veto presidencial ao então Projeto de Lei nº 1.494/1991, quanto no veto apostado quando da elaboração da Lei nº 8.883/1994. Em seu entender, haveria falta de suporte legal para a exigência, sendo que em hipótese alguma os dispositivos vetados poderiam ser aplicados, como se normalmente fizessem parte do mundo jurídico.

No entender do Parquet de Contas, a exigência causaria restrição ao caráter competitivo do certame, impossibilitando a participação de empresas recém-constituídas, fazendo com que a disputa no procedimento licitatório público se tornasse cíclica, já que sempre os mesmos participantes concorreriam pelo objeto, constituindo indesejável reserva de mercado.

Aduz ainda a dificuldade em se comprovar a veracidade dos atestados, devido à ausência de um órgão que certifique os documentos relacionados à capacidade técnico-operacional, argumentando ainda que mesmo que a empresa detenha atestados que indiquem a indigitada capacidade técnica-operacional para executar a obra ou o serviço licitado, esse documento não poderia exprimir que a licitante, no momento da licitação, possui totais condições materiais de atender aos termos do objeto.

Tais argumentos não prosperam diante da presente consulta. Isso porque, quanto aos vetos apostos pelo Chefe do Poder Executivo, deve-se recordar que o próprio artigo

30, inciso II, que não foi vetado, permite que se exija a capacidade técnico-operacional, capacidade essa que te reconhecimento do Tribunal de Contas da União e do Superior Tribunal de Justiça, conforme visto alhures.

Quanto à argumentação no sentido da ausência de um órgão que certifique a documentação, e ainda, quanto à impossibilidade da documentação exprimir se a licitante possui ou não totais condições materiais de atender ao objeto licitado, pensamos que tais questões são afetas ao gestor, sendo ele o competente para, dentro da legalidade, optar pelos requisitos de habilitação que entender, após cotejo com o objeto do certame, serem os mais adequados para comprovar a qualificação técnica das empresas licitantes.

Já o argumento de que com a exigência de atestado de qualificação técnico-operacional as empresas recém-constituídas estariam alijadas do certame, não pode nos impressionar. Se seguissemos esse raciocínio, no sentido de ser indevida a exigência por esse motivo, também deveríamos nos posicionar pela impossibilidade de exigir atestado técnico-profissional, já que engenheiros recém-formados, sem nunca terem se responsabilizado por projetos/obras seriam também alijados do certame.

Posto isso, penso que a melhor resposta ao questionamento seria a seguinte:

É possível a exigência de atestado de capacidade técnica-operacional, desde que respeitada a letra do artigo 30, inciso II da Lei 8.666/93, que exige que essa comprovação seja compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e que o objeto licitado apresente grau de complexidade significativo, o que necessariamente será motivado pela Administração, já que a permissão de se exigir dito atestado em qualquer circunstância pode caracterizar indevida restrição à competitividade, destacando-se que o enquadramento do objeto como de complexidade significativa é competência da órgão licitante, em cada caso concreto, enquadramento esse sujeito à fiscalização por parte desta Corte de Contas, nos termos regimentais.

b) DO SEGUNDO QUESTIONAMENTO

O segundo questionamento apresentado é o seguinte:

b) dentro da mesma celeuma, é pacífico o entendimento quanto à legalidade da Administração Pública, nos editais de licitação, adotar critérios de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, para a consecução do objeto pretendido pela Administração, com observância ao princípio da razoabilidade.

Manifestando-se nos autos, assim se pronunciou a Área Técnica, por meio da Orientação Técnica de Consulta – Nº OT-C 31/2014:

O segundo questionamento está relacionado ao primeiro e só é cabível em caso de acolhimento dele. Diz respeito à legalidade de a Administração Pública, nos editais de licitação, adotar critérios de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, para a consecução do objeto pretendido pela Administração, com observância ao princípio da razoabilidade.

O questionamento é cabível em razão de entendimento doutrinário no sentido de que a capacitação técnico-operacional não pode envolver quantitativos mínimos, locais ou prazos máximos. Aqueles que defendem tal posicionamento o extraem da leitura conjugada do disposto no art. 30, § 1º, I e § 5º, da Lei n. 8.666/93, que assim estabelecem:

Art. 30 [...]

§ 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 as 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. [grifo nosso]

[...]

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

Não obstante, como se depreende da leitura da parte final do inciso I, do § 1º, do art. 30, tal previsão aplica-se tão somente à capacidade técnico-profissional. Isso leva a crer que apenas quanto aos profissionais está vedada a exigência de experiência anterior baseada em quantidades mínimas ou prazos máximos. Não havendo previsão legal expressa, não se pode concluir o mesmo a respeito da capacidade técnico-operacional.

Ademais, a invocação do § 5º do art. 30 para inadmitir a exigência de experiência anterior da empresa (capacidade técnico-operacional) baseada em quantidades mínimas ou prazos máximos também é excessiva. Isso porque o referido dispositivo só proíbe tais limitações quando inibam a participação na licitação, de maneira desarrazoada.

Esse raciocínio busca compatibilizar o previsto no art. 30, § 5º com o referido no inciso II. Este dispositivo, além de admitir a exigência de capacidade técnico-operacional, permite que ela seja feita de acordo com características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto da licitação, conforme se verifica abaixo:

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

[...]

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; [grifo nosso]

Então, caso se admitisse o art. 30, § 5º de forma isolada, a conclusão seria pela impossibilidade de exigência de atestado de capacidade técnico-operacional em quantidades mínimas ou prazos máximos. Contudo, ao se admitir esse tipo de experiência em licitações, é forçoso reconhecer o disposto no art. 30, II, que permite que tal requisito seja comprovado com características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto do certame.

Nessa esteira, a exigência pela Administração de quantidades mínimas ou prazos máximos no que tange à experiência anterior da empresa só se torna irregular quando feita em desconformidade com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Isso porque, nesse caso, inibe-se a participação na licitação sem que o meio utilizado seja adequado ao fim almejado. Caberá ao Poder Público, obviamente, demonstrar essa compatibilidade, motivando expressamente suas escolhas.

Sobre o tema, Marçal Justen Filho destaca o seguinte:

Nem seria o caso de aplicar o § 5º, que proíbe exigências não autorizadas por lei. Interpretado o dispositivo de modo literal, ter-se-ia de convir com a ilegalidade da exigência de capacitação técnica operacional – tese, aliás, à qual o autor se filiou no passado. Admitindo-se, porém, que a lei autoriza exigências de capacitação técnica operacional, ter-se-á de convir que tal se dá através da previsão direta do próprio inc. II do art. 30. Ora, esse dispositivo explicitamente autoriza exigência de experiência anterior “compatível em características, quantidades e prazos com o objeto de licitação”. Ou seja, o mesmo dispositivo que dá supedâneo à exigência de qualificação técnica operacional se refere a que deverá ela ser compatível em termos de quantidades, prazos e outras características essenciais ao objeto licitado. Logo, se o objeto for uma ponte com quinhentos metros de extensão, não é possível que a Administração se satisfaça com a comprovação de que o sujeito já construiu uma “ponte” – eventualmente, com cinco metros de extensão. Sempre que a dimensão quantitativa, o local, o prazo ou qualquer outro dado for essencial à execução satisfatória da prestação objeto da futura contratação ou retratar algum tipo de dificuldade peculiar, a Administração estará no dever de impor requisito de qualificação técnica operacional fundado nesses dados.

Essa orientação passou a prevalecer no âmbito do TCU, o qual hesitou quanto à melhor solução a adotar. Após algumas divergências, uniformizou-se a jurisprudência daquela Corte no sentido da validade da exigência de quantitativos mínimos a propósito da experiência anterior, desde que o aspecto quantitativo fosse exigência essencial quanto à identificação do objeto licitado.

Raciocínio similar se pode apontar relativamente às questões de locais específicos ou prazos máximos. Alguns exemplos permitem compreender a questão. Suponha-se um contrato versando sobre a conservação de rodovia na Região Amazônica. É evidente que as condições locais, as dificuldades inerentes à execução do contrato são muito relevantes. Não haveria cabimento em o sujeito invocar, pura e simplesmente, a experiência na conservação de rodovias em outros locais. Imagine-se, por outro lado, a necessidade de execução de uma obra bastante complexa, para a qual a dimensão temporal fosse essencial. É o caso de certas atividades que devm ser promovidas antes do fechamento de lagos de usinas hidrelétricas. Ambos os exemplos indicam situações em que o local ou o prazo são características que dão identidade ao objeto licitado, de tal modo que a simples comprovação de haver executado um objeto semelhante é insuficiente para comprovar a idoneidade. Mas precisamente, aquele que não executou anteriormente

*objeto semelhante em condições de tempo ou local equivalentes às do contrato licitado não dispõe da experiência indispensável para contratação*⁴².

Tal entendimento é seguido pelo Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. AQUISIÇÃO DE PRODUTOS E CONSEQUENTE MANUTENÇÃO. EDITAL QUE PREVÊ A NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE ATESTADOS DE PRÉVIO QUE COMPROVEM QUE AS EMPRESAS LICITANTES JÁ FORNECERAM PELO MENOS CEM PRODUTOS SIMILARES AO LICITADOS EM OUTRAS OPORTUNIDADES (CLÁUSULA DE FORNECIMENTO MÍNIMO). POSSIBILIDADE. CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL. ART. 30, INC. II, DA LEI N. 8.666/93. RAZOABILIDADE.

1. A regra editalícia atacada possui a seguinte redação: "10.3. - Atestados de capacidade técnica: a) a licitante deverá apresentar 02 (dois) atestados de capacidade técnica, fornecidos por pessoa jurídica de Direito Público ou Privado de que a empresa forneceu equipamentos de mesma natureza e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto desta licitação. Somente serão aceitos atestados em que a licitante forneceu, no mínimo, a quantidade abaixo definida de equipamentos do item a que está concorrendo. [...] b.1) para o subitem 1.1: 100 (cem) terminais de auto-atendimento".

2. O recorrente insurge-se alegando violação ao art. 30, § 1º, inc. I, da Lei n. 8.666/93, na medida em que, para fins de comprovação de capacidade técnica, não pode o ente licitante exigir atestado de quantidade mínimas de fornecimento prévio de produtos para outras entidades públicas ou privadas.

3. A pretensão do recorrente não encontra guarida no dispositivo citado, que trata apenas das licitações de obras e serviços - enquanto, na espécie, tem-se caso de licitação para aquisição e manutenção de produtos (terminais de auto-atendimento para Tribunal de Justiça).

4. Assim sendo, há atração da aplicação do art. 30, inc. II, da Lei n. 8.666/93 que, reportando-se à necessidade de comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em quantidades com o objeto licitado (capacidade técnico-operacional), implícita e logicamente permite que editais de licitação tragam a exigência de fornecimento mínimo de equipamentos similares em outras oportunidades, desde que tal cláusula atenda aos princípios da razoabilidade (como é o caso, pois a licitação tinha como objetivo a aquisição de 200 terminais e exigia-se dois atestados de fornecimento prévio de, no mínimo, 100 terminais). [grifo nosso]

*5. Recurso ordinário não provido*⁴³.

Isto posto, sugere-se que, caso seja acolhido o entendimento esboçado nessa orientação a respeito do primeiro questionamento, o segundo questionamento seja respondido no sentido de que é possível adotar, nos editais de licitação, critérios de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, para a consecução do objeto pretendido pela Administração, com observância ao princípio da razoabilidade, desde que expressamente justificados.

Por sua vez, o douto Ministério Público de Contas, por considerar que esse segundo questionamento estaria diretamente relacionado ao primeiro, e, portanto, só seria cabível em caso de seu acolhimento, entendeu prejudicada a sua análise.

⁴² JUSTEN FILHO, 2005, p. 330/331.

⁴³ RMS 24665/RS, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Ministro Relator Mauro Campbell Marques, 20/08/2009.

Pois bem. Como o segundo questionamento é decorrente do primeiro, e considerando a possibilidade de exigência do atestado de capacidade técnico-operacional, conforme afirmado acima, somos pela possibilidade de se adotar, em editais de licitação, critérios de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, para a consecução do objeto pretendido pela Administração, desde que observado o princípio da razoabilidade, princípio esse, aliás, que permeia toda a Administração Pública, e desde que haja expressa justificativa.

Entretanto, a indagação refere-se a ser o entendimento pacífico. Nesse sentido, conforme amplo estudo desencadeado pela Área Técnica, verifica-se que há entendimentos diversos na doutrina. Mas, posicionamo-nos nos seguintes termos:

Posto isso, penso que a melhor resposta ao questionamento seria a seguinte:

É possível adotar, nos editais de licitação, critérios de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, para a consecução do objeto pretendido pela Administração, com observância ao princípio da razoabilidade, desde que expressamente justificados.

IV. **CONCLUSÃO**

Diante do exposto, corroborando em parte o entendimento da Área Técnica, e discordando do Ministério Público de Contas, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de Deliberação que submeto à consideração.

JOÃO LUIZ COTTA LOVATTI
Conselheiro em Substituição

1. PARECER CONSULTA

Vistos, relatados e discutidos estes autos, DECIDEM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Plenária, antes as razões expostas pelo relator, em:

1.1 - Conhecer da presente Consulta, eis que foram atendidas todas as formalidades previstas em lei.

1.2- Quanto ao **MÉRITO**:

1.2.1 PRIMEIRO QUESTIONAMENTO

a) em que pese já ter sido exposto no parecer técnico o posicionamento jurisprudencial adotado pelo Tribunal de Contas da União e STJ, acerca do tema discorrido, solicito que seja a presente consulta conhecida, com vistas a ser explicitado por esse Tribunal quanto ao posicionamento adotado frente a tese apresentada, referente à legalidade da exigência contidas nos editais de licitação quanto à comprovação da capacidade técnica operacional pelas empresas licitantes;

É possível a exigência de atestado de capacidade técnico-operacional, desde que respeitada a letra do artigo 30, inciso II da Lei 8.666/93, que exige que essa comprovação seja compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e que o objeto licitado apresente grau de complexidade significativo, o que necessariamente será motivado pela Administração, já que a permissão de se exigir dito atestado em qualquer circunstância pode caracterizar indevida restrição à competitividade, destacando-se que o enquadramento do objeto como de complexidade significativa é competência da órgão licitante, em cada caso concreto, enquadramento esse sujeito à fiscalização por parte desta Corte de Contas, nos termos regimentais.

1.2.2 SEGUNDO QUESTIONAMENTO

b) dentro da mesma celeuma, é pacífico o entendimento quanto à legalidade da Administração Pública, nos editais de licitação, adotar critérios de comprovação da

execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, para a consecução do objeto pretendido pela Administração, com observância ao princípio da razoabilidade.

É possível adotar, nos editais de licitação, critérios de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, para a consecução do objeto pretendido pela Administração, com observância ao princípio da razoabilidade, desde que expressamente justificados.

1.3 - Dar ciência ao consultente.

1.4 - Arquive-se, após tramitação legal

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 28/11/2017 - 42ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Domingos Augusto Taufner, Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun e Sérgio Manoel Nader Borges.

4.2. Conselheiros em substituição: João Luiz Cotta Lovatti (relator), Márcia Jaccoud Freitas.

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Presidente

CONSELHEIRO EM SUBSTITUIÇÃO JOÃO LUIZ COTTA LOVATTI

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRA MÁRCIA JACCOUD FREITAS

Em substituição

Fui presente:

LUCIANO VIEIRA

Procurador-geral do Ministério Público Especial de Contas

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das sessões

Este texto não substitui o publicado no DOEL-TCEES 5.3.2018