



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

Seção: Artigos Científicos

A validade da exigência da capacitação técnico-operacional em licitações públicas

The validity of the requirement of technical-operational qualification in public bidding

Gustavo da Silva Santanna; Flávio Soares

Resumo: Este artigo trata da figura da capacitação técnico-operacional, prevista na Lei 8.666/93, como mecanismo de habilitação em processos licitatórios conduzidos pela Administração Pública, com enfoque em obras de engenharia. Analisa, em seu curso, à luz da doutrina e da jurisprudência – em especial dos Tribunais de Contas – as possibilidades e restrições de se exigir a experiência pretérita do licitante em serviços cujos escopos fazem parte do objeto da licitação como condição técnica *sine qua non* para sua participação em determinado certame. O trabalho traz à discussão os critérios e princípios da avaliação qualitativa dos atestados técnicos exigidos, usualmente, para comprovação da experiência anterior referida. Por fim, mostra que a tendência majoritária atual dos Tribunais – e do próprio legislador, com os novos marcos legais sobre o tema – é restringir, ao máximo, as possibilidades de exigência de experiência anterior como fator de habilitação técnica, em prol da competitividade entre os licitantes, na busca de maior eficiência da gestão pública.

Palavras-chave: licitações; capacitação técnico-operacional; princípio da eficiência.

Abstract: This article deals with the figure of the technical-operational qualification, provided for in Law 8.666/93, as a qualification mechanism in bidding processes conducted by the Public Administration, focusing on engineering works. It examines, in its course, based on the doctrine and jurisprudence - in particular of the Courts of Auditors - the possibilities - and restrictions - of requiring the past experience of the bidder in services whose scopes are part of the object of the bid as a technical condition *sine qua non* for their participation in a given event. The paper also discusses the criteria and principles for the qualitative evaluation of the technical certificates required, usually, to prove the previous experience. Finally, it shows that the current majoritarian tendency of the Courts - and of the legislator itself, with the new legal frameworks on the subject - is to restrict, as far as possible, the possibilities of requiring previous experience as a factor of technical habilitation, in favor of the competitiveness between the bidders, in the search for greater efficiency of public management.

Keywords: Public procurement; technical-operational qualification; principle of efficiency.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v5n2p283-298>

Artigo submetido em: fevereiro de 2018 / **Aprovado em:** julho de 2018.

A VALIDADE DA EXIGÊNCIA DA CAPACITAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL EM LICITAÇÕES PÚBLICAS

Gustavo da Silva SANTANNA*

Flávio SOARES**

Sumário: 1 Introdução; 2 A lei nº 8.666/93 e a capacidade técnico-operacional; 3 A possibilidade de exigência de experiência anterior; 4 Avaliação da experiência anterior: complexidade técnica similar; 5 Conclusão; 6 Referências bibliográficas.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 primou, na parte que trata a Administração Pública, por abordar o tema de contratação de bens e serviços públicos de forma expressa e objetiva, trazendo, em seu artigo 37, inciso XXI, os princípios e diretrizes sobre os quais se embasaram as leis infraconstitucionais que seguiram tratando do tema, em especial a Lei 8.666/93.

Já no referido dispositivo constitucional é trazida a possibilidade de exigência de qualificação técnica e econômica dentro do processo de licitação pública, desde que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Por sua vez, a Lei 8666/93, que primeiro veio regular o processo licitatório, bem como a gestão dos contratos administrativos – após vieram a Lei dos Pregões, a Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e, recentemente, o Estatuto Jurídico das Empresas Estatais – detalhou e ampliou esse instrumento, expressamente em seu art. 30.

A doutrina e a jurisprudência, especialmente dos Tribunais de Contas, vêm debatendo, ao longo dos anos, a utilização desse mecanismo – cujo nome foi ajustado para capacitação técnico-operacional (como trataremos daqui para frente). Por um lado, vislumbra-se a possibilidade, por meio da exigência de experiência antecedente, de se melhorar a qualidade do serviço prestado ou do bem entregue e, por outro, por tecnicismo exagerado, de inibir a competição e a igualdade entre os licitantes, possibilitando a formação de cartéis e conluíus que tanto danos trazem à Administração Pública.

Esse trabalho se propõe a discutir, à luz da doutrina e da jurisprudência, a figura da capacitação técnico-operacional em processos licitatórios públicos, com enfoque em obras de engenharia, abordando os aspectos relativos à possibilidade de se adotar a

* Professor do Complexo de Ensino Superior Meridional - IMED; Centro Universitário FADERGS; Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

** Especialista em Direito Público pelo Complexo de Ensino Superior Meridional - IMED. Advogado.

experiência anterior e semelhante ao objeto a ser contratado como critério válido para habilitação técnica dos licitantes.

2. A lei n. 8.666/93 e a capacidade técnico-operacional

Como dito, para regulamentar o disposto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, foi promulgada, em 21/06/1993, no Governo de Itamar Franco, a Lei Complementar 8.666, conhecida como Lei das Licitações Públicas e de Gestão de Contratos Administrativos, sofrendo alterações ao longo desses anos, com destaque para ocorrida em 1994, por meio da Lei Complementar 8.883 de 8/6/94 que modificou, entre outros, o artigo 30 que aborda a capacitação técnico-operacional na fase de habilitação dos licitantes.

Como princípios, a Lei 8.666/93 traz, em seu art. 3º, explicitamente, a legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, constantes também do artigo 37 da Constituição Federal, acrescidos aos específicos do processo de contratação pública, relativos à probidade administrativa, à vinculação ao instrumento convocatório, ao julgamento objetivo e correlatos. Nota-se aqui - o que será abordado mais adiante - que o legislador não incluiu explicitamente o princípio da eficiência, um dos cinco princípios basilares da Administração Pública e, hoje, talvez, um dos mais relevantes, quando da necessidade de ponderação entre eles, tanto pela jurisprudência - dos Tribunais de Conta e do Judiciário -, como pela doutrina. Observa-se esse fenômeno, também, no próprio processo legislativo atual, nas recentes Leis do pregão Eletrônico, do Regime Diferenciado de Contratação Pública e da Lei das Estatais, em que a busca de menor custo e otimização dos prazos são diretrizes cada vez mais presentes.

O Capítulo II da referida Lei complementar, que trata da Licitação, apresenta, na seção II, o procedimento de habilitação dos licitantes, em que, no artigo 30, aborda os critérios e possibilidades de exigência de capacitação técnico-operacional como condição para o licitante prosseguir no certame licitatório. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 463) expõe que somente podem ser exigidos no edital os documentos indispensáveis ao cumprimento do contrato.

Sem a pretensão de realizar uma análise histórico-sociológica profunda, observa-se, ao rever o processo legislativo de elaboração e modificação da referida Lei licitatória - em especial os vetos praticados pelo poder executivo ao PLC 10/94, dentro de suas competências constitucionais -, que a matéria relativa à exigência prévia de capacidade do licitante - quer técnica, financeira ou operacional - foi sempre conflituosa, com tentativas reiteradas de inclusão - e vetos sucessivos por parte do executivo - de dispositivos que tornassem esse mecanismo mais ou menos aceito no nosso ordenamento jurídico. Essa discussão permeou - e permeia até hoje - os debates doutrinários e os julgamentos dos Tribunais de Contas e da própria Justiça, nas suas diversas cortes. Encontramos exemplo concreto dessas tentativas - fruto dos lobbies corporativos -, lendo as razões do veto ao § 7º, I do artigo 30 do referido Projeto de

Lei de Conversão, em que se permitiria exigir atestados técnicos que atendessem os mesmos quantitativos e grandezas do objeto licitado como condição para habilitação do licitante, o que, na prática, possibilitaria uma empresa se habilitar a concorrer somente se comprovasse já haver realizado obra ou serviço de complexidade técnica idêntica à que estivesse sendo licitada, diminuindo, em muito, a concorrência entre licitantes. Chama atenção, na Mensagem de Veto nº 436 direcionada ao Presidente do Senado Federal, que o Executivo, remete, ao expor suas razões, a um veto anterior, quando da sanção da Lei em 1993, o que demonstra o reiterado processo de se tentar restringir a competição dos processos licitatórios públicos em favor de um menor grupo de empresas. Vale aqui reproduzir *ipsis verbis*

O Ministério da Justiça, ouvido, pondera cuidarem os dispositivos de matéria objeto de veto pendente de apreciação pelo Congresso Nacional, quando da sanção do projeto que deu origem à Lei nº 8.666, de 1993.

Ainda que não reproduzam e sob alguns aspectos efetivamente alterem os textos vetados, de forma a ensejar, embora com consideráveis dificuldades, a participação dos pequenos empreiteiros nas licitações até o limite da tomada de preços persiste vivas as razões do veto supra referido, as quais, por incensuráveis, vale aqui reproduzir, *ipsis verbis*

"Reconhecidamente, a competição entre possíveis interessados é princípio intrínseco 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 complexibilidade 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", conceito, 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.

Importa ter presente, ainda, na espécie o verdadeiro conteúdo e alcance do comando insculpido no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República, *ipsis litteris*:

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.

Nesse diapasão, dois temas merecem, no nosso entender, mais atenção, sobre os quais se concentram, ainda, os maiores embates administrativos, doutrinários e jurisprudenciais, quais sejam: a própria possibilidade – e eficácia – de exigência de experiência anterior e, na hipótese de sua utilização, qual o nível de experiência seria legítimo – e razoável – ao administrador público adotar.

Trataremos do primeiro, em função da sua abrangência, e da decisão do tribunal Pleno do TCE-RS que, contrariando a doutrina dominante e a própria jurisprudência, decidiu pela ilegalidade da exigência pretérita de empresa licitante. Em seguida, serão abordados os critérios de avaliação da experiência anterior, demonstrando-se a invalidade de se exigir experiência idêntica, à luz de que preceitua o art. 30, § 1º, inc. I, da Lei 8.666/93.

3. A possibilidade de exigência de experiência anterior

O pleno do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, em decisão pioneira (TP – 0511-2009), em um processo originário do Ministério Público de Contas, em matéria de teor abstrato, manifestou-se contrário à exigência, como regra, de experiência prévia de empresas em obras e serviços de engenharia, não podendo ser colocada como fator impeditivo da possível habilitação de interessados em participar do certame licitatório. Admite, entretanto, a pertinência da exigência edilícia da denominada capacidade técnico-operacional apenas como exceção, em obras de comprovada complexidade técnica, definidas – e valoradas – assim com base, sobretudo, nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

No seu relatório – aprovado por unanimidade no tribunal pleno – o Relator argui, essencialmente, 6 razões para atacar a legalidade da utilização da figura da capacitação técnico-operacional como critério de habilitação nos certames públicos de licitação, que, resumidamente, são:

- (i) ainda que os atestados demonstrassem a capacidade técnico-operacional da empresa, "não haveria como afirmá-los para o presente e, muito menos, para o futuro";

- (ii) os procedimentos de certificação não permitiriam a avaliação satisfatória de qualquer empresa, "seja no passado ou mesmo no presente";
- (iii) há notícias de inidoneidade material e formal de atestados;
- (iv) ainda que fosse possível a avaliação satisfatória de empresa por meio de atestado, tal condição não se reproduziria automaticamente na formação de consórcios ("quando da conjunção de demais empreendedores");
- (v) se é possível o somatório de atestados de capacidade técnico-operacional no consórcio, não se deveria erigir isso a requisito de habilitação;
- (vi) se o argumento para a exigência de comprovação da capacidade técnico-operacional é a execução prévia de obras à iniciativa privada, ocasião em que a empresa é "posta à prova", não seria possível comprovar, jamais, a realização de obras de infraestrutura típicas do setor público (rodovias, estações de tratamento de esgoto, etc.)

Na fundamentação de seu voto, apresenta a doutrina, majoritária, que reconhece a procedência do instrumento. Entretanto, ataca-a, subsidiado, basicamente, nos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

Destacamos, nesse sentido, a discordância do relator – acompanhada pelos demais Conselheiros, por unanimidade – da posição do Professor Carlos Ari Sundfeld em seu estudo denominado “A habilitação nas licitações e os atestados de capacidade técnica” (1999, p. 105), em que, o articulista sustenta que,

para a Administração, em caso de contratação de obras e serviços na área de engenharia, importa verificar se os eventuais licitantes dispõem não só de técnicos com qualificação suficiente (o que se tem denominado “capacidade técnico-profissional”), mas, por igual, se operam, como empresa, com correção, em respeito aos ajustes, e de modo eficaz (aqui, convencionalmente, denominando-se “capacidade técnico-operacional”). Quanto ao preenchimento dessa última condição, para comprová-la impor-se-ia examinar o passado, o legado operacional da empreiteira. Daí a exigência do atestado ou certidão de execução, com sucesso, de trabalhos anteriores, de mesmo porte e expressão.

Continua, ainda, o professor em seu texto, reproduzido no relatório do ilustre Conselheiro,

Mas a simples reunião caótica de profissionais, mesmo altamente especializados, não oferece garantia de que a empresa seja capaz de operar eficientemente, pois nada diz quanto a sua estrutura administrativa, seus métodos organizacionais, seus processos internos de controle de qualidade, o entrosamento da equipe etc. Daí a necessidade de saber se a licitante, além de contar com engenheiros

individualmente habilitados, dispõe de um conjunto de qualidades fazendo com que opere de modo eficaz: trata-se, aqui, da dita 'capacidade técnico-operacional (ou operativa)', verificável pelos desempenhos anteriores da empresa. (...).

Conclui na sua argumentação,

O método, por excelência, para verificar se dada empreiteira é ou não capaz de operar eficientemente (isto é, se tem ou não 'capacidade técnico-operacional') é a análise de seu desempenho anterior. A razão é simples: essa capacidade envolve um somatório imenso de fatores, basicamente imateriais (organização, sistemas gerenciais, técnicas de controle etc.), que não podem ser medidos por ensaios ou vistorias. Só se pode afirmar com segurança a capacidade de uma empresa operar eficientemente se ela assim já tiver operado; se ela nunca operou, pode-se por certo antever sua eficiência, mas não pode haver garantias a respeito.

O Conselheiro Relator, por sua vez, é enfático, ao contrapor o reconhecido doutrinador, quando, em seu voto, ataca a supervalorização dos certificados e atestados de realizações anteriores, em serviços e obras de engenharia, como garantia de bom desempenho futuro, para o bem do interesse público. Diz, literalmente,

Contudo, com a devida vênia do entendimento do destacado articulista, entendo que, em se tratando de obter melhores garantias de persecução do interesse público nessa órbita – a da execução de obras e serviços na área de engenharia – não se pode e não se deve superestimar o valor de certidões ou atestados de realizações anteriores de determinada empresa, a ponto de torná-los requisito essencial à sua habilitação nos procedimentos licitatórios. Ponderar o seu valor na etapa subsequente – o da qualificação técnica –, parece-me mais razoável e proporcional. Ainda que os referidos documentos consubstanciassem, de modo indireto, como refere o publicista, aprovação à forma de estruturação administrativa da empresa, bem como às condições de infraestrutura material, métodos organizacionais e gerenciais e ao seu grau de coesão interna – afirmação que não deixa de revelar certo exagero ante a objetividade do que usualmente contêm certidões ou atestados da espécie –, não haveria como afirmá-los para o presente e, muito menos, para o futuro.

Ainda o Relator mergulha em rica doutrina sobre o tema para embasar e justificar sua decisão, que, como mencionado, alicerça-se, essencialmente, nos princípios constitucionais supracitados.

Para enfatizar o princípio da razoabilidade, traz recorte da obra de Weida Zancaner (in Razoabilidade e Moralidade: Princípios Concretizadores do Perfil Constitucional do Estado Social e Democrático de Direito, *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, nº 9), que,

citando Carlos Roberto de Siqueira Castro (in *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*, Forense, 1989, p. 157), reproduz

A moderna teoria constitucional tende a exigir que as diferenciações normativas sejam razoáveis e racionais. Isto quer dizer que a norma classificatória não deve ser arbitrária, implausível ou caprichosa, devendo, ao revés, operar como meio idôneo, hábil e necessário ao atingimento de finalidades constitucionalmente válidas. Para tanto, há de existir uma indispensável relação de congruência entre a classificação em si e o fim a que ela se destina. Se tal relação de identidade entre meio e fim – ‘means-end relationship’, segundo a nomenclatura norte-americana – da norma classificatória não se fizer presente, de modo que a distinção jurídica resulte leviana e injustificada, padecerá ela do vício da arbitrariedade, consistente na falta de ‘razoabilidade’ e de ‘racionalidade’, vez que nem mesmo ao legislador legítimo, como mandatário da soberania popular, é dado discriminar injustificadamente entre pessoas, bens e interesses na sociedade política.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, base maior da tese apresentada, destacamos, primeiramente, a referência, entre outras, à doutrina do conceituado professor Juarez Freitas quando expressa, o Conselheiro, em seu relatório

De mesmo tom, o magistério do notável conterrâneo Professor Juarez Freitas (in *O controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, Malheiros, 1999, p. 57), quando discorre, modo ímpar, acerca da natureza do princípio da proporcionalidade, sintetizando: “O princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução dos seus objetivos. Exageros para mais ou para menos configuram irretorquíveis violações ao princípio... O administrador público, dito de outra maneira, está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos. Esta parece ser uma fórmula suficientemente esclarecedora acerca do princípio.

Sobre o mesmo tema, utiliza-se ainda de três outros, não menos consagrados, magistérios, a saber : (i) Alexandre de Moraes (2002, p. 114): “o que se exige do Poder Público, portanto, é uma coerência lógica nas decisões e medidas administrativas e legislativas, bem como na aplicação de medidas restritivas e sancionadoras; estão, pois, absolutamente interligados, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.”; (ii) Willis Santiago Guerra Filho (in *Derechos fundamentales, proceso y principio de la proporcionalidad*, *Revista Galega de Administración Pública*, nº 16, p.

244.): “uma medida somente será adequada se, para alcançar sua finalidade desejada, causar o menor prejuízo possível e se houver proporcionalidade entre as vantagens que dela derivam e suas desvantagens”; e o consagrado (iii) Celso Antônio Bandeira de Mello (in *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 2001, p. 81): “Sobremodo quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindendas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar constringimentos em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público”. Para concluir, em seu voto, peremptoriamente, que “É precisamente como identifico a exigência das certificações de capacitação técnico-operacional como presentemente requeridas (na fase de habilitação), com arrimo na visão dos publicistas que citei: desproporcional, prescindenda e, sobretudo, constrictiva à liberdade. E, para a sociedade, prejudicial, sob todos os ângulos de visada”.

O Conselheiro Relator, por fim, enfatiza sua tese da ineficácia da exigência da certificação de serviços passados, propondo, outras medidas que preservariam, de modo mais produtivo, o interesse público específico em questão. Ressalta que a exigência dessas certificações, do modo como usualmente se produzem e são formalmente requeridas, efetivamente afronta o princípio da proporcionalidade. Argumenta, ainda que,

no louvável intuito de obter melhores garantias de atingimento dos objetivos colimados pela Administração quando da execução de obras e serviços na área de engenharia, exige-se uma certificação não necessariamente eficaz e nem sempre segura, o que, reconhecidamente, acaba por restringir a competição, quando medidas outras de preservação do interesse público específico poderiam ser implementadas, com melhores resultados práticos, em benefício da sociedade.

Nesse sentido, propõe como cautelas mais eficazes em prol do Erário, a serem adotados pelo Administrador Público, 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, infraestrutura 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.

Em contraponto, em nível jurisprudencial, à decisão do TCE do RS telada, há várias decisões que indicam a possibilidade de utilização do critério de experiência passada da empreiteira como condição eliminatória para sua habilitação – e posterior prosseguimento – a no certame competitivo. Por brevidade, citamos as decisões do STJ em apreciações dos Recursos Especiais 295.806/SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE

NORONHA, 2ª T., DJ 6.3.2006; 331.215/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª T., DJ 27.5.2002 e 361.736/SP, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, 2ª T., DJ 31.3.2003. Em todas elas, destaca-se a ênfase – e preocupação – dos magistrados com a qualidade e segurança dos serviços a serem executados em obras de engenharia de grande porte, de modo a não permitir, com base no princípio da supremacia do interesse público, que qualquer “aventureiro” se lance como candidato ao certame licitatório, ainda que sacrificando o universo de competidores

4. Avaliação da experiência anterior: complexidade técnica similar

Ainda que discutível, como viu-se acima, a validade – e a utilidade – da exigência da experiência anterior como critério de habilitação técnica do licitante em obras de engenharia, quando utilizada, deve sê-la de forma excepcional e não, como regra. A lei 8.666/93, quando traz em seu artigo art. 30, os limites dessa “experiência anterior”, deixa claro essa condição. Primeiro, no seu inciso II, quando exige que ela seja pertinente e conforme com o objeto da licitação; segundo, quando, no § 1º, II, aceita a experiência em serviços com características semelhantes e restringe a referida exigência às parcelas relevantes e com valores significativos.

Ora, a exegese do artigo 30 da Lei das Licitações, que nos traz os conceitos de pertinência, conformidade, semelhança e relevância, mostra que o *mens legis*, nesse ponto, está em permitir à administração pública em exigir, excepcionalmente, experiência anterior estritamente necessária e suficiente ao bom desempenho técnico, por parte do licitante, do objeto da contratação.

Entretanto, a aplicação concreta desse dispositivo, na prática, tem feito com que os conceitos de “serviços com características semelhantes” tenham se tornado “serviços com características idênticas”; “parcelas de maior relevância e de valor significativo” em parcelas sem relevância e de qualquer valor, levando à restrição de competidores e, por consequência, ao aumento do custo de contratação.

Esse comportamento, quer por um tecnicismo exagerado, quer por desconhecimento do administrador ou até por uma forma de direcionamento do processo licitatório, tem levado à jurisprudência – em especial dos Tribunais de Contas – a se posicionar no sentido de definir limites na utilização desse mecanismo de habilitação técnica nas licitações públicas.

Apresenta-se como exemplo, nesse sentido, acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná que manteve liminar em mandado de segurança que reconheceu inválida exigência de experiência idêntica, no caso concreto, de realização de serviço de pavimentação em asfalto com borracha ou polímeros, desqualificando os licitantes que tivessem experiência apenas com asfalto convencional (TJPR - 5ª Cívél - RN - 464605-7 - Curitiba - Rel.: Eduardo Sarrão - Unânime - J. 09.12.2008) .

Destaca-se, ainda, do acórdão em tela, o conceito de semelhança dos serviços ou obras já prestados – e não de identidade – relativos à exigência legal de experiência anterior para fins de qualificação técnica do licitante, expressado literalmente pelo relator: “Extrai-se do supra citado artigo que a exigência legal consubstancia-se na comprovação, pelo licitante, de experiência na execução de obra ou serviço de características semelhantes às aquelas buscadas no contrato que será celebrado ao final da concorrência”.

Por fim, o Tribunal de Contas da União, tem se manifestado, por diversas vezes, nesse mesmo sentido, consolidando sua jurisprudência com relação a esse assunto. Observa-se que as decisões do TCU, mais do que impositivas, têm caráter normativo, aplicáveis aos demais órgãos da administração pública.

Destacam-se, assim, primeiro, a orientação expressa no acórdão 1502/2009 em que a Corte manifesta-se, claramente, que

em futuras licitações, aceite a comprovação de capacitação técnica proveniente de obras diferentes daquela licitadas, passando a ter como critério a semelhança entre os serviços a serem comprovados, e não as obras em que foram executados, por exemplo, abstando-se de recusar serviços semelhantes prestados em obras ferroviárias ou de vias urbanas quando da comprovação de qualificação para executar obras rodoviárias.

e segundo, a restrição – expressa nos acórdãos 1733/2010 e, no recentíssimo 2066/2017 –, imposta pela Corte de Contas aos órgãos da Administração Federal, de inserir cláusulas relativas à qualificação técnica que vedem ou restrinjam a apresentação de atestados técnicos à determinada tipologia de obra ou serviço de engenharia, de modo a inibir a ampla competição, em conformidade com o conceito de semelhança e relevância, conforme preceituam o art. 3º, §1º, inciso I, da Lei 8.666, de 1993, e o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

5. Conclusão

Vê-se que o tema da possibilidade de o administrador público exigir experiência pré-térita como condição para habilitação de empresa de engenharia em processos de licitação para execução de obras públicas – a chamada capacitação-operacional – é polêmico, ainda não pacificado no nosso ordenamento jurídico.

Entretanto, dos julgados recentes – em especial nos Tribunais de Conta – observa-se, uma tendência de, cada vez mais, restringir-se a sua aplicação aos casos concretos em que o nível de complexidade do objeto da contratação justifique esse tipo de restrição à competição dos licitantes. Nessa linha, destaca-se a posição do TCE do RS, em decisão unânime do seu colegiado pleno (TP- 0511/2009), quando decidiu pela impossibilidade desse tipo de exigência ser utilizada como fator impeditivo de se ha-

habilitar uma determinada empresa de engenharia interessada em participar em certames dessa natureza. No máximo, se posiciona o egrégio Tribunal, a administração pública pode usar desse expediente na fase da qualificação técnica do licitante, nunca na fase de habilitação.

No mesmo sentido, a jurisprudência vem se consolidando quanto à aplicação do artigo 30, parágrafo 1º, inciso I da Lei 8.666/93 com relação ao nível de experiência permitida como exigência legal para fins de habilitação técnica do licitante. É pacífico – a partir, principalmente, das decisões do TCU – de que os conceitos de relevância e necessidade devem nortear as cláusulas edilícias desse tipo, bem como o conceito de semelhança deve embasar os critérios de avaliação dos atestados técnicos dos serviços já prestados, de modo a não prejudicar a competição entre os licitantes,

Cabe comentar que essa polêmica não se resume a uma simples discussão técnico-jurídica, em que, de um lado se posicionam os defensores da utilização desse instrumento como ferramenta para barrar, a bem do interesse público, as empresas aventureiras e que, de má-fé, ingressam nos processos licitatórios, não com o objetivo de prestar um bom serviço, e sim de locupletarem-se com pleitos e aditivos, não se importando com sua performance; e, de outro lado, os que entendem que a exigência de experiência anterior não garante, por si só, o bom desempenho do prestador de serviço, muito menos a qualidade do serviço prestado, pelo contrário, cria um entrave para a entrada de novos agentes, restringindo o processo competitivo, possibilitando a formação de cartéis que tanto dano causam ao erário público. A discussão vai muito mais além, pois, como se pode depreender no próprio histórico da consolidação da Lei de Licitações, desde a sua concepção, que os interesses setoriais – em especial das grandes empreiteiras – estão sempre presentes, quer no próprio processo legislativo – por meio de lobbies – quer no dia-a-dia da aplicação da Lei, por meio de tentativas de impugnações orquestradas de editais de licitação, pressão junto aos administradores, atos de corrupção, etc.

Entendemos que o administrador público deve pautar sua ação por uma gestão cada vez mais eficiente, eficaz e efetiva, na busca de resultados práticos que atendam os anseios da sociedade tão carente e ansiosa pela prestação de um bom serviço. Ousamos, nesse sentido, afirmar que, atualmente, numa balança hipotética dos princípios constitucionais da Administração Pública, o da Eficiência é um dos mais relevantes. Nesse sentido, toda decisão que vá na direção de obter menores custos, maior rigor no cumprimento dos prazos estabelecidos, maior concorrência, devem prevalecer sobre àquelas, mais conservadoras, que, talvez, por um tecnicismo exagerado ou por interesses corporativos, vão na direção contrária. Claro, não afastando, nunca, os demais princípios constitucionais.

Por fim, como bem observou o Relator, em seu voto, no referido processo do TCE RS, muito mais que a exigência de uma discutível experiência anterior do licitante, uma

boa contratação e uma boa gestão do contrato por parte do administrador será mais eficiente, por meio, relaciona o conselheiro, de uma correta análise da higidez financeira das empresas licitantes; da exigência de demonstração cabal da capacidade de mobilização em favor do empreendimento (recursos humanos, maquinário, infraestrutura de apoio, instalações, etc.); da elaboração de termos contratuais com disposições claras, definição pormenorizada de direitos e obrigações recíprocos e previsão de efetiva imposição de penalidades por inadimplemento; e de uma fiscalização atuante, com acompanhamento *pari passu* da execução das obras e serviços contratados.

6. Referências bibliográficas

- BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em fevereiro/2017.
- BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm . Acesso em fevereiro/2017
- BRASIL. Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nos 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória no 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm Acesso em fevereiro/2017
- BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm . Acesso em fevereiro/2017.

- BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm . Acesso em fevereiro/2017.
- BRASIL. Lei nº 8.883, de 08 de junho de 1994. Altera dispositivos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e dá outras providências.. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8883.htm#art1 . Acesso em fevereiro/2017;
- BRASIL. Mensagem de Veto do Presidente da República Nº 436, de 08 de junho de 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/Vep436-L8883-94.pdf . Acesso em fevereiro/2017;
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1502/2009 - Plenário. Relator: Conselheiro JOSÉ JORGE. Processo 005.656/2009-5 Data da sessão: 08.07.2009 Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1502%2520ANOACORDAO%253A2009/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false> Acesso em março/2017
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1733/2010 - Plenário. Relator: Conselheiro VALMIR CAMPELO. Processo 008.298/2009-7 Data da sessão: 21.07.2010. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1733%2520ANOACORDAO%253A2010/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false> Acesso em março/2017
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2066/2016 - Plenário. Relator: Conselheiro AUGUSTO SHERMAN. Processo 012.180/2016-5 Data da sessão: 10.08.2016. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2066%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false> Acesso em março/2017
- BRASIL. Tribunal Superior de Justiça. Acórdão. REsp 295.806/SP. Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, 2ª Turma, Publicado em 6.3.2006 . Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=295806&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> acesso em março/2017
- BRASIL. Tribunal Superior de Justiça. Acórdão. REsp 331.215/SP. Relator Ministro LUIZ FUX, 1ª Turma, Publicado em 27.5.2002 . Disponível em

- <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=331215&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> acesso em março/2017
- BRASIL. Tribunal Superior de Justiça. Acórdão. REsp 361.736/SP. Relator Minist. FRANCIULLI NETTO, 2ª Turma, Publicado em 31.3.2003. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=361736&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> acesso em março/2017
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 5ª ed, São Paulo: Malheiros, 2013
- Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 29, julho 2009, disp. em <http://www.justen.com.br//informativo.php?l=pt&informativo=29&artigo=903>, acesso em 20/10/2016.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13ª edição. São Paulo: Dialética. 2009
- MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto. v. 1, n. 1, p. 23-51. 2014.
- MARRARA, Thiago. O Conteúdo do princípio da Moralidade: Proibição, Razoabilidade e Cooperação. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto. v. 3, n. 1, p. 104-120, 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de - *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 4ª ed.. São Paulo: Atlas, 2007
- OLBERTZ, Karlin. *Capacidade técnico-operacional em licitação: possibilidade da exigência de atestado como requisito de habilitação*.
- OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Qualificação técnica em licitação: a invalidade de exigir experiência idêntica*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 22, fev.2009, disponível em <http://www.justen.com.br//informativo.php?l=pt&informativo=24&artigo=857>, acesso em 19/10/2016.
- PARANÁ. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Cível. Acórdão. RN 464605-7. Relator Eduardo Sarão, Publicado em 09.12.2008. Disponível em <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1760110/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-464605-7> acesso em março/2017

- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas. Decisão Tribunal Pleno nº TP-0511/2009. Representação MPC nº 0044/2008. Licitações. Editais. Exigências documentais. Habilitação de empresas. Procedência. A exigência de atestados ou certidões que comprovem a realização anterior de obras e serviços de engenharia 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.. Relator: Conselheiro Cezar Miola. Publicação: 29/05/2009. Disponível em <http://srv00.tce.rs.gov.br:8081/tcrsnet/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0> Acesso em março/2017
- TRISTÃO, Sheila Justen. A restrição às exigências de capacitação técnica nas licitações impostas pela portaria n.º 108 do DNIT. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 13, mar. 2008, disponível em <http://www.justen.com.br//informativo.php?l=pt&informativo=13&artigo=793>, acesso em 19/10/2016.
- WLADECK, Felipe Sripes. Limites à exigência de que a experiência anterior dos licitantes tenha sido adquirida em prazo máximo. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*. Curitiba, n.º 16, jun./2008, disponível em <http://www.justen.com.br//informativo.php?l=pt&informativo=16&artigo=813>, acesso em 19/10/2016.