



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS:
REFLEXÕES SOBRE OS LIMITES ENTRE AS EXIGÊNCIAS PARA ASSEGURAR A
EXECUÇÃO SATISFATÓRIA DO OBJETO E O PRINCÍPIO DA AMPLA
COMPETITIVIDADE

Carla Ribeiro Tulli Rieboldt

Rio de Janeiro
2020

CARLA RIBEIRO TULLI RIEBOLDT

REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS:
REFLEXÕES SOBRE OS LIMITES ENTRE AS EXIGÊNCIAS PARA ASSEGURAR A
EXECUÇÃO SATISFATÓRIA DO OBJETO E O PRINCÍPIO DA AMPLA
COMPETITIVIDADE

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato
Sensu em Direito Administrativo da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Maria Carolina Cancellata de Amorim

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro

2020

REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS:
REFLEXÕES SOBRE OS LIMITES ENTRE AS EXIGÊNCIAS PARA ASSEGURAR A
EXECUÇÃO SATISFATÓRIA DO OBJETO E O PRINCÍPIO DA AMPLA
COMPETITIVIDADE

Carla Ribeiro Tulli Rieboldt

Graduada pela Escola de Direito Rio da Fundação Getulio Vargas. Analista Processual do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Assessora no Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – Corriqueiramente, o procedimento de contratação pública é marcado por conflitos relativos ao debate sobre eventual restrição à competitividade. Este estudo aborda a necessidade de se estabelecer um ponto de equilíbrio na fixação desses requisitos, com vistas à obtenção da melhor proposta para a Administração, bem como alguns critérios de que deve se valer o gestor para alcançar o referido ponto ótimo. Aborda-se, ainda, a importância da fase interna e da motivação para balizar a atividade fiscalizatória dos órgãos de controle, na busca de melhores contratações para o Poder Público.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Licitações e Contratos. Requisitos de Habilitação Técnica.

Sumário – Introdução. 1. O papel dos requisitos de qualificação técnica nas licitações públicas. 2. O necessário equilíbrio entre os requisitos de qualificação técnica e a obtenção da proposta mais vantajosa pela Administração. 3. Abordagem dos requisitos de qualificação técnica no âmbito das Cortes de Controle e tendências. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o tema da habilitação nos procedimentos das licitações públicas, mais especificamente os requisitos de qualificação técnica dos participantes, campo onde se inserem os maiores questionamentos sobre a eventual restrição à competitividade. À vista disso, busca-se analisar o papel desses requisitos e refletir quanto à possibilidade de se estabelecer parâmetros para determinar se assumem ou não caráter restritivo no caso concreto.

É cediço que aqueles que desejam contratar com a Administração Pública devem satisfazer requisitos mínimos, a fim de assegurar que possuem condições de cumprir o objeto de forma satisfatória. Porém, se por um lado a norma geral de licitações, Lei nº 8.666/93, estabelece os requisitos que podem ser exigidos dos potenciais interessados, por outro, o caso concreto, a depender da complexidade do objeto licitado, demanda que sejam exigidos certos encargos capazes de assegurar a idoneidade dos licitantes, suscitando o seguinte

questionamento: quais os limites para estabelecer um requisito com vistas à execução satisfatória do objeto sem prejudicar a ampla competição e a obtenção da proposta mais vantajosa pela Administração?

Nesta linha, este trabalho busca discutir e trazer reflexões sobre a existência de possíveis limites para se estabelecer com algum nível de segurança e certeza quando um determinado requisito de qualificação técnica pode ser considerado como aceitável, buscando contribuir para o debate na perspectiva de aprimorar os procedimentos de contratação pública e, em última análise, propiciar uma maior segurança jurídica aos administrados.

O primeiro capítulo abordará o papel dos requisitos de qualificação técnica nas licitações, notadamente na garantia do cumprimento dos objetivos estabelecidos na Constituição de 1988 e na lei geral de licitações.

Em seguida, no segundo capítulo, será explorada a discussão relativa ao equilíbrio entre os requisitos de qualificação técnica a serem fixados no instrumento convocatório e a obtenção da melhor proposta para a Administração Pública, a fim de analisar se podem ser indicados parâmetros para determinar se alguns desses requisitos podem, de antemão, ser considerados restritivos à competitividade.

Por fim, no terceiro capítulo, a pesquisa recairá sobre julgados das Cortes de Controle, abordando-se casos concretos, de forma a verificar se é possível apontar alguma tendência na jurisprudência dos Tribunais de Contas no tratamento desses requisitos. Neste ponto, objetiva-se contribuir para a reflexão acerca do real papel que os requisitos de habilitação técnica assumem nas licitações, ponderando-se sobre a possibilidade de se estabelecer parâmetros para a atuação do gestor público.

Na pesquisa será utilizado o método dedutivo, questionando-se se, hoje, o tratamento que se confere aos requisitos de qualificação técnica de fato contribui para o fim proposto, que é o de obter a melhor proposta para a Administração. Para tanto, a abordagem fará uso de uma pesquisa qualitativa e explicativa, apresentando a legislação e a doutrina sobre o tema, além do estudo de julgados das Cortes de Controle que possam auxiliar no processo de reflexão.

1. O PAPEL DOS REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

De acordo com o art. 37, XXI, da Constituição de 1988, as contratações públicas, via de regra, devem ser precedidas de procedimento de licitação pública, de forma a assegurar igualdade de condições a todos os interessados. Porém, se por um lado a Constituição determina

amplo acesso aos potenciais candidatos, por outro, prevê que para contratar com a Administração devem ser observadas exigências mínimas de qualificação técnica e econômica.

Ao se referir a esses requisitos, a Constituição dispõe que o procedimento somente deve permitir as exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações previstas no contrato, o que significa dizer que aquilo que não contribui para o atingimento dessa finalidade deve ser reputado como ofensivo ao caráter competitivo – já que pode determinar o afastamento de um potencial interessado que não preencha o requisito exigido no instrumento convocatório – e, portanto, afastado.

Essa premissa reforça a ideia de caráter instrumental do procedimento licitatório, corroborando o fato de que o procedimento não é mais importante que a finalidade a ser alcançada, e, nessa medida, não deve conter exigências que criem embaraços à competição. É dizer: a licitação é um meio para o atingimento do interesse público, que se materializa com a obtenção da melhor proposta para a Administração, e não um fim em si mesmo.

Flávio Amaral Garcia¹ sublinha que a Lei nº 8.666/93, norma geral de licitações e contratos administrativos advinda do mandamento constitucional contido no art. 22, XXVII, foi editada justamente nesse contexto de maior preocupação com os meios em detrimento dos fins, pois conferiu maior importância à verificação do cumprimento das formalidades pelo agente público do que propriamente à avaliação quanto à concretização dos princípios da eficiência e economicidade, o que, de certa maneira, refletia o Direito administrativo da década de 90.

Por outro lado, não se pode perder de vista que a concepção da licitação enquanto procedimento formal é importante para que os direitos dos administrados sejam observados no transcurso da disputa. Essa noção, entretanto, não deve corresponder a um formalismo excessivo, dissociado da obtenção dos melhores resultados pela Administração Pública.

Nesse contexto, o art. 3º da Lei nº 8.666/93 enuncia os objetivos da licitação e sua forma de processamento segundo os princípios 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.

Na sequência, o art. 27 do Estatuto das licitações e contratos cuida especificamente da temática da habilitação dos interessados na disputa, que, como visto, visa a assegurar para a Administração que contratará com licitante apto a executar o objeto sem vícios. Essa habilitação é verificada a partir do cumprimento de cinco aspectos, quais sejam: (i) habilitação jurídica; (ii) qualificação técnica; (iii) qualificação econômico-financeira; (iv) regularidade fiscal e

¹ GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 50.

trabalhista; e (v) cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição, o qual diz respeito às vedações relativas ao trabalho do menor.

O art. 30, por seu turno, cuida da análise da documentação passível de ser exigida no que se refere à qualificação técnica, objeto específico do presente estudo. No referido dispositivo alude-se à comprovação da qualificação por meio do registro ou inscrição na entidade profissional competente (inciso I); 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 (inciso II); comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação (inciso III); e prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso (inciso IV).

A doutrina² costuma subdividir essas exigências em três níveis ou naturezas, a saber: capacidade genérica, que é a relativa à demonstração da aptidão para exercer a atividade, comprovada mediante o registro/inscrição na entidade profissional; capacidade específica, a qual diz respeito à experiência prévia e à estrutura para executar o objeto; e capacidade operativa, relacionada à disponibilidade de mão de obra e bens alocados para a execução (art. 30, §6º). A capacidade específica, por sua vez, se subdivide em capacidade técnico-profissional, referente à capacidade dos profissionais indicados como responsáveis pela execução (art. 30, §1º, I) e capacidade operacional, voltada à aptidão da pessoa jurídica propriamente dita.

Alinhado ao que a norma constitucional do art. 37, XXI preceituou, o art. 30 faz uso da expressão “limitar-se-á”, indicativo da ideia de que apenas o que é essencial à verificação da aptidão pode ser exigido, bem como de que se trata de rol exaustivo³. Ocorre que, diante do caso concreto e do objeto licitado, a demonstração de aptidão para contratar com a Administração pode demandar mais ou menos elementos, tangenciando eventual questionamento acerca da restrição à competição.

² Ibidem, p. 233-240.

³ Essa tem sido, inclusive, a orientação do Tribunal de Contas da União, como se pode perceber, por exemplo, do Acórdão 944/2013. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão 944/2013. Relator Ministro Benjamin Zymler. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A944%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%20desc.%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuiid=b245d200-a0d1-11e9-b660-1337f0554848>. Acesso em: 07 jul. 2019.

A questão não é simples e não encontra uma solução objetiva, já que o objeto contratado pode determinar nuances sobre os requisitos de qualificação técnica que podem vir a ser questionados pelos licitantes no caso concreto. De outro lado, a paralisação do procedimento da contratação em virtude de impugnações administrativas, judiciais ou junto aos órgãos de controle externo para questionar essas cláusulas editalícias é algo que a Administração deve a todo custo evitar, uma vez que, na maioria das vezes, não dispõe de tempo para responder aos anseios da sociedade.

Com efeito, a questão que se coloca é como alcançar o equilíbrio entre a necessidade de ampliar a competitividade e o atingimento da finalidade da contratação, isto é, a seleção de um licitante que efetivamente – e não apenas formalmente – tenha condições de cumprir aquilo que foi indicado como objeto a ser executado.

2. O NECESSÁRIO EQUILÍBRIO ENTRE OS REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA E A OBTENÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PELA ADMINISTRAÇÃO

A tensão entre eficiência e isonomia⁴ é, nesse sentido, rotineira e a racionalidade do administrador para determinar quando é necessário aprofundar os requisitos exigidos no caso concreto precisa estar demonstrada nos autos do procedimento da contratação, como forma de conferir maior legitimidade à escolha administrativa.

Isso porque, se por um lado a redução das exigências propicia um maior número de interessados aptos a participar do certame, por outro, pode dar ensejo ao ingresso de sujeitos inaptos a atender aos interesses da Administração, de maneira que, ao menos em tese, a referida redução aumenta o risco de contratações mal executadas ou até mesmo de completo inadimplemento.

Marçal Justen Filho relaciona a maior ou menor imposição das aludidas exigências de participação com o sucesso da contratação e, ainda, quanto à eventual repercussão sobre a economicidade, na medida em que, como efeito prático de uma menor participação, elevam-se os preços praticados em virtude da restrição de competição. E conclui⁵:

Ora, a Administração necessita tanto de segurança quanto de vantajosidade em suas contratações. A finalidade da licitação é selecionar a proposta com a qualidade

⁴ NIEBURHR, Joel de Menezes. Princípio da isonomia na licitação pública. Florianópolis: Ed. Obra Jurídica, 2000, p. 69-71.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 654.

adequada, pelo menor preço possível. A conjugação de ambos os valores conduz à necessidade de ponderação nas exigências de habilitação. Não é correto, por isso, estabelecer soluções extremadas. É indispensável estabelecer requisitos de participação, cuja eliminação seria desastrosa. Mas tais requisitos devem ser restritos ao mínimo necessário para assegurar a obtenção de uma prestação adequadamente executada. Essa solução foi explicitamente consagrada no art. 37, XXI, da CRFB/88, que determina que somente podem ser admitidos requisitos de habilitação que se configurem como mínimos possíveis, mas sempre preservando-se a obtenção de uma contratação adequada e satisfatória.

Estabelecer um ponto ótimo, portanto, que assegure a ampla participação, preços competitivos e, ainda, a atração de licitantes aptos e idôneos à execução do objeto revela-se, assim, a grande dificuldade do gestor. A superação dessa dificuldade e, conseqüentemente, a obtenção do equilíbrio está no sucesso da fase interna da licitação, momento em que todos os estudos, considerações técnicas e variáveis devem ser levadas em consideração para a elaboração de um adequado projeto básico/termo de referência que reflita a complexidade do objeto e da respectiva forma de execução. É dizer: é a própria descrição do objeto que vai conformar os requisitos essenciais que um licitante deve possuir para executá-lo.

A dificuldade surge justamente em virtude da ausência de conteúdo fixo do que seja qualificação técnica. A despeito da redação do art. 30 da Lei nº 8.666/93 – que dispõe sobre a documentação exigível para fins de habilitação – são as nuances do objeto licitado que vão determinar o conteúdo em concreto da qualificação técnica. Essa amplitude e maleabilidade de significado que a qualificação técnica pode assumir exige do gestor especial cautela, já que não se confunde com ampla discricionariedade e necessita de justificativa coerente e fundamentada.

A impossibilidade de antever quais requisitos de qualificação técnica serão exigidos pela Administração acirra as discussões relativas à competitividade e é justamente em virtude disso que demanda transparência e motivação das decisões administrativas.

Nesse sentido, entende-se que o primeiro critério a ser avaliado pelo gestor é justamente a complexidade do objeto a ser contratado. Há inequívoca relação entre a complexidade e a fixação de maiores exigências, de tal modo que quanto maior a complexidade, maiores devem ser as precauções do gestor para com a idoneidade dos licitantes.

Um segundo critério importante é a relação de necessidade/utilidade na fixação do requisito para aumentar o potencial sucesso da contratação. Ou seja, reside no questionamento, ainda na fase interna, acerca da contribuição de uma determinada exigência de tal modo que repercuta na participação de licitantes mais qualificados e aptos para a contratação pretendida pela Administração.

O gestor deve se perguntar, desta forma, se fixar aquela exigência é relevante a tal ponto para justificar a restrição de participação. Um exemplo em que é bastante evidente essa relação

é a fixação de quantitativos mínimos para fins de comprovação de experiência anterior de licitante. É pacífico o entendimento segundo o qual, se fixados, esses quantitativos mínimos devem estar relacionados às parcelas de maior relevância e de valor significativo do objeto. Essas parcelas, por seu turno, são as que evidenciam os aspectos problemáticos, diferenciados e complexos⁶ do objeto e que também assumem, financeiramente, maior expressão na contratação. São, portanto, aspectos do objeto que efetivamente demandam que os participantes possuam expertise para seu desempenho e justificam, assim, exigir a demonstração dessa aptidão em sede de habilitação⁷.

Um outro critério para se exigir um determinado requisito de qualificação técnica é a existência de fundamento técnico-científico devidamente motivado nos autos do processo administrativo da contratação. A motivação, nesse caso, será orientadora da juridicidade da conduta da Administração, não sendo possível invocar a presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos para dar suporte à restrição, porquanto o mandamento constitucional se orienta no sentido de que somente devem ser exigidos os requisitos indispensáveis à execução satisfatória. Essa motivação, nas palavras de Flávio Amaral Garcia⁸, é medida salutar que confere transparência e legitimidade ao processo licitatório.

Todavia, na prática administrativa, é comum se deparar com processos administrativos carentes de instrução e, conseqüentemente, com instrumentos convocatórios lacunosos que, no momento de estabelecer as condições de qualificação para o cumprimento do objeto, se limitam a meramente reproduzir os requisitos previstos em lei, com o aparente intuito de minimizar as impugnações e também a atuação dos órgãos de controle. Porém, ainda que em tese se tenha o aumento da competitividade sob o aspecto formal, é possível que estejam sendo negligenciados,

⁶ A expressão é de Marçal Justen Filho, que apresenta exemplo bastante ilustrativo para caracterizar o conteúdo do conceito de parcela de maior relevância: Suponha-se que o projeto executivo preveja que o edifício objeto da licitação será pintado na cor verde. Seria um despropósito, em princípio, que fosse exigida comprovação de experiência anterior na execução de um edifício da mesma cor. Assim se põe por várias razões. Em primeiro lugar, a cor do edifício é uma característica secundária e irrelevante. Em segundo lugar, a experiência anterior no tocante à cor do edifício não autoriza presunção de que o sujeito disporá de condições de conhecimento e habilidade para executar o objeto licitado. Em terceiro lugar, a exigência poderá excluir do certame sujeitos que tenham executado precisamente o mesmo objeto anteriormente, mas com cor diferente. Ou seja, a exigência cumprirá função precisamente oposta àquela que lhe foi reservada normativamente. Não apenas não restringirá a participação aos sujeitos titulares de qualificação para executar o objeto como propiciará o afastamento daqueles que deveriam ser admitidos ao certame. (Ibidem, p. 699).

⁷ Vale ressaltar que o Tribunal de Contas da União possui enunciado de súmula de sua jurisprudência no seguinte sentido: Súmula 263 – Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e de valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção coma dimensão e a complexidade do objeto a ser executado”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula 263. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/sumula/263/%20DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMEROINT%20desc/0/sinonimos%3Dtrue?uuiid=13ee3fd0-a0d5-11e9-b914-d1ae4f0bf27b>. Acesso em: 07 jul. 2019.

⁸ GARCIA, op. cit., p. 245-246.

por outro lado, aspectos importantes para a formulação de um bom instrumento convocatório, que efetivamente contribuiria para o sucesso da contratação.

As variáveis envolvidas na atividade de avaliação e ponderação da Administração para delimitar o objeto e fixar os requisitos de qualificação necessários ao seu desempenho denotam que não existem fórmulas fechadas e que possam ser aprioristicamente fixadas para todo e qualquer caso. Os requisitos devem ser formulados diante das peculiaridades do caso concreto e muito embora existam minutas-padrão⁹ de instrumentos convocatórios elaboradas por órgãos de assessoramento jurídico que facilitem o cotidiano dos profissionais, a reprodução de forma acrítica de seu conteúdo ou daquilo que dispõe a lei não põe fim aos problemas dos gestores. Ainda que à primeira vista possa existir a impressão de rapidez na deflagração de um certame – já que o instrumento convocatório será mero ato de reprodução, sem evidenciar as peculiaridades do caso concreto – o fato de não se aliar ao objetivo de selecionar a melhor proposta nesse primeiro momento, trará problemas futuros sob a forma de uma contratação que não exprima a necessidade da Administração e que, por consequência, poderão ser questionadas perante os órgãos de controle.

Por outro lado, é muitas vezes o medo desse controle que engessa o gestor e sugere que a sua conduta seja pautada pela mera reprodução, de forma acrítica e afastada das singularidades do caso concreto. Contudo, defende-se que essa concepção se afigura equivocada, porquanto a motivação é justamente o que permite que a atividade fiscalizatória possa considerar o contexto da ação administrativa e a racionalidade do agente. As justificativas constantes do processo não podem ser meramente formais e, ao que parece, essa ideia foi reforçada com o advento da Lei nº 13.655/2018, que promoveu alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ao positivar parâmetros objetivos para a melhoria do procedimento administrativo decisório.

3. ABORDAGEM DOS REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NO ÂMBITO DAS CORTES DE CONTROLE E TENDÊNCIAS

Frequentemente, as Cortes de Controle são instadas a se manifestar quanto ao potencial restritivo de cláusulas inseridas em instrumentos convocatórios. Sob a ideia de que a interpretação deve sempre se dar em prol da ampliação da competitividade – já que este é o

⁹ No Estado do Rio de Janeiro, a Procuradoria-Geral do Estado, Órgão Central do Sistema Jurídico Estadual, no exercício do controle e supervisão dos órgãos setoriais do Sistema, é a responsável pela elaboração de minutas padronizadas, conforme os arts. 1º, I e 3º, III do Decreto estadual 40.500/2007. BRASIL. Decreto do Estado do Rio de Janeiro nº 40.500, de 01 de janeiro de 2007. Disponível em: <https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=Nzg2>. Acesso em 07 jul. 2019.

princípio orientador das licitações públicas – não raro criticam a imposição de exigências não previstas nos arts. 28 a 32, da Lei nº 8.666/93, por falta de amparo legal¹⁰.

Como se tentou demonstrar no capítulo antecedente deste trabalho, nem sempre a mera reprodução dos requisitos de habilitação previstos na lei é apta a satisfazer as necessidades da Administração, o que é mais evidente quando se está diante de contratações complexas. Ao contrário, o problema reside justamente na reprodução acrítica – que, muitas vezes, tem origem inclusive no medo do controle – seja do conteúdo da lei, seja de minutas-padrão de Editais.

Na realidade, o necessário equilíbrio que se deve estabelecer entre os requisitos de qualificação técnica e a obtenção da proposta mais vantajosa está no reconhecimento de que os referidos requisitos são apenas critérios relativos, que têm por objetivo a aferição da idoneidade do participante e de sua capacidade para executar satisfatoriamente o objeto licitado. Quando ultrapassada esta linha tênue, desestimulam a competição, gerando sua disfunção¹¹.

E o que vai definir quando essa linha tênue é ou não ultrapassada é justamente a motivação do gestor, isto é, a descrição de quais foram as razões para se estabelecer um determinado requisito como necessário para a aferição da capacidade técnica. A transparência dessa motivação – sobretudo se vier expressa no Termo de Referência/Projeto Básico – confere maior legitimidade à decisão administrativa, aumentando as possibilidades de que os órgãos de controle sejam deferentes para com essa decisão. Além disso, ao mesmo tempo em que viabiliza e facilita o exercício do direito de impugnação, previsto no art. 41, §1º, da Lei nº 8.666/93, tem o condão de afastar de pronto as irrisignações infundadas, que objetivam apenas procrastinar o procedimento licitatório.

Nessa linha de entendimento, Ronny Charles Lopes de Torres¹² argumenta que a imposição de requisitos para qualificação técnica mais rigorosos que os previstos na Lei nº 8.666/93 é excepcional, mas possível, quando tais exigências resultarem de normas específicas ou forem imprescindíveis à garantia do correto cumprimento das obrigações legais, guardada a compatibilidade com o objeto a ser executado.

O cumprimento das exigências de ordem ambiental, notadamente as licenças necessárias para a execução de determinado objeto, é um exemplo que passou a ser admitido pela jurisprudência como passível ser exigido ainda na fase de habilitação, e não apenas daquele que se sagrou vencedor do certame. Trata-se, em realidade, de evolução jurisprudencial, que

¹⁰ Essa é a constatação de Ronny Charles Lopes de Torres. TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 382.

¹¹ Ibidem, p. 383.

¹² Ibidem, p. 406.

pode ser notada, por exemplo, em julgados do Tribunal de Contas da União – TCU¹³ e do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – TCERJ¹⁴.

Um outro exemplo interessante diz respeito ao Certificado de Boas Práticas de Fabricação e Controle (CBPF), emitido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa no âmbito de contratações para a compra de medicamentos. Em acórdão do TCU¹⁵, que se mostrou deferente à escolha administrativa motivada e fundamentada na legislação sanitária, com respaldo no art. 30, IV, da Lei nº 8.666/93, o Ministro relator ponderou que a exigência em questão se presta a garantir o interesse público presente nas aquisições de medicamentos, relativamente à observância dos devidos cuidados sanitários na sua fabricação. Esse entendimento, contudo, foi posteriormente revisto pelo próprio TCU e, inclusive, motivou a revogação, pelo Ministério da Saúde, de dispositivo de Portaria editada pela Pasta que amparava a exigência do CBPF¹⁶. Essa medida foi criticada por especialistas¹⁷, justamente sob o argumento de que a retirada da exigência poderia repercutir negativamente sobre a qualidade da futura contratação, que envolve a saúde pública e, por essa razão, precisa ser fiscalizada com rigor.

O TCERJ¹⁸ também se manifestou no sentido do potencial restritivo do certificado, na medida em que não constitui requisito essencial para o exercício da atividade econômica, muito embora tenha reconhecido que traduziria maior garantia ao órgão licitante.

¹³ Como, por exemplo, no Acórdão 6047/2015. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 6047/2015, Segunda Câmara. Relator Ministro Raimundo Carreiro, julgamento em 25 ago. 2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A6047%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520?uuiid=76aeba60-060f-11e4-80e4-198f94a23d0b>. Acesso em: 13 nov. 2019).

¹⁴ Como, por exemplo, no Processo TCE-RJ 210.434-0/17. (BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Processo TCE-RJ 210.434-0/17. Relator Conselheiro Marcelo Verdini Maia, julgamento em 08 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.tce.rj.gov.br/consulta-processo/Processo>>. Acesso em 13 nov. 2019).

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 7783/2015, Segunda Câmara. Relator Ministro Substituto André Luís de Carvalho, julgamento em 22 set. 2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A7783%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuiid=ce902fc0-a0ed-11e9-bba5-916e353bc86f>. Acesso em: 30 jun. 2019.

¹⁶ A Portaria nº 2.894, de 12 de setembro de 2018 do Ministério da Saúde revogou o inciso III do art. 5º da Portaria nº 2.814/GM/MS, de 29 de maio de 1998, dispositivo que previa, expressamente, a possibilidade de exigência do CBPF, emitido pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, nas compras e licitações públicas de medicamentos, realizadas pelos serviços próprios, e conveniados pelo Sistema Único de Saúde. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/40683214/do1-2018-09-13-portaria-n-2-894-de-12-de-setembro-de-2018-40682995>. Acesso em 30 jun. 2019.

¹⁷ VARGAS, Mateus. Isenção de certificado da ANVISA em licitações divide especialistas. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/saude/isencao-de-certificado-da-anvisa-em-licitacoes-divide-especialistas-21092018>>. Acesso em 30 jun. 2019.

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Processo TCE-RJ 223.239-3/18, Plenário. Relatora Conselheira Marianna Montebello Willeman. Disponível em: <<http://www.tce.rj.gov.br/consulta-processo/Processo>>. Acesso em 30 jun. 2019.

A visita técnica é um outro exemplo que tem sido analisado pelas Cortes de Controle sob um viés bastante restritivo. Via de regra, o entendimento se orienta no sentido de se conceber a visita enquanto direito subjetivo do licitante, de maneira a substituir a exigência do atestado de visita por declaração subscrita pelo participante no sentido de que tomou conhecimento de todas as condições e peculiaridades inerentes aos trabalhos e que assume a responsabilidade por esse fato¹⁹²⁰. Muito embora a jurisprudência se oriente neste sentido, compreende-se que, havendo estudos técnicos robustos o suficiente, seria possível estabelecer a visita como condição de habilitação, pois torná-la facultativa a pretexto de ampliar a competição pode gerar como efeito o próprio fracasso na execução do contrato²¹.

Diante disso, cabe questionar em que medida o órgão de controle poderia interferir nessa escolha administrativa se devidamente fundamentada, claramente descrita nos autos do procedimento da contratação e fruto de ação administrativa planejada, técnica e coerente, já que, na prática, poderá significar em um engessamento da atuação do administrador, traduzindo um desestímulo para que os gestores busquem melhores contratações.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, buscou-se demonstrar a tensão existente entre, de um lado, estabelecer os requisitos necessários à seleção dos licitantes mais aptos, na busca de propostas que de maneira eficiente possam atender aos interesses da Administração e, de outro, ampliar a competição, com o objetivo de que um maior número de interessados efetivamente participem do procedimento de contratação pública.

Abordou-se, nesse contexto, como, diante de um objeto complexo, deveria o gestor proceder para estabelecer apenas os requisitos de qualificação técnica que se configurem como necessários e suficientes à execução satisfatória do objeto. Também foi objeto de análise e ponderação a possibilidade de se estabelecer critérios para verificar, de forma apriorística, quando um determinado requisito de qualificação técnica pode ser concebido como restritivo.

¹⁹ RIEBOLDT, Carla Ribeiro Tulli. Visita técnica e restrição à competitividade: o tratamento da questão no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Revista Síntese Licitações, Contratos e Convênios. Ano IX, nº 51, jun-jul 2019. São Paulo: Ed. Síntese SAGE, 2019, p. 210-216.

²⁰ A jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro também se orienta nesse sentido, conforme enunciado nº 01 da súmula de sua jurisprudência. Súmula 01 – A previsão de obrigatoriedade de realização de visita técnica enquanto requisito de habilitação em licitações do Poder Público representa cláusula potencialmente restritiva à competitividade, sendo substituível por declaração formal de que a empresa tem pleno conhecimento das condições e peculiaridades inerentes à natureza do serviço; caso a Administração opte pela manutenção da exigência, deve fazê-lo justificadamente. BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Súmula 01. Disponível em: <<https://www.tce.rj.gov.br/cadastro-publicacoes/public/sumulas>>. Acesso em: 07 jul. 2019.

²¹ RIEBOLDT, op. cit., p. 214.

Após destacar o papel que esses requisitos assumem no cenário pós Constituição de 1988, foi possível reforçar a noção de caráter instrumental do procedimento licitatório, ao se constatar que a contratação pública não deve conter exigências para além das necessárias à garantia da obtenção da melhor proposta para a Administração. Constatou-se, nesse cenário, que o grande questionamento reside, de fato, em se estabelecer um ponto ótimo, no qual estariam preservados tanto os princípios da eficiência como da isonomia.

Observou-se que o atingimento desse equilíbrio depende fundamentalmente da fase interna da licitação, quando o gestor deverá levar em consideração todos os estudos, considerações técnicas e variáveis para a elaboração de um adequado projeto básico/termo de referência que reflita a complexidade do objeto e da respectiva forma de execução.

A complexidade do objeto a ser contratado, a relação de necessidade/utilidade entre a fixação do requisito e o potencial aumento do sucesso da contratação, e, por fim, a existência de fundamento técnico-científico devidamente motivado, foram os critérios abordados pelo artigo como orientadores da decisão a ser tomada pelo gestor e dos órgãos técnicos que dão suporte à aludida decisão na fixação ou não de um determinado requisito de qualificação técnica no caso concreto. Por consequência, concluiu-se que o gestor deve se abster de se valer de fórmulas prontas, as quais apenas reproduzem os dispositivos legais relativos à qualificação técnica. Apesar de essas fórmulas preestabelecidas – a exemplo das minutas-padrão de editais – ou, ainda, as que se limitam a reproduzir a lei, facilitarem, em um primeiro momento, o cotidiano do gestor, sob a falsa impressão de minimizarem impugnações e a atuação dos órgãos de controle, na realidade, podem negligenciar aspectos importantes para a formulação de um bom instrumento convocatório que efetivamente contribuiria para o sucesso da contratação.

Concluiu-se que, em realidade, o engessamento do gestor diante do receio do controle pode, justamente, dar ensejo ao controle, já que a falta de motivação e a reprodução acrítica de modelos e da legislação para todo e qualquer caso pode resultar em uma contratação que não exprima a necessidade da Administração. Diante disso, a motivação, isto é, a descrição das razões para se estabelecer um determinado requisito como necessário para aferir a capacidade técnica, deve exprimir a racionalidade do gestor e é justamente o que proporcionará que a atividade de controle considere o contexto da tomada de decisão administrativa, aumentando as possibilidades de deferência para com essa decisão, se devidamente planejada, técnica e coerente.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Raphael Monteiro Silveira de et al. Licitações e contratos: volume I. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2013.

BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

_____. Decreto do Estado do Rio de Janeiro nº 40.500, de 01 de janeiro de 2007. Disponível em: <https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=Nzg2>. Acesso em 07 jul. 2019.

_____. Ministério da Saúde. Portaria MS/GM nº 2.894, de 12 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/40683214/do1-2018-09-13-portaria-n-2-894-de-12-de-setembro-de-2018-40682995>. Acesso em: 30 jun. 2019.

_____. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão 944/2013. Relator Ministro Benjamin Zymler. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A944%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=b245d200-a0d1-11e9-b660-1337f0554848>. Acesso em: 07 jul. 2019.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 7783/2015, Segunda Câmara. Relator Ministro Substituto André Luís de Carvalho, julgamento em 22 set. 2015. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/%252a/NUMACORDAO%253A7783%2520ANOACORDAO%253A2015%2520COLEGIADO%253A%2522Segunda%2520C%25C3%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%3Dfalse>>. Acesso em: 30 jun. 2019.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 6047/2015, Segunda Câmara. Relator Ministro Raimundo Carreiro, julgamento em 25 ago. 2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A6047%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520?uuid=76aeba60-060f-11ea-80e4-198f94a23d0b>. Acesso em: 13 nov. 2019.

_____. Tribunal de Contas da União. Súmula 263. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/sumula/263/%20/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMEROINT%20desc/0/sinonimos%3Dtrue?uuid=13ee3fd0-a0d5-11e9-b914-d1ae4f0bf27b>. Acesso em: 07 jul. 2019.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Processo TCE-RJ 223.239-3/18, Plenário. Relatora Conselheira Marianna Montebello Willeman, julgamento em 23 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.tce.rj.gov.br/consulta-processo/Processo>>. Acesso em 30 jun. 2019.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Processo TCE-RJ 210.434-0/17. Relator Conselheiro Marcelo Verdini Maia, julgamento em 08 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.tce.rj.gov.br/consulta-processo/Processo>>. Acesso em 13 nov. 2019.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Súmula 01. Disponível em: <<https://www.tce.rj.gov.br/cadastro-publicacoes/public/sumulas>>. Acesso em: 07 jul. 2019.

GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 20ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação pública: a lei geral de licitação – LGL e o regime diferenciado de contratação – RDC. São Paulo: Malheiros, 2012.

NIEBURHR, Joel de Menezes. Princípio da isonomia na licitação pública. Florianópolis: Ed. Obra Jurídica, 2000.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. Licitações e contratos administrativos: teoria e prática. 7. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

RIEBOLDT, Carla Ribeiro Tulli. Visita técnica e restrição à competitividade: o tratamento da questão no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Revista Síntese Licitações, Contratos e Convênios. Ano IX, nº 51, jun-jul 2019. São Paulo: Ed. Síntese SAGE, 2019, p. 210-216.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

VARGAS, Mateus. Isenção de certificado da ANVISA em licitações divide especialistas. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/saude/isencao-de-certificado-da-anvisa-em-licitacoes-divide-especialistas-21092018>>. Acesso em 30 jun. 2019.