Número 28 – novembro/dezembro/janeiro - 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

PROCEDIMENTOS AUXILIARES DAS LICITAÇÕES E A PRÉ-QUALIFICAÇÃO NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Marçal Justen Filho
Professor Titular da Universidade Federal do Paraná entre 1986-2006. Doutor e Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pesquisador Visitante da Yale Law School.

1 Considerações gerais

A Lei nº 12.462 instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, que estabelece o regime aplicável às licitações e contratos necessários à realização da Copa das Confederações FIFA 2013, da Copa do Mundo FIFA 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, além das obras e serviços nos aeroportos das capitais próximas às cidades sedes desses eventos.

Talvez a melhor inovação consagrada na Lei nº 12.462 envolva a pré-qualificação, disciplinada no art. 30 como um dos procedimentos auxiliares das licitações[1]. Algumas das soluções já eram praticadas antes da edição do diploma. Mas outras permitem enfrentar alguns dos problemas mais cruciais e merecem ser generalizadas para o âmbito das contratações públicas em geral.

2 Os diversos procedimentos auxiliares das licitações

No art. 29[2] da Lei nº 12.462 estão previstos quatro procedimentos

[1] O Dec. nº 7.581 regulamentou a matéria nos arts. 77 a 110, trazendo inovações relevantes.

[2] O dispositivo tem a seguinte redação: "Art. 29. São procedimentos auxiliares das licitações regidas pelo disposto nesta Lei: I - pré-qualificação permanente; II - cadastramento; III - sistema de registro de preços;

auxiliares de licitação. Esses procedimentos se desenvolvem sem vínculo com uma licitação específica e determinada e seus resultados podem ser aproveitados no curso de um número indeterminado de certames ou contratações.

2.1 O desenvolvimento de procedimento administrativo autônomo

A ausência de abrangência num procedimento licitatório específico não significa a ausência de um procedimento administrativo regido pelos princípios da ampla defesa, do contraditório e da imparcialidade de julgamento. Na maior parte dos casos[3], não incidem regras ou exigências próprias de uma licitação, mas isso não exclui todas as garantias inerentes ao devido processo administrativo. Assim, por exemplo, a instauração de controvérsia sobre questões fáticas no curso do procedimento auxiliar imporá a produção de provas com a participação do interessado. Todas as decisões devem ser motivadas. É cabível recurso contra a decisão contrária aos interesses do particular. Em suma, a ausência de uma licitação em sentido próprio não afasta a incidência dos princípios e regras que disciplinam a atividade administrativa.

2.2 A natureza auxiliar do procedimento

Os quatro institutos previstos no art. 29 são procedimentos auxiliares de licitações. Isso significa a ausência de conteúdo satisfativo próprio e autônomo para tais procedimentos. Ou seja, a finalidade dos procedimentos não é obter um resultado apto por si só a produzir algum benefício direto para a Administração Pública ou para um particular. A finalidade dos procedimentos em questão consiste em reduzir a complexidade e ampliar a dinamicidade dos procedimentos licitatórios propriamente ditos.

Isso não significa, no entanto, a ausência de atos administrativos de cunho decisório. Todos esses procedimentos auxiliares comportam decisões administrativas, as quais afetam interesses de particulares. Essas decisões produzem efeitos diretos no âmbito do procedimento auxiliar e efeitos indiretos relativamente a eventuais licitações que se valham de seus dados. Portanto, a decisão adotada no âmbito de um procedimento auxiliar demanda a já referida observância do devido processo legal e se sujeita ao controle jurisdicional apropriado.

2.3 As características comuns

Cada procedimento auxiliar previsto no art. 29 apresenta finalidades diversas e envolve vantagens específicas. No entanto, existem alguns pontos em comum a todos eles.

2.3.1 As vantagens indiretas

O desenvolvimento dos procedimentos auxiliares não se sujeita aos constrangimentos temporais próprios de uma disputa licitatória. Portanto, a análise dos requisitos pode fazer-se de modo muito menos apressado, sem a

---

e IV - catálogo eletrônico de padronização."

[3] Lembre-se que, no caso de registro de preços, haverá um procedimento similar a uma licitação propriamente dita.

urgência de produzir uma decisão indispensável para a continuidade de um procedimento licitatório determinado.

Por outro lado, a decisão adotada no âmbito do procedimento auxiliar produzirá efeitos para uma pluralidade de procedimentos licitatórios. Suponha-se, por exemplo, o reconhecimento de que um interessado preenche determinados requisitos exigidos por lei. Como decorrência, o referido interessado poderá invocar os efeitos da decisão em todos os casos em que a entidade administrativa sujeitar-se a verificar a presença dos ditos requisitos. Isso significa a redução dos esforços e da complexidade da atividade administrativa, eis que não será necessário repetir atividades similares e de conteúdo idêntico para cada licitação instaurada durante o período de validade do procedimento.

Além disso, a existência de situação predeterminada, com eficácia em um número indeterminado de situações futuras, representa um fator de incremento da segurança jurídica. O sujeito interessado pode prever antecipadamente a sua situação jurídica futura em face da Administração. Isso se traduz inclusive em redução de seus custos, o que permite propostas mais vantajosas.

Enfim, há a redução do risco de decisões contraditórias, que representam um fator de rompimento da lógica e de redução da sistematicidade da ordem jurídica.

2.3.2 Eventuais desvantagens

Cada tipo de procedimento auxiliar apresenta algumas desvantagens específicas. No entanto, há algumas questões que são comuns. Tal como se passa com toda a solução padronizada, destinada a produzir efeitos em uma série indeterminada de casos, há o risco de obsolescência e de inadequação.

O decurso do tempo entre a data da conclusão do procedimento auxiliar e o momento da realização de uma licitação ou de uma contratação específica pode acarretar a perda da atualidade das informações. Sob outro prisma, as informações genéricas contempladas num procedimento auxiliar podem ser insuficientes ou inadequadas em vista das especificidades de uma licitação ou de uma contratação determinada.

Por tudo, existe um dever de diligência da Administração Pública, no sentido de evitar a utilização dos resultados dos procedimentos auxiliares quando alguma dessas desvantagens se concretizar.

2.4 A vedação à cartelização das contratações

Os procedimentos auxiliares podem gerar a vedação eventual à participação de algum sujeito numa licitação, tal como podem assegurar determinada vantagem para outros interessados. Mas é essencial que os procedimentos auxiliares não se transformem em instrumento de cartelização do mercado institucional. Os procedimentos auxiliares são instrumentos para facilitar a contratação administrativa e reduzir a complexidade das licitações. Haverá a sua desnaturação se tais procedimentos forem utilizados de modo a impedir o acesso de sujeitos idôneos à disputa ou de excluir a possibilidade de oferta de produtos dotados de qualidades satisfatórias.

3 A "pré-qualificação permanente"

Dentre os procedimentos auxiliares das licitações, uma solução extremamente útil reside na "pré-qualificação permanente" (arts. 29, inc. I, e 30 da Lei nº 12.462).

3.1 As duas modalidades de pré-qualificação

A pré-qualificação pode fazer-se numa dimensão subjetiva ou em um prisma objetivo. A pré-qualificação subjetiva envolve a habilitação do potencial fornecedor (art. 30, inc. I), enquanto a pré-qualificação objetiva refere-se à qualidade satisfatória de bem (art. 30, inc. II).

O Dec. nº 7.581 estabeleceu que a pré-qualificação subjetiva refere-se à determinação da qualificação técnica de um sujeito, envolvendo a comprovação de suas condições para fornecer bem ou executar serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos (art. 80, inc. I).

Por outro lado, o referido Regulamento determinou a pré-qualificação objetiva envolve exclusivamente bens (art. 80, inc. II), o que significa a sua aplicação basicamente nas licitações para contratos de compra. No entanto, a pré-qualificação objetiva poderá ser utilizada também nas hipóteses de contratos de obras ou serviços que envolvam o fornecimento de bens. Mas não se admite a pré-qualificação relativamente apenas a serviços ou obras.

3.2 A identificação do instituto

A pré-qualificação consiste num ato administrativo, antecedido de um devido processo legal, produzido de acordo com critérios predeterminados e objetivos, destinando-se a auxiliar as atividades decisórias no âmbito de um número indeterminado de licitações e contratações administrativas.

3.2.1 A conceituação da pré-qualificação

A pré-qualificação permanente é um ato administrativo declaratório do preenchimento de requisitos determinados de qualificação técnica por um sujeito e (ou) do atributo mínimo de qualidade por um objeto, produzindo efeito em procedimentos licitatórios ou contratações administrativas futuras.

3.2.2 A dupla eficácia da pré-qualificação

A pré-qualificação apresenta eficácia declaratória e constitutiva.

Há eficácia declaratória no tocante ao preenchimento por um sujeito de requisitos genéricos e (ou) específicos de habilitação ou ao atendimento por um produto de requisitos determinados de qualidade para satisfazer as necessidades administrativas.

Os efeitos constitutivos da pré-qualificação consistem na atribuição ao titular da pré-qualificação do direito à habilitação e (ou) ao reconhecimento de que um produto específico satisfaz as necessidades administrativas. Isso significa o descabimento de promover a revisão dos requisitos de habilitação do sujeito ou de qualidade do produto em licitações e contratações posteriores.

Eventualmente, pode-se estabelecer que somente serão admitidos a participar numa licitação posterior os sujeitos titulares da pré-qualificação. Isso significará uma posição jurídica extremamente vantajosa em face de terceiros que não estejam pré-qualificados.

3.2.3 A amplitude da pré-qualificação

A eficácia declaratória e constitutiva da pré-qualificação se produz nos limites estabelecidos previamente pela Administração Pública. Existe um vínculo entre a extensão dos requisitos exigidos por ocasião da pré-qualificação e a amplitude dos efeitos resultantes. A pré-qualificação é limitada aos requisitos efetivamente verificados pela Administração Pública. Assim, por exemplo, não se pode reconhecer a pré-qualificação de um objeto relativamente a atributos que não foram examinados pela Administração. Nem se pode assegurar ao sujeito a pré-qualificação subjetiva relativamente a aspectos de habilitação cuja verificação não tenha sido objeto de comprovação.

Justamente por isso, o art. 86, inc. I, do Dec. nº 7.581 prevê que a licitação restrita aos pré-qualificados apenas poderá ocorrer quando tal solução tiver sido prevista com antecedência. O tema será mais bem examinado adiante, mas é relevante destacar a vedação à ampliação dos efeitos da pré-qualificação em momento posterior à oportunidade para os interessados propugnarem a sua obtenção.

3.3 A natureza decisória da pré-qualificação

A pré-qualificação é um ato administrativo de natureza decisória, o que envolve uma pluralidade de questões jurídicas.

3.3.1 A distinção entre o cadastro e a pré-qualificação objetiva

A figura do cadastro tradicional, tal como previsto no art. 34 e seguintes da Lei nº 8.666, não apresenta identidade com a pré-qualificação objetiva. O cadastro de fornecedores contempla os documentos de habilitação, enquanto a pré-qualificação objetiva se refere a produtos cuja qualidade se revela adequada e satisfatória para o atendimento de necessidades determinadas da Administração.

3.3.2 A distinção entre o cadastramento e a pré-qualificação subjetiva

A pré-qualificação subjetiva apresenta similitude, mas não se confunde, com o cadastramento. O cadastramento consiste basicamente num conjunto de informações mantidas pelo Poder Público, relativamente aos requisitos de habilitação de um sujeito. A pré-qualificação subjetiva consiste no reconhecimento formal da titularidade por um sujeito de determinados requisitos de qualificação técnica.

3.3.3 A conjugação do cadastramento com a pré-qualificação subjetiva

Não se afigura despropositado conjugar, ao menos parcialmente, as atividades de cadastramento e de pré-qualificação subjetiva. A mesma documentação pode prestar para o cadastramento e para a pré-qualificação subjetiva. Lembre-se que a pré-qualificação subjetiva envolve a comprovação de requisitos de habilitação necessários à participação em licitações versando sobre certos objetivos. Logo, a documentação exigida para o cadastro pode ser suficiente, ainda que não totalmente, para a pré-qualificação subjetiva.

Há uma carga decisória muito mais intensa na pré-qualificação do que no cadastro. O sujeito apresenta documentos para o cadastramento. O certificado de registro cadastral é emitido em favor dele para utilização em licitações futuras, nas quais haverá a decisão sobre o preenchimento dos

requisitos necessários para a habilitação. Já a pré-qualificação envolve não apenas a apresentação da documentação, mas também a emissão de um ato administrativo formal no sentido de que o sujeito detém requisitos específicos de habilitação técnica.

4 A utilidade da pré-qualificação

A grande utilidade da pré-qualificação reside em produzir uma única decisão administrativa com eficácia para um número indeterminado de futuras licitações ou contratações. Isso significa que todas as controvérsias potenciais serão examinadas no bojo de um único procedimento, cujos resultados serão utilizados de modo reiterado no futuro. Portanto, não será necessário (nem cabível) reiniciar as discussões sobre os temas abrangidos na pré-qualificação ao longo de outros procedimentos administrativos. Amplia-se a eficácia da atividade administrativa desenvolvida no curso da pré-qualificação e reduz-se a burocracia e a demora para promover um número indeterminado de licitações futuras.

Outra vantagem consiste na redução dos custos dos licitantes. As despesas relativas à comprovação da qualificação técnica ou da qualidade mínima do produto são realizadas em uma única oportunidade. Portanto, o licitante não incorrerá nessas despesas ao longo de cada licitação ocorrida.

Ademais, há uma outra vantagem relevante, consistente na eliminação do risco de decisões contraditórias. Se os temas analisados no âmbito da pré-qualificação fossem examinados no curso de cada licitação específica, haveria o risco de decisões contraditórias. Esse risco desaparece quando se prevê que uma única e prévia decisão produzirá efeito em relação a uma série de licitações e contratações futuras.

Por outro lado, isso amplia a segurança dos licitantes e a previsibilidade das decisões administrativas futuras. Os sujeitos pré-qualificados estão investidos numa posição jurídica que afasta a incerteza quanto ao conteúdo da atuação administrativa. Isso produz inclusive uma redução dos chamados “custos de transação”.

5 As atividades necessárias à pré-qualificação

Em termos simplistas, a licitação é um procedimento administrativo destinado a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, que assegure o desenvolvimento nacional sustentado, com observância do princípio da isonomia. Essa descrição oculta, no entanto, alguns problemas concretos muito relevantes, especialmente em vista da tensão entre a proteção dos interesses da Administração e a ampliação do universo de licitantes. A questão envolve tanto a avaliação da idoneidade dos licitantes como a determinação da qualidade mínima exigida dos produtos ofertados à Administração.

5.1 Pré-qualificação subjetiva: segurança e competitividade

A pré-qualificação subjetiva propicia soluções para dinamizar o trâmite das licitações sem comprometer a exigência de proteção aos interesses da Administração Pública nem restringir indevidamente a ampla participação dos interessados.

5.1.1 Licitação e competição entre particulares

O mecanismo da competição entre os particulares é essencial para assegurar à Administração a obtenção da melhor contratação possível. Logo, a ampliação do universo de competidores é essencial para a Administração Pública. A redução da competição poderá acarretar propostas de valor e qualidade menos satisfatórias.

5.1.2 Amplitude da disputa e participação de sujeitos inidôneos

No entanto, a ampliação do universo de licitantes pode resultar na participação de licitantes destituídos de condição para executar o objeto. Se for facultado a qualquer sujeito participar de uma licitação, surgirá uma grande dificuldade para avaliar as propostas apresentadas.

Assim se passará porque alguns licitantes deterão condições subjetivas mais satisfatórias do que outros. E alguns licitantes serão destituídos das condições necessárias para executar o objeto licitado – ao menos, não disporão de conhecimento, recursos e outros atributos exigidos para desempenhar a prestação prevista. Logo, a Administração está obrigada a desenvolver atividades detalhadas (e demoradas) para verificar se os diversos licitantes são efetivamente titulares do conhecimento, da experiência e de outras qualificações indispensáveis à execução satisfatória do objeto contratado.

5.1.3 A tensão entre competição e segurança

Isso significa que a licitação envolve uma tensão inafastável entre dois valores fundamentais e protegidos pela ordem jurídica. Por um lado, existe a amplitude do universo de licitantes. Por outro, há a segurança da Administração em contratar com um licitante idôneo.

A busca pela ampliação do universo de licitantes tende a reduzir a segurança da Administração. E a preocupação em ampliar a segurança da Administração resulta na redução do universo de licitantes.

5.1.4 O risco inerente à contratação

A ampliação do universo de licitantes ainda apresenta uma dimensão mais importante do que a segurança da Administração. Assim se passa porque é impossível estabelecer de antemão os requisitos necessários a eliminar os riscos para a Administração. Não obstante a severidade dos requisitos de participação, é impossível eliminar totalmente o risco do fracasso da execução do contrato pelo contratado.

Por outro lado, pode-se afirmar que a redução do universo de licitantes também pode ampliar o risco da Administração, eis que a limitação da disputa reduz o incentivo ao aperfeiçoamento do desempenho dos particulares.

Em outras palavras, a segurança é sempre uma situação relativa e dificilmente será possível eliminar de modo absoluto os riscos da ocorrência de eventos danosos supervenientes.

5.1.5 A utilidade da pré-qualificação subjetiva

Como se vê, o grande desafio da ordem jurídica consiste em adotar um modelo licitatório equilibrado, em que a ampliação do universo de licitantes não comprometa de modo absoluto a segurança da Administração. Uma alternativa

consiste em desenvolver um procedimento específico de avaliação da idoneidade técnica do potencial interessado em licitar, adotando uma decisão que produzirá efeitos para uma série indeterminada de licitações. Ao invés de realizar a avaliação da habilitação do sujeito no bojo de toda e qualquer licitação, adota-se uma decisão única – que será aplicada no curso de diversas licitações. Essa é a noção básica de pré-qualificação subjetiva.

5.2 Pré-qualificação objetiva: qualidade mínima do produto

Outro problema essencial para a Administração envolve a qualidade do objeto executado. A intensificação da competição entre os particulares pelo menor preço acarreta a redução de custos. Existem alguns custos que são gerenciáveis pelo particular, mas há outros que não se sujeitam à sua vontade. Existe o risco de que o preço reduzido reflita um produto de qualidade insuficiente.

5.2.1 A redução da qualidade do objeto

É inquestionável a relação entre o valor da oferta e a qualidade da prestação a ser executada. A redução do preço pago pela Administração tende a resultar numa prestação de qualidade menor. Isso não significa que uma oferta de valor elevado assegure uma prestação de boa qualidade. Mas é inafastável que uma oferta de valor irrisório se traduz numa prestação de qualidade reduzida.

Em outras palavras, uma proposta com valores elevados permite ao particular executar uma prestação de qualidade satisfatória. Isso não elimina o risco de que a ganância ou a incapacidade do contratado impeçam que o valor elevado recebido produza uma prestação adequada. Entretanto, nenhum particular, por mais generoso ou qualificado que o seja, executará uma prestação satisfatória se receber um preço insuficiente.

5.2.2 A qualidade mínima exigível

A Administração Pública usualmente não necessita prestações dotadas de elevada sofisticação nem de qualidade mais intensa. Existe um patamar mínimo de qualidade, no entanto. O patamar mínimo se encontra na aptidão do objeto para satisfazer, em termos essenciais, a necessidade da Administração.

Significa que produtos que não atinjam o nível dessa qualidade mínima são inadequados e incapazes de gerar utilidade para a Administração. Portanto, a contratação de um objeto destituído da qualidade mínima configura uma solução ruinosa. Por menor que seja o valor desembolsado para a compra de um objeto destituído de qualidade mínima, sempre existirá um desperdício de recursos públicos.

5.2.3 A determinação do custo mínimo

Logo, poderia afirmar-se que o ato convocatório deveria determinar de modo preciso e exato o custo mínimo aceitável quanto ao objeto ofertado. No entanto, essa solução seria praticamente inviável e juridicamente indesejável.

Sob o ponto de vista prático, a Administração Pública ignora o limite mínimo de custo (assimetria de informações). Mais ainda, existem variações de custos entre os diversos licitantes, o que tende a se acentuar pela dinâmica da atuação empresarial. Portanto, uma avaliação realizada num momento

determinado tende a tornar-se superada em curto espaço de tempo.

Do ponto de vista jurídico, a fixação de preços mínimos frustraria a própria razão de ser de uma licitação. Afinal, todos os licitantes apresentariam propostas de valor idêntico, correspondente ao mínimo estabelecido. E a prática poderia resultar em desvios inaceitáveis, na medida em que fossem estabelecidos preços mínimos superiores aos "corretos".

Como decorrência, é usual que o ato convocatório contemple regras gerais e abstratas sobre os preços. Em alguns casos, adotam-se soluções estatísticas (tal como aquela prevista no art. 48 da Lei nº 8.666, reiterada no art. 41 do Dec. nº 7.581), remetendo à autoridade julgadora o desenvolvimento de atividades destinadas a apurar a exequibilidade da proposta.

Em termos práticos, a Administração não detém condições de determinar, com margem de segurança aceitável, a viabilidade da execução de uma proposta de valor reduzido. Mais ainda, existe grande incerteza quanto à qualidade do produto ofertado.

5.2.4 Os mecanismos licitatórios centrados na redução do preço

A adoção de mecanismos licitatórios fortemente orientados à redução do preço tende a gerar prestações de qualidade inferior. Na medida em que a Administração ignora o custo do particular e não detém informações sobre a qualidade mínima, amplia-se a probabilidade de aceitar uma proposta cujo valor é insuficiente para uma prestação adequada.

A assunção pelo particular da obrigação de executar uma proposta satisfatória não assegura à Administração a obtenção de uma prestação adequada. No afã de obter o contrato, é usual o licitante incorrer naquilo que poderia ser denominado de *mutação dinâmica da identidade da oferta*. Especialmente nos casos em que existir uma disputa aberta entre os interessados, a redução de preços pelos licitantes pode refletir a redução da qualidade do objeto. A redução do preço é acompanhada pela substituição da concepção originalmente adotada. Os insumos serão mais baratos, a qualidade dos produtos mais reduzida e o rigor dos procedimentos na execução do objeto, menor. Então, a redução do preço é acompanhada da redução da qualidade do objeto. Em outras palavras, a margem de lucro do particular permanece a mesma, ainda que o preço pago pela Administração seja menor. Isso pode conduzir a objetos destituídos de atributos mínimos de qualidade, o que é algo muito comum como o demonstra a experiência.

5.2.5 A solução: atributos de qualidade mínima do produto

Como dito, é inviável à Administração Pública determinar unilateralmente os custos incorridos pelo particular na execução da prestação. O fenômeno da assimetria de informações e a dinâmica da atividade empresarial evidenciam que é uma mera ilusão a Administração Pública desempenhar com êxito uma tarefa dessa ordem.

Por isso, a única alternativa para a Administração é estabelecer um padrão mínimo de qualidade dos produtos adquiridos. A oferta que não preencha tais requisitos deve ser rejeitada de modo imperioso, independentemente do valor mais elevado ou mais reduzido proposto.

5.2.6 A utilidade da pré-qualificação objetiva

Portanto, o problema da Administração Púbica reside em adotar mecanismos que lhe assegurem a fixação e a aplicação de padrões mínimos de qualidade ao longo dos procedimentos licitatórios. Mas isso pode envolver avaliações complexas no bojo de cada licitação realizada. O tema costuma se relacionar com a apresentação e o julgamento de amostras, o que acarreta inevitável demora no curso dos certames. Uma solução consiste desenvolver um procedimento orientado especificamente para determinar se um produto específico satisfaz ou não os requisitos mínimos de qualidade. Todas as formalidades procedimentais serão observadas, com a peculiaridade de que a decisão adotada produzirá efeitos para um número indeterminado de licitações ou contratações futuras. Essa é a ideia fundamental da pré-qualificação objetiva.

5.3 A relação entre os dois problemas examinados

Ressalte-se que existe uma relação entre os dois problemas acima referidos. Afinal, não se configura uma contratação vantajosa nem quando o contratado não dispuser de condições para cumprir o contrato nem se a prestação executada for destituída dos atributos de qualidade indispensáveis.

Portanto, existe um mesmo resultado, consistente em a Administração Pública deixar de receber uma prestação adequada e satisfatória. Tal se passará tanto no caso de o particular contratado ser destituído de condições para executar a proposta como naquelas hipóteses em que o sujeito tiver ofertado um objeto com qualidade inferior ao mínimo adequado para satisfazer as necessidades públicas.

5.4 As soluções formalistas para os problemas

As questões acima referidas podem ser enfrentadas mediante soluções de natureza formal. Isso envolve a fixação de requisitos de participação e de critérios de julgamento de cunho puramente formal. Pode impor-se aos participantes o atendimento a uma série de formalidades para avaliar a vantajosidade mediante critérios abstratos. O vencedor será o sujeito que apresentar toda a documentação necessária e cuja proposta revelar-se como a mais satisfatória segundo uma avaliação teórica.

Essa solução foi largamente praticada ao longo do tempo no Brasil e tem propiciado resultados nem sempre satisfatórios. Assim se passa porque os requisitos e critérios formais costumam dissociar-se da realidade concreta. Se tal ocorrer, surgirão problemas ao longo da execução do contrato. O sujeito contratado não disporá de efetivas condições para executar o contrato ou a prestação por ele executada não será adequada para atender às necessidades do contratante.

Muitas vezes, as dificuldades práticas acabam funcionando como um incentivo a que a Administração Pública incremente o rigor formalista. Usualmente, isso se traduz em malefícios muito maiores. Assim, a ampliação do rigor formalista tende a reduzir o universo de licitantes, sem eliminar os riscos de contratações desastrosas.

Em outras palavras, a finalidade da licitação reside não apenas em selecionar uma proposta formalmente vantajosa, mas também em promover a

melhor contratação possível. Isso significa que uma proposta de valor muito reduzido que não comporte efetiva execução é destituída de vantajosidade. Deve ser desclassificada.

5.5 A solução de conteúdo: a verificação da situação real

A Administração Pública não pode prescindir de soluções de cunho formalístico, que propiciam uma solução abstrata e genérica para situações complexas. Mas a adoção exclusivamente de soluções formalistas é insuficiente. É indispensável agregar às avaliações formalistas também a análise de questões materiais e concretas.

A pré-qualificação permanente é uma solução que se insere nessa linha de soluções. Fornece à Administração Pública um instrumento de verificação da situação concreta da qualificação do licitante e da qualidade do produto.

6 A pré-qualificação permanente subjetiva

A pré-qualificação permanente subjetiva encontra paralelo no art. 114 da Lei nº 8.666, mas com ela não se confunde, tal como adiante exposto.

6.1 A avaliação de requisitos de habilitação específicos

A pré-qualificação subjetiva envolve a análise pela Administração Pública do preenchimento por um particular de requisitos de habilitação técnica específicos, tal como previsto no art. 80, inc. I, do Dec. nº 7.581. Isso significa que a pré-qualificação não autoriza a ampliação dos requisitos de habilitação além daqueles autorizados no art. 30 da Lei nº 8.666.

6.2 A pré-qualificação do art. 114 da Lei nº 8.666

A pré-qualificação do art. 30 da Lei nº 12.462 não se confunde com aquela do art. 114 da Lei nº 8.666. Há uma distinção fundamental. Na Lei nº 8.666, a pré-qualificação envolve especificamente uma única licitação. Trata-se de um procedimento destinado a simplificar o procedimento licitatório relativamente a um determinado contrato. Já a pré-qualificação da Lei nº 12.462 apresenta essa natureza "permanente". Ou seja, pode ser aplicada para uma série indeterminada de licitações.

Não é casual, portanto, que a pré-qualificação do art. 114 da Lei nº 8.666 não mereça maior relevância no desenvolvimento das atividades administrativas. Pode-se estimar que a situação será muito diversa relativamente à pré-qualificação do art. 30 da Lei nº 12.462.

6.3 A utilidade diferenciada: a qualificação técnica

A destinação mais própria para a pré-qualificação permanente subjetiva envolve a questão da qualificação técnica. O art. 30, I, da Lei nº 12.462, alude à comprovação das condições de habilitação para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra *"nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos"*. O art. 80, inc. I, do Dec. nº 7.581 determinou que a pré-qualificação subjetiva se aplica especificamente para a qualificação técnica (objeto de disciplina no art. 30 da Lei nº 8.666).

A qualificação técnica apresenta elevada dose de complexidade quando envolver o requisito previsto no art. 30, II, da Lei nº 8.666. Ali se disciplinam as figuras da qualificação técnico-profissional e da qualificação técnico-

operacional. Cabe ao interessado promover a apresentação de documentação comprobatória da experiência anterior na execução de objeto similar, da existência em seus quadros permanentes de pessoal qualificado e da disponibilidade de equipamentos.

A pré-qualificação subjetiva permite à Administração estabelecer certos requisitos mais aprofundados no tocante ao desempenho técnico, de modo a obter uma relação de sujeitos em condições satisfatórias de idoneidade.

6.4 A exigência de informações específicas

É admissível que a pré-qualificação envolva informações específicas e diferenciadas. Cabe à Administração identificar os requisitos de habilitação pertinentes a uma série de contratações similares. Assim, por exemplo, suponha-se que muitos contratos de obra pública envolvam a comprovação da qualificação técnica no tocante à execução de serviços de concreto "protendido". Pode-se admitir que se preveja que a pré-qualificação para essa categoria de licitações envolverá esse tema. Cada um dos potenciais interessados submeterá à Administração Pública a documentação probatória correspondente. Haverá o exame e a decisão, que produzirá efeitos para todas as licitações pertinentes.

6.5 A pré-qualificação total ou parcial

O § 4º do art. 30 da Lei nº 12.462 prevê que a pré-qualificação pode ser *"parcial ou total, contendo alguns ou todos os requisitos da habilitação ou técnicos necessários à contratação..."*. Essa redação foi alterada (talvez, corrigida) no § 1º do art. 80 do Regulamento, que estabeleceu que a pré-qualificação seria total ou parcial dos requisitos de *"habilitação técnica necessários"*. A alteração da redação significa reconhecer que essa regra se aplica apenas à pré-qualificação subjetiva. Ou seja, pode haver a fixação de todos ou de parte dos requisitos de qualificação técnica do sujeito. Mas não se concebe a pré-qualificação total ou parcial de objetos.

A pré-qualificação será parcial quando for exigido, no curso de uma ou mais licitações, o preenchimento de requisitos adicionais para habilitação do sujeito ou aceitação do objeto ofertado. Haverá pré-qualificação total quando todos os requisitos de habilitação do sujeito ou de aceitabilidade do objeto tiverem sido satisfeitos, dispensando a avaliação de qualquer outro requisito no âmbito da licitação.

Portanto, é possível que a Administração estabeleça requisitos adicionais de habilitação ou de aceitação da proposta, específicos e diferenciados em face do objeto da licitação realizada. Nesse caso, não caberá avaliar no âmbito da licitação sobre o conteúdo da pré-qualificação, mas haverá o desenvolvimento de atividade decisória relativamente aos requisitos específicos e adicionais de habilitação ou de aceitação do objeto.

É evidente, no entanto, que a produção de requisitos adicionais de habilitação representa certa frustração da função simplificatória da pré-qualificação permanente. O ideal é que todas as controvérsias relativas à idoneidade do licitante e (ou) satisfatoriedade do objeto sejam exauridas na fase de pré-qualificação.

6.6 Os grupos ou segmentos de fornecedores

A pré-qualificação subjetiva envolve a definição pela Administração Pública dos requisitos de qualificação técnica considerados como necessários e adequados para o desempenho de um objeto específico.

Pode-se estimar que os objetos contratados pela Administração Pública apresentam diferentes graus de complexidade. Portanto, os potenciais fornecedores podem ser distinguidos segundo a sua experiência, habilidade e outras características. O Regulamento reconhece, por isso, a possibilidade de que a pré-qualificação seja organizada por grupos e segmentos diferenciados em vista da severidade, intensidade ou outros aspectos da qualificação técnica avaliada (art. 80, § 2º).

Duas considerações são indispensáveis sobre esse tema. A primeira reside em que a Administração Pública deve estabelecer de modo claro e preciso os requisitos para cada grupo ou segmento. Esses requisitos devem ser fundamentados em conhecimento técnico-científico.

Em segundo lugar, a exigência futura de pré-qualificação em determinado grupo ou segmento deve ser justificada de modo cabal e satisfatório. Até se pode admitir que um sujeito titular de pré-qualificação em grupo ou segmento mais severo e complexo participe de licitação para objeto mais simples. Mas não se admite que a participação em licitação com objeto simples seja subordinada a uma pré-qualificação mais severa do que o necessário. Ou seja, a pré-qualificação não pode ser um instrumento quer para impedir a participação de sujeitos que detêm os requisitos adequados nem para facilitar o acesso de sujeitos destituídos de condições para executar o objeto licitado.

7 A pré-qualificação permanente objetiva

A pré-qualificação permanente objetiva apresenta um cunho inovador muito mais significativo do que a subjetiva e a sua previsão é relevante especialmente em vista de algumas distorções decorrentes da sistemática do pregão.

7.1 A questão das amostras

Ao longo dos últimos anos, um dos problemas mais marcantes da Administração Pública é o exame das amostras do produto ofertado pelo licitante. A temática das amostras nunca apresentou maior relevância antes da disseminação do pregão. Depois da generalização dessa modalidade licitatória, o exame de amostras tornou-se uma prática comum. Tal decorre da incerteza sobre a identidade e os atributos de qualidade do produto ofertado pelo licitante.

Então, a Administração é constrangida a examinar amostras de cada bem oferecido, de modo a desclassificar a proposta que não compreenda um produto compatível com o mínimo de qualidade exigido.

7.2 A insuficiência do exame de amostras

Mas o exame de amostras não é suficiente para eliminar contratações problemáticas. Assim se passa porque, em primeiro lugar, nem sempre existem padrões objetivos satisfatórios para análise das amostras. A Administração acaba sendo obrigada a eleger os produtos de certa marca como padrão de

qualidade, por exemplo.

Em segundo lugar, existe o risco de que a execução da prestação envolva produtos de qualidade distinta daqueles apresentados como amostras. Isso constitui, em última análise, uma modalidade de inadimplemento contratual, cuja avaliação é problemática em face da necessidade de se recuperar a amostra examinada e os dados atinentes à sua avaliação.

7.3 A solução da pré-qualificação objetiva

A pré-qualificação objetiva permite à Administração promover licitações muito mais simples e rápidas. Os produtos pré-qualificados são reconhecidos como de qualidade adequada e satisfatória e dispensam a necessidade de novos exames. Em alguns casos, a licitação poderá ser restrita apenas aos licitantes que ofertarem produtos pré-qualificados. Isso eliminará as controvérsias sobre os requisitos de qualidade mínima dos produtos ofertados. A Administração Pública não necessitará promover a verificação da qualidade mínima do produto pré-qualificado no âmbito das licitações realizadas. Esse exame já terá sido realizado no curso do procedimento de pré-qualificação objetiva. Assim, a Administração poderá adquirir aquele produto com tranquilidade e sem necessidade de maior investigação relativamente a seus atributos

Nos casos em que a licitação não for restrita aos pré-qualificados, haverá dois conjuntos distintos de produtos. Haverá aqueles que estão pré-qualificados, o que envolve a presunção absoluta de que apresentam qualidade satisfatória. E haverá os produtos não pré-qualificados, os quais podem ou não apresentar qualidade adequada. Quanto a esses, caberá verificar o atendimento dos requisitos de qualidade mínima, inclusive com a exigência de apresentação de amostras.

7.4 A pré-qualificação objetiva sem exame de amostras

A pré-qualificação objetiva envolve uma avaliação quanto à satisfatoriedade de um produto para atender às necessidades administrativas dissociada de uma licitação específica. Isso envolve um exame do referido objeto, que pode ou não demandar a apresentação pelo interessado de uma amostra para testes.

Não haverá a necessidade de apresentação de amostras quando a constatação da satisfatoriedade do objeto resultar da experiência da própria Administração no tocante à sua utilização. Então, seria admissível que se estabelecesse que os objetos fornecidos à Administração Pública por fornecedores privados com desempenho satisfatório seriam considerados como pré-qualificados objetivamente. Isso decorreria da circunstância de que houve uma experimentação no tocante ao seu uso, ainda que não tivesse ocorrido um típico exame de amostras. Essa solução não foi adotada pelo Dec. nº 7.581, que subordinou a pré-qualificação a uma iniciativa do interessado (art. 83). No entanto, isso não impede que a pré-qualificação requerida pelo interessado se fundamente em documento probatório de fornecimento anterior reputado adequado e satisfatório.

Também se pode admitir que a pré-qualificação seja obtida mediante a certificação de entidades especializadas no controle de qualidade. Assim, por

exemplo, suponha-se que exista uma entidade pública ou privada cujo objeto compreenda o teste e a aprovação de produtos. A pré-qualificação poderá ser obtida mediante a apresentação de certificado de qualidade emitido pela referida entidade. Lembre-se que essa alternativa foi expressamente autorizada no art. 7º, inc. III, da Lei nº 12.462.

Isso não significa reduzir a pré-qualificação objetiva à mera apresentação de certificados de entidades de qualquer ordem, asseverando que o produto foi fornecido, testado e aprovado. É fundamental determinar os critérios de avaliação e os padrões de identificação do objeto testado. Assim, uma empresa privada pode ter experimentado um certo objeto, reputando-o satisfatório. No entanto, as demandas e exigências desse particular podem ter sido muito diversas daquelas utilizadas pela Administração Pública. Logo, não é possível obter a pré-qualificação mediante uma mera declaração de conformidade apresentada por um particular qualquer.

Em outras palavras, a pré-qualificação objetiva apenas poderá ser subordinada a exames e certificados emitidos por outros sujeitos quando os pressupostos de avaliação forem explícitos, conhecidos e correspondentes de modo exato com aqueles adotados pela própria Administração.

Seria possível cogitar de pré-qualificação objetiva sem exame direto ou indireto de amostras, sem a realização de testes ou experimentações? Em princípio, a resposta seria negativa. Afigura-se que o procedimento de pré-qualificação destina-se precisamente a uma avaliação específica e aprofundada sobre a qualidade de um objeto apresentado por um particular. Essa avaliação específica envolve conhecer o objeto de modo concreto, sem se ater apenas a descrições teóricas. Portanto, não teria sentido produzir uma pré-qualificação para o exclusivo efeito de receber documentos sobre a qualidade do objeto, sem adotar providências para comprovar concretamente essa qualidade. No entanto, não se pode descartar a possibilidade teórica de que, em alguma situação, possa ser admitida a pré-qualificação sem o exame de amostras. Isso envolverá, no entanto, hipóteses muito diferenciadas, que não se enquadram na rotina usual de contratações públicas.

7.5 A regra explícita sobre amostras

As considerações anteriores não são afetadas pela explícita previsão legal facultando a exigência de "*amostra do bem no procedimento de pré-qualificação, na fase de julgamento das propostas ou de lances, desde que justificada a necessidade de sua apresentação*"[4] (art. 7º, II, da Lei nº 12.462).

Isso não significa que a exigência de amostras somente seria cabível no âmbito de pré-qualificação. Tal como explicitamente consta da redação do art. 7º, II, é perfeitamente cabível a exigência de amostras no curso de uma licitação específica, para análise da aceitabilidade da proposta ou da oferta realizada. No entanto, essa hipótese pressupõe a ausência de pré-qualificação objetiva e (ou) licitação não restrita a objetos pré-qualificados. É evidente que, se a licitação for restrita a objetos pré-qualificados, não terá cabimento prever a

[4] Há um defeito na redação do dispositivo. Ao invés de uma vírgula depois da expressão "*pré-qualificação*", deveria existir a preposição "*ou*". Em termos gramaticais, a redação correta seria "*exigir amostra do bem no procedimento de pré-qualificação* ***ou*** *na fase de julgamento das propostas ou de lances…*".

realização de exame de amostras. Afinal, o objeto já pré-qualificado terá sido examinado anteriormente (inclusive com a verificação de amostras, se necessário). Se a licitação for restrita aos pré-qualificados, é claro que um objeto não pré-qualificado não atenderá às exigências do edital.

7.6 O fornecimento anterior não satisfatório

Pode surgir uma situação concreta problemática. Suponha-se que o produto fornecido anteriormente pelo interessado tenha sido reprovado pela Administração, por não apresentar qualidade mínima satisfatória. Se tal se passar, poderão ocorrer diversas alternativas.

O inadimplemento anterior do interessado poderá ter resultado em sancionamento consistente em vedação à contratação com a Administração Pública. É evidente que o sujeito em tal posição não pode pretender obter a pré-qualificação. Quem estiver impedido de contratar com a Administração Pública não disporá da faculdade de pleitear a pré-qualificação de seus produtos. E tal se passará porque será vedado à Administração promover a contratação com o referido sujeito.

Suponha-se que não tenha ocorrido sanção dessa ordem ou que o produto seja ofertado por um terceiro, distinto daquele a quem foi imposta a sanção. O silêncio normativo conduz à impossibilidade de vedar o pedido de pré-qualificação do sujeito. No entanto, caberá promover um exame rigoroso do produto ofertado, tomando em vista especificamente os aspectos que conduziram anteriormente ao reconhecimento de sua insatisfatoriedade.

7.7 A eventual inconveniência da pré-qualificação objetiva

Até se pode reputar que, num momento inicial, a tendência da Administração Pública será promover a mais ampla pré-qualificação permanente objetiva. Assim se passa em vista da insatisfação relativamente à atual situação, em que toda e qualquer licitação para compra demanda diligências sobre a qualidade dos produtos.

No entanto e por razões evidentes, é claro que a pré-qualificação pode acarretar a elevação dos preços pagos pela Administração Pública, como se verá adiante. Logo, pode-se estimar que, num momento futuro, a pré-qualificação objetiva será reservada para os produtos que efetivamente demandem certeza inquestionável quanto à qualidade mínima.

8 A restrição da participação aos pré-qualificados

A pré-qualificação poderá ser utilizada com efeitos similares aos de um cadastro. Nesse caso, a participação no certame estará aberta a todos os interessados, com uma situação favorável para os pré-qualificados – eis que já existirá uma decisão administrativa reconhecendo o preenchimento de determinados requisitos de habilitação ou a qualidade mínima do objeto. No entanto, o art. 30, § 2º, da Lei nº 12.462, faculta a possibilidade de que o certame seja restrito apenas aos pré-qualificados. O tema foi regulamentado pelo art. 83 do Regulamento.

8.1 A configuração de ônus próprios e impróprios

Um sistema de pré-qualificação subjetiva e (ou) objetiva configura, sob o prisma jurídico, um ônus para os interessados em licitar. Como se sabe, o ônus

é uma situação jurídica peculiar, não confundível com um dever jurídico em sentido próprio. O ônus consiste numa situação jurídica em que a conduta do sujeito é apta a produzir efeitos vantajosos ou desvantajosos em relação a si próprio.

Costuma-se aludir a ônus impróprio nos casos em que a vantagem ou a desvantagem se constitui em uma possibilidade. Já o ônus próprio é aquele que envolve uma certeza de vantagem ou de desvantagem.

Nos casos em que a participação na licitação não ficar restrita aos pré-qualificados, a pré-qualificação apresentará natureza de ônus impróprio. O sujeito interessado em licitar disporá da alternativa entre promover a pré-qualificação ou não a promover. Se o fizer, ficará predeterminado que esse sujeito preenche os requisitos de habilitação pertinentes e (ou) que o produto preenche os requisitos de qualidade mínimos. Se inexistir a pré-qualificação, tais questões deverão ser examinadas no bojo da licitação.

A situação jurídica será diversa nos casos de licitação restrita aos pré-qualificados. Então, a ausência de pré-qualificação impedirá a participação no certame. Existirá um ônus próprio.

8.2 A ausência de dever jurídico de pré-qualificação

É necessário evitar o impulso de afirmar que a pré-qualificação seria "obrigatória". Tal afirmativa é juridicamente incorreta. Ainda quando a licitação for restrita apenas aos pré-qualificados, não se configurará um "dever jurídico" de pré-qualificação. Existe autonomia do sujeito para optar entre promover a pré-qualificação ou não o fazer. Se decidir não promover a pré-qualificação, essa conduta não será considerada como ilícita. A pré-qualificação produz efeitos positivos em face do sujeito interessado em participar da licitação, o que fundamenta a sua qualificação como um ônus, na acepção técnico-jurídica do vocábulo.

8.3 As vantagens para a Administração Pública

A restrição de participação apenas aos pré-qualificados apresenta vantagens para a Administração, já acima referidas. Quando essa solução for adotada, será desnecessário promover no âmbito da licitação a análise dos requisitos de habilitação pertinentes e (ou) a avaliação da qualidade mínima dos produtos. Em outras palavras, será possível adotar um procedimento administrativo centrado exclusivamente na disputa pelo preço. Isso propiciará ganhos marcantes de tempo, redução de conflitos e contratações muito mais seguras. Afinal, haverá uma margem muito mais intensa de certeza quanto à idoneidade do sujeito e (ou) à qualidade do produto.

8.4 A pré-qualificação e a inexigibilidade de licitação

A pré-qualificação pode conduzir à contratação direta por inviabilidade de competição. Se houver a decisão de restringir a licitação apenas aos pré-qualificados e se houver um único sujeito ou objeto pré-qualificado, configura-se a inviabilidade de competição. Caberá a contratação direta por inexigibilidade de licitação. Não teria cabimento, em tal hipótese, realizar a licitação apenas como uma formalidade para contratar o único sujeito que se encontra em condições de participar.

Ressalte-se que essa solução não envolve violação à ordem jurídica. Se

estiverem presentes os requisitos para restrição da participação no certame apenas aos sujeitos pré-qualificados, a existência de um único pré-qualificado não configura ilicitude. Também aqui o problema não reside em restringir a participação aos pré-qualificados, mas no reconhecimento de que a Administração apenas pode ser satisfeita mediante os sujeitos e (ou) os objetos que apresentem características diferenciadas. Se a decisão de restringir a participação aos pré-qualificados for incorreta, haverá ofensa à ordem jurídica ainda que existam muitos pré-qualificados. O fato de haver ampla participação na pré-qualificação não exclui o defeito consistente na restrição à participação no certame. E, se a decisão for correta, não haverá ofensa à ordem jurídica mesmo que haja um único pré-qualificado.

9 A disponibilidade permanente

A instituição do sistema de pré-qualificação exige a possibilidade de submissão e análise dos pleitos correspondentes de qualquer interessado, a qualquer tempo. A pré-qualificação é denominada como "permanente" também no sentido da vedação a que a Administração Pública restrinja o recebimento ou a análise de pleitos. Para adotar o sistema de pré-qualificação, a Administração deve aparelhar-se para assegurar o permanente acesso de todo e qualquer interessado. Em outras palavras, não se admite que a pré-qualificação seja um instrumento para assegurar a alguns privilegiados o acesso às licitações. Justamente por isso, o art. 30, § 1º, da Lei nº 12.462 estabelece que "*O procedimento de pré-qualificação ficará permanentemente aberto para a inscrição dos eventuais interessados*".

É evidente, no entanto, que é possível estabelecer limites temporais para a formulação de pleitos de pré-qualificação. Assim, pode-se determinar que terão direito a participar de uma licitação os sujeitos pré-qualificados até determinada data. O Regulamento prevê que, nos casos de restrição, somente poderão participar os sujeitos que, na data da publicação do instrumento convocatório, já tenham apresentado a documentação exigida (ainda que o pedido seja deferido posteriormente) e que estejam regularmente cadastrados (art. 86, § 2º).

Essa disciplina não significa que a pré-qualificação estaria "fechada" a partir de um determinado momento. Adotado o sistema de pré-qualificação, poderá ele ser acionado a qualquer tempo, com a única característica de eventual limitação para participação em licitações do sujeito que não obteve a pré-qualificação até determinada data.

Também é evidente que deve existir um limite temporal para a produção da decisão favorável ou contrária ao pleito de pré-qualificação. Não é possível que a Administração eternize a análise da questão, gerando indiretamente uma restrição indevida ao universo de licitantes.

10 O desvio e abuso na pré-qualificação

Ou seja, o mecanismo da pré-qualificação pode conduzir a desvios altamente reprováveis. Tal se passará quando a pré-qualificação for instrumentalizada para impedir o acesso de potenciais competidores. Há o risco de que a Administração Pública impeça o acesso à pré-qualificação ou produza impedimentos burocráticos à formalização da decisão de pré-

qualificação. Assim, suponha-se que exista um único pré-qualificado apto a participar de uma licitação. Imagine-se que outros possíveis interessados formulem o pleito de pré-qualificação. Se a Administração Pública delongar-se no procedimento e atrasar a decisão injustificavelmente, poderá ocorrer hipótese em que o único pré-qualificado será beneficiado pela ausência de competidores. Esse tipo de conduta administrativa é reprovável e beira às raias da criminalidade.

10.1 O acesso permanente à pré-qualificação

Portanto, é imperioso que o procedimento de pré-qualificação seja acessível a todo e qualquer interessado de modo permanente e continuado. Anote-se que é impossível descrever antecipadamente todas as formas de abuso possível. A questão do abuso deverá ser examinada caso a caso. Um exemplo permite compreender a questão. Imagine-se que a Administração verifique a existência de um único licitante pré-qualificado para executar certo objeto. Mas a Administração pode ser satisfeita mediante uma pluralidade de outras alternativas. Ao invés de adotar um modelo licitatório que permita a competição entre um número significativo de licitantes, imagine-se que a Administração escolha precisamente a alternativa que conduz à necessária contratação do único pré-qualificado. Essa conduta é reprovável – ainda que o defeito apontado não tenha a ver com a pré-qualificação, mas sim com a escolha do licitante ou do objeto.

Outro exemplo imaginável seria que a Administração antecipasse a licitação de modo desnecessário para evitar que um sujeito, cujo pleito de pré-qualificação estivesse em trâmite, pudesse participar da disputa.

10.2 A vedação à exigência excessiva ou inadequada

Em qualquer caso, a pré-qualificação não pode ser utilizada para impor aos licitantes o cumprimento de exigências excessivas e desnecessárias.

Assim, nos casos em que a licitação não for restrita apenas aos pré-qualificados, incidirá o princípio do art. 22, § 9º, da Lei nº 8.666, que determina que "*... a administração somente poderá exigir do licitante não cadastrado os documentos previstos nos arts. 27 a 31, que comprovem habilitação compatível com o objeto da licitação, nos termos do edital*". Se a pré-qualificação tiver sido norteada por exigências muito mais severas do que as necessárias para a participação numa certa licitação, os sujeitos e (ou) objetos pré-qualificados podem ser aceitos na licitação sem impedimento. No entanto, não é cabível sujeitar os não pré-qualificados ao cumprimento dos mesmos requisitos exigidos para a pré-qualificação porque isso seria excessivo e inadequado. Para dar um exemplo prático, suponha-se que a pré-qualificação tenha previsto comprovação de o sujeito ter executado uma rodovia com 100 quilômetros. Se houver licitação para rodovia com 50 quilômetros, o sujeito pré-qualificado deverá ser considerado habilitado por força da pré-qualificação. No entanto, isso não autoriza que os não pré-qualificados sejam obrigados a comprovar a execução de rodovia de 100 quilômetros para participar de uma licitação para rodovia de 50 quilômetros.

Por outro lado, apenas se pode restringir a participação na licitação aos pré-qualificados quando houver compatibilidade entre os requisitos da pré-

qualificação e o objeto licitado. Adotando o mesmo exemplo acima, é vedado circunscrever a participação na licitação para construção de rodovia de 50 quilômetros apenas aos licitantes cuja pré-qualificação envolveu a comprovação da execução de rodovia de 100 quilômetros.

É nesse sentido que se deve interpretar a parte final do art. 30, § 4º, da Lei nº 12.462. Ali se autoriza a pré-qualificação total ou parcial – tema já examinado acima -, acrescentando-se que será "*assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes*". Essa cláusula consagra o tratamento isonômico para situações idênticas, independentemente da adoção da pré-qualificação. Ou seja, os requisitos exigidos dos licitantes ou o padrão de qualidade do produto devem ser suficientes e necessários para a satisfação das necessidades da Administração Pública. A pré-qualificação não pode conduzir ao incremento ou à redução da severidade do tratamento jurídico adotado em face de uma contratação determinada.

10.3 Os riscos da pré-qualificação

É inquestionável que a circunscrição do universo de licitantes apenas aos pré-qualificados comporta análise sob outro prisma. Assim se passa porque isso acarreta uma limitação predeterminada dos possíveis competidores. Isso eleva o risco de condutas concertadas entre competidores, o que se configura como uma prática ilícita e criminosa.

A Administração Pública deverá acautelar-se na utilização do sistema. Isso significa, inclusive, avaliar o conjunto das condutas praticadas pelos sujeitos pré-qualificados. Assim se passa porque a atuação concertada pode não ser perceptível no âmbito de uma única e específica licitação. Porém, o exame conjugado de diversos certames pode evidenciar práticas reprováveis.

10.4 Ainda a questão da pluralidade de categorias

Um risco significativo a ser enfrentado se relaciona com a inadequação dos requisitos de pré-qualificação em vista do objeto específico de uma licitação predeterminada. A pré-qualificação apenas pode ser utilizada quando os requisitos exigidos forem compatíveis e adequados com o objeto licitado. Justamente por isso, a Administração pode instituir categorias de pré-qualificação, variáveis em vista de natureza e peculiaridades específicas. Essa alternativa está expressamente prevista no art. 30, § 3º, da Lei nº 12.462 e no art. 80, § 2º, do Regulamento – temas acima já examinados.

Assim, pode haver categoria de pré-qualificação para a construção de rodovia com 50 quilômetros, distinta da categoria da construção de rodovia com 100 quilômetros. Até se pode admitir que o pré-qualificado para a categoria mais complexa não necessite promover a sua pré-qualificação na categoria de menor complexidade. A grande vantagem dessa pluralidade de categorias reside na flexibilidade administrativa. Evita-se o risco de que pré-qualificação fundada em requisitos muito genéricos e amplos resulte em distorções numa licitação para contratação dotada de especificidades.

11 O procedimento da pré-qualificação

A Lei e o Regulamento foram lacônicos sobre o procedimento da pré-qualificação. Mas a aplicação dos princípios e das regras atinentes ao processo administrativo permitem a construção da disciplina atinente ao tema.

11.1 A convocação pela Administração Pública

De acordo com o art. 83 do Regulamento, a Administração Pública deverá convocar os interessados para que se pré-qualifiquem, sempre que entender conveniente adotar esse procedimento. É evidente que essa convocação deverá ser antecedida da adoção de todas as regras necessárias ao julgamento dos pleitos dos particulares e da adoção de todas as providências para manter o registro das informações obtidas.

Lembre-se que, nos casos em que a Administração Pública deliberar promover licitação restrita aos pré-qualificados, deverá anunciar esse intento ao promover a convocação.

11.2 A iniciativa do interessado

Cabe ao interessado promover as medidas necessárias à obtenção da pré-qualificação, inclusive apresentando a documentação exigida.

11.3 Os requisitos predeterminados de cunho objetivo

Como exposto, a decisão administrativa quanto à pré-qualificação equivale a uma avaliação dos requisitos de habilitação e (ou) dos atributos de qualidade do produto. Portanto, toda e qualquer avaliação deverá fundar-se em requisitos objetivos, sendo descabidas avaliações puramente subjetivas.

Não se afasta a possibilidade, no entanto, de fatores não mensuráveis de modo objetivo relativamente à pré-qualificação objetiva. Isso se passa porque o atributo mínimo de qualidade, em muitos casos, envolve questões sensoriais. Assim se passa, por exemplo, com alimentos. Em tais hipóteses, os procedimentos de avaliação deverão seguir protocolos científicos, de modo a atribuir a maior objetividade possível. Não cabe remeter a decisão a critérios puramente subjetivos, tal como a avaliação pessoal e individual de um servidor.

11.4 A observância do devido procedimento

A avaliação da presença dos requisitos dependerá da observância de um procedimento predeterminado, que permita o acertamento de todos os fatos controvertidos e a realização de todas as provas necessárias. Ao final, caberá produzir uma decisão fundada em critérios objetivos e predeterminados.

11.5 A participação de terceiros

Deve ser assegurada a ampla participação de possíveis interessados, nos limites da transparência administrativa e desde que tal não infrinja o princípio da competição. Assim, é inafastável o direito de terceiros impugnarem o pleito de pré-qualificação subjetiva ou objetiva. Lembre-se que tal faculdade existiria se a decisão de habilitação ou a avaliação da qualidade mínima ocorressem no bojo de um procedimento licitatório. A existência de um procedimento específico para a pré-qualificação não pode acarretar a redução dos instrumentos de controle assegurados aos demais competidores.

11.6 O cabimento de recurso

É cabível o recurso administrativo contra a decisão que deferir ou que indeferir a pré-qualificação. O procedimento recursal deverá seguir as regras gerais aplicáveis ao tema no âmbito do RDC. O art. 85 do Regulamento determina caber recurso no prazo de cinco dias úteis, contados da intimação ou da lavratura da ata do ato deferitório ou indeferitório do requerimento de pré-

qualificação.

12 A licitação restrita aos pré-qualificados

Admite-se que a licitação seja restrita apenas aos pré-qualificados. Isso está previsto no art. 30, § 2º, da Lei nº 12.462 e no art. 86 do Regulamento.

12.1 A decisão devidamente justificada

A adoção da restrição deve ser justificada por razões satisfatórias. Deve ser evidenciada tanto a complexidade do objeto a ser fornecido como a transcendência dos interesses envolvidos. Isso pode legitimar a decisão de restringir a participação somente a sujeitos e (ou) produtos cuja adequação tenha sido avaliada de modo específico e determinado.

Lembre-se que a restrição de participação amplia o risco de desvios na competição. Assim se passa porque existe uma competição mais reduzida, sem a possibilidade de terceiros ingressarem no mercado para disputar o objeto licitado. Portanto, os inconvenientes gerados pela restrição devem ser compensados por razões econômicas e jurídicas satisfatórias.

Em outras palavras, não há cabimento em adotar essa solução para fornecimentos usuais e comuns. Seria um despropósito estabelecer que a licitação para compra, por exemplo, de café ou água mineral seria restrita apenas aos fornecedores pré-qualificados. Isso configuraria uma infração à Constituição por ofensa ao princípio da proporcionalidade. Seria um excesso desnecessário estabelecer a restrição no caso do exemplo.

12.2 A anterioridade e as soluções do Regulamento

De todo o modo, a adoção da restrição deve fazer-se com antecedência, de modo a permitir que os potenciais interessados obtenham a pré-qualificação. Será inválida a pré-qualificação que funcione como um mecanismo de pura e simples preferência em favor dos antigos fornecedores da Administração Pública. O sistema de pré-qualificação deve estar permanente aberto a novos interessados e a restrição deve ser estabelecida em vista do futuro. Para resolver essa dificuldade, o Regulamento determinou certas soluções que merecem crítica, reduzindo significativamente a utilidade da figura examinada.

12.2.1 A previsão na convocação para a pré-qualificação

Em primeiro lugar, a realização de licitação restrita a pré-qualificados será admissível desde que "*a convocação para a pré-qualificação discrimine que as futuras licitações serão restritas aos pré-qualificados*". A solução é desarrazoada, para dizer o menos. Basta um exemplo para evidenciar o problema.

Suponha-se que a Administração delibere instituir o sistema de pré-qualificação imediatamente, sem a perspectiva de adotar uma licitação restrita aos pré-qualificados. De acordo com a solução regulamentar, haverá a convocação dos possíveis interessados, sem qualquer referência à futura restrição de participação em licitações. Imagine-se que, dois meses depois, seja identificada hipótese em que seria cabível a restrição apenas aos pré-qualificados. De acordo com o Regulamento, seria necessário promover um novo sistema de pré-qualificação, eventualmente idêntico ao já existente. Logo,

seria imaginável a multiplicação de sistemas de pré-qualificação. Haveria um sistema comum e geral e existiriam tantos outros quantas fossem as previsões de restrição de futuras licitações.

Nem caberia contrapor que a solução seria incluir em toda e qualquer convocação para pré-qualificação a previsão de que existiriam futuras licitações restritas apenas aos pré-qualificados. Essa alternativa é excluída pela exigência do inc. II do art. 86 do Regulamento. Ali se estabelece que a validade da restrição do certame apenas aos pré-qualificados depende não apenas da expressa previsão na convocação. É indispensável que a convocação para a pré-qualificação contemple também os quantitativos estimados para contratação nos doze meses subsequentes e o prazo para a publicação do edital. Ou seja, essas exigências impedem a adoção de uma cláusula genérica na convocação para a pré-qualificação.

Reputa-se que a solução consagrada no Regulamento é válida. No entanto, é inconveniente. Muito mais razoável seria estabelecer que a licitação restrita aos pré-qualificados deveria respeitar determinado prazo. Isso permitiria aos possíveis interessados pleitearem a pré-qualificação antes do certame, sem a necessidade de que os já pré-qualificados tivessem de adotar idêntico procedimento.

Em suma, a solução adotada é antieconômica e multiplica formalidades de modo desnecessário. Mais ainda, frustra a utilidade do sistema de pré-qualificação existente.

12.2.2 A estimativa de quantitativos e de prazos para a licitação

A restrição à participação de licitantes também depende de que conste da convocação dos interessados a estimativa de quantitativos nos doze meses posteriores e de prazos para a publicação do edital.

A formulação de estimativas sobre os quantitativos e os prazos para publicação do edital são exigências destituídas de maior utilidade. Destinam-se apenas a impedir a formulação de uma cláusula genérica no aviso de convocação da pré-qualificação quanto a futuras licitações restritas. Mas a exigência do Regulamento cria dificuldades provavelmente imprevistas. Imagine-se que a Administração promova a convocação do aviso, incluindo estimativas de quantitativos e de prazos. Suponha-se que, posteriormente, apure a necessidade de elevar os quantitativos inicialmente estimados. Isso imporia a necessidade de nova publicação? A resposta tem de ser negativa. Mas já se antecipa a provável proposta de submeter a questão à regra do art. 65 da Lei nº 8.666, afirmando-se que poderia ser elevado o quantitativo em até 25% (ou 50%, em caso de reformas). Mas esses são limites previstos para outros fins, cuja justificativa é muito diversa. Ou seja, a Administração Pública não necessita ampliar restrições, formalidades e burocracias inúteis, além daquelas já impostas por leis. Portanto, o essencial é a boa-fé e a existência de fundamentos satisfatórios para justificar a estimativa inicialmente promovida. A constatação posterior de que os quantitativos são diversos não pode acarretar a necessidade de repetir aquela publicação inicial.

Outro problema seria a infração à estimativa de prazo. Suponha-se que o aviso preveja um prazo de seis meses para a divulgação do edital. Ultrapassado esse prazo, é vedado realizar a licitação? Ou seria proscrita

apenas a licitação restrita aos pré-qualificados? A resposta segue a mesma linha do entendimento anteriormente exposto. As limitações previstas no inc. II do art. 86 do Regulamento devem ser interpretadas em termos de conteúdo. Exigem-se previsões e estimativas, que não podem ser interpretadas em termos de absoluta vinculação. A Administração Pública tem o dever de seriedade e de formular a estimativa mais bem fundamentada. Essas estimativas não podem ser transformadas em limites intransponíveis, especialmente porque, à época de sua formulação, a Administração ainda não disporá de todos os elementos necessários. Mais ainda, a alteração posterior dessas estimativas não acarretará lesão aos não pré-qualificados – desde que a eles seja assegurada a possibilidade de um prazo razoável para promover a pré-qualificação.

12.2.3 A pré-qualificação total

Exige-se que a pré-qualificação seja total. Ou seja, todos os requisitos necessários à habilitação técnica do sujeito deverão ter sido apurados por ocasião da pré-qualificação. Em outras palavras, a Administração Pública deverá dispor no momento da abertura da pré-qualificação de todos os elementos e informações relativamente ao objeto a ser licitado. Isso é extremamente problemático. Muitas vezes, a concepção exata do empreendimento depende de elementos que exigem mais tempo para identificação.

12.3 As formalidades adicionais

Nos casos em que a licitação for restrita aos pré-qualificados, caberá à Administração remeter convite (por meio eletrônico) àqueles que ostentam essa condição. Isso não afasta a exigência de publicidade do instrumento convocatório.

12.4 O argumento da inconstitucionalidade

Afigura-se compatível com a Constituição a restrição do certame apenas aos pré-qualificados. Alguém poderia pretender que essa restrição seria incompatível com o princípio da isonomia. Mas essa argumentação somente apresentaria procedência nos casos de desnaturação da pré-qualificação.

O ponto fundamental reside em que os requisitos de pré-qualificação são precisamente aqueles mesmos exigidos para a habilitação ou para a aceitação de um produto no curso de uma licitação. Portanto, a pré-qualificação não traduz um acréscimo no tocante às exigências autorizadas e exigidas legalmente para assegurar que a Administração Pública realize uma contratação adequada e satisfatória. A única peculiaridade, mesmo quando a licitação for restrita apenas aos pré-qualificados, reside em que a decisão sobre a habilitação ou a qualidade dos produtos será produzida **antes** de uma licitação específica e apresentará cunho geral para uma série indeterminada de certames com objeto similar.

Assim, ninguém ousaria afirmar que a exigência de experiência anterior compatível com o objeto da licitação configuraria uma violação ao requisito da isonomia. Esse requisito é constitucional porque promove tratamento igual aos que se encontram em situação idêntica e desigual aos que apresentam situação diversa. A pura e simples previsão de requisitos de habilitação ou de

qualidade mínima de produtos não infringe a isonomia, muito pelo contrário. Adotar tratamento diferenciado para os que não são idênticos é uma decorrência do princípio da isonomia.

Em qualquer caso, o problema reside na infração ao princípio da proporcionalidade. Será inválido, em qualquer licitação, exigir requisitos de qualificação técnica excessivos, inúteis ou violadores de garantias constitucionais. O mesmo se passará no tocante à pré-qualificação. Estabelecer requisitos de pré-qualificação dissociados da necessidade da Administração Pública infringe a Constituição. Em outras palavras, o problema não está em restringir a participação na licitação aos pré-qualificados, mas subordinar a pré-qualificação a requisitos que violem a proporcionalidade.

13 O "certificado de pré-qualificação"

O art. 84 do Regulamento alude à figura do "certificado de pré-qualificação", a ser emitido pelo órgão responsável. Trata-se de um documento que contempla informação sobre os dados fundamentais da decisão administrativa de pré-qualificação. Esse documento pode ser utilizado para comprovação inclusive perante outras entidades da Administração Pública da existência da pré-qualificação.

14 A manutenção da atualidade dos dados

Os dados atinentes à pré-qualificação devem apresentar a maior atualidade possível.

14.1 A questão da temporariedade da pré-qualificação

A Lei nº 12.462 determinou que *"A pré-qualificação terá validade máxima de um ano, podendo ser atualizada a qualquer tempo".* O art. 82, parágrafo único, do Regulamento previu que a validade da pré-qualificação subjetiva *"não será superior ao prazo de validade dos documentos apresentados pelos interessados"*.

É evidente que a pré-qualificação não pode ser instrumento para assegurar a participação em licitação de sujeitos destituídos das condições (formais, inclusive) de competir. Mas isso não significa a necessidade de um prazo máximo de validade da pré-qualificação. Assim se passa inclusive porque muitas das exigências podem ser comprovadas mediante documentação que não se sujeita a prazo de validade. E isso se verifica, de modo especial, com os requisitos de habilitação técnica.

Assim, a experiência de um indivíduo, identificada usualmente como qualificação técnico-profissional, não é afetada pelo decurso do tempo. Ao menos, essa é a regra. A qualidade de um certo produto não se altera com o passar dos meses.

Logo, apenas se poderia exigir a renovação da pré-qualificação relativamente aos casos em que o decurso do tempo tornaria superada e obsoleta a informação pertinente.

Isso não significa, no entanto, a invalidade da solução consagrada no Regulamento. A temporariedade da pré-qualificação não é uma solução infringente da ordem jurídica. Em muitos casos, envolverá a renovação de certos atos administrativos que se fundamentam em documentos ou eventos de eficácia temporal ilimitada. Isso pode ser justificado por razões de controle e

para evitar que o interessado seja indiretamente induzido a reduzir os requisitos de qualidade dos produtos ofertados ou omita a notícia à Administração da ocorrência de eventos que afetam a sua qualificação técnica.

14.2 O dever de comunicar eventos posteriores

É dever do interessado noticiar a ocorrência de qualquer evento apto a afetar a sua condição. Assim, imagine-se a alteração na composição dos quadros permanentes do sujeito, envolvendo a retirada de um indivíduo titular de atestados comprobatórios de determinada qualificação técnico-profissional. A sua substituição por outro profissional com qualificação equivalente ou superior deverá ser noticiada à Administração.

A própria Administração, de ofício, poderá fazer consignar informações pertinentes, inclusive no tocante ao desempenho do sujeito.

15 A extinção da pré-qualificação

A pré-qualificação se faz por prazo determinado. Segundo o art. 30, § 1º, da Lei nº 12.462, seu prazo normal de validade será de um ano. Logo, haverá a extinção da pré-qualificação por decurso de prazo. No entanto, isso não afasta a possibilidade de sua extinção antecipada por outros fundamentos.

15.1 A extinção da pré-qualificação por fato superveniente

A ocorrência de fatos supervenientes poderá acarretar o desaparecimento dos requisitos necessários à pré-qualificação. Nesse caso, caberá a instauração, de ofício ou mediante provocação de terceiro, de procedimento destinado a apurar os eventos e, se for o caso, promover a extinção da pré-qualificação.

15.2 A extinção da pré-qualificação com cunho sancionatório

A extinção da pré-qualificação poderá apresentar natureza sancionatória. Tal se passará quando a causa da extinção for uma conduta defeituosa, não satisfatória ou reprovável imputável ao titular da pré-qualificação. A questão pode envolver quer a pré-qualificação subjetiva como a pré-qualificação objetiva.

Nesse caso, a extinção da pré-qualificação poderá ser um efeito de decisão promovida no bojo de processo administrativo destinado a outros fins. Assim, suponha-se questionamento sobre a qualidade do produto fornecido por um particular. Instaura-se o procedimento apropriado, que culmina com decisão reconhecendo a ausência da qualidade adequada. Além de impor ao particular as sanções correspondentes ao inadimplemento, caberá à Administração determinar a extinção de sua pré-qualificação no tocante ao produto em questão.

15.3 A extinção da pré-qualificação

A pré-qualificação objetiva ainda apresenta uma característica peculiar, relativamente ao efeito indireto de sua eventual extinção. A ausência de adimplemento satisfatório, em caso de execução de prestação qualitativamente defeituosa, pode acarretar a extinção da pré-qualificação objetiva. Isso pode apresentar efeito devastador para o particular, o qual ficará impedido de ofertar aquele produto para a Administração Pública. Sob esse prisma, a extinção da

pré-qualificação objetiva apresenta uma natureza sancionatória inquestionável.

Não seria despropositado afirmar que a desqualificação objetiva equivale a uma forma de declaração de inidoneidade **do produto**. Ou seja, reconhece-se que aquele produto não pode ser objeto de contratação por parte da Administração Pública, eis que não preenche os requisitos apropriados e necessários **para certos fins**.

O paralelo com a sanção de inidoneidade propriamente dita é apenas relativo. São figuras distintas. A inidoneidade propriamente dita é uma sanção aplicada a um sujeito, que lhe retira os requisitos de contratação de modo amplo em face da Administração Pública. A desqualificação objetiva de um produto significa que aquele específico objeto não preenche os requisitos de qualidade exigidos para um fim específico. Logo, a desqualificação objetiva não afeta, em princípio[5], o sujeito titular do produto nem impede que o mesmo produto seja adquirido em contratos com objeto distinto.

Logo, o fornecedor da Administração Pública tem o máximo interesse em manter a qualidade mínima de seu produto e de cumprir os seus contratos adequadamente. O risco de extinção da pré-qualificação objetiva é um incentivo à adoção de conduta adequada pelo particular contratado.

15.4 A renovabilidade da pré-qualificação

O exaurimento do prazo da pré-qualificação acarreta a extinção de seus efeitos. Portanto, incumbe ao interessado promover as medidas necessárias à sua renovação.

16 O risco da elevação de preços

Existe o risco de que a adoção da pré-qualificação acarrete a elevação dos preços desembolsados pela Administração. Isso pode envolver uma redução de vantagens meramente aparente, mas também pode produzir efetivos prejuízos para os entes estatais.

O prejuízo aparente ocorrerá nos casos em que a pré-qualificação produzir o afastamento de licitantes inidôneos e prevenir a contratação para o fornecimento de objetos imprestáveis. Sem a pré-qualificação, a Administração obteria preços mais reduzidos, sem que isso representasse uma efetiva vantagem. O preço mais reduzido conduziria a uma contratação ruinosa. Uma das vantagens da pré-qualificação reside precisamente nesse ponto: evitar a participação de licitantes inidôneos e excluir a oferta de produtos destituídos de qualidade mínima.

No entanto, a pré-qualificação pode conduzir a uma circunscrição marcante no universo de licitantes, a ponto de mitigar a competição e conduzir à elevação de preços. Para combater essa possibilidade é imperioso que os requisitos de pré-qualificação sejam os mínimos necessários a garantir a satisfação das necessidades da Administração Pública e que o procedimento de pré-qualificação seja destituído de burocracias e impedimentos desnecessários. Deve-se modelar a pré-qualificação de modo a assegurar o maior número possível de competidores.

[5] É possível, no entanto, que diversamente se passe. Pode-se imaginar situação em que a desqualificação decorra da constatação de uma conduta reprovável do sujeito. Logo, haverá duas questões distintas. Uma será a extinção da pré-qualificação objetiva e outra a punição ao sujeito pela conduta reprovável.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

FILHO, Marçal Justen. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-28-NOVEMBRO-2011-MARÇAL-JUSTEN-FILHO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.