Nº 31 – julho/agosto/setembro de 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

A HABILITAÇÃO TÉCNICA-OPERACIONAL NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Anderson Sant'Ana Pedra
Mestre em Direito pela FDC/RJ.
Especialista em Direito Público pela Consultime/Cândido Mendes/ES.
Chefe da Consultoria Jurídica do TCEES.
Advogado da ASSESP – Assessoria Jurídica Especializada.
Consultor do DPCC – Direito Público Capacitação e Consultoria.
Professor em graduação e em pós-graduação de Dir. Constitucional e Administrativo.

1. INTRODUÇÃO

O tema proposto mostra pujança dentro da competência administrativa de qualquer entidade ou órgão governamental, vez que estes, por força constitucional, devem, em regra, promover um prévio procedimento licitatório antes de efetuar qualquer contratação.

O estudo foi provocado em virtude de dúvidas que surgem comumente no seio da Administração Pública quanto à (i)legalidade ou (i)legitimidade[1] de uma possível cláusula editalícia prevendo condições atinentes a habilitação técnica dos licitantes, afinal, na prática, os agentes públicos mostram-se receosos em estabelecer as exigências documentais que comprovem a capacidade do licitante em atender o interesse da Administração Pública, já que devem contratar com uma empresa com qualificação: jurídica, fiscal, econômico-financeira e técnica, e ainda que apresente o melhor preço[2].

O presente estudo cuida da qualificação técnica prevista na Lei nº 8.666/93, de modo mais específico, a atenção recai sobre os atestados técnico-operacionais, buscando resposta para algumas indagações concernentes aos limites de exigência da habilitação técnica num certame licitatório.

---

[1] Tomamos aqui o instituto da *ilegitimidade* como ofensa a qualquer *norma-princípio*, conceito este mais amplo do que a *ilegalidade* (confronto com uma *norma-regra*). Cf. nesse sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 194

[2] Nesse contexto, preferimos falar em "*melhor preço*" (ou "*melhor proposta*") ao invés de "*menor preço*", pois na contratação realizada pela Administração Pública antes de se buscar o "*menor preço*" a Administração delimita a competição dentre as empresas que demonstrem qualificação (jurídica, fiscal, técnica e econômico-financeira) para serem contratadas.

A abordagem desse tema ainda tem sido tímida pela doutrina nacional, razão pela qual fomos conduzidos a pesquisá-lo e sistematizá-lo com o intuito de trazer à balha discussão que se mostra importantíssima para a prática administrativa.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É cediço que o Estado existe para satisfazer *interesses públicos*, e a doutrina de forma uníssona chega inclusive a considerar o *interesse público* como o princípio basilar da República Federativa do Brasil, haja vista que sua carga axiológica encontra-se ligada intrinsicamente a noção de *república* (*res publica*).

Muitos dos interesses da coletividade são atendidos diretamente ou indiretamente pelo Estado, por meio de órgãos e entidades criados para fins específicos, mas por vezes, surge a necessidade de o Estado recorrer à iniciativa privada para atender a esses interesses.

A relação que se forma entre o Estado (Administração Pública) e o setor privado, ou mesmo entre o Estado e um ente administrativo personalizado, é denominada de *contrato administrativo*.

E, como deve proceder a Administração Pública quando pretende firmar um *contrato administrativo* para o atendimento de um determinado interesse público? Pode se dirigir ao mercado e contratar com qualquer um?

Como a Administração Pública está gerindo um interesse que é dá coletividade deve então buscar a melhor proposta. Tem também que possibilitar a todos os que atuam no ramo do objeto e que reúnam condições, a possibilidade de com ela contratar. Surge assim a necessidade da realização de um procedimento prévio às contratações, homenageando desse modo o *princípio da impessoalidade* previsto no *caput* do art. 37 da CRFB.

Não tem a Administração Pública, então, a liberdade de recorrer ao mercado e escolher um ou outro para atender ao interesse público, sob pena, inclusive, de beneficiar um em detrimento de outro por fatores subjetivos, ofendendo desse modo a *impessoalidade*. Deve, sim, realizar um prévio procedimento, a que se chama de *licitação*.[3]

3. NORMAS POSITIVADAS PERTINENTES

Para o estudo de qualquer tema da ciência jurídica, mormente o direito administrativo, imperioso é raciocinar a partir do Texto Constitucional.

A Constituição é o Diploma Fundamental de um País; é o instrumento que traça as diretrizes a serem observadas por toda a comunidade e pelo próprio Estado; assegura ainda direitos e deveres para todos os cidadãos e impõe certos comportamentos à Administração, bem como estrutura o exercício do poder político.

[3] A situação é diversa do que ocorre com as empresas privadas, as quais possuem liberdade de escolha e podem, quando da celebração de um contrato, adotar o procedimento que melhor lhe convier.

Em matéria de licitação e contração pública dispõe a Constituição brasileira de 1988:

> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
>
> ...
>
> XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI e, para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;
>
> ...
>
> Art. 37. A Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> ...
>
> XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivadas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

Sendo indispensável um procedimento prévio às contratações, surge a necessidade de se disciplinar legalmente o prévio procedimento a ser adotado pelos órgãos e entidades que integram a Administração Pública.

A disciplina do procedimento prévio à contratação é feita por norma (lei ordinária), a qual tem a finalidade de especificar o caminho que a Administração deve seguir para obter a proposta que melhor atenda o interesse público.

Em 21 de junho de 1993 foi sancionada a Lei nº 8.666 que, regulamentando o art. 37 da Constituição da República, instituiu normas relativas às licitações e contratos da Administração Pública.[4]

Conforme visto, a nossa Constituição Federal atribui competência exclusiva para a União legislar sobre normas gerais de licitações e contratações para a Administração Pública.

Normas gerais são comandos que devem ser obedecidos por todos os integrantes da federação: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como

[4] Essa lei sofreu significativas alterações com o advento das Leis nºs 8.883, de 08 de junho de 1994, e 9.648, de 27 de maio de 1998, principalmente.

pelas entidades que constituem a Administração Pública (administração direta e indireta).

Os dispositivos da Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 8.666/93 – que cuidam do tema trazem a seguinte redação:

> Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
>
> I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;
>
> II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
>
> ...
>
> § 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do caput deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:
>
> I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos.
>
> ...
>
> § 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.
>
> § 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.
>
> § 4º Nas licitações para fornecimento de bens, e comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

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

4. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

Princípios jurídicos são fundamentos básicos que estruturam e identificam o sistema normativo. Assim, as normas devem ser editadas seguindo as diretrizes traçadas pelos princípios que norteiam o sistema na qual vão se inserir.[5]

CARLOS ARI SUNDFELD aduz que princípios são idéias centrais que dão sustentação a um dado sistema e que "*o princípio jurídico é norma de hierarquia superior à das meras regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico*"[6].

O procedimento licitatório é informado por uma série de princípios que regem o Direito Público e, ainda, por outros que lhe são específicos, sendo aqui importante destacar o *princípio da isonomia*, observando:

> Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.
>
> § 1º - É vedado aos agentes públicos:
>
> I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;
>
> II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o

---

[5] Cf. nesse sentido: MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 241; REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 307.

[6] SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 146.

> disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

4.1. Princípio da isonomia

Analisar-se-á agora, de forma sintética, o *princípio da isonomia*, cobrando relevo destacar que: i*sonomia* é sinônimo de *igualdade*.

Em termos jurídicos, a palavra *isonomia* tem sentido próprio e não se trata de um valor considerado numa dimensão absoluta, mas relativa. Para o Direito são iguais os que se encontram numa mesma posição jurídica, daí o sentido relativo atribuído à expressão.

Costuma-se invocar a máxima aristotélica de que o *princípio da igualdade* consiste em "*tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desigualam*", sendo que a beleza filosófica de tal asserto em nada contribui para desvendar o cerne da questão: saber quem são os iguais e quem são os desiguais, e definir em que circunstâncias é constitucionalmente legítimo o tratamento desigual.[7]

BANDEIRA DE MELLO, sem discrepar do entendimento retro, traz de forma incisiva:

> O ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrímen e a discriminação legal decidida em função dele.
>
> ...
>
> Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, á vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada.[8]

Em idêntico sentido posiciona-se ROBERT ALEXY, utilizando como espeque as decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, afirmando que o problema da cláusula de desigualdade deve assentar-se na *proibição geral de arbitrariedade*, significando que com essa proibição não é possível estabelecer uma

---

[7] Para uma boa leitura sobre o assunto: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999; ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

[8] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 37-38.

diferenciação quando não haja uma razão qualificada como suficiente para a distinção. Está, assim, *ordenada* a igualdade de tratamento.[9]

Logo, em situações de tratamento desigual, e uma vez apresentados critérios proporcionais, fatores de discriminação razoáveis (justificáveis) não se verá afrontado o *princípio da isonomia*.

Quando se define no edital as características do objeto ou os documentos que devem ser apresentados para fins de habilitação, está-se fixando condições, exigências. Essas, em verdade, são discriminações que se estão fazendo. Quando ao descrever um objeto define-se que ele deve ter a característica "A", se está discriminando. É como se dissesse que o produto "X" que não reúne a característica "A", não poderá participar – é uma discriminação. Por isso, é preciso justificar tecnicamente as opções, ou seja, porque o produto tem que ter a característica "A". Portanto, na medida que a discriminação é justificável sob o ponto de vista normativo, o ato se mostra perfeito.

De idêntico modo quando se afirma que para participar da licitação deve o licitante demonstrar determinada capacidade técnica (específica e/ou genérica; profissional e/ou operacional), também se está discriminando, restando a Administração demonstrar que a discriminação é razoável, e se faz com o escopo de melhor atender o *interesse público*.

Estabelecida a premissa de que é possível distinguir pessoas e situações para o fim de dar a elas tratamento jurídico (e até mesmo técnico) diferenciado, cabe determinar os critérios que permitirão identificar as hipóteses em que as desequiparações são juridicamente *razoáveis* (*proporcionais*), ou seja, trata-se de saber dentro de que limites é lícito ao administrador ditar normas de exceção sem lesar a esfera irredutível dos direitos fundamentais, que assegura a todos igual tratamento pela Administração Pública.

[9] ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 388-394, passim.

4.2. Princípio da razoabilidade[10]

Vale assinalar que o *princípio da razoabilidade* foi teorizado no bojo da transformação do *Estado de polícia* para o *Estado de direito*, com a finalidade de controlar o poder coativo dos governantes, denominado *poder de polícia*, a fim de que o seu exercício ficasse limitado pela *justa adequação* entre os *fins* objetivados pela atuação do poder público e os *meios* utilizáveis para o seu atingimento.[11]

Merece aqui sublinhar que a desequiparação terá de ser necessária para a realização do objeto pretendido, vedado o *excesso*, isto é, o tratamento diferenciado além daquele imprescindível para uma realização satisfatória do objeto licitado.

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO ao lecionar sobre o tema afirma que: "*Traduz o princípio da razoabilidade, pois, a relação de congruência lógica entre o fato (o motivo) e a atuação concreta da Administração.*"[12]

Tem-se desse modo que o *princípio da razoabilidade* faz uma imperativa parceria com o *princípio da igualdade* (isonomia), vez que ao disciplinar, em última análise, ambos discriminam situações e pessoas por variados critérios, sendo a *razoabilidade* o parâmetro pelo qual se vai aferir se o fundamento da diferenciação é aceitável e se o fim por ela visado é legítimo, *in casu*, a contratação.

JUSTEN FILHO, em obra festejada, diz que: "*Há equívoco em supor que a isonomia veda diferenciação entre os particulares para contratação com a Administração. [...] Isso acarreta inafastável diferenciação entre os particulares*."[13].

CARLOS ARI SUNDFELD com a inspiração peculiar firmou:

> A formulação, nos editais de licitação, de exigências a serem atendidas pelo licitante, a fim de comprovar sua qualificação técnica e econômica, tem

---

[10] Em virtude da indefinição terminológica, preferimos ficar ombreado com aqueles que consideram a *razoabilidade* e *proporcionalidade* como sinônimos. Cf. nesse sentido: BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*, p. 175; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 87; TOLEDO, Suzana de Barros. *O princípio da proporcionalidade e o controle das leis ...*, p. 119; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*, p. 215; BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*, p. 175; STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*; TÁCITO, Caio. O princípio da razoabilidade das leis. In:_____. *Temas de direito público:* estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. 1, p. 487-495.

[11] SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 78.

[12] VALLE FIGUEIREDO, Lúcia. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 42.

[13] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 50.

> base constitucional. É evidente que tais exigências limitam a competição no certame licitatório, [...]. Está-se aqui, no entanto, perante uma limitação perfeitamente legítima à ampla possibilidade de disputa dos mercados públicos, que a licitação visa a propiciar, trata-se simplesmente de fazer prevalecer o interesse público (qual seja: o de não correr risco de contratar com empresa desqualificadas [...][14]

Por fim, "*a desigualdade não é repelida, o que se repele é a desigualdade injustificada*"[15], nesse sentido não se pode é aceitar em disposições editalícias exigências desmedidas, exageradas, impertinentes, destinadas, tão-somente, a afastar possíveis licitantes.

5. LICITAÇÃO: UM CONCEITO IMPORTANTE

A licitação é um procedimento administrativo que se traduz em uma série de atos que obedecem a uma seqüência determinada pela lei e tem por finalidade a seleção de uma proposta de acordo com as condições previamente fixadas e divulgadas em razão da necessidade de celebrar uma relação contratual.

Na precisa definição de BANDEIRA DE MELLO, licitação "*é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras e serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados*"[16].

Já MEIRELLES prefere conceituar licitação como o "*procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos*."[17]

Para DI PIETRO licitação é o "*procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessado, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem proposta dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato*."[18]

---

[14] SUNDFELD, Carlos Ari. A habilitação nas licitações e os atestados de capacidade técnico operacional. In: VERRI JR., Armando; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Licitações e contratos administrativos*: temas atuais e aspectos controvertidos. São Paulo: RT, 1999, p. 100-101.

[15] FERRAZ, Sérgio; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 24.

[16] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 468.

[17] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 256-257.

[18] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 309.

Já o Ministro CARLOS AYRES DE BRITTO, de modo condensado afirma que a licitação é "*... um processo legal que institucionaliza um sistema de mérito, apto a selecionar a proposta mais conveniente para o Estado-administração*."[19]

Observe que cotejando os conceitos aduzidos uníssono é o entendimento de que a *licitação* é um *procedimento administrativo* que se presta para a busca da *proposta mais vantajosa* (ou *melhor* proposta), obedecendo o *princípio da isonomia*.

6. EXIGÊNCIAS QUANTO A HABILITAÇÃO TÉCNICA

A expressão habilitação (capacidade) técnica tem grande amplitude de significado, contudo, pode-se dizer que "*consiste no domínio de conhecimentos e habilidades teóricas e práticas para execução do objeto a ser contratado*."[20].

Habilitação é a fase do procedimento licitatório que tem por finalidade aferir as condições pessoais dos interessados em contratar com a Administração, verificando se esses reúnem condições jurídicas, fiscais, técnicas e econômico-financeiras de executar o objeto pretendido e se cumprem o disposto no inciso XXXIII[21] do art. 7º da Constituição Federal.

A fase de *habilitação* é de cunho documental, isto é, a prova do atendimento das condições fixadas no instrumento convocatório como necessárias à execução do objeto é feita mediante a apresentação de documentos, podendo ser ela: jurídica (art. 28), fiscal (art. 29), técnica (art. 30) e econômico-financeira (art. 31).[22]

Como o que interessa para a Administração é a execução de um dado objeto, a Constituição Federal impõe um limite às exigências de habilitação: apenas podem ser feitas exigências indispensáveis à execução do objeto do contrato, sendo inolvidável o Texto Constitucional ao prescrever: "*somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*" (art. 37, XXI, *in fine*), ou seja, é o objeto do contrato que delimita, então, as condições de habilitação, principalmente as relacionadas aos aspectos técnicos.

Não é difícil entender o motivo dessa previsão na parte final do art. 37, XXI do Texto Constitucional, vez que os contratos administrativos envolvem o dispêndio de recursos públicos – recursos e interesses estes que não podem ser colocados em risco, logo, deve a Administração formular exigências destinadas a obterem excelentes garantias de que o contratado está apto, tanto técnica como economicamente, a cumprir o avençado. Deixar de adotar este comportamento seria violar a própria Constituição, colocando em risco valores por ela especialmente protegidos.[23]

---

[19] BRITTO, Carlos Ayres. *O perfil constitucional da licitação.* Curitiba: ZNT, 1997, p. 108.
[20] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 316.
[21] Proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores.
[22] Todos dispositivos da Lei nº 8.666/93 e suas alterações.
[23] SUNDFELD, Carlos Ari. A habilitação nas licitações e os atestados de capacidade técnico operacional, p. 100.

Deve-se destacar que existe uma dificuldade em interpretar o art. 30 da Lei nº 8.666/93, tratando-se de um tema dos mais caros dentro do estudo da licitação, especialmente por ser impossível a lei minudenciar limites precisos para as exigências que a Administração deverá adotar em cada caso.

A doutrina ao estudar o art. 30 da Lei nº 8.666/93 aqui já trasladado, intitula o inciso I de *capacidade técnica genérica*, e o inciso II de *capacidade técnica específica*, podendo esta ser apresentada em duas espécies: a) *capacidade técnica operacional*; e, b) *capacidade técnica profissional*.

A *capacidade técnica profissional* é relacionada ao profissional (pessoa física) que será o responsável pela execução do serviço, enquanto a *capacidade técnica operacional* relaciona-se a empresa (pessoa jurídica).

A dúvida que surge quando da aplicação do art. 30 da Lei nº 8.666/93 é creditada a busca da harmonia entre as normas que podem ser extraídas desse dispositivo e a parte final do art. 37, XXI da CRFB, vez que as exigências técnicas habilitatórias devem restringir-se àquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Outro questionamento freqüente é relacionado à impossibilidade de se estabelecerem *quantitativos mínimos* ou *prazos máximos*, como condicionantes à comprovação de aptidão técnico-operacional, tendo em vista o que reza o art. 30, § 1º, I já citado.

Essa argumentação carece de fundamento. A limitação em tela, como resta claro no corpo do dispositivo só é aplicável às exigências referentes à *capacitação técnico-profissional*.[24]

JUSTEN FILHO leciona que é excessiva a interpretação de que a capacitação técnica operacional não pode envolver quantitativos mínimos, locais ou prazos máximos. Esse entendimento deriva da aplicação descabida da parte final do inc. I do § 1º e do § 5º, todos do art. 30, que explicitamente estabelecem tal vedação. Ocorre, contudo, que esses dispositivos disciplinam específica e exclusivamente a *capacitação técnica profissional* e não a *capacitação técnica operacional*.[25]

O mesmo autor para ratificar seu entendimento lança mão da jurisprudência do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO noticiando:

> Essa orientação passou a prevalecer no âmbito do TCU, o qual hesitou quanto à melhor solução a adotar. Após algumas

[24] SUNDFELD, Carlos Ari. A habilitação nas licitações e os atestados de capacidade técnico operacional, p. 118. Cf. ainda o art. 33 da Lei de Licitações: "*Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: [...] III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;*"

[25] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 325.

> divergências, uniformizou-se a jurisprudência daquela Corte no sentido da validade de exigência de quantitativos mínimos a propósito da experiência anterior, desde que o aspecto quantitativo fosse exigência essencial quanto à identificação do objeto licitado.[26]

ADILSON DALLARI de modo contundente também afirma que a Constituição não autoriza nem estimula o aventureirismo, a concorrência selvagem, em detrimento da qualidade do objeto contratado e da segurança do contrato, sendo inquestionável a constitucionalidade do art. 30 da Lei nº 8.666/93, que estabelece o que pode ser exigido como elemento comprobatório da qualificação técnica de cada proponente.[27]

7. TIPOS DE LICITAÇÃO: *MENOR* OU *MELHOR* PREÇO?

É cediço que as finalidades precípuas da licitação são a garantia do *princípio da isonomia* e a *seleção da proposta mais vantajosa*, ou seja, não decorrente apenas do *fator preço*, e em função disso é que a Lei nº 8.666/93 relaciona os *tipos de licitação*, assim dispondo:

> Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.
>
> § 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:
>
> I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;
>
> II - a de melhor técnica;
>
> III - a de técnica e preço;
>
> IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.
>
> ...

O tipo *menor* preço é estabelecido pela Lei como a regra geral. Todavia, mesmo dela se tratando, outras condições, que não o *preço*, são exigidas e

[26] Ibidem, p. 325.
[27] DALLARI, Adílson de Abreu. Licitação – comprovação de capacidade técnico-operacional. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros, n. 09/1995, p. 149.

analisadas, tais como: *habilitação jurídica*, *habilitação técnica*, *habilitação econômico-financeira* e *habilitação fiscal*.

Parte-se do pressuposto então que o procedimento a ser realizado adotará em regra o tipo (de licitação) *menor preço*, sendo importante destacar que em que pese ser considerado nesse tipo de licitação apenas o *preço* para fins de julgamento, isso não quer dizer que a qualidade do objeto e do pretenso contratado seja desprezada. A qualidade do objeto e do pretenso contratado não é fator que integra o critério julgamento da proposta, mas requisito de aceitação do próprio interessado, pois esses critérios devem ser vistos com o objetivo de atingir com eficiência o *interesse público*.

Com efeito, cabe a Administração especificar e exigir em seu ato convocatório os requisitos mínimos que o objeto deve contemplar, bem como a qualificação jurídica, técnica, fiscal e econômico-financeira, justificando técnica e razoavelmente, de modo a assegurar a obtenção de um contrato satisfatório com vista a atender o interesse visado, ou seja, o MELHOR preço.

8. POSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE ATESTADOS TÉCNICOS OPERACIONAIS

A Administração Pública com vista a atingir o interesse público numa contratação deve[28] (*dever-poder*) restringir a participação de pretensos licitantes que não possuem qualificação t*écnica-operacional*, a ser comprovada com atestados técnicos, para a execução do objeto, podendo, para tanto, se valer de exigências razoáveis. Tal comportamento passa longe de ser ofensor ao *princípio da isonomia*, ao tempo que a exigência, na verdade, visa a efetivar o *interesse público*.

Essa conclusão não é inovadora, já tendo alguns dos maiores publicistas pátrios enfocado o tema e palmilhando pela mesma senda, como, *v.g.*, CARLOS ARI SUNDFELD que de forma sábia, após mergulhar com fôlego sobre o tema, posicionou-se com a seguinte pena:

> É válida a exigência de comprovação de aptidão técnico-operacional, admitindo-se, inclusive, condicionamentos relativos a quantidades mínimas e prazos máximos;
>
> É juridicamente viável a exigência de comprovação de aptidão técnico-operacional, mesmo quando já ter sido exigido prova de aptidão técnico-profissional. As duas exigências não são excludentes entre si. Ao contrário, são complementares e perfeitamente aplicáveis num mesmo certame.[29]

---

[28] Cf. nesse sentido: PONTES FILHO, Valmir. Concorrência de obra e serviço de engenharia – comprovação da capacidade técnico-operacional dos licitantes. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros, n. 30/2000, p. 129: "*... quando o prefalado art. 30,* caput*, II, da Lei de Licitações, falou em* comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, *fê-lo exatamente para conferir ao Estado-administração não só o poder, mas o dever de impor aos licitantes a comprovação de sua aptidão técnico operacional."*

[29] SUNDFELD, Carlos Ari. A habilitação nas licitações e os atestados de capacidade técnico operacional, p. 122.

O mesmo autor, no mesmo trabalho, exemplifica:

> O edital pode, como condição da aceitação do atestado, exigir que ele se refira a obras ou serviços com certa dimensão. Se a licitação se destina a contratar a construção de obra gigantesca, seria irracional considerar qualificada para realizá-la uma empresa que só houvesse enfrentado obras diminutas.[30]

Na mesma senda ADILSON DALLARI com maestria firmou:

> O que a Constituição autoriza e determina [vide art. 37, XXI, *in fine*] ao legislador que exija não é a comprovação de uma qualificação técnica hipotética ou abstrata, mas, sim, de qualificação técnica (tanto profissional quanto operacional) necessária para garantir a fiel execução de uma determinada obra que é posta em disputa por meio de uma determinada licitação.
>
> ... pode a Administração Pública, no edital, exigir que o licitante comprove a execução anterior de obras e serviços em quantidades compatíveis com o objeto do futuro contrato em disputa e através de um único contrato.[31]

VALMIR PONTES FILHO ao enfocar sua inteligência a respeito de exigência em edital de atestados de *capacidade técnica-operacional* também não vislumbra qualquer ofensa à lei, desde que verificado o *princípio da razoabilidade*, ou seja, desde que as exigências sejam adequadas à complexidade e natureza do serviço a ser contratado e que digam com as suas características, quantidades e prazos.[32]

TOSHIO MUKAI também não hesitou em afirmar que a Lei nº 8.666/93 estabelece que a qualificação técnica dos licitantes deve ser demonstrada por meio de atestados que comprovem a aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação.[33]

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO também já se posicionou sobre o tema de forma precisa, senão vejamos:

> Já a evolução da jurisprudência do TCU merece especial atenção. Na decisão 395/95, o TCU manifestava-se pela

---

[30] Ibidem, p. 119.

[31] DALLARI, Adílson de Abreu. Licitação – comprovação de capacidade técnico-operacional, p. 152-153.

[32] PONTES FILHO, Valmir. Concorrência de obra e serviço de engenharia – comprovação da capacidade técnico-operacional dos licitantes. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros, n. 30/2000, p. 133.

[33] MUKAI, Toshio. Exigibilidade de atestados de capacidade técnico-operacional. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros, n. 14/1996, p. 100-101.

possibilidade de exigência de comprovação de ambos os aspectos da capacitação técnica.

...

Em decisão posterior (12.4.2000), o TCU reconheceu a possibilidade de exigências de quantitativos mínimos e prazos máximos para capacitação técnica operacional [Decisão nº 285/2000].[34]

Na mesma linha observamos também alguns julgados:

... a capacidade técnico-operacional do licitante resulta de sua própria experiência anterior [...]. Não se exige que tais atestados se refiram a objeto idêntico, bastando que os serviços ou obras sejam similares, ou seja, sejam compatíveis em características, quantidades e prazos (art. 30, II) e de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior à do objeto da licitação (art. 30, § 3º).[35]

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EXIGÊNCIA NO EDITAL. CAPACITAÇÃO TÉCNICA DO LICITANTE. POSSIBILIDADE, ART. 30, II, DA LEI 8.666/93.
A exigência, no edital, de capacitação técnico-operacional, não fere o caráter de competição do certame licitatório.
Precedentes do STJ. Recurso Provido.[36]

LICITAÇÃO - CAPACIDADE TÉCNICA - Apresentação de capacidade operacional em número inferior ao exigido no edital. Quantitativos e prazos. Proporcionalidade com o objeto da licitação. Segurança denegada. Recurso improvido. Ap. Cível 57.513-5/1 - Relator Des. Alves Beviláqua - Tribunal de Justiça de São Paulo.[37]

Assim, não observamos qualquer ilegalidade ou ilegitimidade em cláusula editalícia que venha trazer como exigência a comprovação, mediante a apresentação de atestado(s) fornecido(s) por pessoa(s) física(s) ou jurídica(s), que a

[34] Apud, JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações ...*, p. 323.
[35] TCE/SP, apud, SUNDFELD, Carlos Ari. A habilitação nas licitações e os atestados de capacidade técnico operacional, p. 112.
[36] STJ, REsp. 155.861-SP, 1ª T., rel. Min. Humberto Barros, unânime, DJU, 8.3.1999, p. 114.
[37] Revista interesse público. Porto Alegre: Nota Dez. n. 20, 2003, p. 183-184.

empresa licitante tem a experiência necessária para o cumprimento do objeto licitado, desde que tais exigências venham ao encontro do *interesse público* de modo razoável (justificável), vez que conforme demonstrado é plenamente possível exigir que o contratado tenha uma *experiência técnico-operacional* mínima para uma perfeita execução do futuro contrato, inclusive com especificação de quantitativos e prazos, assegurando desse modo a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

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:

PEDRA, Anderson Sant'Ana. A HABILITAÇÃO TÉCNICA-OPERACIONAL NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 31, julho/agosto/setembro de 2012. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-31-JULHO-2012-ANDERSON-PEDRA.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 REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - 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 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais: