



O Advogado-Geral do Estado, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada, proferiu no Parecer abaixo o seguinte Despacho:

“Aprovo. Em 7/10/2008”

Procedência: Procuradoria do DER/MG

Interessado: Procurador-Chefe do DER/MG

Número: 14.874

Data: 7 de outubro de 2008

Ementa:

LICITAÇÃO – PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DE EDITAIS – PROGRAMA MINEIRO DA QUALIDADE E PRODUTIVIDADE NO HABITAT – PMQP-H – DECRETO ESTADUAL Nº 43.418/2003 – CERTIFICADO DE GESTÃO DE QUALIDADE – ENTENDIMENTOS DA ASSESSORIA JURÍDICA DO SETOP E DO DER – DIVERGENCIA – UNIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO.

RELATÓRIO

A Procuradoria do DER/MG, através do Procurador-Chefe, João Viana da Costa, por meio do Ofício nº 074/2008/PRC/GAB, encaminha expediente administrativo para análise e manifestação a respeito da solicitação da Secretaria de Transportes e Obras Públicas para alteração dos editais de licitação a fim de se inserir cláusula exigindo o Certificado de Habilitação emitido pelo PMQP-H como requisito de habilitação das empresas partícipes.

Dá notícia o expediente do Programa Mineiro da Qualidade e Produtividade no Habitat – PMQP-H, criado através do Decreto nº 43.418/2003, visando alcançar a melhoria da qualidade das obras públicas através da contratação de empresas que possuam certificados do seu sistema de gestão da qualidade.

Em andamento ao citado programa, informa a realização de acordos setoriais previstos no citado Decreto 43.418/2003, para



alteração dos editais de licitação apresentados pela SETOP, pelo DER e pelo DEOP, a fim de se incluir cláusula exigindo a comprovação do aludido certificado emitido pelo PMQP-H.

A análise da questão foi feita pelas assessorias jurídicas da SETOP e do DER, respectivamente, que concluíram de forma diversa, a primeira opinando pela possibilidade da alteração dos editais para proceder a inclusão da cláusula aludida. Noutro turno, a Assessoria Jurídica do DER/MG, opinou pela impossibilidade de inclusão.

É o breve relatório. Passo a opinar.

PARECER

A Constituição da República proclama, no art. 22, XXVII, ser da União a competência privativa para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação”.

A norma que rege as licitações e contratos no âmbito da Administração Pública é aquela veiculada na Lei 8.666/93. No que tange aos requisitos referentes à habilitação técnica dos licitantes, a citada lei trata do tema no artigo 30.

No âmbito administrativo impera o princípio da legalidade, de forma que a Administração Pública não tem vontade própria, podendo agir apenas dentro dos limites legais, posto não haver liberdade para fugir das normas que regem as licitações, devendo a lei ser aplicada rigorosamente.

Sobre o tema, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, inciso XXI, dispõe que:

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



Pertinente às exigências de qualificação técnica, o artigo da Lei 8.666/93 dispõe:

A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se á:

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;

III – comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV – prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º - A comprovação de aptidão referida no inciso II do caput deste artigo, no caso de licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I – capacitação técnico-profissional; comprovação do licitante 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.



É cediço aos aplicadores da norma em espeque, a problemática envolvida na exegese do artigo ora transcrito, isto se deve ao fato de, na dicção de **Marçal Justen Filho**, *“ser impossível à lei minudenciar limites precisos para as exigências que a Administração adotará. Por outro lado, houve vetos presidenciais que desnaturam a sistemática adotada pelo legislador. O art. 30 teve a sua racionalidade comprometida em virtude destes vetos. Logo, é impossível afirmar com certeza que determinada interpretação é a única (ou melhor) comportada pela regra. Trata-se de uma daquelas hipóteses em que a evolução social (inclusive e especialmente em face da jurisprudência) determinará o conteúdo da disciplina para o tema.”* (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, 12ª edição, pág. 404/405).

Diante da ponderação acima, não é de se surpreender a adoção de entendimentos opostos nos pareceres exarados pelas Assessorias Jurídicas da SETOP e do DER, que se fundam, ambos, em fortes e sustentáveis argumentos jurídicos.

No entanto, no âmbito da Administração Pública, imperiosa se faz a adoção de entendimento uníssono, a fim de uniformizar os procedimentos administrativos, pelo que a questão será analisada pela Consultoria Jurídica com a ressalva acima, notadamente, na hipótese em estudo, qual seja, a inserção de cláusula editalícia prevendo a exigência de apresentação pelos partícipes, de certificado expedido pelo Programa Mineiro da Qualidade e Produtividade no Habitat – PMQP-H criado pelo Decreto n. 43.418/2003.

Em primeiro plano, cediço que a lei não deve ser interpretada literalmente, mas conjugada com os dispositivos que regem a matéria. Assim, retira-se do inciso II do citado artigo 30, combinado com o §1º, inciso I do mesmo artigo da Lei de Licitações, a possibilidade de se introduzir nos editais requisitos atinentes à apresentação de atestados de capacidade técnico-operacional.

O §3º também do citado artigo 30, permite a comprovação da aptidão dos licitantes, por meio de certidões ou atestados de obras ou serviços similares ao objeto da licitação.

O que se deve observar é o atendimento do interesse público, mesmo que haja menor número de licitantes, pois o que se objetiva é o acolhimento da proposta mais vantajosa, que satisfaça a coletividade não só no aspecto financeiro, mas também pelo padrão mínimo de qualidade/técnica do bem.



Aliás, a realização deste interesse é a causa do procedimento licitatório. Assim, como mencionado em parecer exarado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo que instrui a consulta, “...é lícito que o poder público procure se cercar de todas as garantias a respeito da real capacidade técnica de seu futuro contratante, sempre em vista de que lhe seja assegurado o devido cumprimento das obrigações pactuadas (art. 37, inc. XXI, da CF).”

Por outro vértice, é notório que a Lei 8.666/93 reduziu a margem de liberdade da Administração Pública ao propor limitações no âmbito das exigências de habilitação, com o escopo de se evitar que exigências formais e desnecessárias pudessem restringir a participação de licitantes.

No entanto, ao comentar acerca das exigências técnicas, **Marçal Justen Filho** entende que “... a disciplina adotada originalmente acabou desfigurada em virtude dos vetos. Por resultado, tornou-se muito difícil a Administração estabelecer regras adequadas para avaliar a capacitação técnica dos interessados, o que pode representar ampliação do universo de participantes às custas da ampliação do risco de contratos mal executados e de sérios prejuízos aos interesses colocados sob tutela do Estado. Como resultado, a praxe administrativa, a jurisprudência dos tribunais (inclusive das Cortes de Contas) e a doutrina vêm buscando uma solução para a dificuldade.” (Obra citada, pág. 405)

No caso específico de contratações de obras públicas, portanto, entende-se que cabível a novel exigência, pois ainda no dizer do renomado autor “o conteúdo e a extensão da qualificação técnica dependem diretamente do objeto da licitação. Ao definir o objeto a ser contratado, a Administração Pública está implicitamente delimitando a qualificação técnica que os eventuais interessados em participar da licitação deverão apresentar.” (Obra citada, pág. 406)

Noutras palavras, o interessado deve ser titular de condições efetivas para garantir a cabal execução do contrato, e tratando-se de obras públicas de grande vulto e voltadas para a comunidade, devem ser afastados eventuais defeitos da prestação do serviço, e perseguidas condições tais que impliquem em redução de custo atrelada à qualidade.



E, no caso em tela, o Decreto Estadual nº 43.418/2003, buscando tal objetivo, estabeleceu ações visando o desenvolvimento econômico no setor de transportes e obras públicas e o incremento de metodologia de engenharia e sistemas construtivos de qualidade, reduzindo os custos finais de investimento público.

Dentre as ações previstas, está a realização de acordos setoriais visando a melhoria dos processos de gestão e contratação, e ainda, em seu artigo 3º que *“as instituições públicas do Estado, responsáveis pela gestão de contratos, deverão inserir em seus processos licitatórios todo e qualquer procedimento estabelecido nos acordos relacionados aos programas setoriais de qualidade”*.

Jessé Torres Pereira Júnior leciona que *“percebe-se claramente a convergência dos entendimentos da doutrina e jurisprudência pátria no sentido de se considerar perfeitamente legítima a inserção de exigência, nos editais de licitações públicas, como requisito prévio à habilitação, de comprovação da capacidade técnica dos interessados em contratar com a Administração, sendo amplamente majoritária a concepção de que a comprovação dessa qualificação técnica deve abranger tanto o aspecto operacional como o profissional, consoante inteligência do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal c/c o art. 30, II, da Lei nº 8.666/93. Nesse contexto, pode-se concluir que a entidade que promove a licitação deve fundamentar adequadamente a exigência da capacidade técnica, demonstrando de forma inequívoca sua imprescindibilidade e pertinência em relação ao objeto licitado, de modo a afastar eventual possibilidade de restrição ao caráter competitivo do certame.”* (Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Ed., Renovar, 7ª edição, pág. 391).

Em parecer, o Professor **Antônio Carlos Cintra Amaral** expõe que: *“Não encontramos absolutamente nenhum argumento favorável à licitação pública aberta a todos e admitimos sem reserva o ponto de vista segundo o qual, quando a licitação faz apelo à concorrência, é absolutamente essencial que, para cada empreendimento licitado, a concorrência pública se limite às empresas cuidadosamente escolhidas em função da importância e da natureza das obras, e reconhecidamente capazes de empreitar e executar o trabalho com os necessários requisitos de qualidade”*.

Diante do objeto a ser licitado, a lei faz alusão à comprovação da aptidão do interessado, posto que a satisfação quanto à execução das obras ou serviços decorre diretamente da habilidade do partícipe.



Não se pode olvidar ainda o rigor das exigências de capacitação técnica em certames para obras e serviços, em razão da própria e natural complexidade.

Por isso, a Administração Pública deverá sempre identificar no objeto licitado, todos os caracteres que demonstrem sua complexidade e o distinguem dos demais, a fim de motivar o ato. Noutras palavras, incumbe à Administração justificar as exigências do edital, posto que, segundo **Marçal Justen Filho** “*assim o é porque foi a Constituição que determinou a admissibilidade apenas das mínimas exigências possíveis. Portanto, quando a administração produzir exigências maiores, recairá sobre ela o dever de evidenciar a conformidade de sua conduta em face da Constituição.*”

A propósito, aplica-se por analogia o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em julgamento acerca do cabimento de requisitos de qualificação técnica operacional:

Mandado de Segurança. Concorrência Pública. Exigência de Comprovação de Capacidade Técnico-Operacional da Empresa para Execução de Obra Pública. A exigência não é ilegal, se necessária e não excessiva, tendo em vista a natureza da obra a ser contratada, prevalecendo, no caso, o princípio da supremacia do interesse público. Art. 30, Lei das Licitações. Por conseguinte, também não se reconhece ilegalidade na proposição quando a exigência está devidamente relacionada com o objeto licitado, inexistindo qualquer alegação de excessividade, ou seja, de exigência de experiência anterior superior, mais intensa ou mais completa do que o objeto licitado. Exegese do dispositivo infraconstitucional consoante à Constituição, às peculiaridades do certame e suma exigência da supremacia do interesse público, haja vista que o recapeamento de um trecho do asfalto de uma cidade, com ao de São Paulo, deve ser executado imune de qualquer vício de sorte a não fazer incidir serviços contínuos de reparação. (REsp nº 331.215/SP, 1ª T. , rel. Min. Luiz Fux, j. em 26.03.2002, DJ de 27.05.2002, p. 129) (G. N.)

Por derradeiro, recente julgado da mesma Corte Superior, opinando favoravelmente à exigência de comprovação de aptidão técnica no Edital de Licitação por meio de atestados:



Mandado de Segurança. Licitação. Artigo 30, II, § 1º da Lei n. 8.666/93 – Certificação dos Atestados de Qualificação Técnica – Ausência do Registro no CREA – Violação à Lei de Licitação. O artigo 30, inciso II, § 1º. da Lei de Licitações, determina a comprovação de aptidão técnica, no caso de licitações pertinentes a obras e serviços, por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou provado, devidamente certificados pela entidade profissional competente. In casu, porém, a empresa recorrida foi excluída de processo licitatório, na fase de habilitação, por não ter registrado no CREA o atestado, fornecido por pessoa jurídica de direito privado, que comprovava a execução de estrutura metálica com vão livre superior a vinte metros, conforme determinava o Instrumento Editalício. É certo que o edital pode estabelecer exigências que particularizem as diretrizes elencadas pela lei, para que seja realmente aferida a capacidade técnica e operacional das empresas candidatas à execução da obra ou serviço. Não se pode, todavia, admitir a faculdade de excluir disposições legais que tem por finalidade justamente a garantia das apresentadas pelas licitantes por órgão oficial. (REsp 324498 – SC – 2ª Turma, Rel. Ministro Franciulli Netto – DJU 26.04.2004, p. 158) (G. N.).

CONCLUSÃO

Pelo exposto, opina esta Consultoria Jurídica pela possibilidade de alteração dos editais de licitação da SETOP, DER e DEOP, nos termos dos acordos setoriais firmados com esteio no Decreto Estadual 43.418/2003, para incluir a exigência, quando da habilitação, de apresentação pelos partícipes do Certificado de Qualidade expedido pelo PMQP-H.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 03 de outubro de 2008

Ana Paula Muggler Rodarte

Procuradora do Estado

Masp 598204.6 - OAB/MG 68.212

“APROVADO EM”: 05/06/2008

SÉRGIO PESSOA DE PAULA CASTRO

Consultor Jurídico Chefe

Masp 598.222-8 - OAB/MG 62.597