

Procedência: Secretaria de Estado de Casa Civil e de Relações Institucionais

Interessado: Secretária de Estado

Número: 15.245

Data: 30 de abril de 2013

Ementa:

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO – PROGRAMA MINEIRO DA QUALIDADE E PRODUTIVIDADE NO HABITAT – PMQP-H – DECRETO ESTADUAL Nº 43.418/2003 – ACORDOS SETORIAIS FIRMADOS PARA INCLUSÃO EM EDITAIS DE OBRAS PÚBLICAS A EXIGÊNCIA DE CERTIFICADO DE GESTÃO DE QUALIDADE – ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO NORMATIVO LEGAL – ENTENDIMENTO ANTERIOR CONSUBSTANCIADO PELO PARECER 14.874/2008 DA ADVOCACIA GERAL DO ESTADO – SUPERVENIÊNCIA DA SÚMULA 171/2011 DO TRIBUNAL DE CONTAS DE MINAS GERAIS – DISCRICIONARIEDADE DO GESTOR PÚBLICO - FLEXIBILIZAÇÃO DO ENTENDIMENTO.

RELATÓRIO

Vem a esta Advocacia-Geral do Estado, por meio do OG.GAB.SEC. nº 246/13, consulta formulada pela Secretaria de Estado de Casa Civil e de Relações Institucionais, na pessoa da ilustre Secretária de Estado, Maria Coeli Simões Pires, solicitando análise concernente à constitucionalidade do Decreto nº 43.418, de 8 de julho de 2003, que dispõe sobre o Programa Mineiro da Qualidade e Produtividade no Habitat (PMQP-H).

Traz a consulta a informação de recentes questionamentos formulados por partícipes em licitações promovidas pelo DER/MG, conforme relato do Secretário de Estado Extraordinário para Coordenação de Investimentos.

Ana Paula Muggler Rodarte
PROCURADORA DO ESTADO
MASP 598204-6 / CAB/MG 68.212



Acostado ao expediente de consulta, cópia do mencionado decreto.

Recebido o expediente pela Consultoria Jurídica da AGE, entendeu-se por promover ao Procurador-Chefe do DER/MG, a fim de colacionar os referidos questionamentos em licitações promovidas, conforme informado na consulta, bem como o posicionamento adotado pela autarquia quanto ao tema.

Após promover buscas internas, retornou o expediente instruído pela impugnação apresentada pela Construtora Gomes Lourenço S/A, sediada no Estado de São Paulo, contra a exigência de Certificação no PMPQ-H, dentre outros aspectos, relativa ao edital 046/2012 sob a alegação de afronta aos artigos 3º e 30, ambos da Lei nº 8.666/93.

Ainda foram juntadas a Nota Jurídica s/nº exarada pela Procuradoria do DER/MG denegatória do recurso administrativo aviado e as Notas Técnicas nº 2083/2008 e 2068/2008 elaboradas pelas Assessorias Jurídicas do SETOP e DER/MG, respectivamente, tecendo entendimentos conflitantes no que concerne à exigência do Certificado de Habilitação emitido pelo PMQP-H como requisito de habilitação das empresas partícipes nas licitações para obras encetadas pela citada autarquia.

É o breve relatório. Passo a opinar.

PARECER

A questão trazida para análise jurídica concernente à constitucionalidade do Decreto nº 43.418/2003, instituidor do Programa Mineiro da Qualidade e Produtividade no Habitat – PMQP-H, não é nova nesta Casa, sendo objeto de estudo anterior resultante no Parecer nº 14.874/2008 da lavra desta procuradora signatária.

Naquela oportunidade questionava a Secretaria de Transportes e Obras Públicas acerca da possibilidade de promover alteração nos 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.

Ana Paula Muggler Rolarte
PROCURADORA DO ESTADO
MASP 598204-A - OAB/MG 68.212



A questão apontava dissidência de opiniões jurídicas traduzidas em entendimentos conflitantes no âmbito da SETOP e do DER/MG, sendo adotado por derradeiro, o entender desta Casa, opinativo de maneira favorável ao prescrito pelo decreto, demonstrada sua legalidade e pertinência para recomendar a alteração dos editais a fim de adequá-lo ao texto normativo estadual, em cumprimento aos acordos setoriais encetados.

Decorrido um lustro, novamente instada a Advocacia-Geral do Estado acerca da exigência vez que erichada a dúvida de sua constitucionalidade pela notícia de recentes questionamentos em procedimento licitatório promovido pelo DER/MG.

Feita a necessária digressão fática, enfrenta-se o tema a partir da contextualização legal aplicável, como primeira premissa, e, após, serão analisados os pontos de discussão sobre eventual ilicitude ou inconstitucionalidade da exigência pelos órgãos públicos, para ao final do estudo sistematizado, concluir pela manutenção ou não do entendimento apostado no Parecer 14.874/2008 desta Casa a fim de orientar o gestor público em seu atuar, nada obstante a margem discricionária que reveste a prática de seus atos.

Neste caminhar, afere-se que o Programa Mineiro de Qualidade e Produtividade foi instituído pelo Decreto 39.561/1998, com a finalidade de melhorar a qualidade de vida por meio da excelência em produtos e serviços, na dicção de seu art. 1º. O citado programa passou a ser regulado posteriormente pelo Decreto n. 45.195/2009 que revogou o anterior e trouxe em seu bojo a previsão do Programa Mineiro da Qualidade e Produtividade no Habitat – PMPQ-H como integrante do PMQP, nos termos do §2º do art. 2º.

O normativo legal específico dispendo acerca do Programa Mineiro da Qualidade e Produtividade no Habitat – PMQP-H é consubstanciado pelo 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.

Os objetivos do Programa Mineiro de Qualidade e Produtividade estão relacionados nos incisos do art. 2º:

I – promover a implantação de metodologia de engenharia de valor nos projetos de obras e serviços públicos contratados pelo Governo do Estado;

Ana Paula Miggler Rodarte
PROCURADORA DO ESTADO
MASP 598204-6, OAB/MG 68.212



II - utilizar o poder de compra do Governo do Estado como instrumento indutor da qualidade e competitividade no âmbito dos transportes e das obras públicas;

III - zelar pela qualidade dos materiais, componentes e sistemas construtivos utilizados nos projetos de obras e serviços, visando à adequação de sua utilização às normas técnicas e à redução dos custos finais dos investimentos públicos;

IV - melhorar a qualidade com o objetivo de reduzir o custo final no âmbito dos transportes e obras públicas de responsabilidade do Estado;

V - apoiar a implementação de programas municipais que tenham em vista a qualidade do desenvolvimento urbano.

Parágrafo único. Os objetivos do PMQP-H serão alcançados por meio de:

I - melhoria dos processos de gestão e contratação, levados a efeito no âmbito da Administração Pública Estadual;

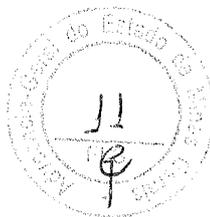
II - acordos setoriais promovidos por representantes legais dos setores público e privado.

Concernente à prática questionada objeto de análise jurídica, prevê o art. 3º do aludido decreto:

Art. 3º - 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.

Nesta toada, em cumprimento ao preconizado pelo normativo estadual, foram realizados os acordos setoriais previstos no inc. II, § 1º do art. 2º, e, em cumprimento a estes, promoveu-se a 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.

Andréia Muggler Rolante
PROCURADORA DO ESTADO
MASP 303204-6 - OAB/MG 68.212



Paralelamente, no âmbito federal, a Lei nº 8.666/93 regente das licitações e contratos no âmbito da Administração Pública, dispõe em seu artigo 30 os requisitos referentes à habilitação técnica dos licitantes:

Art. 30. 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;

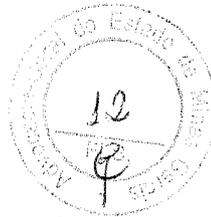
III – comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

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 do SETOP e do DER, que se fundaram, à época, em fortes e sustentáveis argumentos jurídicos.

Noutro dizer, a análise da questão foi feita pelas assessorias jurídicas da SETOP e do DER, respectivamente, concluindo de forma diversa; a primeira, opinativa pela possibilidade da alteração dos editais para proceder à inclusão da cláusula aludida. Noutro turno, a Assessoria Jurídica do DER/MG, opinou pela impossibilidade de inclusão diante da não previsão no preconizado art. 30.

No entanto, como advertido em sede do citado Parecer 14.784/2008, no âmbito da Administração Pública, imperiosa a adoção de entendimento uníssono, a fim de uniformizar os procedimentos administrativos.

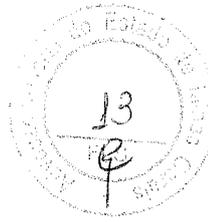
Neste passo, a exegese conjugada dos dispositivos de lei citados, notadamente o inciso II do citado artigo 30 combinado com o §1º, inciso I do mesmo artigo da Lei de Licitações, entendeu-se pela licitude de se introduzir nos editais de obras os requisitos atinentes à apresentação de atestados de capacidade 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.

Somou-se ao entendimento do intérprete da norma legal, o atendimento ao interesse público, posto que, ainda que haja menor número de licitantes, objetiva-se 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 público a ser licitado.

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 instruiu à consulta formulada nos idos de 2008, “...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).”

Ana Paula Muggler Rolante
PROCURADORA DO ESTADO
MASP 598204-8 - OAB/MG 68.212



No caso em estudo, o cerne da matéria refere-se à viabilidade e possibilidade de o Estado de Minas Gerais, ao promover certames tendo por objeto obras públicas, disponha, dentre os requisitos de especificação técnica dos editais, a exigência de que o interessado comprove sua adesão ao PMQP-H.

Partindo desta premissa, cediço que dentre os objetivos da licitação, a doutrina clássica reconhece a sua função de viabilizar que o Estado firme o negócio mais vantajoso.

Tem-se, outrossim, a garantia de que os interessados em disputar o objeto serão tratados isonomicamente durante o procedimento seletivo. É posição assente, destarte, que a licitação busca prestigiar a igualdade em favor dos interessados no certame e, ainda, consagrar a eficiência das contratações administrativas, mediante garantia da celebração do melhor acordo administrativo possível na espécie.

Tal posição é pacificada na Casa, sendo objeto de inúmeros estudos, dentre os quais se retira análise detalhada no corpo do Parecer n. 15.214 da Procuradora do Estado Raquel Melo de Urbano Carvalho:

“Mais recentemente, outros objetivos foram expressamente atrelados à licitação. Para que fosse possível ampliar a compreensão das finalidades do certame seletivo, primeiro reestruturou-se a própria idéia de vantajosidade como objetivo licitatório. Além de não se tratar da finalidade única do procedimento, é certo que não se pode definir o contrato mais vantajoso apenas com base no benefício econômico da escolha feita pelo Estado. Vantajosidade não se reduz, de modo absoluto, à menor onerosidade. É preciso conjugar a vantagem econômica da proposta com a satisfação do mínimo de qualidade de que necessita a Administração. Outrossim, é cabível entender como vantajosa uma licitação que é instrumento de execução de políticas públicas essenciais à sociedade, com amparo na Constituição e na legislação em vigor. Certo é que se pode reconhecer a licitação, atualmente, como um meio: a) de se regular a atividade econômica; e b) de promover o desenvolvimento nacional sustentável.

A licitação define de quem a Administração comprará bens, contratará prestação de serviços ou execução de obras, quando cabível a execução indireta de tais objetos. O procedimento direciona o emprego das dotações orçamentárias e canaliza o poder de compra do Estado em favor do licitante que, atendendo as condições fixadas no instrumento convocatório, oferta a proposta que melhor satisfaz o interesse público.

Ana Paula Muggler Rolante
PROCURADORA DO ESTADO
MAGP 598204-6 - OAB/MG 68.212



No estabelecimento das regras que normatizarão a escolha daquele que, no mercado, será beneficiado com negócio firmado com o Poder Público, cumpre observar os preceitos da Constituição. Destaca-se o artigo 174 da CF que prevê o papel do Estado de regular a atividade econômica em sentido amplo. Fica claro, até mesmo em razão de dispositivo constitucional, a legitimidade de o certame seletivo revestir-se de função regulatória da atividade econômica.”

Esta realidade se vê em recentes julgados proferidos pelos Tribunais Superiores pátrios, no sentido de admitir leis dispendo acerca da licitação como forma de regulação e restrição no mercado.

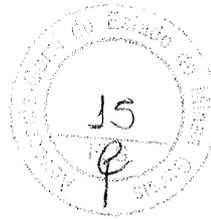
Raquel Melo Urbano de Carvalho dá a conhecer que:

“nesse mesmo sentido, confira-se o magistério de Luciano Ferraz ao analisar a decisão do STF na ADI nº 1.723: “O STF, neste caso, admitiu que a lei excluísse determinado segmento de empresas da participação na licitação. É dizer: admitiu que a lei estadual, ao tratar da licitação, servisse como instrumento de regulação (restrição) de mercado.” (FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, ano XXVII, v. 72, n. 3, p. 30, jul-set/2009) A doutrina menciona também a regulação por intermédio de medidas administrativas sempre que estiver em jogo a satisfação do interesse público por meio da licitação. Aqui cabe falar na garantia de competição no mercado (estímulo à concorrência leal), bem como na garantia de qualidade nas contratações da Administração. (FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação, op. cit, p. 32)”

E continua:

“A esse propósito, Luciano Ferraz analisa uma série de situações em que escolhas administrativas na licitação significam regulação da atividade econômica. Segundo o professor mineiro, “O que se percebe é que a partir duma leitura constitucionalizada da licitação prescrevem-se-lhe outros papéis fundamentais e importantes numa economia de mercado. Mas para tanto é preciso aceitar mudanças; perceber que a licitação não é um fim em si, mas instrumento de alcance e garantia do interesse público, que nem sempre cabe, tal como se imaginou no passado, dentro da rigidez dos códigos.” (FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação, op. cit., p. 33-35)”

Ana Paula Muggler Rolante
PROCURADORA DO ESTADO
INSP 598204-6 - OAB/MG 68.212



O que se percebe nesta visão contemporânea dos novos rumos do direito administrativo, é a possibilidade de se fundamentar novas regras pertinentes à licitação, com mecanismos que operacionalizem objetivos múltiplos a serem ponderados diante da realidade administrativa mediante o adequado direcionamento do poder de compra do Estado.

Tal direcionamento atenta para a necessidade de a relação custo-benefício das contratações públicas não se reduzir à fixação do menor preço, mas à definição do melhor negócio possível, numa perspectiva ampliada dos múltiplos interesses e vinculações públicas incidentes na espécie.

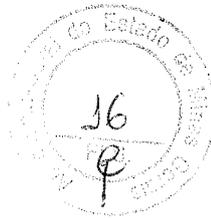
Doutro turno, a fim de se evitar a possível discussão em torno da constitucionalidade, ou não, de alguma exigência específica no tocante a um objeto licitado que, ao final, será contratado pela Administração, de forma a afastar a possibilidade do mesmo ser considerado arbitrário, o requisito fixado no instrumento convocatório, deve ser buscado de maneira a afastar qualquer ofensa à isonomia ou razoabilidade, tendo em vista as necessidades administrativas presentes na espécie.

No entanto, frise-se, todo o raciocínio deve ser atrelado ao cumprimento das exigências legais incidentes na espécie, não excluída a celebração de negócios vantajosos para a Administração, *entendida a vantajosidade em uma perspectiva ampla de alcance do interesse público primário, como reforçado em diversos pareceres desta Casa*, e que o Poder Público estabeleça o mínimo de competência técnica necessária para execução do objeto de que necessita.

As formas de regular o uso do poder de compra do Estado, de modo a estabelecer exigências em situação como a descrita, coadunam com a concepção do interesse público primário em um sentido amplo, aliado à concepção de eficiência administrativa.

E, no caso específico da certificação do PMQP-H é cediço que a sua obtenção é acessível a quaisquer empresas, bastando aderir ao programa mediante preenchimento e envio de termo de adesão, junto à remessa do Manual de Qualidade da empresa, não configurando a hipótese vedada de se exigir custos adicionais ou prévios para a empresa partícipe, conforme informado no sítio eletrônico da SETOP.

Ana Paula Muggler Rodarte
PROCURADORA DO ESTADO
MASP 598204-0 OAB/MG 68.212



Por isso, frise-se, é razoável o critério adotado, não se vislumbrando desatenção à efetiva isonomia, uma vez que, embora a Construtora Gomes Lourenço, para citar a impugnação recente que gerou a consulta, seja sediada no Estado de São Paulo, não havia impedimento da mesma em aderir ao dito programa.

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.

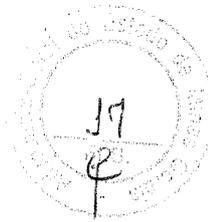
No entanto, ao comentar acerca das exigências técnicas, **Marçal Justen Filho** entende que “... a disciplina adotada originalmente acabou desfigurada em virtude dos vetos. Por resultado, tornou-se muito difícil a Administração estabelecer regras adequadas para avaliar a capacitação técnica dos interessados, 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, favorável a tese desenvolvida, 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, 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.

Ana Paula Muggler Rodarie
PROCURADORA DO ESTADO
MASP 598204-6 - OAB/MG 68.212



Em cumprimento ao texto normativo, dentre as ações previstas, frise-se, 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”*.

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”*.

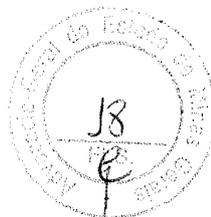
Diante do objeto a ser licitado, a lei faz alusão à comprovação da aptidão do interessado, posto que a satisfação quanto à execução das obras ou serviços decorre diretamente da habilidade do partícipe. Não se pode olvidar ainda o rigor das exigências de capacitação técnica em certames para obras e serviços, em razão da própria e natural complexidade.

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.”*

De toda sorte, é salutar a criação de mecanismos que aprimorem as contratações no setor público, a exemplo da criação de programas e certificados de qualidade que subsidiem os processos licitatórios, sob o argumento de que a Lei de Licitações oferece respaldo a tal opção administrativa.

A par da interpretação restritiva acerca das exigências limitadoras da qualificação técnica aferida da leitura dos artigos 27 e 30 da Lei nº 8.666/93, concluir-se-á, a primeira vista, pela ilicitude de adoção de certificados e programas de qualidade com caráter eliminatório, na fase de habilitação.

Ana Paula Muggler Rodarie
PROCURADORA DO ESTADO



Esta posição é seguida pelo Tribunal de Contas da União quando da exigência de apresentação do certificado ISO, consolidando-a a partir da Decisão nº 20/1998 (TCU, Plenário, Ata nº 04/1998, Processo TC 700.226/97-4) do Plenário, conforme se retira do voto, afirmou o Ministro Relator:

c) a exigência do Certificado ISO 9001 contraria o princípio da igualdade, pois, além de a certificação ser concedida após vários meses, impõe, para tanto, transformações radicais no processo de fabricação do produto, somente sendo conferido o certificado àquelas empresas que implantam o programa de qualidade;(..)

No tocante ao Certificado ISO 9001, a Unidade Técnica, nas instruções de fls. 21/4 e 35/8, entendeu irregular a exigência, visto que, de um total de quatro milhões de empresas operantes no País, aproximadamente 1.200 possuem o certificado, de forma que esse critério de qualificação prévia constitui uma afronta ao art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993.

Tal entendimento, no sentido de restrição à competitividade, foi adotado em outras decisões do Tribunal de Contas da União, valendo citar as Decisões 1.084/2002 e 1.526/2002 e os Acórdãos nºs 479/2004 e 1.094/2004 do Plenário.

Em interpretação ampliada, o próprio Tribunal de Contas de Minas Gerais publicou em 12/12/2011 a Súmula 117 dispondo que “*nos atos convocatórios de licitação, as Administrações Públicas Estadual e Municipais não poderão exigir apresentação de certificado de qualidade ISO ou outro que apresente as mesmas especificidades como requisito para habilitação de interessados e classificação de propostas.*”

Neste ponto, cabe ao administrador público demonstrar que o certificado porventura exigido não “*apresenta as mesmas especificidades*”, ao teor da súmula, e, de fato, como mencionado, no caso específico da certificação do PMQP-H, basta que as empresas do ramo adiram ao programa mediante preenchimento e envio de termo de adesão, junto à remessa do Manual de Qualidade da empresa, sem pagamento de custos adicionais.



Atinente às certificações da linha ISO, sabido que não basta a empresa pleitear, posto existir um longo processo de avaliação da interessada em que devem restar comprovados todos os requisitos para obtenção do certificado, haja vista o percentual mínimo de empresas contempladas pelo selo, nos termos do acórdão do TCU acima colacionado.

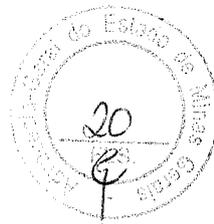
É de MARÇAL JUSTEN FILHO a explanação de que a certificação ISO *“somente é obtida após um procedimento razoavelmente longo. Apenas após o decurso de meses é que uma empresa pode dispor da certificação. Então, é impossível obter a certificação no espaço de tempo que media a publicação do aviso da licitação e a data prevista para entrega dos envelopes. Logo, se a certificação ISO fosse estabelecida como requisito de habilitação, somente poderiam participar da licitação aquelas empresas que já conhecessem de antemão a exigência. Estaria frustrada a competitividade e tornada ineficaz legal de prazo mínimo para instauração do certame”*. (in obra citada, P. 437)

E tal diferenciação é imperiosa, não podem os certificados e programas serem tratados indistintamente, há de se ater aos seus meandros e especificidades próprias. Tanto deve ser assim, que relativo às outras modalidades de certificação, depara-se, com decisões favoráveis como aquela exarada pelo Tribunal de Contas da Bahia, quando do exame da juridicidade de exigência de inscrição dos concorrentes em licitação pública no “Programa de Qualidade de Obras Públicas do Estado da Bahia - Qualiop”, no Processo nº 3489/2004.

Nesta oportunidade, entendeu-se no sentido de que a *“a obrigatoriedade de apresentação pelo licitante de Atestados de Qualificação, vinculados ao Programa de Qualidade de Obras Públicas da Bahia - Qualiop, não fere o princípio da isonomia, já que a legislação não impede que a Administração fixe critérios objetivos e razoáveis, exigindo dos participantes do certame a comprovação de sua qualificação, visando resguardar o Erário e a eficiente execução das obras públicas, principalmente quando encontra respaldo no art. 3º da Lei nº 8.666/1993.”*

Agrega-se, nos termos do Parecer nº 14.874/2008 da AGE, admitir-se o fato de a exigência de inscrição em programa de qualidade não ser, por si só, incompatível com o rol de exigências elencado pelo referido art. 30, inciso II, dispondo acerca da exigência de *“registro ou inscrição na entidade profissional competente, comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação”*.

Paula Muggler Rodaric
PROCURADORA DO ESTADO
CEP 30120-000/MG 68.212 13



Com efeito, sendo observados os princípios da isonomia e da razoabilidade, deve a Administração Pública explicitar no Edital a exigência que se propõe e sua pertinência ao objeto licitado. Neste proceder, opina-se viável o cumprimento de requisitos materializados em programa ou em certificação de qualidade, como forma de traduzir comprovação de aptidão requerida para a entrega do objeto da licitação.

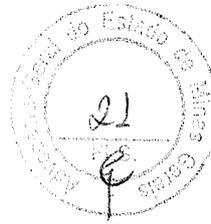
Frisa-se, diante disso, configurar-se exigência submetida à apreciação administrativa, devendo guardar adequação à garantia de entrega do objeto que se pretende contratar, face à sua complexidade técnica.

De toda sorte, nada obstante a demonstração de entendimentos contrários quanto à exigência na fase de habilitação em caráter eliminatório, afere-se que solução livre de questionamentos e, destarte, menos conflitante, seria elencar a exigência de integração aos programas de qualidade como critério de pontuação em licitações técnica e preço, na fase de apresentação das propostas técnicas, ou ainda, outra opção, a exigência da certificação quando da celebração do contrato, afastando-se qualquer questionamento, por se tratar de política pública estadual adotada para a modalidade licitatória.

A aceitabilidade da exigência nas fases subseqüentes do certame, seja na apresentação de proposta técnica, como critério de pontuação, seja ainda na fase da efetiva contratação, são situações que encontram respaldo em jurisprudência do TCU no sentido de que, refutada estaria a imposição de sua apresentação em caráter eliminatório, como se denota do Acórdão nº 1.094/2004 do Plenário do TCU sobre a certificação ISO:

“De fato, este Tribunal não tem admitido que a certificação ISO e outras semelhantes sejam empregadas como exigência para habilitação ou como critério de desclassificação de propostas, podendo-se citar, além da Decisão nº 20/1998 - Plenário, outros precedentes como o Acórdão nº 584/2004 - Plenário. Todavia, é necessário que se diga que o TCU tem aceitado a utilização desse tipo de certificado não como exigência de habilitação, mas como critério de pontuação desde que vinculado tão somente à apresentação de certificado válido, com atribuição de pontos ao documento em si, de forma global pelos serviços de informática prestados, vedada a pontuação

Ana Paula Muggler Rorante
PROCURADORA DO ESTADO



de atividades específicas. Ilustram esse juízo as deliberações constantes da Decisão nº 351/2002 - Plenário e do Acórdão nº 479/2004 - Plenário.”

Cite-se ainda, por oportuno, decisão proferida no Acórdão nº 1107/2006, relativo ao Programa Brasileiro da Qualidade e Produtividade no Habitat no Distrito Federal - PBQP-H/DF, no sentido de que *“é ilegal a exigência de certificação de qualidade como requisito de habilitação em procedimentos licitatórios, admitindo-se sua utilização como critério de pontuação técnica”*.

Nesta hipótese, adverte-se pela necessidade de se adequar os acordos setoriais firmados contemplando tal possibilidade a ser adotada pelo gestor público.

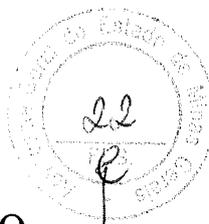
Repisando, noutro dizer, a lei em reforço aos princípios da isonomia e da proporcionalidade, veda critérios subjetivos que possam impactar igualdade ou constranger a competitividade do certame, podendo ser admitido, dentro do poder discricionário do gestor público, outras exigências justificadas pela pertinência ao objeto licitado.

Por isso, cumpre observar, nesse particular, a ocorrência da adequação e pertinência da certificação em relação ao objeto a ser licitado e, somando-se, a objetividade nos critérios para adesão ao programa, no sentido de que seja facilitada a adesão de possíveis interessados, de forma tempestiva e ausente de assunção de custos prévios aos partícipes, permitindo aos interessados a incorporação e adesão aos programas e certificados.

Concluindo, quando as exigências editalícias dizem respeito a certificados advindos de programas integrantes da política pública com regras claras, de prévio conhecimento dos partícipes e calcados nos princípios que norteiam a Administração Pública, soa-nos sua sustentabilidade perante órgãos de controle externo.

Tais ponderações têm a pretensão de demonstrar a existência no ordenamento em vigor de margem discricionária ao gestor público, no norte de ajustar uma política de se exigir certificação de qualidade com o procedimento licitatório, a fim de exigí-la em fase posterior à habilitação, ainda que o estudo tenha demonstrado a existência de sustentáculo jurídico para se exigir mesmo nesta fase prévia, *contrario sensu* da jurisprudência atual dos tribunais de contas (AC nº 1.094/2004 – Plenário).

Ana Paula Muggler Rolante
PROCURADORA DO ESTADO
MASP 598204-6 - QAB/IMG 68.212



CONCLUSÃO

Do que vem de ser exposto, opina esta Consultoria Jurídica pela constitucionalidade do Decreto Estadual nº 43.418 de 08 de julho de 2003, dispondo acerca do Programa Mineiro de Qualidade e Produtividade no Habitat – PMPQ-H, validando, desta forma, os acordos setoriais praticados no seio do programa com o fito de se incluir a sua previsão e exigência nos editais de licitação da SETOP, DER e DEOP.

De toda sorte, em face da margem discricionária regente do atuar do agente público, quando da análise prática das disposições do programa e em cumprimento aos acordos setoriais entabulados, sugere esta Consultoria Jurídica, sejam sopesados os argumentos expendidos ao longo deste estudo para, quando do procedimento de alteração dos editais de licitação, avaliar o melhor momento do certame para a inserção da exigência de apresentação do pretenso certificado, seja a fase de habilitação dos eventuais partícipes, seja quando da apresentação da proposta técnica, como critério de pontuação, ou ainda, como requisito da própria contratação.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 24 de abril de 2013

Ana Paula Muggler Rodarte
Ana Paula Muggler Rodarte

Procuradora do Estado

Masp 598204.6 - OAB/MG 68.212

"APROVADO EM 29/04/13"

Sérgio Pessoa de Paula Castro
Sérgio Pessoa de Paula Castro
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica
Masp.: 592.222-8 - OAB/MG 62.597

aprovado 29/04/2013
Morco Antônio Rebelo Romanelli
Morco Antônio Rebelo Romanelli
ADVOCADO-GERAL DO ESTADO