

# A Capacidade Técnica nas Licitações: significado e importância nas contratações públicas sob a ótica do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

*Habacuque Wellington Sodré*

---

Aluno do 5º ano diurno da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Monitor da disciplina de Filosofia Jurídica da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

**Resumo:** O trabalho ora elaborado analisa a importância e o significado da aferição da capacidade técnica nos procedimentos licitatórios, bem como sua disciplina legal inserta na Lei Federal nº. 8.666/93 e Jurisprudência concernente ao entendimento construído pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Outro ponto a ser perquirido e problematizado passa pelo seguinte questionamento: Qual a real necessidade de se exigir a demonstração de aptidão técnica dos futuros licitantes para habilitação nos certames? A tentativa de responder a essa e a outras questões constitui o objeto desta pesquisa.

**Palavras-Chaves:** capacidade técnica, licitação, Tribunal de Contas, Estatuto Licitatório, capacidade técnico-operacional.

## Introdução

A contratação pública tem como finalidade encontrar o licitante que tenha melhor desempenho na atividade relacionada ao objeto do certame, para sua consecução pelo menor custo possível. Porém, a Administração Pública deve tomar todas as medidas acautelatórias para que o proponente vencedor da licitação não seja inexperiente ou tenha problemas de ordem estrutural e técnica que gerem óbices ao cumprimento eficiente da obrigação contratual.

Para evitar tais problemas o legislador infraconstitucional pátrio, ao disciplinar a matéria prevista no inciso XXI, do art. 37 da Constituição Federal, prescreveu como o administrador público ao elaborar o instrumento convocatório deve exigir a capacidade técnica dos proponentes.

Neste sentido, a capacidade técnica, inicialmente, pode ser entendida como aptidão, preparo, conjunto de saberes e experiências para o desenvolvimento de determinada atividade.

Todavia, a Lei das Licitações e dos Contratos Públicos, a Lei Federal nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, disciplina de forma genérica a matéria, o que enseja um certo grau de discricionariedade administrativa. Entretanto, no Estado de São Paulo existe

uma normatização da matéria por meio das Súmulas do Tribunal de Contas<sup>1</sup> do Estado<sup>2</sup>, o qual julga a regularidade dos Atos Administrativos no perímetro estadual, principalmente as contratações públicas.

A Corte de Contas Paulista trouxe, em seu repertório de Súmulas, importantes regras sobre como devem ser auferidas a capacidade técnica<sup>3</sup>, sua taxonomia e dimensão, para o fim de impedir o exagero de exigências quanto à qualificação técnica dos proponentes. Assim, verifica-se, com essa normatização específica consolidada pela Casa de Contas Paulista, a minoração da discricionariedade dos administradores públicos na elaboração dos editais, criando-se, dessa forma, padrões mais objetivos para a análise da regularidade ou irregularidade dos certames.

Dessarte, a conjugação da disciplina do Estatuto Licitatório e da jurisprudência sumulada do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, sobre a qualificação técnica, importarão na interpretação e aplicação da matéria sob análise. Neste sentido, urge trazer à lume as questões que compõem o núcleo da matéria, as quais explicitam a hermenêutica da capacidade técnica nas licitações nos seguintes pontos: o que significa a capacidade técnica nas Licitações Públicas; Como se dá sua taxonomia; Como

<sup>1</sup> Sobre a competência do Tribunal de Contas, Alexandre de Moraes nos ensina que: "A Constituição Federal estabeleceu no art. 71 as funções do Tribunal de Contas da União, que deverá auxiliar o Congresso Nacional a exercer o controle externo e fiscalização contábil, financeira e orçamentária, operacional e patrimonial da União ressaltando-se: Apreciação das contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio, que deverá ser elaborado em 60 dias a contar de seu recebimento; Julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta (incluídos os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder federal, assim como as contas daqueles que derem causa à perda, ao extravio ou a outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; Aplicação dos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, das sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário. O art. 75 da Constituição Federal refere-se aos Tribunais de Contas dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Igualmente, o art. 31 da Constituição Federal estabelece que a fiscalização dos Municípios será exercida mediante controle externo da Câmara Municipal, com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados(...)" (MORAES, 2005, p.392, 393 e 394).

<sup>2</sup> No Estado de São Paulo, a disciplina da Competência do Tribunal de Contas do Estado e suas atribuições, além da previsão do art. 31 da Constituição Paulista, encontra-se de forma específica, em sua Lei Orgânica, na Lei Complementar Estadual nº. 709, de 14 de janeiro de 1993.

<sup>3</sup> TCA-63433/026/90 e 2 TC-A-13754/026/95, tendo como última publicação no Diário Oficial do Estado a data de 21.12.2005.

se elencam e se inserem nos instrumentos convocatórios essas exigências; e qual seria a necessidade de se exigir a demonstração da aptidão técnica para habilitação nos procedimentos licitatórios.

A explanação desses pontos constitui o escopo da presente análise, iniciando-se com a verificação do momento da aferição da capacidade nos procedimentos licitatórios no sistema jurídico a partir do Estatuto Licitatório de 1993. Em seguida, analisar-se-á o âmbito geral da capacidade técnica e, posteriormente, sua classificação em Capacidade Técnico-operacional e Capacidade Técnico-profissional. por fim, serão vistos os meios de inserção da exigência nos instrumentos convocatórios.

### **1. O momento de análise da capacidade técnica nas licitações.**

Ao contrário das relações particulares, em que a liberdade de contratação não se limita a formalidades excessivas, o Poder Público, para contratar, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e prescrito pela lei, esse procedimento é denominado licitação. a licitação, nas palavras de Mello<sup>4</sup>, *“é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre interessados em com elas travar determinada relação de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas”*.

De forma mais sintética, pode-se definir licitação como o procedimento admi-

nistrativo formal, nominado, cuja finalidade é selecionar o melhor contratante para a Administração, o qual deverá prestar serviços, construir-lhe obras, fornecer-lhe ou adquirir-lhe bens<sup>5</sup>.

Nos termos do Estatuto Licitatório, a Lei Federal nº. 8.666/93, a licitação, em regra<sup>6</sup>, no nosso sistema jurídico compreende um procedimento com cinco<sup>7</sup> fases, quais sejam: 1-) abertura do certame com a publicação do instrumento convocatório, fase em que o administrador analisa a necessidade pública e instaura o procedimento via construção e publicação deste instrumento; 2-) Habilitação, momento em que ocorre o recebimento das propostas e da documentação, bem como a análise a qualificação dos proponentes; 3-) Classificação, quando se faz o julgamento das propostas dos concorrentes habilitados; 4-) Homologação, momento da aprovação do procedimento, precedida da verificação da existência de vícios de ilegalidade que, caso existam, anularão o certame ou, se sanáveis, se determinará seu saneamento. Se o procedimento estiver em boa ordem, o administrador, ou comissão responsável, homologará. por conveniência e oportunidade a Administração poderá revogar o certame licitatório; e, 5-) Adjudicação, ato pelo qual a Administração, pela mesma autoridade competente para homologar, atribui ao vencedor o objeto da licitação.

Inicialmente, antes de tratarmos do tema propriamente dito desta pesquisa, faz-se mister situá-lo no contexto do procedimento licitatório, qual seja, a fase habilitatória ou

<sup>4</sup> Mello, 2003, p. 479.

<sup>5</sup> Figueiredo, 2003, p. 446.

<sup>6</sup> Diógenes Gasparini ao tratar do tema, em “Direito Administrativo”, faz duas observações: a primeira observação se refere ao número de fases, nos quais ele acredita serem apenas 4 (quatro): a) abertura; b) habilitação; c) classificação; d) julgamento. Sendo que nessa última fase o autor engloba a homologação e adjudicação. A segunda observação aponta para o fato de que nem todas as modalidades de licitação apresentam todas as fases (GASPARINI, 2005, p. 524).

Importante, outrossim, salientar, ainda sobre o tema, que na modalidade licitatória **Pregão**, disciplinada pela Lei Federal nº 10.520/2002, ocorre uma inversão nas fases do procedimento com relação ao procedimento licitatório prescrito na Lei Federal nº 8.666/93, passando os atos a terem a seguinte seqüência: a) abertura; b) julgamento e classificação; c) habilitação do vencedor; d) Adjudicação; e) homologação (DI PIETRO, 2006, p. 396 a 400).

<sup>7</sup> Di Pietro, 2006, p.383 - 396.

Habilitação. É nessa fase do procedimento licitatório o momento oportuno para análise da documentação (art. 27 da Lei Federal nº. 8.666/93) e dos requisitos da qualificação técnica, demonstrados por meio dos documentos trazidos ao procedimento licitatório.

A partir da apresentação das propostas surge uma relação jurídica, na qual tanto o proponente quanto a Administração estão reciprocamente obrigados. O licitante passa da condição igualitária anterior à licitação para uma relação de tratamento igualitário dentro do procedimento, não podendo mais retirar sua proposta, podendo ser, inclusive, em certos casos, obrigado a prestar caução. Por outro lado, a Administração não pode prorrogar o prazo para apresentação das propostas, e tampouco tomar atitudes unilaterais imotivadas. Nesse sentido, todos os atos da Administração deverão ser devidamente motivados e fundamentados, podendo, caso a atuação do Poder Público seja contrária a esses pressupostos, ensejar Responsabilidade da Administração ante o licitante prejudicado<sup>8</sup>.

É nesse contexto que a Administração procederá à abertura dos envelopes e analisará a qualificação técnica dos proponentes, habilitando aqueles que preencherem os requisitos necessários e inabilitando os que não o fizerem. Em decorrência disso, aqueles que tiverem preenchido os requisitos, inclusive da qualificação técnica, terão seus envelopes de proposta comercial abertos e julgados na fase da classificação. Aos inabilitados será devolvido o envelope de proposta comercial lacrado.

## 2. Da capacidade técnica nos procedimentos licitatórios

Inicialmente, pode constatar-se que, na hodierna conjuntura jurídico-econômica, a sociedade figura como um conjunto de riscos, interesses e contingências inter-relacionadas por alguns vetores como uma pluralidade de sujeitos, relações jurídicas e sociais que vem avolumando-se no decorrer do tempo, o que, por conseguinte, propicia, simultaneamente, o aumento das contingências e dos riscos sociais e econômicos.

Dessarte, as relações contratuais passam a serem distribuidoras de riscos, isto é, o contrato assume o sentido de um instrumento que aloca riscos, e a prática negocial usa a técnica jurídica como espécie de exercício de previsão de conseqüências possíveis em termos de custo/benefício, na tentativa de minoração dos riscos e na maximização do ganho, com a conseqüente otimização dos resultados, isto é, a previsibilidade da ocorrência de infortúnios com o fim da majoração dos benefícios<sup>9</sup>.

As contratações públicas não podem escapar desse método, pois o objeto dos riscos, nesse caso, é o interesse público<sup>10</sup>. Nesse diapasão, torna-se necessária ao Administrador a adoção de todas as medidas acautelatórias que visem garantir o resultado útil da contratação, isto é, a consecução eficiente, por parte do licitante vencedor, do objeto licitado.

Além dessas medidas, o legislador infraconstitucional pátrio, ao elaborar o

<sup>8</sup> Dallari, 2007, p.129 - 30.

<sup>9</sup> Ferraz Junior, 2003, p. 124.

<sup>10</sup> Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello o Interesse Público "nada mais é que a *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrindo também o *depósito intertemporal destes mesmos interesses*, vale dizer, já agora, encarados eles em continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais" (MELLO, 2003, p.51-2).

Por outro lado, Lucia Valle Figueiredo nos fornece um outro conceito de interesse público, no seguinte sentido: "*Interesse público*, dentro de determinado ordenamento jurídico-positivo, é aquele a que a Constituição e a lei deram tratamento especial; *ins públicos* são aqueles que o ordenamento assinalou como metas a serem perseguidas pelo Estado, de maneira especial, dentro do regime jurídico de direito público" (FIGUEIREDO, 2003, p. 35).

Estatuto Licitatório, criou mecanismos de previsão de riscos e minoração de suas incidências. Um desses mecanismos é a exigência, nas licitações, de capacidade técnica dos proponentes, prevista no art. 30 do citado diploma legal.

Desse modo, a capacidade técnica nas licitações pode ser vista como o meio pelo qual se avalia a idoneidade e a aptidão dos proponentes para a execução adequada e eficiente dos encargos relativos ao objeto da licitação<sup>11</sup>.

A capacidade técnica ou qualificação técnica constitui o gênero do qual derivam duas espécies: a Capacidade Técnico-operacional e a Capacidade Técnico-profissional, das quais tratar-se-á nessa pesquisa de forma específica nos próximos pontos.

Ainda sobre a qualificação técnica dos proponentes de forma geral é de todo necessário observar que esse mecanismo constitui, aparentemente, um dos óbices à plena competitividade<sup>12</sup>, pois restringe a participação no certame aos licitantes que preencham determinados requisitos. Contudo, a melhor interpretação, sendo inclusive seguida pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, é tratar a capacidade técnica dentro dos critérios e mecanismos acautelatórios da contratação por parte do Poder Público, porém, não podendo ser superiores a um “pisso mínimo” desenvolvido pela jurisprudência<sup>13</sup> daquela Corte, tendo em vista que o alargamento da competitividade constitui o desiderato básico das licitações.

Nesse plano, o que se privilegia é a competitividade e igualdade de condições para aqueles que têm qualificação técnica

suficiente para o cumprimento do escopo da licitação de forma eficaz. Essa eficácia é verificada tanto na operacionalidade, quanto no conjunto de profissionais à disposição do proponente para execução da complexidade do objeto licitado, como passaremos a ver.

### *2.1. Da capacidade técnico-operacional*

A Capacidade Técnico-operacional encontra-se prevista no inciso II e nos §§ 2º e 5º ambos do art. 30 da Lei Federal nº 8.666/93. O dispositivo em questão refere-se à qualificação técnica estrutural, conceituada como um conjunto de atributos ou habilidades especiais para execução de determinada atividade. no caso da licitação essa capacidade constitui a aptidão para a realização do objeto do futuro contrato<sup>14</sup>. Portanto, quanto mais complexo o objeto licitado, maior será o número de exigências relativas à qualificação técnica operacional.

O inciso II, do art. 30, do Estatuto Licitatório ao tratar da chamada **Capacidade Técnico-operacional** de forma específica, o faz direcionando o conceito de operacionalidade no sentido do acervo técnico, da aptidão funcional das empresas licitantes, que deverão, no caso concreto, demonstrar a sua viabilidade estrutural para cumprimento do escopo da contratação. A respeito de tal atributo, trazemos à colação os ensinamentos de Sunfeld<sup>15</sup>:

A simples reunião caótica de profissionais, mesmo altamente especializados não oferece garantia de que a empresa seja capaz de operar eficientemente, pois nada diz quanto a sua estrutura adminis-

<sup>11</sup> Di Pietro *et al.*, 2006, p.140.

<sup>12</sup> §1º, do art. 3º, da Lei Federal nº 8.666/93.

<sup>13</sup> Súmulas 14,24, 25 e 30 do TCESP.

<sup>14</sup> Dallari, 2006, p.143.

<sup>15</sup> Sunfeld, Câmara e Souza, 2004, p.58.

trativa, seus métodos organizacionais, seus processos internos de controle de qualidade, o entrosamento da equipe etc. Daí a necessidade de saber se a licitante, além de contar com profissionais individualmente habilitados, dispõe de um conjunto de qualidades, fazendo com que opere de modo eficaz: trata-se, aqui, da dita 'capacidade técnico-operacional (ou operativa)', verificável pelos desempenhos anteriores da empresa.

A capacidade técnico-operacional tem por finalidade garantir ao ente contratante que o proponente terá condições de desempenhar as atividades pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, podendo derivar de inúmeros fatores, tais como o domínio de técnicas específicas, a existência de pessoal especializado, a disponibilidade de equipamentos apropriados<sup>16</sup>, entre outros que figurem como necessários no caso concreto. Dessa forma, a lei prevê a necessidade de serem indicadas as instalações, os aparelhamentos e o pessoal técnico adequado e disponível para a realização do objeto do certame (inc. II, do art. 30 da Lei 8.666/93). Tendo em vista o interesse público, o legislador estabelece, em regra, a comprovação dessa qualificação por meio de atestados de obras e serviços já realiza-

dos<sup>17</sup>, além da declaração de disponibilidade de uma estrutura física operacional que possa tornar efetiva a prestação dos serviços, como dispõe o § 6º, do art. 30 da Lei 8.666/93.

Dessa forma, infere-se que a demonstração da capacidade técnico-operacional se faz mediante demonstração de experiência anterior, ou seja, prova-se a aptidão por meio de referências a desempenhos anteriores de atividades semelhantes às que agora pretende executar, indicando condições e prazos de outros certames que participou, instalações, equipamentos técnicos, tendo em vista o objeto do contrato decorrente do certame que participa. Em suma, o licitante deverá apresentar prova de que tem aptidão para contratar, bem como apoiar-se em infra-estrutura suficientemente idônea, para a execução do objeto do ajuste, nas condições e prazos assinalados no edital<sup>18</sup>. Esses atestados são a prova de que a empresa licitante já contratou, anteriormente, o objeto similar ao licitado, podendo, nos termos da lei, serem expedidos por entidades públicas, ou seja, pessoa jurídicas de direito público, tanto da Administração Direta e Indireta, bem como por empresas privadas.

<sup>16</sup> Justen Filho, 2005, p. 334.

<sup>17</sup> Justen Filho (2005, p.335) ao tratar do tema em seus *Comentários à Lei das Licitações e Contratos Administrativos* trata da "experiência anterior" com maior profundidade do seguinte modo: "A experiência profissional se constitui em circunstância pessoal, interna e intransferível. No entanto, essa vivência anterior pode adquirir relevo em face de terceiros. A circunstâncias de alguém ter enfrentado problemas no passado e tê-los superado é valorada pela comunidade. Então, alguém pretende "apropriar-se" do passado alheio e dele usufruir. Essa "apropriação" (em sentido não jurídico) não visa ao apossamento do passado alheio, o que seria despropositado e patológico. A finalidade não é integrar a vida alheia passada na própria. Trata-se de outras questão, que se desenvolve no plano da *utilidade*. "Apropriar-se" da experiência alheia quando se utilizam os conhecimentos e habilidades que o titular da experiência adquiriu. A valoração atribuída à experiência alheia e a pretensão de utilizar-se dela acrescenta ingredientes jurídicos ao tema. A experiência deixa ser considerada como parcela da vida pessoal de alguém e passa a ser tratada como um agregado de conhecimentos relevantes a prática de atos futuros.

O produto da experiência é o *conhecimento*, utilizada a expressão em sentido amplo. Esse conhecimento pode ser utilizado para atividades futuras, inclusive mediante contrapartida onerosa. Há relações jurídicas versando sobre a utilização da experiência na execução de prestações em favor de terceiro. Esse conhecimento pode tornar-se, inclusive, critério de seleção do sujeito para contratação. O tema relaciona-se com a presunção acerca da habilitação para executar tarefas complexas. Quem já enfrentou e venceu desafios de determinada natureza presume-se como mais qualificado para voltar a fazê-lo no futuro".

<sup>18</sup> Cretella Junior, 2001, p.252.

Entretanto, essa visão doutrinária, com base no Estatuto Licitatório, da capacidade técnico-operacional sofre algumas limitações à luz do entendimento consagrado nas Súmulas 14<sup>19</sup> e 24<sup>20</sup> do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Consoante a Súmula 14, verifica-se que não é possível a exigência de propriedade de determinados bens, mesmo no caso daqueles bens terem grande importância para consecução da finalidade licitatória; mas o administrador tão-somente deverá exigir uma declaração de disponibilidade das empresas proponentes, com o fito de que disponibilizarão do acervo estrutural necessário para a execução do contrato decorrente do procedimento licitatório. Essa súmula veio a consagrar a interpretação literal, do § 6º do art. 30 da Lei Federal nº. 8.666/93, e que, segundo a Corte Paulista de Contas, não comporta exceções.

Por outro lado, a Súmula 24 do Tribunal de Contas Paulista não faz uma mera limitação interpretativa, mas limita o poder ou a possibilidade do administrador de exigir que o proponente tenha desempenhado ou realizado obra ou serviço na mesma dimensão quantitativa (100%) do objeto a ser contratado, pois o Tribunal, ao estabelecer como limite exigência de quantitativo máximo entre 50% (cinquenta por cento) a 60% (sessenta) com relação ao necessário para consecução do escopo da licitação, prestigiou o princípio da competitividade, tornando, dessa forma, mais acessível a participação de empresas de médio e pequeno porte nas licitações.

Nesse diapasão, verifica-se que a capacidade técnico-operacional constitui o plexo estrutural<sup>21</sup> da empresa agregado às suas experiências anteriores, isto é, o conjunto de atividades já realizadas pelas proponentes, que provam a aptidão à realização do objeto licitado, ou, em termos mais precisos, a comprovação de que a empresa licitante constitui uma unidade jurídica e econômica organizada, bem como de que já figurou com parte em relação jurídica contratual anterior ao certame, cujo objeto era similar ao previsto para contratação almejada pela Administração Pública<sup>22</sup>.

Porém, o Administrador, na ótica da Corte de Contas deste Estado, ao inserir a exigência da capacidade técnico-operacional sofre duas limitações específicas: em primeiro lugar, quanto ao acervo técnico, porque a exigência se limita à declaração formal de disponibilidade de acervo, ou seja, um compromisso que o proponente faz ante a Administração, que caso vença o certame o acervo proposto será disponibilizado para consecução do escopo licitatório: em segundo lugar, no que tange aos quantitativos exigidos nos atestados, na experiência anterior, está limitada entre 50% (cinquenta) e 60% (sessenta por cento) do quantitativo pretendido para o total da atividade licitatória, de acordo com a complexidade do próprio objeto.

## **2.2. Da capacidade técnico-profissional**

A capacidade técnico-profissional, por sua vez, não trata da capacidade da empresa para realização de determinada atividade, mas antes diz respeito ao corpo técnico

<sup>19</sup> SÚMULA 14 - Exigências de comprovação de propriedade, apresentação de laudos e licenças de qualquer espécie só são devidas pelo vencedor da licitação; dos proponentes poder-se-á requisitar tão-somente declaração de disponibilidade ou de que a empresa reúne condições de apresentá-los no momento oportuno.

<sup>20</sup> SÚMULA 24 - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do art. 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificada.

<sup>21</sup> Nesse caso, o plexo estrutural da empresa se refere a soma de fatores econômicos e pluralidade de sujeitos (pessoas físicas e jurídicas) como um núcleo social organizado para a execução da atividade fim da empresa.

<sup>22</sup> Justen Filho, 2005, p. 327.

que a licitante tem em seu quadro funcional ou com mantém relação negocial. Desse modo, a análise dessa espécie de qualificação técnica objetiva constatar se as empresas licitantes contam com os serviços de profissionais gabaritados qualitativamente, isto é, aptos a executarem determinados serviços, com as devidas diligências técnicas, responsabilizando-se pela execução da obra ou serviço.

Essa capacidade técnico-profissional tem previsão legal no inciso I, do § 1º, do art. 30 da Lei Federal nº. 8.666/93, e, nos termos da lei, significa a comprovação do licitante de possuir em quadro permanente, na data prevista para a entrega da proposta, profissional de nível superior ou outra forma de reconhecimento por entidade de classe, que detenha atestado ou atestados de responsabilidade técnicas por execução de obra ou serviços similares aos que a Administração deseje contratar.

A comprovação desta forma de capacidade estipulada na lei tem como escopo verificar se a proponente tem qualificação técnica<sup>23</sup> para executar os serviços contratados. Comprova-se essa técnica por meio do conjunto de atestados emitidos pelas entidades competentes em nome de profissionais (pessoas físicas) que já tenham atuado como responsáveis em um outro contrato com objeto similar. Salienta-se que esses profissionais devem ter firmado compromisso com a empresa licitante podendo ser tanto por vínculo empregatício, quanto por contrato de prestação de serviços (autônomos), que demonstrem a realização anterior de obras ou serviços similares aos exigidos

no Edital. Dispõe, com maior profundidade, Sundfeld<sup>24</sup>, sobre a capacidade técnico-profissional, nos seguintes termos:

“Em matéria de obras públicas, duas preocupações essenciais põem-se para a Administração, quando se trata de verificar a exigência de garantias de que as empreiteiras (ou prestadoras de serviço) têm qualificação técnica para executá-la. A primeira é saber se as licitantes dispõem de um corpo técnico – especialmente engenheiros, tendo em vista a natureza do objeto – com qualificação suficiente para responder pela obra: trata-se da chamada ‘capacidade técnico-profissional’, verificável a partir da avaliação do quadro de profissionais disponíveis.”

Nesse mesmo sentido, Justen Filho<sup>25</sup>, ao tratar do tema, de igual modo entende que esse tipo de capacidade técnica se afere, em relação às obras e serviços de engenharia<sup>26</sup>, devido à regulação do órgão pertinente, o CREA<sup>27</sup>, conforme se observa de sua argumentação:

Por outro lado, utiliza-se a expressão “qualificação técnica profissional” para indicar a existência, nos quadros (permanentes) de uma empresa, de profissionais cujo acervo técnico constasse a responsabilidade pela execução de obra similar àquela pretendida pela Administração. a questão da qualificação técnica profissional somente pode ser compreendida em face de obras e serviços de engenharia. É que a legislação que regula a profissão subordina a realização de qualquer obra ou serviço de engenharia a um controle específico em face dos órgãos de Classe (Crea). Esse controle envolve a participação e a responsabilidade técnica de um profissio-

<sup>23</sup> Nesses termos qualificação técnica-profissional exprime, tanto o conhecimento teórico dos técnicos, como também prático. Prático quanto à realização dos mesmos tipos de obras ou serviços, demonstrados pelos atestados dos órgãos competentes; e teóricos no sentido de conhecerem as técnicas e suas especificidade, assumindo a responsabilidade das implicações de um resultado não satisfatório.

<sup>24</sup> Sunfeld, Câmara e Souza, 2004, p.58.

<sup>25</sup> Justen Filho, 2005, p. 327.

<sup>26</sup> O que, porém, pode ser necessário no caso concreto, desde que a entidade de classe emita certificação por serviços realizados por aquele profissional. Em suma, tudo vai depender da complexidade do objeto no caso concreto.

<sup>27</sup> Conselho Regional Engenharia, Arquitetura e Agronomia.

nal que é indicado como “responsável técnico” não é, na quase totalidade dos casos, parte da relação jurídica contratual. A obra ou serviço de engenharia é contratada com uma pessoa jurídica. A responsabilidade técnica é uma pessoa física – que pode ser sócia, empregada ou contratada pela empresa que participa da contratação para execução da obra ou serviço de engenharia.

Dessarte, a Corte de Contas Estadual, consagrando o entendimento doutrinário, ampliou o sentido interpretativo do texto legal, que prescreveu a comprovação de profissionais do quadro permanente das licitantes, aceitando tanto a comprovação de capacidade técnico-profissional, tanto quando o designado como responsável é empregado da empresa proponente, assim como no caso de autônomo contratado para prestação de serviços. Esse entendimento encontra-se substanciado no texto da Súmula 25<sup>28</sup> do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Portanto, apesar de ter feito uma interpretação extensiva do dispositivo normativo, o Tribunal de Contas não estipulou qual era o meio necessário, para se exigir a prova dessa capacidade, o que foi alcançado nos autos do TC nº 25.022/026/04, em que se concluiu que a prova documental constitui meio hábil para comprovação da capacidade técnico-profissional. Esse foi o meio encontrado pelos Administradores Públicos para se exigir a comprovação dessa espécie de qualificação técnica e aceito, posteriormente, pelo Tribunal de Contas, para que se encontrasse o meio adequado de evitar fraudes à comprovação da capacidade técnico-profissional. Nesse sentido, a prova documental deve ser entendida com reservas, não significando qualquer documento, mas contrato formal que comprove o vínculo profissional do técnico com o proponente, sendo que, mesmo no caso do autônomo, a

empresa licitante, para demonstrar sua capacidade técnico-profissional, a título de prova documental, **deve apresentar o instrumento, demonstrando que firmou compromisso com o técnico competente, que se responsabilizará tecnicamente pela execução dos serviços, caso a empresa seja vencedora do procedimento licitatório.** Portanto, a prova documental, outrossim, não pode ser entendida no sentido de contrato que represente apenas a relação de emprego.

Os Administradores visaram minorar o risco na contratação, pois a inexistência dessa disposição editalícia poderia comprometer todo o procedimento licitatório, porque desencadearia uma elevada margem de práticas fraudulentas contra o Princípio da Competitividade, **obstando a demonstração da real capacidade técnico-profissional das licitantes,** pois uma das proponentes poderia sagrar-se vencedora, declarando o nome de um técnico para o certame e, posteriormente, de outro, para execução dos serviços, como o de um profissional autônomo, tendo em vista as consideráveis despesas geradas com a utilização de tais serviços, tendo em vista ainda *que tal profissional deve ser consagrado pela crítica técnico-científica,* por meio de instrumento competente.

Concluí-se, desse modo, que, se tal não fosse a exigência constante no instrumento convocatório, criadas pelos Administradores e, posteriormente, consagrada pela Corte de Contas, a empresa licitante apresentaria qualificação satisfatória para cumprimento do objeto do futuro contrato na licitação. Entretanto, não haveria certeza de que tal situação técnica profissional persistiria quando da execução contratual, em se admitindo tal diversidade, indubitavelmente, estar-se-ia atentando contra a disposição no inciso do §1º, do art. 30, do Estatuto Licitatório, retrocitado, em flagrante desobediên-

<sup>28</sup> SÚMULA 25 - Em procedimento licitatório, a comprovação de vínculo profissional pode-se dar mediante contrato social, registro na carteira profissional, ficha de empregado ou contrato de trabalho, sendo possível a contratação de profissional autônomo que preencha os requisitos e se responsabilize tecnicamente pela execução dos serviços.

cia ao disposto no inciso XXI, do art. 37, da Carta Magna.

Nesse plano, a capacidade técnico-profissional pode ser vista sob a ótica de uma avaliação, por meio de prova documental de relação existente entre proponente e profissional, com aptidão para gerir uma obra ou serviço como responsável, não necessitando ser esse profissional empregado da proponente, podendo ser profissional autônomo contratado pela empresa. Essa contratação deve ser provada no procedimento licitatório ou por meio de contrato de trabalho ou contrato de prestação de serviço; no caso de esse profissional não manter relacionamento com a empresa após o procedimento licitatório, isto é, durante a execução do contrato, a empresa contratada deverá arcar com gastos de profissional de igual gabarito e reconhecimento no mercado, sob pena de rescisão contratual.

### 3. O modo como é possível fazer a exigência de capacidade técnica nos instrumentos convocatórios: eleição das parcelas de maior relevância.

Após ter sido analisada amiúde a capacidade técnica nas licitações, faz-se mister perquirir a respeito de como essas exigências são externadas ou explicitadas nos certames licitatórios e quais padrões devem ser obedecidos. Inicialmente, para entender o ato pelo qual se externa às exigências de capacidade técnica nas licitações é necessário compreender esse ato, que a doutrina denomina de **eleição das Parcelas de Maior Relevância**. Destarte, surge o questionamento sobre o significado do termo Parcelas de Maior Relevância, como são eleitas e qual é a sua limitação.

As parcelas de maior relevância, como se sabe, dizem respeito às exigências,

por meio das quais o **Administrador, observando o objeto contratual, visa ao resultado prático do certame, isto é, elege dentro dos critérios técnicos para consecução do objeto contratual, aqueles elementos que constituem o núcleo para consecução plena do escopo da contratação pública.**

Urge, porém, salientar que além das limitações específicas impostas pelas já comentadas Súmulas 14, 24 e 25 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, quanto à eleição das parcelas de maior relevância, a própria Corte também estabeleceu vedando a estipulação de comprovação de capacidade técnica específica, podendo tão-somente serem exigidos atestados de obras ou serviços de forma genérica, consoante se observa dos termos de sua Súmula 30<sup>29</sup>.

O administrador público, de forma alguma, deve visar ferir o princípio da competitividade, mas tão-somente adotar todas as medidas acautelatórias para a contratação da empresa proponente que puder comprovar a realização de obras ou serviços de igual similitude que constituem o objeto da contratação. Nesse sentido, ao erigir as parcelas de maior relevância, não pode fazê-lo de forma específica, mas apenas de forma genérica, ou de forma mais precisa, a realização de obras ou serviços quanto ao gênero da atividade que constitui o objeto a ser contratado e não a espécie necessária.

Assim, pode citar-se, a título de exemplo, um edital que tenha por objeto a construção de escola com um determinado sistema de fundação<sup>30</sup>. O Administrador, ao eleger as parcelas de maior relevância, escolherá como exigência a ser comprovada pelas licitantes, por meio de atestados, o gênero edificação com aquele determinado tipo de fundação fundamental para realiza-

<sup>29</sup> SÚMULA 30 - Em procedimento licitatório, para aferição da capacitação técnica, poderão ser exigidos atestados de execução de obras e/ou serviços de forma genérica, ficando vedado o estabelecimento de apresentação de prova de experiência anterior em atividade específica, como realização de rodovias, edificação de presídios, de escolas, de hospitais, e outros itens.

<sup>30</sup> Um sistema de fundação consiste, basicamente, de estacas, tubulões ou paredes, que se apóiam em sapatas.

ção da obra e não apenas a construção de escolas com esse tipo de fundação, pois, caso contrário, a Administração estaria engendrando uma evasão ao alargamento da competitividade que é a base do procedimento licitatório.

Portanto, há que se observar que deve existir uma relação entre objeto contratual e as exigências insertas no instrumento convocatório, não podendo haver disparidade quanto ao prescrito no edital e o objeto da contratação, pois, desta forma, assume-se o risco de uma contratação em que a empresa vencedora não possua capacidade técnica para realizar o escopo do certame.

**Assim, deve haver uma vinculação das parcelas de maior relevância com o objeto licitado**, de forma acautelatória, para que a Administração possa analisar a proposta mais adequada ao certame, isto é, contratar empresa que demonstrar capacidade técnica suficiente para a realização do objeto pretendido, bem como, especificamente, se já houvesse trabalhado com os elementos essenciais do ajuste.

Em síntese, tanto a capacidade técnico-operacional, como a capacidade técnico-profissional são analisadas dentro dos critérios objetivos insertos no instrumento convocatório. Esses critérios objetivos que analisarão a capacidade técnica das proponentes e que informam as atividades imprescindíveis para realização do objeto são as denominadas parcelas de maior relevância.

Nesse plano, o Administrador Público elenca, dentro da limitação da Súmula 30 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, a capacidade técnica nos instrumentos convocatórios das licitações, por meio das parcelas de maior relevância, isto é, de critérios técnicos que visem à eficiente consecução do objeto contratual, encontrando-se e prescrevendo as atividades que constituem o núcleo para consecução plena e eficiente da finalidade da contratação pública, isto é, o tipo de atividades que os licitantes deverão ter experiência anterior. Salienta-se que a

comprovação, por parte do licitante, far-se-á na fase habilitatória do certame.

#### **4. Conclusão**

Ante o exposto, importa tecer algumas considerações finais acerca do tema, sendo que de forma alguma essa conclusão pode ser tida como fechada ou estanque, mas estará sempre aberta a alteração do direito, em consonância com o dinamismo das relações jurídicas, em especial, com o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Preliminarmente, pode-se constatar que a atual conjuntura se apresenta em uma sociedade de massas e pela pluralidade de sujeitos e relações jurídicas, o que eleva as contingências e, via de consequência, os riscos sociais.

No que tange às contratações, elas passam a serem feitas a partir de um cálculo de risco, em que se torna necessária à análise do binômio custo/benefício, na tentativa da minoração dos riscos e na maximização dos benefícios, com a consequente otimização dos resultados.

As contratações feitas pelo Poder Público, por estarem inseridas, outrossim, nesse mesmo contexto, não podem abdicar do uso do método do cálculo de risco, principalmente, por estar em risco não o interesse particular, mas o interesse público, que é indisponível. Nesta senda, torna-se necessário à Administração a adoção de todas as medidas acautelatórias, para garantir o resultado útil da contratação, isto é, a consecução eficiente pelo menor custo do objeto licitado por parte do proponente contratado.

Além dessas medidas de cunho administrativo, o legislador infraconstitucional criou mecanismos de minoração dos riscos das contratações públicas insertos no Estatuto Licitatório, sendo que um desses mecanismos é a qualificação técnica ou capacidade técnica dos licitantes, que deve ser comprovada na fase habilitatória do certame.

Não obstante, as prescrições do Estatuto Licitatório, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, com o intuito de minorar a discricionariedade dos administradores públicos quando da elaboração do edital, construiu, por meio de suas decisões<sup>31</sup>, mecanismos de limitação da dimensional das exigências de capacidade técnica, visando evitar restrições arbitrárias da participação de licitantes no certame, devendo ser observadas pela Administração as Súmulas 14, 24, 25 e 30 daquela Corte, sob pena de terem seus atos julgados irregulares, com a conseqüente rescisão de seus atos, nesse caso da contratação decorrente de procedimento que não atendeu os mecanismos jurisprudenciais.

Por fim, cabe frisar que o procedimento licitatório é regido pelo Princípio basilar da Competitividade, consoante ao já exposto, cuja limitação se faz pela relação com os níveis de qualificação, no caso desta

pesquisa, na incidência da capacidade técnica, o administrador deve tão-somente exigir o necessário como ato de cautela, pois agindo de forma contrária estará em infringindo o alargamento da competitividade, que é pressuposto básico do procedimento licitatório, bem como sua atuação será flagrantemente irregular, podendo ser responsabilizado no processo que apurar tal irregularidade na Corte de Contas como prevê o art. 104, em especial, nos incisos II e VI, da Lei Complementar Estadual nº 109/93<sup>32</sup>.

Nesse sentido pode-se concluir que a capacidade técnica nas licitações é um mecanismo de minoração dos riscos ao interesse público, porém, não pode ser pretexto para restrição a Competitividade que é o desiderato dos procedimentos licitatório em sua origem, conforme vem entendendo a Corte de Contas do Estado de São Paulo.

### Referências bibliográficas

CITADINI, Antonio Roque. *Comentário e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*. 2ª Ed. Atualizada e Ampliada. São Paulo, Max Limonand, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. *das Licitações públicas (comentários à Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993)*. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DALLARI, Adilson de Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 7ª Ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia, Zanella, *et al. Temas Polêmicos sobre Licitação e Contratos*. 5ª Ed. Revista e Ampliada. 3ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. 19ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

<sup>31</sup> Conforme se observa das decisões dos seguintes TCs nº 2156/003/99; 886/002/04; 19544/026/04; 26521/026/05; 26313/026/05; 36021/026/05; 36114/026/05; 19894/026/06; 25.022/026/06.

<sup>32</sup> Art. 104 - O Tribunal de Contas poderá aplicar multa de até 2.000 (duas mil) vezes o valor da Unidade Fiscal do Estado de São Paulo (Ufesp) ou outro valor unitário que venha a substituí-la, aos responsáveis por:

(...)

II - ato praticado com infração à norma legal ou regulamentar;

(...)

VI - reincidência no descumprimento de determinação ou instruções do Tribunal de Contas. (grifamos)

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito: Reflexões Sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª Ed. Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10ª Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11ª Ed. São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34ª Ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª Ed. Refundida, Ampliada e Atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17ª Ed. Atualizada. São Paulo: Atlas, 2005.

MUKAI, Toshio. *Licitações e Contratos Públicos*. 8ª Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contratos Administrativos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do Direito Público*. 4ª Ed. 8ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. CÂMARA, Jacintho Arruda; SOUZA, Rodrigo Pagani. Os Atestados Técnicos na Licitação e o Problema da Cisão de Empresas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte: Ano 2, nº 4, Janeiro/Março de 2004.

