

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Matheus Rocha Faganello

**REQUISITOS DE HABILITAÇÃO EM LICITAÇÕES PÚBLICAS:
CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

Porto Alegre

2011

Matheus Rocha Faganello

**REQUISITOS DE HABILITAÇÃO EM LICITAÇÕES PÚBLICAS:
CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Almiro do Couto e Silva

Porto Alegre

2011

Dados Internacionais de Catalogação

F151r Faganello, Matheus Rocha

Requisitos de habilitação em licitações públicas: controle da discricionariedade administrativa / Matheus Rocha Faganello - 2011.

181 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federa do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2011.

Orientação: Prof. Dr. Almiro do Couto e Silva.

1. Licitação Pública. 2. Discricionariedade. 3. Limites. 4. Controle. 5. Requisitos de Habilitação. I. Couto e Silva, Almiro. II. Título.

CDU : 351.712.2.032

Bibliotecária: Magda Massim Chipaux
CRB-10/1205

Matheus Rocha Faganello

**REQUISITOS DE HABILITAÇÃO EM LICITAÇÕES PÚBLICAS:
CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em _____ de _____ de 2011.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Almiro do Couto e Silva
Orientador

Examinador

Examinador

AGRADECIMENTOS

A dissertação, além de representar o resultado de uma pesquisa, marca o fim de uma fase na vida de quem a escreve. Agradecer significa lembrar todos aqueles que foram importantes e contribuíram de alguma forma para o resultado final, sempre correndo o risco da injustiça de esquecer alguém.

Ainda que a fase que agora se encerra seja o mestrado, a caminhada até ela iniciou-se antes, na graduação. Daquela época, agradeço principalmente aos Professores Bruno Miragem e Guilherme Rizzo Amaral. Ao primeiro por ensinar o gosto pela pesquisa e ao segundo por mostrar-me que a vida acadêmica pode e deve conviver com o Direito vivo dos Tribunais. No mestrado, meus agradecimentos são ao Professor Almiro Régis do Couto e Silva, a quem devo a honra de ter sido meu orientador, e ao Professor Itiberê Rodrigues, cujas sugestões e orientações foram imprescindíveis para que o trabalho chegasse ao fim.

Nesse momento de agradecimentos não posso esquecer-me de José Paulo Japur, cujo convívio diário e as inúmeras discussões ajudaram a definir o tema da dissertação e foram substrato profícuo para o seu conteúdo. O agradecimento a ele se estende pela compreensão nas vezes em que precisei afastar-me dos meus afazeres profissionais para dedicar-me ao Mestrado.

Inestimável foi o auxílio de Magda Massim Chipaux, Bibliotecária competente, foi incansável e sempre precisa na busca do material necessário para a pesquisa.

Não posso deixar de agradecer a Sérgio, Zila e Marcelo, minha família, e aos meus amigos por jamais reclamarem dos inúmeros momentos que fui omissa em minha companhia.

Por fim agradeço à Maria Alice, que sempre esteve ao meu lado, oferecendo seu carinho e compreensão nos momentos mais difíceis dessa fase que agora se encerra.

*À minha família, para quem devo o que
sou e dedico o que conquisto.*

RESUMO

O presente estudo visa a identificar os limites da discricionariedade administrativa e seu respectivo controle na atuação da Administração ao estabelecer requisitos de habilitação para a participação de licitantes em licitações públicas, sob o regime da Lei n. 8.666/93. No desenvolvimento do estudo fixam-se esses limites para, no fim, identificar mecanismos de controle da discricionariedade.

Palavras-chave: Licitação Pública. Discricionariedade. Limites. Controle. Requisitos de Habilitação.

ABSTRACT

The study aims to identify the limits of administrative discretion and its control in the administration's performance to establish qualification requirements to bidders in public bidding, under the rule of Statute Law 8.666/93. In the development of the study it's set up these boundaries in order to identify, in the end, the discretion's controlling mechanisms.

Keywords: Bidding. Discretion. Limits. Control. Qualification Requirements.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 NOÇÕES GERAIS DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	14
1.1 ESTADO DE DIREITO: LEGALIDADE E DISCRICIONARIEDADE	14
1.1.1 Legalidade: Primazia da Lei e Reserva da Lei	19
1.1.2 Poder Vinculado e Poder Discricionário	20
1.1.3 Terminologia - Ato Discricionário e Poder Discricionário	21
1.2 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	23
1.2.1 Discricionariedade Administrativa na Doutrina Brasileira	23
1.2.2 Definição de Discricionariedade.....	29
1.3 DISCRICIONARIEDADE E DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA.....	30
1.3.1 Noção de Discricionariedade Técnica	30
1.3.2 Discricionariedade Técnica no Brasil	32
1.4 DISCRICIONARIEDADE E CONCEITOS INDETERMINADOS	34
1.4.1 Noção da Doutrina a Respeito dos Conceitos Indeterminados.....	34
1.4.2 Conceitos Indeterminados na Doutrina Brasileira.....	37
1.5 DISCRICIONARIEDADE E INTERPRETAÇÃO	40
2 EXIGÊNCIA DE HABILITAÇÃO EM LICITAÇÃO	42
2.1 A HABILITAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO	42
2.1.1 Primazia da Constituição e a Previsão de Habilitação em Licitações	42
2.1.2 Considerações a Respeito da Habilitação na Constituição	46
2.2 A HABILITAÇÃO NA LEI 8.666/93 – LEI DE LICITAÇÕES.....	47
2.2.1 Previsão Normativa	47
2.2.2 Os Vetos Presidenciais à Lei de Licitações: Atestados técnicos.....	56
3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NAS EXIGÊNCIAS DE HABILITAÇÃO	59
3.1 LIMITES À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	59
3.1.1 Sistemática de Análise dos Limites à Discricionariedade no Estabelecimento de Requisitos de Habilitação.....	59
3.1.2 Exigências de Habilitação não Previstas na Constituição	62

3.1.3 Dos Princípios Limitadores da Discricionariedade Administrativa nas Licitações	68
3.1.3.1 Princípios Constitucionais	68
3.1.3.1.1 <i>Princípio da Legalidade</i>	69
3.1.3.1.2 <i>Princípio da Impessoalidade</i>	69
3.1.3.1.3 <i>Princípio da Moralidade</i>	70
3.1.3.1.4 <i>Princípio da Publicidade</i>	70
3.1.3.1.5 <i>Princípio da Eficiência</i>	70
3.1.3.1.7 <i>Princípios não expressos</i>	71
3.1.3.2 Princípios infraconstitucionais	71
3.1.3.2.1 <i>Princípio da Isonomia/Igualdade</i>	72
3.1.3.2.2 <i>Princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a administração</i>	73
3.1.3.2.3 <i>Princípio da promoção do desenvolvimento nacional sustentável</i>	73
3.1.3.2.4 <i>Princípio da legalidade</i>	74
3.1.3.2.5 <i>Princípio da impessoalidade</i>	74
3.1.3.2.6 <i>Princípio da moralidade</i>	75
3.1.3.2.7 <i>Princípio da publicidade</i>	76
3.1.3.2.8 <i>Princípio da Probidade Administrativa</i>	77
3.1.3.2.9 <i>Princípio da vinculação ao instrumento convocatório</i>	77
3.1.3.2.10 <i>Princípio do julgamento objetivo</i>	78
3.1.4 Das Regras Limitadoras da Discricionariedade na Lei 8.666/93: um limite máximo	78
3.2 A DISCRICIONARIEDADE NOS DISPOSITIVOS DA LEI 8.666/93 A RESPEITO DA HABILITAÇÃO	83
3.2.1Habilitação Jurídica	83
3.2.1.1 Objeto Social	84
3.2.2 Regularidade Fiscal	85
3.2.2.1 Inscrição no cadastro de contribuintes (inciso I e II do artigo 29).....	86
3.2.2.2 Regularidade e quitação (inciso III do artigo 29)	87
3.2.2.3 Regularidade Fiscal (tributária) ou regularidade com a Fazenda	89
3.2.2.4 Regularidade frente quais Fazendas.....	89
3.2.2.5 Apreciação Crítica	91
3.2.3 Qualificação Técnica	92
3.2.3.1 Inscrição em Entidade Profissional (Inciso I).....	93

3.2.3.2 Comprovação de aptidão para desempenho: Atestados (II)	94
3.2.3.2.1 <i>Atestados técnicos em geral</i>	95
3.2.3.2.1.1 Atestado técnico fornecido por pessoa física	95
3.2.3.2.1.2 Registro dos atestados técnicos profissionais	96
3.2.3.2.2 <i>Atestado Técnico-Profissional</i>	97
3.2.3.2.2.1 Quadro permanente	97
3.2.3.2.2.2 Parcelas de maior relevância técnica e valor significativo	99
3.2.3.2.2.3 <i>Quantitativos</i>	99
3.2.3.2.2.3 <i>Atestado Técnico Operacional</i>	101
3.2.3.2.2.3.1 Possibilidade de exigência de atestado técnico-operacional	101
3.2.3.2.2.3.2 Limites das exigências	107
3.2.3.3 Indicação das instalações, aparelhamento e profissionais (inciso II)	108
3.2.3.4 Recebimento de documentos e Comprovação de conhecimento das condições do local (Inciso III)	109
3.2.3.5 Prova de atendimento a requisitos previstos em lei especial (IV)	110
3.2.4 Qualificação Econômico-Financeira	111
3.2.4.1 Inconstitucionalidade da exigência de Garantia e de Capital Social Mínimo	111
3.2.4.2 Índices a serem adotados	113
3.2.4.3 Cumulação de garantia e capital social ou patrimônio líquido mínimos	114
4 CONTROLE DAS EXIGÊNCIAS DE HABILITAÇÃO	116
4.1 DOCUMENTAÇÃO PASSÍVEL DE EXIGÊNCIA	116
4.1.1 Habilitação Jurídica	116
4.1.1.1 Objeto Social	117
4.1.1.2 Apreciação Crítica	118
4.1.2 Regularidade Fiscal	119
4.1.2.1 Impossibilidade de exigência de documentos não previstos na Lei de Licitações	119
4.1.2.2 Cadastro de contribuintes	120
4.1.2.3 Regularidade e Quitação	121
4.1.2.3 Exigência em relação a qual Fazenda	123
4.1.2.4 Regularidade em relação a quais tributos	124
4.1.3 Qualificação Técnica	126

4.1.3.1 Registro ou inscrição na entidade profissional competente.....	126
4.1.3.2 Atestado Técnico.....	128
4.1.3.2.1 <i>Atestados Técnicos: limitações genéricas</i>	129
4.1.3.2.2 <i>Atestados Técnico-Profissionais</i>	133
4.1.3.2.3 <i>Atestados Técnico-Operacionais</i>	135
4.1.3.3 Visita Técnica	143
4.1.3.4 Requisito previsto em lei especial	144
4.1.3.5 Propriedade e prévia localização de bens.....	145
4.1.3.6 Exigências não previstas em lei	147
4.1.4 Qualificação Econômico-Financeira	148
4.1.4.1 Balanço Patrimonial.....	148
4.1.4.2 Exigência de capital social mínimo.....	149
4.1.4.3 Cumulação de exigência de capital social mínimo e apresentação de garantias.....	151
4.1.4.4 Índices	152
4.2 CRITÉRIOS PARA CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE	153
4.2.1 Controle pelos Princípios	153
4.2.1.1 Princípio da Legalidade	153
4.2.1.2 Princípio da Publicidade	154
4.2.1.3 Princípio da Igualdade.....	155
4.2.1.4 Princípio da Moralidade.....	155
4.2.1.5 Princípio da Probidade Administrativa.....	156
4.2.1.6 Princípio da Impessoalidade	156
4.2.1.7 Princípio da Vinculação ao instrumento convocatório	156
4.2.1.8 Princípio da Eficiência	157
4.2.1.9 Princípio da Promoção do Desenvolvimento Nacional.....	157
4.2.1.10 Princípio da Seleção da Proposta mais Vantajosa.....	158
4.2.1.11 Princípio do Julgamento Objetivo	158
4.2.1.12 Princípio não expressos – razoabilidade e proporcionalidade.....	159
4.2.1.13 Apreciação Crítica do Controle pelos Princípios	159
4.2.2 Técnicas de Controle da Discricionariedade na fixação de Requisitos de Habilitação	160
4.2.2.1 Aplicação do Princípio da Legalidade e interpretação restritiva das exigências legais.....	160

4.2.2.2 Controle formal de motivação.....	161
4.2.2.3 Controle material de motivação.....	161
4.2.2.4 Auto-vinculação da Administração	162
CONSIDERAÇÕES FINAIS	165
REFERÊNCIAS.....	169

INTRODUÇÃO

A Licitação tornou-se a maneira mais segura de fraudar a Administração, porque é perfeitamente possível manipular qualquer licitação, mediante requisitos de participação, características do produto ou critérios de julgamento injustificados e injustificáveis.¹

A frase é de Adilson Abreu Dallari, mas resume com precisão o espírito que deu origem a esse trabalho, cujo objetivo central é encontrar na teoria, e com fundamento no nosso ordenamento jurídico, meios de impedir que as licitações sejam realizadas de forma direcionada. Todavia, ainda que se tenha esse intuito, não se pode ignorar que a licitação deve possibilitar a seleção de licitantes aptos a executar aquilo que deles se espera.

Em razão disso o presente trabalho tem por foco a atuação administrativa, e seu respectivo controle, no estabelecimento de requisitos de habilitação nas licitações sob o regime da Lei n. 8.666/93. A fim de delimitar ainda mais o escopo da pesquisa, são objeto de análise aquelas exigências passíveis de serem feitas em relação a todos os licitantes, de modo que não são objeto de análise as exigências de habilitação referentes aos consórcios.

A própria lei estabelece os contornos para a atuação administrativa uma vez que estipula os requisitos de habilitação, entretanto ela não é, nem teria como ser, exaustiva, sobrando uma grande margem de discricionariedade.

Delimitar esses limites, bem como analisar o controle sobre essa atividade, seja pelo Judiciário seja pelos Tribunais de Contas, e identificar as formas de exercício do controle de modo a evitar que os requisitos de habilitação sejam estabelecidos de forma arbitrária ou com finalidade de direcionamento das licitações sob a justificativa de exercício de poder discricionário ou discricionariedade, são os objetivos últimos desse trabalho.

Para tanto o presente trabalho encontra-se dividido em quatro partes.

Na primeira faz-se um estudo geral da discricionariedade na tentativa de identificar seus elementos, o qual serve de ponto de partida do estudo específico. Faz-se a relação entre discricionariedade e legalidade, bem como entre vinculação e discricionariedade, depois se passa a analisar a sua relação com a teoria da

¹ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da Licitação**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 88.

discricionariedade técnica, com a teoria dos conceitos indeterminados e com a interpretação.

A segunda parte do estudo propõe uma análise do ordenamento jurídico e das previsões que digam respeito à habilitação em licitações, tanto em nível constitucional quanto na Lei n. 8.666/93.

Na terceira parte, a partir do estudo a respeito da discricionariedade, procura-se verificar as limitações existentes ao seu exercício no ordenamento jurídico.

Na quarta e última parte, inicialmente, é analisado o controle exercido tanto pelo Judiciário, em especial pelo Superior Tribunal de Justiça, em razão de sua competência de análise da legislação federal, quanto pelo Tribunal de Contas, através das decisões exaradas por ambos os órgãos. Por fim, procura-se elencar alguns critérios que podem ser utilizados como forma de controle da discricionariedade.

1 NOÇÕES GERAIS DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

1.1 ESTADO DE DIREITO: LEGALIDADE E DISCRICIONARIEDADE

A evolução da discricionariedade acompanha o próprio desenvolvimento do Estado Moderno. É a partir das revoluções liberais, com a instauração do que se entende por Estado de Direito e com ele os princípios da legalidade, igualdade e separação de poderes, que se começa a delinear a atividade administrativa atual e o que se entende por discricionariedade².

Referidos princípios passaram a estabelecer limitações às prerrogativas dos governantes em favor da liberdade dos cidadãos,³ em clara contraposição a períodos anteriores nos quais não havia limites para os poderes do Soberano, de quem emanavam as leis. Os funcionários desse soberano também atuavam como legisladores ou criadores diretos de normas legislativas.⁴

Dos princípios citados merece destaque, por ser de “capital importância” para caracterização do regime jurídico-administrativo num Estado de Direito⁵, o da legalidade. Pois é com fundamento nele que a administração pública passa a guardar obediência à lei, substituindo esta à vontade do Príncipe como limite da atuação do Estado⁶. Nesse sentido: “No Estado de Direito há necessariamente a submissão de toda a atividade pública a uma rede ou malha legal, cujo tecido não é, entretanto, homogêneo.”⁷

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 20.

³ Ibidem, p. 20-21.

⁴ FIORINI, Bartolomé A. **La Discricionabilidad en la Administracion Publica**. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1952. p. 49-50.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 96 e ss. Essa importância conferida ao princípio da legalidade é comum aos mais diversos autores administrativistas: CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 17 e ss.; SIMAS, Henrique de Carvalho. **Manual Elementar de Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1987. p. 154; MEDAUR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 126 e ss.

⁶ ABREU, João Leitão de. A Discricionabilidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 17, p. 10-22, jul./set. 1949. p. 12.

⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 179/180. p. 51-67, jan./jun. 1990. p. 51.

Essa submissão remonta aos ideais burgueses que se preocupavam apenas em estabelecer uma proteção frente ao Estado, principalmente em relação às liberdades individuais.⁸ Trata-se de uma posição do Estado eminentemente negativa. O Estado poderia fazer tudo que não fosse expressamente vedado pela lei.⁹

Num primeiro momento entendia-se que, mesmo vinculada à lei, haveria um espaço de atuação da Administração Pública não subordinado a essa vinculação, livre de qualquer controle judicial.¹⁰

Esse era o espaço dos típicos atos do Executivo chamados discricionários. Em razão de uma concepção rígida da divisão de Poderes, entendia-se que esses atos não poderiam sofrer qualquer forma de controle por parte de outro Poder.¹¹

A discricionariedade era vista como um poder político.¹² Identificava-se a definição de ato discricionário como aquele que, além de não ser arbitrário, não poderia sofrer controle jurisdicional.¹³

Na segunda metade do Século XIX passa-se a fazer uma distinção entre atos de governo¹⁴ e atos administrativos. Os atos de governo não poderiam ser submetidos aos tribunais. Dentre os atos administrativos havia os atos discricionários, os quais eram de pura administração e que também não ficavam

⁸ “Para a formação do que se entende por Princípio da legalidade Locke e Montesquieu contribuem com as idéias de supremacia da função legislativa sobre as demais funções e supremacia da lei sobre demais manifestações do Estado e Hobbes com a de que a liberdade individual somente pode ser restringida mediante lei. A isso acrescenta Rousseau a concepção de vontade geral (vontade geral do povo e geral por ser impessoal e atingir a todos) para definir lei.” (COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 13-31, dez. 2003. p. 17).

⁹ CADEMARTORI, Luis Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 49-50.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 26.

¹¹ CADEMARTORI, op. cit., p. 50.

¹² DI PIETRO, op. cit., p. 26.

¹³ FIORINI, Bartolomé A. **La Discricionalidad en la Administracion Publica**. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1952. p. 52.

¹⁴ Sobre o tema específico, Afonso Queiró refere a respeito da vizinhança entre atos de governo e poder discricionário, todavia ressalta que são situações diversas. Nesse sentido aponta a possibilidade de sindicabilidade dos atos discricionários diante de uma vinculação jurídica dos mesmos, enquanto os atos governamentais seriam insindicáveis em nome da separação de poderes (QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Teoria dos Actos de Governo**. Coimbra: Coimbra Editora, 1948. p. 24-28).

sujeitos ao controle jurisdicional. Assim eram entendidos aqueles atos que não atingiam direitos adquiridos.¹⁵

A revisão dos atos discricionários apenas era admitida para exame de vícios de incompetência e de forma. Para tanto eram aceitos dois tipos de recursos: (i) os contenciosos, que tinham por finalidade questionar atos que violavam a lei em detrimento de direitos individuais (limitação material); (ii) recurso por excesso de poder, que questionava atos discricionários a respeito de sua forma (limitação formal). Trata-se da primeira limitação à discricionariedade.¹⁶

Passo a passo verifica-se a juridificação da discricionariedade administrativa. Há uma transição do político para o jurídico e a discricionariedade deixa de estar ao lado do direito, passando a pressupor uma norma jurídica que a fundamente.¹⁷

Expressão disso, no Brasil, podia ser verificada no artigo 13, § 9º da Lei n. 221/1894, que regulava a organização da Justiça Federal na República:

Art. 13. Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União.

[...]

§ 9º Verificando a autoridade judiciaria que o acto ou resolução em questão é illegal, o annullará no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor.

a) Consideram-se ilegales os actos ou decisões administrativas em razão da não applicação ou indevida applicação do direito vigente. A autoridade judiciaria fundar-se-ha em razões juridicas, **abstendo-se de apreciar o merecimento de actos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniencia ou oportunidade;**

b) A medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionario sómente será havida por illegal em razão da incompetencia da autoridade respectiva ou do excesso de poder.
(Grafia original, grifo nosso.)¹⁸

Conforme ensina Almiro do Couto e Silva, encontram-se nesse diploma legal os lineamentos básicos da *judicial review* no Direito brasileiro, cujos limites estavam

¹⁵ CADEMARTORI, Luis Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 50.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 89.

¹⁷ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 34.

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894**. Completa a organização da Justiça Federal da Republica (sic). Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=62633>>. Acesso em: 02 set. 2008.

no mérito do ato e em relação ao qual não poderia haver análise sobre conveniência e oportunidade.¹⁹

Esses limites decorreram da distinção entre jurisdição graciosa – também chamada voluntária – e contenciosa.²⁰ A esse respeito, esclarece Joaquim Ribas que “sempre que o administrador põe-se em actividade, em virtude de provocação ou de requerimento dos administrados, e que sobre este profere decisão, quer deferindo-o, quer indeferindo-o, exerce acto de jurisdição.”²¹

Ensinava o então professor da hoje Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Alcidez Cruz, que as pretensões dos administrados poderiam fundar-se em direitos ou interesses.²² Interesse é vantagem “que qualquer esera obter de algum acto administrativo, quer seja medida geral, ou favor individual”; direito é o interesse protegido pela lei.²³

A jurisdição graciosa, por sua vez, era essencialmente discricionária, “isto é, não se achando a administração em frente de direitos dos administrados, quando a exerce, póde obrar como julgar conveniente aos interesses geraes e desprezar os individuaes sempre que os considerar antitheticos áquelles.”²⁴ O mesmo não ocorria em relação à contenciosa, pois nesse caso, falando os administrados em nome de seus direitos, a administração era obrigada a atendê-los e respeitá-los segundo os termos da lei.²⁵

A fórmula de um Estado negativo que simplesmente garantia as liberdades individuais passou a demonstrar-se insuficiente para manter o desenvolvimento da sociedade, diante das desigualdades sociais que se apresentavam. Após a Segunda Guerra, consolida-se o Estado de Direito e este deixa de ter uma função meramente negativa e passa a ter uma função ativa visando garantir a igualdade entre os cidadãos que até então era pressuposta. Dessa forma o Estado passa a interferir

¹⁹ COUTO E SILVA, Almiro do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 93-106, dez. 2003. p. 104.

²⁰ CABRAL, P. G. T. Veiga. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1859. p. 51 e ss.

²¹ RIBAS, Antônio Joaquim. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & C, 1866. p. 135.

²² CRUZ, Alcides. **Noções de Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Germano Gundlach & Comp., 1910. p. 18-19.

²³ RIBAS, op. cit., p. 136. Para maiores detalhes a respeito de “Direitos” e “Interesses” ver URUGUAI, Visconde do. **Ensaio sobre direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1960. p. 59 e ss., em especial p. 62-66.

²⁴ RIBAS, op. cit., p. 137.

²⁵ Ibidem, p. 137

nos mais diversos ramos da vida privada e, em consequência, passa a editar inúmeras normas jurídicas a fim de regradar essa atividade estatal.²⁶

Esse acréscimo de funções para o Estado causou o fortalecimento do Poder Executivo e uma diminuição da rigidez da separação dos Poderes. O principal aspecto em que isso aparece diz respeito à atividade legislativa. O Legislativo deixa de exercer com exclusividade essa atividade, passando o Executivo a editar leis, decretos-leis e a ter a iniciativa em diversas matérias legislativas.²⁷

Nesse período a própria concepção de legalidade modifica-se e passa a significar que o Estado apenas pode fazer aquilo que a lei permite. Lei entendida dentro de um conceito positivista.²⁸

Segundo Di Pietro, se por um lado essas modificações foram positivas e fizeram com que toda a atividade da Administração ficasse sob o regramento das leis; por outro foi negativa, pois se modificou a ideia de lei, a qual deixava de ser “manifestação da vontade geral” e também passava a desvincular-se da ideia de justiça. Essa modificação leva a uma alteração da concepção de discricionariedade que deixa de ser a atuação à margem da lei e passa a ser uma atuação conforme a lei.²⁹ O poder discricionário não é mais visto como um poder político, passando a ser encarado como um poder jurídico.³⁰

Leitão de Abreu identifica que há uma tendência de alargamento no campo da discricionariedade da administração em decorrência (i) do aumento de funções dos órgãos administrativos e (ii) do aperfeiçoamento dos processos técnicos que possibilitam à administração realizar seus fins característicos. Todavia afirma que esses poderes não são ilimitados devendo respeitar os princípios informativos do regime da legalidade.³¹

Essa visão de Leitão de Abreu mostra mais um elo na evolução do próprio entendimento de legalidade, que deixa de ser visto apenas como respeito à lei, mas também como respeito aos princípios que fundamentam essa lei.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 29-30.

²⁷ Ibidem, p. 31.

²⁸ Ibidem, p. 38.

²⁹ Ibidem, p. 38.

³⁰ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 34.

³¹ ABREU, João Leitão de. A Discricionariedade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 17, p. 10-22, jul./set. 1949. p. 20, 22.

A atividade administrativa deixa de vincular-se restritamente à lei, passando a ser entendida como vinculação ao direito.³²

Em consequência, a discricionariedade da Administração não deve guardar respeito apenas à lei, mas também aos valores e princípios declarados a partir da Constituição.³³

1.1.1 Legalidade: Primazia da Lei e Reserva da Lei

Otto Mayer identificou que o Princípio da Legalidade da Administração tem dois componentes: primazia da lei e reserva da lei.³⁴

A primazia da lei determina a vinculação da Administração às leis, devendo atuar em conformidade com estas – atuação positiva – e não violá-las – atuação negativa.³⁵

Por sua vez, o princípio da reserva de lei significa que a Administração somente se pode tornar ativa se ela foi, para isso, autorizada em lei³⁶. Ou seja, em decorrência dele é necessário que a atuação da Administração tenha um fundamento legal.³⁷

Esse caráter dúplice também foi observado por Alessi, quando, em relação ao segundo componente, afirma que a Administração não pode fazer o que não lhe tenha sido permitido por lei.³⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello refere que essa ideia pode ser sinteticamente traduzida através da expressão: “enquanto o particular pode fazer

³² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 41.

³³ Ibidem, p. 46.

³⁴ MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**: parte geral. Tradução Horácio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Editorial De Palma, 1949. t. 1, p. 93 e ss, especialmente 95 e 98. De mesmo modo: RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa do Brasil. In: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do Estado de Direito**: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 54-56.

³⁵ MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. 14. ed. Tradução Dr. Luís Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006. p. 121.

³⁶ Nos casos em que a lei silencia a autoridade não pode intervir na esfera jurídica do cidadão (FLEINER, Fritz. **Derecho Administrativo**. Tradução Sabino A. Gendin. Barcelona: Editorial Labor, 1933. p. 109).

³⁷ MAURER, op. cit., p. 122.

³⁸ ALESSI, Renato. **Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano**. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1958. p. 9.

tudo aquilo que não lhe é proibido [...] a Administração só pode fazer o que lhe permitido.”³⁹

O ato de execução que não tem lei que lhe sirva de fundamento viola o Princípio da Legalidade.⁴⁰ O fim, e não a vontade, domina todas as formas de administração. Supõe, destarte, a atividade administrativa a pré-existência de uma regra jurídica reconhecendo-lhe uma finalidade própria.⁴¹

A reserva de lei tem seu fundamento no *Princípio Democrático* – a eleição popular e o procedimento público transparente conferem legitimidade especial ao parlamento para promulgar regulações gerais. Tem assim um significado de repartição de competências e – no *Princípio do Estado de Direito* – exige que as relações entre Estado e cidadão sejam reguladas por leis gerais “inequívocas, calculáveis e estáveis”.⁴²

Em conclusão, todo desempenho administrativo só existe como um “poder intra legal” e estritamente dependente da lei e estritamente subordinado à lei.

1.1.2 Poder Vinculado e Poder Discricionário

Da afirmação que a atividade administrativa é um poder estritamente dependente e subordinado à lei, não se pode supor a atuação estatal como uma mera expressão automática da vontade geral contida na lei, com a exclusão da vontade do Administrador. Essa imagem somente seria possível no “mundo platônico das idéias puras”.⁴³

Conforme com percuciência refere Almiro do Couto e Silva, a atividade administrativa submete-se a uma malha legal não homogênea⁴⁴, ou seja, a relação entre a atividade administrativa e a norma jurídica é mais ou menos estreita,

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed., 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 12-13.

⁴⁰ MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. 14. ed. Tradução Dr. Luís Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006. p. 122, 130 e ss.

⁴¹ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 1954. p. 22.

⁴² MAURER, op. cit., p. 123.

⁴³ COUTO E SILVA, Almiro do. Princípio da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 20, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987. p. 47.

⁴⁴ Idem. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 179/180. p. 51-67, jan./jun. 1990. p. 51.

oscilando entre uma noção mínima – de compatibilidade – e uma noção máxima – relação de conformidade.⁴⁵

Nas hipóteses em que há uma descrição completa na lei, da conduta administrativa a ser seguida, se está diante de atuação vinculada. Nas hipóteses em que se aumenta a margem de liberdade de atuação da administração, se está diante de atuação discricionária.⁴⁶

A competência discricionária é o oposto da competência vinculada; todavia, não há ato totalmente vinculado e não há ato totalmente discricionário. Há matizes de predominância, acentuando ora o caráter mais livre, ora o caráter subordinado da manifestação administrativa⁴⁷. Está na dosagem, entre um e outro, o equilíbrio entre o automatismo absoluto e a arbitrariedade pura.⁴⁸

A referência à dosagem dá a dimensão correta da inter-relação entre a vinculação e a discricionariedade, pois, até mesmo nos casos da mais ampla discricionariedade, a legalidade continua a existir.⁴⁹

Entretanto deve-se ter clara a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, quando este diz ser ingênua a concepção de que as fronteiras entre a vinculação e a discricionariedade são “sulcos radicais que apartam sempre com nitidez atos perfeitamente compartimentáveis em extremos antagônicos”.⁵⁰

1.1.3 Terminologia - Ato Discricionário e Poder Discricionário

O termo discricionariedade, ao longo dos tempos, esteve relacionado com um âmbito de livre escolha da Administração e a impossibilidade de revisão dessa escolha. É interessante que se faça uma consideração terminológica a esse

⁴⁵ WEIL, Prosper. **O Direito Administrativo**. Tradução Maria da Glória Rosa Pinto; Revisão e Notas A. J. Pinto Loureiro. Coimbra: Almedina, 1977. p. 121.

⁴⁶ Ibidem, p. 121.

⁴⁷ TÁCITO, Caio. Poder Vinculado e Poder Discricionário. **Revista de Direito da Procuradoria Geral [Estado da Guanabara]**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 1-7, 1968. p. 3.

⁴⁸ WEIL, op. cit., p. 123.

⁴⁹ CAETANO, Marcelo José das Neves Alves. **Manual de Direito Administrativo**. 10. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 1980. p. 31.

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A licitação e os poderes da Comissão Julgadora. **Revista da Consultoria Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]**, Porto Alegre, v. 8, n. 20, p. 95-112, 1978. p. 100.

respeito, principalmente em face da discussão travada entre Seabra Fagundes e Nunes Leal sobre a utilização da locução “atos discricionários”.

Comentando Acórdão da lavra de Seabra Fagundes, Victor Nunes Leal afirma que a utilização da expressão “atos discricionários” implica imprecisão terminológica por ser defeituosa conceitualmente. Contudo, Nunes Leal explica seu posicionamento afirmando que não existem atos inteiramente discricionários, pois sempre há a possibilidade de sindicabilidade do ato. Diante disso o correto seria falar de “poder discricionário”, o qual, independente do ato, não pode ser motivo de revisão judicial.⁵¹

Em resposta, Seabra Fagundes refere que a observação é destituída de base, pois a expressão criticada é uma “imagem de síntese” com o intuito de “dispensar circunlóquios”.⁵²

O equívoco estaria em considerar-se o ato administrativo como um todo indivisível e, diante disso, qualificá-lo dentro de uma ou outra categoria.⁵³

Após tratar a respeito do repúdio que o direito francês tem em relação ao ato inteiramente discricionário e a preferência pela utilização da expressão poder discricionário – em razão de a ideia de “discricionário” ter ficado por muito tempo vinculada à impossibilidade de controle judicial – Di Pietro refere que, entendido não haver ato inteiramente discricionário, não há razão para negar a expressão ato discricionário. Acrescenta que o poder discricionário existe *in potentia* e o ato discricionário *in actu*. Antes da edição do ato, a discricionariedade existe como um poder da Administração para ser exercido no caso concreto, dentro dos limites definidos na lei.⁵⁴

Em linha similar, não negando a existência do ato discricionário e acrescentando a figura da atividade discricionária, Odete Medauar refere que “o poder discricionário é uma faculdade, a atividade discricionária é o exercício de

⁵¹ LEAL, Victor Nunes. **Poder Discricionário e Ação Arbitrária da Administração**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 14, p. 53-82, out./dez. 1948. p. 53.

⁵² FAGUNDES, M. Seabra. **Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 75-76.

⁵³ TÁCITO, Caio. Poder Vinculado e Poder Discricionário. *Revista de Direito da Procuradoria Geral [Estado da Guanabara]*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 1-7, 1968. p. 3.

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 96-96.

funções com utilização do poder discricionário, enquanto o ato administrativo discricionário é o resultado do exercício desse poder.”⁵⁵

Celso Antônio também apresenta ponderação similar, admitindo que embora seja comum utilizar a expressão “ato discricionário”, ela somente pode ser entendida como “ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos elementos que o condicionam ou o compõe”.⁵⁶

Assim, diante da ampla utilização da terminologia de “ato discricionário”⁵⁷, mais do que contrariar seu uso, é importante que se tenha em mente que ao definir-se um ato como discricionário não se está conferindo à Administração autorização para escolher todos os elementos do ato de forma livre. A liberdade que se lhe confere em relação ao ato é nos termos da lei que lhe conferiu tal poder.

1.2 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

1.2.1 Discricionariedade Administrativa na Doutrina Brasileira

Há uma multiplicidade de posições e uma conseqüente imprecisão no conceito de discricionariedade.⁵⁸ Tentar classificar as diferentes teses e conceitos acerca de discricionariedade agrupando-os, além de ser uma tarefa hercúlea, fugiria do escopo pretendido.⁵⁹

⁵⁵ MEDAUAR, Odete. Poder Discricionário da Administração. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 75, n. 610, p. 38-45, ago. 1986. p. 39.

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 18.

⁵⁷ O termo “ato discricionário” é usado de forma corrente pela doutrina que, quando não faz a ressalva expressa a inexistência de um ato inteiramente discricionário, não usa a expressão com esse significado. Assim, com a ressalva expressa, por exemplo: OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Ato Administrativo**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 90-91. Sem ressalva expressa, mas entendendo ato discricionário como ato no exercício de competência/poder discricionário: COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 48-49.

⁵⁸ CAMPAZ, Walter. Discricionariedade. **Justitia**, São Paulo, v. 97, p. 139-151, abr./jun. 1977. p. 139.

⁵⁹ Walter Campaz faz uma classificação de definições de diferentes autores agrupando-as segundo a idéia principal de cada conceito. (CAMPAZ, op. cit., p. 141). Em sentido similar CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Do Poder Discricionário. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 101, p. 1-23, jul./set. 1970. Germana Moraes procura classificar as definições como materiais, formais ou ecléticas (MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 37-41).

Independentemente de uma classificação que procure agrupar diferentes conceitos não homogêneos é interessante fazer uma breve análise da discricionariedade na doutrina brasileira.

Costuma-se identificar a discricionariedade com a insindicabilidade do ato, como, por exemplo, refere Themistocles Brandão Cavalcanti:

Ato discricionário é todo aquele insuscetível de apreciação por outro poder que não aquele que o praticou. Compreende, principalmente, de acordo com a doutrina dominante, uma esfera em que predomina o critério da justiça, conveniência ou oportunidade. Diz mais com o interesse de que com o direito, e por esta razão, mais de ordem política de que ordem jurídica, o arbítrio é elemento que o caracteriza.⁶⁰

Essa liberdade estaria na escolha da oportunidade e conveniência dos atos discricionários e, em relação a elas, não seria possível o controle jurisdicional.

[Ato Discricionário é] Manifestação concreta e unilateral da administração que, fundadamente em regra objetiva de direito que a legitima e lhe assinala o fim, se concretiza livremente, desvinculada de qualquer lei que lhe dite previamente a oportunidade e a conveniência da conduta, sendo, pois, neste campo, insuscetível de revisão judiciária.⁶¹

Nessa linha, é de se destacar o pensamento de Seabra Fagundes que identifica a discricionariedade com a liberdade que a lei deixa à autoridade administrativa para apreciar o motivo ou objeto do ato, ou ainda ambos ao mesmo tempo. A discricção quanto ao motivo se refere à ocasião de praticar o ato – oportunidade – e à utilidade do ato – conveniência.⁶²

Com uma clara influência do direito administrativo italiano, Seabra Fagundes identifica no binômio conveniência e oportunidade o mérito do ato, de sentido político.⁶³

Como a definição desses elementos, portanto, é dependente de critérios políticos e de meios técnicos⁶⁴, estranhos ao âmbito estritamente jurídico⁶⁵, o ato não seria passível de controle jurisdicional.⁶⁶

⁶⁰ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Instituições de Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Freitas Bastos, 1936.

⁶¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1966. v. 2.

⁶² FAGUNDES, M. Seabra. **Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 74-75.

⁶³ FAGUNDES, op. cit., p. 146-147.

A identificação entre o mérito do ato administrativo e discricionariedade inspirou grande parte da doutrina⁶⁷ e da jurisprudência do Brasil e fez perenizar a ideia de impossibilidade de análise pelo Judiciário do mérito administrativo – conveniência e oportunidade. O que, muitas vezes, é levado ao extremo, deixando o Judiciário de exercer o controle por entender tratar-se de oportunidade e conveniência.⁶⁸

Dentre os Autores que também identificam na oportunidade e conveniência o âmbito de liberdade do administrador merece destaque Hely Lopes Meireles, para quem: “[...] o Direito concede [poder discricionário] à Administração, de modo implícito ou explícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência e oportunidade.”⁶⁹

⁶⁴ Segundo Gerson dos Santos Sicca, se pode inferir que o Autor entendia existir “discricionariedade técnica”. (SICCA, Gerson dos Santos. **Discricionariedade Administrativa. Conceitos indeterminados e aplicação**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 115).

⁶⁵ Em sentido similar a lição de Ruy Cirne Lima ao identificar prescrições não-jurídicas para determinação de certos elementos do ato: “Discricionários, finalmente, são aqueles atos, respeito aos quais a autoridade administrativa embora adscrita a prescrições não-jurídicas, possui, face à regra jurídica, liberdade de determinação, quanto ao respectivo destinatário, objeto ou fim.” (LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 1954. p. 93).

⁶⁶ FAGUNDES, M. Seabra. **Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 147

⁶⁷ Maria Sylvia Di Pietro: Discricionariedade é “A faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma entre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 67); Germana Moraes: “Discricionariedade é a margem de liberdade de decisão, conferida ao administrador pela norma de textura aberta, com o fim de que ele possa proceder, mediante ponderação comparativa dos interesses envolvidos no caso específico, à concretização do interesse público ali indicado, para, à luz dos parâmetros traçados pelos princípios Constitucionais da Administração Pública e pelos princípios gerais do Direito e dos critérios não positivados de conveniência e oportunidade: 1º complementar, mediante valoração e aditamento, os pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo; 2º decidir se e quando ele deve ser praticado; 3º escolher o conteúdo do ato administrativo dentre mais de uma opção igualmente pré-fixada pelo Direito; 4º colmatar o conteúdo do ato, mediante uma conduta não pré-fixada, porém aceita pelo direito.” (MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 48).

⁶⁸ Nesse sentido acórdão STJ, **RMS 25267/MT**, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/05/2009, DJe 09/06/2009. Entretanto, a análise de proporcionalidade do ato, a qual é admitida pelos tribunais, é um exame do seu mérito. Veja-se, por exemplo, que Seabra Fagundes, ao definir o que entendia por oportunidade e conveniência e afastá-las do controle judicial, expressamente mencionava que a análise de proporcionalidade faz parte do mérito. Ocorre que para manter intacta a idéia de impossibilidade de análise de mérito pelo judiciário, se afirma que a revisão de ato administrativa em razão de sua desproporcionalidade exame de legalidade (STJ, **REsp 876.514/MS**, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 19/10/2010, DJe 08/11/2010).

⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15. ed. atual. por José Emmanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Fernando Pereira Franchini. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 148.

Refere ainda que: “Para o cometimento de um ato discricionário, indispensável é que o Direito nos seus lineamentos gerais, ou a legislação administrativa confira explícita ou implicitamente tal poder ao administrador [...]”.⁷⁰

No entendimento de Hely Lopes Meireles, a discricionariedade não precisa ser conferida pela lei, pode sê-la pelo Direito, de modo amplo. Além disso, a autorização para atuação de forma discricionária não precisa ser explícita.

No ponto específico, não se pode concordar com esse entendimento diante do Estado de Direito fundado no Princípio da Legalidade. Pois, como refere Diogo Figueiredo Neto, o poder de estabelecer as hipóteses de discricionariedade é exclusivo do legislador e jamais do administrador, de modo que o “poder discricionário” é verdadeiramente exercido pelo Legislativo ao abrir na lei um espaço decisório à Administração.⁷¹

A competência discricionária necessariamente surge da lei, já o controle dessa discricionariedade decorre do direito.⁷²

Mesmo sustentando que o mérito não seria passível de análise pelo Judiciário, Seabra Fagundes ressaltava que a atuação discricionária não exige o agente administrativo de respeitar os fins previstos pela norma. Ou seja, ainda que se entenda que a discricionariedade significa margem de liberdade, ela não se equipara à arbitrariedade.⁷³

Celso Antônio Bandeira de Mello em seu conceito de discricionariedade trata desses elementos (margem de liberdade e respeito aos fins previstos pela norma):

⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15. ed. atual. por José Emmanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Fernando Pereira Franchini. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁷¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 299.

⁷² AVILA, Humberto. Imposto sobre a Circulação de Mercadorias: ICMS. Substituição Tributária. Base de Cálculo. Pauta Fiscal. Preço Máximo ao Consumidor. Diferença Constante entre o Preço usualmente Praticado e o Preço Constante da Pauta ou o Preço Máximo ao Consumidor Sugerido pelo Fabricante. Exame da Constitucionalidade. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, v. 123, p. 122-134, dez. 2005. p. 127. Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal já referiu que a “A competência discricionária deve resultar da lei, mas pode ser inferida de sua interpretação sistemática” (STF, **RMS 20975/RJ**. Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 29/08/1989, DJ 15/09/1989). A fim de delimitar o que se entendeu por “interpretação sistemática” é necessário referir que no caso analisado pelo Supremo Tribunal Federal havia três diplomas legais distintos que deviam ser aplicados ao caso. Enquanto o diploma legal invocado por quem pretendia considerar a remoção como um ato vinculado não deixava claro tratar-se de um ato discricionário, havia outra norma cuja redação claramente indicava que a remoção se dava “atendida a conveniência do serviço”. Não significa dizer, portanto que se “encontrou” discricionariedade onde a lei não havia previsto.

⁷³ FAGUNDES, M. Seabra. **Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 71-73.

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a solução vertente.⁷⁴

Celso Antônio considera que a existência de discricionariedade em nível normativo não significa que esta irá se verificar no caso concreto. E emenda que “a discricção suposta na regra de Direito é condição necessária, mas não suficiente, para que exista discricção no caso concreto”.⁷⁵

Essa verificação seria possível por meio de demonstração da parte em juízo de que a providência tomada pela administração não era a prevista pela norma, ou, havendo possibilidade de escolha de mais de uma providência, não poderia ser aquela a adotada.⁷⁶

Tal solução não significa invasão do mérito administrativo, mas também afirma a possibilidade de verificação, com base em padrões de razoabilidade, se a providência adotada pela Administração é “seguramente a melhor”. Na hipótese em que haja discrepância nesse juízo não se tem discricionariedade.⁷⁷

Há, na verdade, uma maior liberdade de discricção administrativa na norma de Direito do que perante o caso concreto. A existência em abstrato da possibilidade de mais de uma solução válida, não significa que elas realmente o sejam para todos os casos. Significa que algumas soluções são mais adequadas para alguns casos e outras soluções mais adequadas para outros.⁷⁸

A consequência disso é a possibilidade de a lei, em abstrato, conferir discricionariedade para a eleição de uma entre duas opções em princípio válidas, todavia, é possível que, na prática, uma das opções seja excluída, de tal modo que

⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 48. Assim também: STJ, **REsp 879188/RS**, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 21/05/2009, DJe 02/06/2009.

⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros: 2007. p. 931.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 932.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 932.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 36-37.

perante o Direito – e não mais apenas à Lei – apenas uma opção seja válida, excluindo-se a discricionariedade.⁷⁹

Após criticar o conceito de Hely Lopes Meireles, Marçal Justen Filho alinha-se à concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello e define discricionariedade como “[...] modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto.”⁸⁰

Analisando os pormenores dessa definição o Autor refere que a discricionariedade deve ser instituída de modo intencional pelo Direito, não podendo ser confundida com a redação legal insatisfatória ou ultrapassada e com a textura aberta da linguagem. E conclui que “discricionariedade não é um ‘defeito’ na lei.”⁸¹

Também refere Justen Filho que não há discricionariedade na ausência de lei. Como a discricionariedade é atribuída por via legislativa ao Administrador, a omissão legislativa não confere ao Executivo competência para inovar a ordem jurídica.⁸²

Nos conceitos de Celso Antônio e Justen Filho há um elemento comum que marca os últimos estudos apresentados a respeito de discricionariedade. Esta deixa de ser vista como a possibilidade da “livre escolha” e passa a ser o dever da “melhor escolha”.

Nessa linha se inserem os estudos de Juarez Freitas que define atos administrativos discricionários como:

[...] aqueles que o agente público deve (não se trata de mera faculdade) praticar, mediante juízos de conveniência ou de oportunidade, na busca da melhor alternativa (não “a” única), sem que se revele indiferente a escolha das conseqüências, no plano concreto.⁸³

No seu entender a administração não dispõe de liberdade pura de escolha, devendo respeito aos princípios jurídicos. Denomina essa relação como

⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 5, n. 17, p. 75-96, abr./jun. 2007. p. 77.

⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 163.

⁸¹ Ibidem, p. 163-170.

⁸² Ibidem, p. 172.

⁸³ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 32.

“discricionariedade vinculada aos princípios”.⁸⁴

Merece especial atenção a defesa do autor à necessidade de motivação dos atos discricionários⁸⁵, a fim de excluir os critérios exclusivamente políticos:

Ambos, administrador e julgador, têm o dever de indicar fundamentos de fato e de Direito, exatamente em face da inafastável margem de subjetividade na mais vinculado dos atos [...]. Sem maior hesitação, pois devem os atos administrativos ser motivados, em analogia com o que sucede com os atos jurisdicionais, [...]. No mais tanto os atos administrativos discricionários como os vinculados devem ser motivados.

A justificativa de tal assertiva reside na aceitação de que não há ato administrativo de liberdade irrestrita.⁸⁶

1.2.2 Definição de Discricionariedade

A discricionariedade pressupõe uma autorização legislativa.⁸⁷ Não decorre, portanto, de falhas legais⁸⁸, nem se pode presumir⁸⁹. Considerar existente discricionariedade onde o legislador não a tenha previsto de forma expressa, viola o princípio de Separação dos Poderes de forma mais grave do que um excesso de

⁸⁴ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 216 e ss.

⁸⁵ Hartmut Maurer também fala em um dever de fundamentar o poder discricionário apresentando as considerações determinantes da decisão, como uma forma de autocontrole da administração, por meio da análise mais detida de suas próprias razões e de defesa do cidadão que somente a partir da fundamentação pode analisar a juridicidade da decisão. (MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. 14. ed. Tradução Dr. Luís Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006. p.274-275).

⁸⁶ FREITAS, op. cit., p. 222-223.

⁸⁷ MAURER, op. cit., p. 144.

⁸⁸ FIORINI, Bartolomé A. **La Discricionabilidad en la Administracion Publica**. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1952. p. 36-37.

⁸⁹ SOUSA, Antônio Francisco de. **Conceitos Indeterminados em Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 111. De modo ainda mais incisivo, nas palavras de Eros Roberto Grau “A discricionariedade é atribuída, pela lei, à autoridade administrativa: não decorre da lei, utilizando-se o verbo decorrer, aqui, para referir a circunstância de o emprego, pelo texto legal, de ‘conceitos indeterminados’ conduzir à discricionariedade; vale dizer: a discricionariedade resulta de uma expressa atribuição legal à autoridade administrativa, e não da circunstância de os termos da lei serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receber especificações diversa.” (GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 4. ed. São paulo: Malheiros, 2002. p. 192. Grifo do autor).

controle.⁹⁰ Ademais, a previsão em abstrato de discricionariedade na norma, não implica que ela exista no momento da atuação, tanto em razão de limitações impostas por conduta anterior da própria Administração,⁹¹ quanto pela ausência, em concreto, de mais de uma conduta a ser adotada pela Administração.⁹²

À essência da discricionariedade pertence a análise das circunstâncias do caso particular sob o ponto de vista da intenção legislativa (finalidade da norma), de modo que para isso o administrador dispõem de duas ou mais possibilidades ou de um âmbito de atuação em concreto.⁹³

A sua limitação também está na lei, mas não apenas. A liberdade de atuação da administração encontra-se também limitada pelos princípios jurídicos de direito público.⁹⁴

1.3 DISCRICIONARIEDADE E DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA

1.3.1 Noção de Discricionariedade Técnica

A questão da discricionariedade técnica surge com Bernatzik na Áustria, em 1864. O conceito englobava aquelas decisões tomadas pela Administração que, embora não pudessem ser classificadas como discricionárias, deveriam ser retiradas do controle judicial em razão da alta complexidade técnica das premissas fáticas adotadas. Justificava-se essa exclusão em razão do maior conhecimento técnico do administrador, conhecimento que não era detido pelo Judiciário.⁹⁵

⁹⁰ SICCA, Gerson dos Santos. **Discricionariedade Administrativa**: conceitos indeterminados e aplicação. Curitiba: Juruá, 2006. p. 285-286.

⁹¹ MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. 14. ed. Tradução Dr. Luís Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006. p. 143 e 145.

⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros: 2007. p. 428-429.

⁹³ MAURER, op. cit., p. 143 e 145.

⁹⁴ Ibidem, p. 151.

⁹⁵ SOUSA, António Francisco de. **Conceitos Indeterminados em Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 105-106.

Na Áustria, onde surgiu, o tema não subsistiu de maneira autônoma por muito tempo, passando a ser tratado conjuntamente com a questão dos conceitos indeterminados.⁹⁶

Na Itália, entretanto, a discricionariedade técnica foi objeto de aprofundados estudos.⁹⁷

Vale destacar o entendimento de Renato Alessi que distingue os casos sob apreciação administrativa entre aqueles que dependem de análise de critérios administrativos e critérios técnicos. Os primeiros estariam no âmbito da discricionariedade administrativa; Os segundos dependeriam da solução de questões técnicas, conforme conhecimentos e regras técnicas.⁹⁸

Nessa concepção Alessi critica e considera inconciliáveis as expressões discricionariedade e técnica. Caso se esteja diante de questão meramente técnica não haverá discricionariedade para o administrador, pois os critérios técnicos trarão os dados necessários para a vinculação.⁹⁹

Segundo o autor, pode-se falar em discricionariedade técnica quando os conceitos técnicos estiverem ligados a critérios administrativos. Isso ocorreria em duas hipóteses:

- a) com base em dados fornecidos por uma área técnica a Administração deve analisar o caso concreto por meio de critérios administrativos. Exemplo: área técnica informa a possibilidade de um prédio cair. Incumbe à Administração decidir se a possibilidade de queda ameaça o interesse público.
- b) A decisão baseia-se em critérios administrativos, mas leva em consideração aspectos técnicos. Exemplo: escolha de critérios técnicos para construção de obra pública.

Não parece, entretanto, que a discricionariedade esteja propriamente na questão técnica. A análise da técnica nos casos expostos se presta para assentar as premissas fáticas e com base nessas premissas fáticas é que se tomará a decisão discricionária. Retomando o primeiro exemplo, não há discricionariedade para dizer

⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 5, n. 17, p. 75-96, abr./jun. 2007. p. 78.

⁹⁷ GIANNINI, Massimo Severo. **Lezioni di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1950. v. 1, p. 90 e ss.

⁹⁸ ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Barcelona: Bosch, 1970. t. 1, p. 195-198.

⁹⁹ ALESSI, Renato. **Principi di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1966. p. 215-220.

se o prédio está ou não caindo. Não se trata de uma escolha que possa ser feita pela Administração “em relação ao dado”, mas uma escolha “a partir do dado”.

Crítica incisiva à expressão é feita por Antônio Francisco de Sousa, por entender que ela não possui critério científico em muitos aspectos. A discricionariedade técnica implicaria em uma liberdade de manobra para a Administração em decorrência da “impossibilidade técnica de controle” e da “falta de preparação dos juízes”.¹⁰⁰

A esse respeito, em comentário com o qual se concorda, se o juiz não conhece todos os ramos da ciência de modo a controlar decisões altamente técnicas, ele sempre poderá e deverá valer-se de peritos.¹⁰¹

Conclui o autor afirmando que “discricionariedade técnica’ são termos contraditórios, inconciliáveis entre si. Além disso, por meio da discricionariedade técnica procura-se alargar, na prática, ao âmbito de vinculação a liberdade que caracteriza a discricionariedade administrativa. De tal modo “se reconhece ao administrador aquilo que declaradamente o legislador não quis, ao atribuir um poder vinculado (e a discricionariedade não se pode presumir)”.¹⁰²

1.3.2 Discricionariedade Técnica no Brasil

No Brasil o tema da discricionariedade técnica não é objeto de um aprofundado estudo doutrinário, sendo referido apenas nas obras que tratam sobre a discricionariedade ou em artigos esparsos.¹⁰³

As manifestações que se encontram negam a existência de uma verdadeira discricionariedade na chamada “discricionariedade técnica”. Nesse sentido, por exemplo, Di Pietro afirma que:

¹⁰⁰ SOUSA, Antônio Francisco de. **Conceitos Indeterminados em Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 107.

¹⁰¹ Ibidem, p. 107 e ss. Da mesma forma que há previsão em Portugal acerca dessa possibilidade, como afirma Francisco de Souza; No Brasil encontra-se previsto no Artigo 145 do Código de Processo Civil, assim redigido: Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo o disposto no art. 421.

¹⁰² SOUSA, op. cit., p. 111.

¹⁰³ GUERRA, Sérgio Antônio Silva. Discricionariedade técnica e agências reguladoras. **Marco Regulatório: Revista da AGERS**, Porto Alegre, n. 8, p. 61-71, mar. 2005. p. 61.

No caso da discricionariedade técnica, não há discricionariedade propriamente dita, consoante já demonstrado. Não há opções a serem feitas por critérios de oportunidade e conveniência. Não há decisão política a ser tomada conforme avaliação do interesse público. Existe uma solução única a ser adotada com base em critérios técnicos fornecidos pela ciência.¹⁰⁴

Di Pietro relaciona a discricionariedade técnica aos conceitos indeterminados e afirma que a questão no Direito brasileiro é relativamente simples. Se o conceito indeterminado contido na lei puder tornar-se determinado pela manifestação de órgão técnico, com base em conhecimentos científicos, não se pode falar em discricionariedade propriamente dita, sendo dado ao Judiciário rever a decisão da Administração Pública. Além disso, acrescenta que não há, no Brasil, maiores dúvidas a respeito da possibilidade de o Judiciário valer-se de peritos para dirimir questões técnicas.¹⁰⁵

Marçal Justen Filho também entende que não se pode confundir a discricionariedade administrativa com o que se chama de discricionariedade técnica. Nesta não há escolha de natureza política, mas uma escolha vinculada a juízos técnico-científicos.¹⁰⁶

Entretanto há um ponto de comunicação entre a discricionariedade técnica e a discricionariedade administrativa, quando a ciência não é capaz de indicar uma única solução a ser adotada, como, por exemplo, no caso de fixação dos juros pelo Banco Central. A decisão a ser adotada não pode se desvincular das considerações técnicas, entretanto a manutenção, elevação ou minoração levará em consideração critérios de oportunidade e conveniência.¹⁰⁷

A ideia é bem sintetizada por Odete Medauar:

Assim nem sempre ocorre uniformidade ou concordância total na área técnica e científica. Permanecendo margem de escolha, aí o poder discricionário incide, sem que o uso de conhecimentos técnicos enseje modalidade diferente desse poder. Se houver só uma solução possível, como consequência da aplicação de pauta científica ou técnica universal, trata-se de poder vinculado.¹⁰⁸

¹⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 5, n. 17, p. 75-96, abr./jun. 2007.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ Para o autor a discricionariedade técnica indica “que determinadas decisões administrativas se fundam em critérios técnico-científicos, os quais não são incorporados.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010).

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 179.

¹⁰⁸ MEDAUR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 132.

Conclui-se que não decorre da utilização de conceitos técnicos a existência de discricionariedade administrativa, principalmente sob a alegação de que a Administração teria maior conhecimento técnico do que o Judiciário. Critérios técnicos servem como limitadores da atuação discricionária, que jamais poderá ser exercida contrariando-os.

Hipótese em que se pode falar em discricionariedade administrativa diante de conceitos técnicos – aqui no sentido de que a escolha adotada pela Administração é uma daquelas permitidas pelo Direito – é unicamente quando a ciência não possui resposta uníssona a respeito do conceito.¹⁰⁹

1.4 DISCRICIONARIEDADE E CONCEITOS INDETERMINADOS

1.4.1 Noção da Doutrina a Respeito dos Conceitos Indeterminados

A doutrina dos conceitos indeterminados surge no Século XIX, na Áustria, com a finalidade de saber se a atuação do administrador com fundamento em tais conceitos seria suscetível de análise pelos tribunais.¹¹⁰

Teve sua origem na discussão doutrinária entre Bernatzik e Tezner. O primeiro sustentava que determinados conceitos, em razão de sua complexidade e dificuldade cognitiva, suscitariam diferentes posições em relação às quais seria impossível, por meio de critérios seguros de interpretação, apontar qual a mais

¹⁰⁹ Ainda que não trate especificamente de discricionariedade administrativa, merece referência, por expressar a idéia de ausência de posição única na ciência, a decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre a descriminalização da *Cannabis Sativa*. O Tribunal considerou que como havia posição científica tanto respaldando a decisão adotada pela Lei quanto em sentido contrário, deveria ser respeitada a posição do Legislador. (MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005).

¹¹⁰ SOUSA, Antônio Francisco de. **Conceitos Indeterminados em Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 34.

acertada.¹¹¹ Em razão disso, esses conceitos atribuiriam discricionariedade à Administração.¹¹²

Essa posição passou a ser adotada pelo Supremo Tribunal Administrativo austríaco e recebeu críticas de Tezner por entender que conferir discricionariedade em decorrência da aplicação de conceitos indeterminados era contrário ao Estado de Direito.¹¹³

O entendimento geral é de que conceitos jurídicos indeterminados caracterizam-se pelo seu grau de indeterminação, em oposição aos conceitos determinados que geralmente sejam medidas ou valores monetários.¹¹⁴

O cerne da discussão reside em saber se a aplicação de conceitos indeterminados implicaria em apenas uma decisão juridicamente aceita – e, portanto, amplo seria o controle do judiciário – ou se mais de uma decisão seria válida – de modo que o controle judicial seria semelhante ao controle realizado quando diante de atuação discricionária.¹¹⁵

Garcia de Enterría é um dos expoentes da primeira das teorias, conhecida como da univalência. Em palestra proferida na Universidade de Barcelona, buscou estabelecer técnicas de controle para o poder discricionário¹¹⁶ e dentre elas aponta a distinção que há entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade, com base na doutrina alemã.

O supracitado autor afirma que a distinção principal que há entre a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados é que nestes há apenas uma solução justa a ser dada ao caso concreto. Em relação à discricionariedade, no entanto, há uma pluralidade de soluções justas possíveis como consequência de seu exercício.¹¹⁷

¹¹¹ COUTO E SILVA, Almiro do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 179/180. p. 51-67, jan./jun. 1990. p. 51.

¹¹² SOUSA, Antônio Francisco de. **Conceitos Indeterminados em Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 34-35.

¹¹³ Ibidem, p. 35.

¹¹⁴ Ibidem, p. 23.

¹¹⁵ Ibidem, p. 36.

¹¹⁶ O autor trata de três técnicas que podem ser utilizadas com a finalidade de controlar a discricionariedade: a – controle dos fatos determinantes, b – distinção entre conceitos jurídicos indeterminados e c – controle pelos princípios gerais de direito; (GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. **La Lucha Contra las Inmunidades del Poder**. Madrid: Civitas, 1974. p. 30 e ss).

¹¹⁷ Ibidem, p. 35.

A consequência fundamental desta distinção reside no fato de que, em relação aos conceitos jurídicos indeterminados, é possível uma ampla fiscalização jurisdicional de sua aplicação; já a aplicação de conceitos indeterminados é meramente um processo de interpretação.¹¹⁸

Entretanto esse entendimento não encontra respaldo na doutrina dominante a qual reserva uma margem de apreciação para o administrador. António Francisco de Sousa resume em quatro traços fundamentais a posição dominante no direito germânico acerca dos conceitos jurídicos indeterminados:

- Divisão de norma em previsão (Tatbestand) e estatuição (Rechtsfolge);
- Colocação dos conceitos legais indeterminados no Tatbestand legal (enquanto a discricionariedade se acantona na estatuição);
- Subordinação, por princípio da interpretação e aplicação de todos os conceitos legais indeterminados, por mais indeterminados que sejam, ao controlo total ou pleno dos tribunais administrativos;
- Reconhecimento na aplicação de certas categorias de conceitos legais indeterminados de uma 'margem de apreciação' (Beurteilungsspielraum) a favor da autoridade administrativa que os aplica. Nestes casos o controlo jurisdicional é limitado.¹¹⁹

Apesar de entender que a aplicação de conceitos indeterminados deva levar a apenas uma solução correta do ponto de vista jurídico, Hartmut Maurer refere que nos casos limites é duvidoso identificar essa solução. Surge, nesses casos, a questão “se” e “até que ponto” pode a solução adotada pela Administração ser substituída pela solução que o tribunal entenda correta.¹²⁰

Reconhece-se nessas hipóteses um espaço de apreciação em relação ao qual a revisão judicial apenas pode ocorrer de forma limitada. A utilização de conceitos indeterminados pelo legislador conferiria uma autorização para o administrador atuar sob responsabilidade própria. Além disso, se refere que os conceitos indeterminados admitiriam valorações diferentes, não devendo ser substituída a valoração do administrador pela do julgador.¹²¹

¹¹⁸ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. **La Lucha Contra las Inmunidades del Poder**. Madrid: Civitas, 1974. p. 38.

¹¹⁹ SOUSA, António Francisco de. **Conceitos Indeterminados em Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 36-37.

¹²⁰ MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. 14. ed. Tradução Dr. Luís Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006. p. 154.

¹²¹ Ibidem, p. 155.

O autor ressalta, todavia, que a jurisprudência tem identificado a existência de espaço para apreciação apenas em restritos grupos de casos.¹²²

1.4.2 Conceitos Indeterminados na Doutrina Brasileira

O tratamento conferido aos conceitos indeterminados pela doutrina brasileira, salvo exceções, distancia-se do quanto analisado.

Dentre as exceções, merece referência o posicionamento de Almiro do Couto e Silva, que segue o tratamento conferido à matéria pela doutrina alemã.

O professor gaúcho parte da distinção entre suporte fático e consequente da norma, para defender a primeira diferença entre discricionariedade e conceito indeterminado. Enquanto este se localiza no suporte fático da norma, a discricionariedade está na sua consequência jurídica por se tratar de um poder de eleger a consequência ou o efeito jurídico.¹²³

Na descrição do suporte fático da norma o legislador vale-se de conceitos jurídicos indeterminados, cuja vagueza e imprecisão podem possibilitar o preenchimento por conteúdos diversos.¹²⁴

O reflexo principal da diferenciação entre conceitos indeterminados e discricionariedade administrativa reside no controle a ser exercido sobre a atuação da Administração estando-se diante de um ou de outro:

A diferença fundamental que há entre poder discricionário e conceito jurídico indeterminado, no que se liga ao controle jurisdicional, está em que, no primeiro o controle restringe-se aos aspectos formais, externos, do ato resultante do seu exercício, ou aos seus pressupostos de validade (competência do agente, forma, desvio de poder, etc.), mas não entra na apreciação do juízo de conveniência ou oportunidade da medida - no mérito

¹²² Os casos listados são: decisões sobre exames ou semelhantes a essas (exame final, transferência de classe), apreciação jurídico-funcionalistas (exame apreciação do serviço de funcionário por seu superior), decisões valorativas por comissões técnicas (avaliações feitas por peritos), decisões sobre prognósticos e avaliações de riscos (prevenções necessárias para atuação de usina nuclear), decisões referentes a fatores individuais de tipo político-administrativo (remanejamento de pessoal em função de carência de serviço). (MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. 14. ed. Tradução Dr. Luís Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006. p. 158-160).

¹²³ COUTO E SILVA, Almiro do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 93-106, dez. 2003. p. 101.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 101.

do ato administrativo, como se costuma dizer no direito brasileiro. Todavia, no pertinente aos atos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, o controle judicial é, em princípio, total, só esbarrando na fronteira da impossibilidade cognitiva de declarar se a aplicação foi correta ou equivocada.¹²⁵

Todavia, o professor adverte que a questão, em termos práticos, toma outra conotação:

Conquanto, no plano estritamente lógico, não se cogite aí do poder discricionário do agente administrativo com competência para aplicar a norma, é irrecusável que, em termos práticos, passa ele a gozar de uma área de decisão que torna semelhante os atos de aplicação destes conceitos aos de exercício de poder discricionário.¹²⁶

Por sua vez, Eros Grau também entende pela diferenciação entre conceitos indeterminados e discricionariedade. Todavia vai mais além, ao negar que exista uma margem de apreciação na sua aplicação.¹²⁷

Para o autor a utilização de conceitos indeterminados não confere discricionariedade ao administrador. O erro de quem entende de forma contrária decorre de duas situações; em primeiro lugar confundir *conceito* e *termo* (expressão do conceito) e, em segundo lugar, ignorar a distinção entre juízos de legalidade e oportunidade.¹²⁸

A maior parte da doutrina, entretanto trata o tema dos conceitos jurídicos indeterminados de maneira diversa. Identifica a utilização de conceitos indeterminados na lei como uma forma de conferir discricionariedade ao agente na sua aplicação.

Nesse sentido, conforme analisado anteriormente, Celso Antônio Bandeira de Mello considera que uma das possibilidades de atuação discricionária decorre da norma reguladora descrever a situação/pressuposto (motivo) com conceitos indeterminados / vagos.¹²⁹

¹²⁵ COUTO E SILVA, Almiro do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 179/180. p. 51-67, jan./jun. 1990. p. 51.

¹²⁶ Idem. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança Jurídica no Estado de Direito contemporâneo. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 13-31, dez. 2003. p. 20.

¹²⁷ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 4. ed. São paulo: Malheiros, 2002. p. 191 e ss.

¹²⁸ Ibidem, p. 205 e ss.

¹²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed., 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 417 e ss.

Contestando a opinião de Enterría, de que a utilização de conceitos indeterminados seria unívoca na prática, Celso Antônio afirma que em alguns casos isso pode vir a ocorrer, mas em outros não. Nestes casos mais de uma interpretação seria razoavelmente admissível. Desse modo, não se poderia apontar uma ou outra interpretação como incorreta. Assim, ambas devem ser aceitas juridicamente, de modo que discricionariedade e conceitos indeterminados são temas não estranhos entre si.¹³⁰

Mesma posição é adotada por Di Pietro ao defender a discricionariedade acerca dos motivos. Além das situações em que a lei não indica os motivos, haveria discricionariedade para a Administração “apreciar os fatos concretos” quando a lei usa noções vagas e vocábulos plurissignificativos.¹³¹

Embora se entenda que uma clara separação entre conceitos indeterminados e discricionariedade seja proveitosa, pois facilita a compreensão de institutos jurídicos distintos – os quais têm, ou deveriam ter, formas de controle distintas – não se pode negar que maior parte da doutrina brasileira não faz essa diferenciação.

A principal consequência disso é que a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados pela Administração como uma forma de atuação distinta da atuação discricionária, dificilmente é analisada pelos Tribunais pátrios.¹³²

¹³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed., 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 23.

¹³¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 84.

¹³² São raros os casos em que a questão é tratada pelos Tribunais Superiores: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE. 1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90. 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. 3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos. 4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido (STF, **RMS 24.699/DF**, Rel. Ministro Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004);

1.5 DISCRICIONARIEDADE E INTERPRETAÇÃO

A tarefa de interpretação-aplicação do direito implica em contribuição pessoal do aplicador; entretanto não equivale a identificar essa atividade com discricionariedade administrativa. A diferença entre interpretação e discricionariedade reside na opção adotada pelo legislador.¹³³

A discricionariedade é um modo de construção da norma jurídica que atribui ao aplicador a possibilidade de produzir a solução realizando uma escolha por meio da ponderação quanto às circunstâncias do caso concreto. A interpretação, por sua vez, corresponde a uma tarefa de reconstrução da vontade legislativa determinada pelo sistema jurídico em si mesmo.¹³⁴

Ainda que seja dever do intérprete fazer a norma consentânea com as exigências da atualidade, não pode ele alimentar a pretensão de melhorar a lei, desobedecendo às prescrições escritas.¹³⁵

Não está possibilitado ao intérprete atribuir sua conclusão a um juízo de conveniência próprio¹³⁶. A abertura do texto, capaz de possibilitar que o Direito permaneça a serviço da realidade não é absoluta.¹³⁷ Do contrário, acreditar que o agente está inteiramente livre, corresponderia a atribuir significação “**mágica**” a certas palavras.¹³⁸

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE REMOÇÃO. INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUE DEMONSTRE O INTERESSE PÚBLICO. CRITÉRIO DE ANTIGUIDADE MANTIDO. RECURSO PROVIDO. I - O assento regimental nº 1/88, no art. 8º, estabelece o critério de antiguidade para a remoção de magistrado, no caso de mais de um interessado pleitear a remoção para uma única vaga. Critério não absoluto, haja vista a disposição: "salvo relevante interesse público, devidamente justificado". II - Viabilidade do controle do Poder Judiciário acerca de conceitos jurídicos indeterminados e do motivo do ato administrativo. III- Ausência de demonstração de prejuízo ao serviço forense a justificar o afastamento do critério de antiguidade. IV - Recurso ordinário provido (STJ, **RMS 19.590/RS**, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 02/02/2006, DJ 20/03/2006).

¹³³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 164.

¹³⁴ Ibidem, p. 164-165.

¹³⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 227.

¹³⁶ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 165

¹³⁷ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 4. ed. São paulo: Malheiros, 2002. p. 209.

¹³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Licitação. **Revista da Consultoria Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]**, Porto Alegre, v. 9, n. 23, p. 75-89, 1979. p. 84.

Eros Grau sustenta, até mesmo, uma total separação entre interpretação e discricionariedade, afirmando que é da confusão entre um e outro que decorre a teoria dos conceitos indeterminados.¹³⁹ Interpretar o Direito é formular juízos de legalidade e não de oportunidade, razão pela qual o intérprete estará sempre atado aos “textos do direito”.¹⁴⁰

Mas refere o autor que a interpretação supõe a faculdade do intérprete escolher uma entre várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada quando, por força da fluidez das expressões adotadas pela lei, não seja possível extrair objetivamente uma solução unívoca para cada situação.¹⁴¹

A esse campo nebuloso do conceito, incapaz de ser alcançado pela interpretação e cuja definição depende de uma apreciação subjetiva, Regina Helena da Costa define, também, como discricionariedade.¹⁴²

Ainda assim, se o intérprete pretender impor sua vontade pessoal como critério de disciplina normativa, haverá vício.¹⁴³

A discussão travada nesse campo leva à conclusão de que o que se opõe à arbitrariedade administrativa não é a discricionariedade, mas a má interpretação de conceitos indeterminados a partir de elementos caracterizadores de cada caso concreto. E assim, de modo sintético, o ponto de toque que separa a discricionariedade administrativa – na hipótese de interpretação jurídica feita pelo administrador público – e a arbitrariedade reside na consonância da edição do ato com a norma superior.¹⁴⁴

¹³⁹ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 213 e ss.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 209.

¹⁴¹ Ibidem, p. 209.

¹⁴² COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 29, p. 79-108, jun. 1988. p. 98.

¹⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 165.

¹⁴⁴ ALVIM, Eduardo Arruda; BUENO, Cássio Scarpinella. Fixação de cláusulas editalícias em Licitação: algumas considerações. In: VERRI Jr, Armando; TAVOLARO, Luiz Antonio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Licitações e Contratos Administrativos**: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 134-135.

2 EXIGÊNCIA DE HABILITAÇÃO EM LICITAÇÃO

Traçadas essas noções gerais a respeito da discricionariedade, mostra-se relevante a inter-relação de dependência entre discricionariedade administrativa e as previsões normativas, seja para autorizar a atuação discricionária, seja para estabelecer os limites dessa atuação. Emerge da lei o contorno da discricionariedade e se encontra esta balizada pelo próprio ordenamento.¹⁴⁵ Diante disso, se torna necessário que o próximo passo do presente estudo seja a análise do arcabouço normativo que envolve a habilitação em licitações.

2.1 A HABILITAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO

2.1.1 Primazia da Constituição e a Previsão de Habilitação em Licitações

Ruy Barbosa, ao tratar do controle de atos inconstitucionais do Legislativo e do Executivo, ensina que uma lição elementar do direito constitucional brasileiro consiste:

na supremacia da lei fundamental sobre todas as leis e sobre todos os poderes, na limitação estricte da auctoridade da legislatura e da auctoridade da administração às suas fronteiras escriptas, na impenetrabilidade da muralha de garantias que protegem o indivíduo com o círculo de sua cinta acastellada de formas solemnes e de tribunaes tutelares, na intervenção reparadora das justiças da União em todos os casos de violencia ao direito constitucional, desça Ella de que altura descer.¹⁴⁶

Mesma lição é passada por Kelsen ao afirmar que “como quer que se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender.”¹⁴⁷

¹⁴⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Direitos dos Licitantes**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 49.

¹⁴⁶ BARBOSA, Ruy. **A Constituição e os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlantida, [1893]. p. 17.

¹⁴⁷ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 130.

Em decorrência dessa supremacia, Kelsen estrutura sua teoria da *conformação em graus* das normas jurídicas.¹⁴⁸

Segundo Kelsen, essa conformação inicia-se na ordem jurídica internacional, e “continua na Constituição, para chegar enfim, através das etapas sucessivas constituídas pela lei, pelo regulamento, e em seguida pela sentença e pelo ato administrativo.”¹⁴⁹

Essa conformidade se aplica a cada grau e nada mais é do que a relação de correspondência que existe entre um grau inferior com o grau superior da ordem jurídica. Ressalte-se que esses atos podem ser de legislação ou de execução, sendo de execução, em relação ao ato que precede, e de legislação, em relação ao ato que lhe sucede.¹⁵⁰

Consequência natural é o princípio da *primazia da Constituição* segundo o qual nenhum ato estatal pode contrariar a Constituição. Essa vinculação assegura a imparcialidade do Direito.¹⁵¹

Diante do escopo do presente estudo, uma análise das normas que tratam a respeito de a habilitação em licitações deve começar a partir dos limites constitucionais impostos a esse respeito.¹⁵²

A pertinência dessa análise decorre do fato de, diferentemente das Constituições anteriores que apenas previam a necessidade de licitação para contratações públicas e remetiam o seu regramento para a legislação ordinária, a Constituição atual trazer normas de conteúdo material.¹⁵³

A Constituição trata especificamente a respeito do tema de licitações em três dispositivos, artigos 22, XXVII, 37, XXI e 173, § 1º, III.

¹⁴⁸ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 130.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 125.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 126.

¹⁵¹ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p. 164-165.

¹⁵² Mesmo que pareça elementar a referência à Primazia da Constituição e, portanto, dispensável, merece nota o ensinamento de Ruy Barbosa no sentido de que em determinadas situações, em decorrência de levar-se certas “negações até os alicerces de nosso direito constitucional”, é necessário, antes de analisar-se um ponto específico, “levar [essa análise] até o chão raso, isto é, até os elementos mais elementares” (BARBOSA, Ruy. **A Constituição e os Actos Inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlantida, 1893. p. 17). A crítica nesse ponto não é gratuita, pois como se verá adiante certas decisões parecem deixar de lado o texto constitucional que serve de fundamento para a legislação e, em última análise, à própria atuação administrativa.

¹⁵³ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988: arts. 37 a 43. São Paulo: Saraiva, 1992. v.3, t.3, p.146-147.

O artigo 173, § 1º, III versa a respeito da possibilidade de elaboração de um estatuto jurídico, por meio de lei, para as empresas públicas e sociedades de economia mista, o qual contenha normas sobre licitações e contratações públicas para essas sociedades.¹⁵⁴

O artigo 22, XXVII estabelece a competência da União para legislar sobre as normas gerais para licitações e contratações públicas.

Especificamente a respeito dos requisitos de habilitação, entretanto, é relevante o disposto no artigo 37, XXI da Constituição, assim redigido:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições 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.¹⁵⁵

O *caput* do dispositivo estabelece os princípios cuja observância é obrigatória pela Administração pública em todos os seus níveis federativos e em todas as suas expressões governamentais, e que, como tal, servem de limitação à atuação administrativa.¹⁵⁶ O inciso XXI, por sua vez, traz referências explícitas às licitações e estabelece como sua finalidade a manutenção da igualdade de condição a todos os concorrentes para contratarem com a Administração.

Todavia as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, “à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes”.¹⁵⁷ Ou seja, a própria norma estabelece distinções, não para

¹⁵⁴ Essa a situação da Petrobrás, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal em medida cautelar suspendendo decisão do Tribunal de Contas da União que impedia aplicação de regulamento próprio de licitações para a Empresa (STF, **MS 27796 MC/DF**, Rel. Ministro Carlos Britto, Presidente Ministro Gilmar Mendes, Decisão da Presidência em 27/01/2009, DJe 09/02/2009).

¹⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 out. 2010.

¹⁵⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Considerações em Torno de Alguns Aspectos Constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 29, n. 113, p. 243-256, jan./mar. 1992. p. 244.

¹⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. 12. tir. São Paulo, Malheiros: 2004. p. 12.

violar a igualdade, mas para dar efetividade à máxima do ‘tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais’.

A grande questão é o estabelecimento do critério de discriminação que venha a diferenciar os desiguais, perante a lei. Por exemplo, se a Administração pretende a contratação de alguém para a construção de uma obra, poderá ela diferenciar advogados e engenheiros civis para que apenas, visando esse fim específico, contrate engenheiros.

Entretanto, na prática, os casos não se apresentam sempre de forma tão clara.

Retomando o exemplo, e especificando mais o objeto para a construção de uma ponte, pergunta-se se seriam todos os engenheiros “iguais” para a execução desse objeto? Antes de responder a pergunta, considere-se três engenheiros: (i) um primeiro que jamais tenha executado a construção de uma ponte; (ii) um segundo que já tenha executado a construção de 50 pontes e; (iii) um terceiro que seja o maior especialista em construção de pontes, tendo executado ao longo de sua carreira centenas de pontes. Seriam esses engenheiros iguais?

Sem que haja a indicação do critério de diferenciação a ser adotado, eles sempre serão diferentes. Todavia, uma vez estabelecido o critério e dependendo de qual critério venha a ser adotado (ser engenheiro, ser engenheiro que já construiu pontes, ser engenheiro que construiu mais de uma centena de pontes) se poderá dizer que eles são iguais.

Dito isso se pode voltar ao artigo 37, XXI da Constituição para analisar-se sua parte final, na qual há a determinação de que somente se exija dos concorrentes qualificação econômico-financeira e qualificação técnica. Indo além, o artigo refere que as exigências a esse respeito sejam apenas aquelas indispensáveis para garantir o cumprimento das obrigações que venham a ser assumidas com a assinatura do contrato.

Em síntese pode-se afirmar que, em nome da igualdade, a Constituição possibilita que, em relação aos concorrentes que pretendam contratar com a Administração, apenas sejam feitas exigências referentes à sua qualificação técnica e à sua qualificação econômico-financeira, fatores indispensáveis à garantia do

cumprimento das obrigações. Dizendo de outro modo, exigências dispensáveis violam a Constituição.¹⁵⁸

2.1.2 Considerações a Respeito da Habilitação na Constituição

Constituição não fixa os requisitos ou critérios a serem exigidos dos licitantes, apenas indica que não pode haver requisitos que não sejam pertinentes, necessários e indispensáveis à garantia do cumprimento do futuro contrato.¹⁵⁹

A norma constitucional pretende a participação mais ampla possível de licitantes.¹⁶⁰

Isso não impede que haja a possibilidade de exigências que visem a garantir que aquele que vier a ser contratado disponha de condições suficientes para executar o objeto do contrato: condições técnicas e condições financeiras. Entretanto, ao possibilitar essas exigências, ela fixa como limite aquelas absolutamente necessárias para demonstrar que o licitante está preparado para executar o objeto da licitação.¹⁶¹

A norma constitucional determina que somente se admitam exigências que se configurem como as mínimas possíveis para garantir a contratação adequada e satisfatória. Não cabe à Administração ir além do mínimo necessário a fim de ficar em uma situação 'confortável'.¹⁶²

Ainda que não se possa estabelecer previamente qual o mínimo, a norma constitucional estabelece um parâmetro que deve pautar a fixação de exigências pela Administração.

Além disso, fixa os princípios que devem ser observados como limitadores da atuação Administrativa.

¹⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 37-38.

¹⁵⁹ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da Licitação**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 113.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 113.

¹⁶¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. 4, p. 2249.

¹⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 372 e ss.

2.2 A HABILITAÇÃO NA LEI 8.666/93 – LEI DE LICITAÇÕES

2.2.1 Previsão Normativa

A Constituição, antes de prever certas diretrizes a serem observadas nas licitações (art. 37, XXI), estabelece a necessidade de promulgação de uma lei geral a respeito de licitações (art. 22, XXVII). Por força dessa determinação foi editada a Lei 8.666/93, conhecida como Lei de Licitações e Contratos Administrativos e que institui normas gerais a respeito de licitações públicas e contratações administrativas.

Dessa forma, o artigo 3º¹⁶³ da Lei 8.666/93, refere os Princípios que se pretende garantir por meio da Licitação – isonomia, seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e desenvolvimento nacional sustentável¹⁶⁴ –, bem como dos Princípios básicos em relação aos quais a licitação deverá ser processada

¹⁶³ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. (BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2010).

¹⁶⁴ Trata-se de alteração legislativa promovida por meio da Lei n. 12.349/2010 prevendo regras de preferência em prol de produtos produzidos com tecnologia desenvolvida no Brasil. Acerca do tema consultar os seguintes artigos: PEREIRA, Cesar A. Guimarães. A MP nº 495 e as alterações na legislação sobre licitações. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n. 42, ago. 2010. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=42&artigo=458>>. Acesso em: 10 jan. 2011; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Medida Provisória nº 495/2010: alterações nas licitações e contratos. **Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, v. 9, n. 105, set. 2010; RIGOLIN, Ivan Barbosa. Lei das licitações é novamente alterada: a MP nº 495, de 19.7.10. **Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, v. 9, n. 104, ago. 2010.

e julgada – legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos –, ou seja, trata de princípios de observância obrigatória quando da previsão de requisitos de habilitação para as licitações.

Além disso, o § 1º do artigo 3º da Lei 8.666/93 prevê algumas limitações que devem ser observadas na elaboração dos instrumentos convocatórios visando a garantir a isonomia e, principalmente, o caráter competitivo do certame, neste caso vedando-se a utilização de cláusulas que possam frustrá-lo.

Os requisitos necessários para a habilitação daquelas pessoas, físicas e jurídicas, que tenham a intenção de participar de uma licitação encontram-se elencados de forma específica na Seção II da referida Lei, denominada “Da Habilitação”.¹⁶⁵

Nessa Seção encontram-se condições discriminatórias necessárias para que a Administração selecione um contratante idôneo e capaz para a execução do objeto licitado.¹⁶⁶ Idoneidade que nesta fase é do licitante e não de sua proposta.¹⁶⁷

As exigências podem ser gerais ou específicas. Dizem-se gerais aquelas que o texto legal exige para toda e qualquer licitação independentemente das circunstâncias concretas, e específicas aquelas que são fixadas no ato convocatório em decorrência das especificidades do objeto licitado.¹⁶⁸

Sendo a Seção composta por sete artigos, o primeiro destes (art. 27¹⁶⁹), estabelece que, para fins de habilitação, será exigido dos interessados exclusivamente documentação relativa à:

¹⁶⁵ A habilitação indica tanto o procedimento que envolve as exigências relativas aos licitantes, quanto o ato decisório a respeito da conformidade da documentação apresentada pelo licitante e as exigências feitas. A discricionariedade da Administração, quando existente, está na formulação das exigências – no que se denomina fase interna da licitação. O ato decisório de habilitação é vinculado e assim deve ser considerado sob pena de a licitação ser passível de direcionamentos. Sobre a vinculação do ato decisório ver JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 298-299.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 298.

¹⁶⁷ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da Licitação**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 86. Em razão disso não se pode exigir amostras na fase de habilitação. Assim MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 4. ed. ampl. rev. atual. Porto Alegre: Síntese, 2002. p. 102.

¹⁶⁸ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 299.

¹⁶⁹ Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: I - habilitação jurídica; II - qualificação técnica; III - qualificação econômico-financeira; IV - regularidade fiscal; V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição

- a) Habilitação jurídica;
- b) Qualificação técnica;
- c) Qualificação econômico-financeira;
- d) Regularidade fiscal;
- e) Cumprimento do disposto no inciso XXXIII do Artigo 7º da Constituição Federal.¹⁷⁰

Desse modo, quaisquer documentos que venham a ser exigidos dos licitantes precisam ser reconduzidos a alguma dessas espécies que a Lei inicialmente estabelece.¹⁷¹

Acerca da exigência de cumprimento do disposto no Artigo 7º, XXXIII da Constituição não há grandes considerações a serem feitas, pois se trata apenas da juntada de uma declaração fornecida pelo próprio licitante e que não é objeto de maiores problemas, razão pela qual o seu estudo é irrelevante para o objeto do presente trabalho.

A habilitação jurídica visa à comprovação de existência da capacidade de fato e a regular disponibilidade do exercício de faculdades jurídicas do licitante.¹⁷²

Costuma-se apontar a exigência de regularidade fiscal, além da comprovação de boa condição econômica,¹⁷³ como requisito comprobatório da igualdade entre os licitantes. Pois argumenta-se que aqueles que não pagam seus tributos têm maiores condições de ganhar a licitação com preços mais competitivos sem a carga tributária.¹⁷⁴

Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2010).

¹⁷⁰ O artigo 7º, XXXIII da Constituição Federal proíbe “o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 out. 2010.) Por força desse artigo tem-se exigido que os licitantes apresentem uma declaração de que não empregam menores em tais condições.

¹⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 302-303.

¹⁷² Ibidem, p. 306; BRAZ, Petrônio, **Processo de Licitação: contato administrativo e sanção penal**. São Paulo: Livraria de Direito, 1995. p. 93-94; ESCOBAR, J. C. Mariense. **Licitação Teoria e Prática**. 3. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 57.

¹⁷³ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 302-303.

¹⁷⁴ MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 4. ed. ampl. rev. atual. Porto Alegre: Síntese, 2002. p. 104. Em mesmo sentido: BONATTO, Hamilton. **Licitações e Contratos de Obras e Serviços de Engenharia**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 97 e SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 67-68.

A qualificação econômico-financeira tem por finalidade avaliar se o licitante apresenta condição financeira compatível e capaz de suportar financeiramente a execução do contrato.¹⁷⁵

Por meio das exigências de qualificação técnica se pretende verificar se o licitante detém experiência e condições técnicas suficientes para que possa executar o objeto licitado.¹⁷⁶

Os quatro artigos seguintes – artigos 28, 29, 30 e 31 – tratam a respeito das quatro categorias previamente estabelecidas no artigo 27. Ou seja, especificam a documentação que pode, ou deve, ser exigida relativa, respectivamente, à habilitação jurídica, à regularidade fiscal, à qualificação técnica e à qualificação econômico-financeira.¹⁷⁷

O artigo 32 traz normas genéricas a respeito da documentação exigível, enquanto o artigo 33 traz normas específicas de habilitação para licitações que envolvam a participação de consórcios.

Conforme referido, a habilitação jurídica vem regulada pela norma contida no artigo 28¹⁷⁸, a qual apenas elenca os documentos exigíveis.

As exigências do artigo 28 são qualificáveis como gerais, pois não mudam, sendo indiferente, portanto o objeto da licitação. A expressão conforme o caso que consta do artigo refere-se à pessoa física ou jurídica.¹⁷⁹

¹⁷⁵ MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 4. ed. ampl. rev. atual. Porto Alegre: Síntese, 2002. p. 104.

¹⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 310.

¹⁷⁷ Nesse ponto cabe salientar que a redação dos artigos relativos à qualificação técnica e qualificação econômico-financeira é diferente da redação dos artigos relativos à habilitação jurídica e à regularidade fiscal. Enquanto naqueles diz-se que a documentação “limitar-se-á a”, nestes diz-se que a documentação “consistirá em”.

¹⁷⁸ Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em: I - cédula de identidade; II - registro comercial, no caso de empresa individual; III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores; IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício; V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir. (BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2010).

¹⁷⁹ MENDES, op. cit, p. 105.

A Lei de Licitações, no artigo 29, ao tratar a respeito da regularidade fiscal o faz da mesma forma que em relação à habilitação jurídica, apenas listando os documentos necessários¹⁸⁰.

Os documentos exigidos são a comprovação de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, bem como:

- a) Prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;
- b) Prova da regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual, e Municipal, ou outra equivalente, na forma da lei;
- c) Prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

A qualificação técnica, prevista no artigo 30¹⁸¹, é tratada de forma diversa. Não há uma mera descrição de documentos, mas regras a respeito de forma e

¹⁸⁰ Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:
I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);
II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;
III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;
IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei. (BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2010).

¹⁸¹ Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;
II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
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 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 certificados pela entidade profissional competente, limitadas as exigências a:
a) quanto à capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data da licitação, profissional de nível superior detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes,

limites das exigências, bem como especificações que distinguem objetos licitados distintos. A distribuição desse regramento em apenas um artigo causa dificuldades a respeito de sua interpretação.¹⁸²

limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

b) (VETADO)

§ 1º-A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

II - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

a) (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

b) (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2º-As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3º-Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§ 4º-Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

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

§ 6º-As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

§ 7º (Vetado). (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

II - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 8º-No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§ 9º-Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 11. (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 12. (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994). (BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2010).

¹⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 321.

O artigo é composto por quatro incisos nos quais são descritos os documentos aos quais se limitam as exigências:

- I. Ao registro ou inscrição na entidade profissional competente;
- II. À comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações, 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 pelo trabalho;
- III. À comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que o Licitante 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 necessário.

O primeiro inciso trata da necessidade de comprovação de registro em entidade profissional, quando o exercício da atividade assim o exigir.

O segundo inciso traz duas exigências: a primeira é a prova de aptidão para desempenho daquilo que será licitado – sem indicar, nesse momento, de que modo se dá essa comprovação; a segunda é a indicação dos equipamentos e pessoal necessários para a execução do objeto da licitação.

O terceiro inciso também traz duas exigências: a primeira é a comprovação de que o órgão licitante recebeu os documentos referentes à licitação, como, por exemplo, projeto básico e projeto executivo; e a segunda é a comprovação de que o licitante tomou conhecimento do objeto da licitação, também conhecido como atestado de visita.

O quarto e último inciso prevê a possibilidade de alguma exigência ser decorrente de outro dispositivo legislativo, como é o caso das empresas de segurança que precisam de autorização do Ministério da Justiça para funcionamento, conforme artigo 20 da Lei n. 7.102/83.

Todos os incisos, por sua vez, trazem exigências específicas, ou seja, variam de acordo com o objeto a ser licitado.

Além dos já citados incisos, o artigo é composto por mais nove parágrafos, tendo em vista que três dos doze parágrafos originais foram vetados (§7º, §11º e §12º).

O primeiro deles trata da forma como se dará a comprovação de aptidão referida no inciso primeiro, nos casos de obras e serviços. Nesse sentido determina que a mesma seja feita por meio de atestado fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, registrado nas entidades profissionais competentes. Em complementação a esse parágrafo há um inciso que limita as exigências à comprovação de capacitação técnico-profissional.

Por capacitação técnico-profissional a Lei define a comprovação de o Licitante possuir, em seu quadro permanente de pessoal, profissional que detenha atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação. A lei veda, ainda, que se exijam quantidades mínimas ou prazos máximos nesses atestados.

O parágrafo segundo do artigo 30 determina que as parcelas de maior relevância e valor significativo, mencionadas no parágrafo primeiro, sejam fixadas no edital.

O parágrafo terceiro torna obrigatória a aceitação de atestados que comprovem a aptidão por meio de atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

O parágrafo quarto pode ser considerado equivalente ao parágrafo primeiro, todavia aplicável para licitações que envolvam o fornecimento de bens, visto determinar que a comprovação de aptidão nessas hipóteses também será feita por meio de atestados. Contudo, não há qualquer limitação expressa no parágrafo.

O parágrafo quinto impede que se imponham limites de tempo, época ou locais específicos, ou qualquer outra exigência não prevista na Lei, a respeito dos atestados.

O parágrafo sexto refere-se à segunda parte do inciso I do *caput* ao definir que para a comprovação das exigências referentes a equipamento e pessoal, bastará uma declaração do próprio licitante, acompanhada da relação dos profissionais e equipamentos que serão disponibilizados. Veda-se, entretanto, quaisquer exigências de propriedade ou localização prévia.

O parágrafo oitavo trata da possibilidade da Administração exigir a metodologia de execução, no caso de licitações de grande vulto e de alta complexidade técnica. A definição do que a Lei entende por licitação de alta complexidade técnica vem descrita no parágrafo nono, ao especificar como aquela que envolva alta especialização como fator de extrema relevância, ou que possa comprometer a execução de serviços essenciais.

Por fim, o parágrafo dez traz uma norma mais condizente com a execução do contrato, que não tem tanta pertinência para a habilitação, visto tratar da possibilidade de substituição de profissionais que tenham sido indicados como responsáveis.

No que concerne à qualificação econômico-financeira, a documentação exigível limita-se ao balanço patrimonial do último exercício como comprovante de boa situação financeira; à certidão negativa de falência e concordata, em caso de pessoa jurídica, ou certidão negativa de execução patrimonial, no caso de pessoa física; e à apresentação de garantia no valor de até 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

A comprovação da boa situação financeira se dá por meio da exigência de índices contábeis, devidamente justificados, que comprovem a capacidade financeira do licitante considerando os compromissos que serão assumidos em caso de adjudicação do contrato. Todavia, é vedada a exigência de valores mínimos de faturamento e índices de rentabilidade ou lucratividade.

Nos casos de licitações para compras de entrega futura e de licitações para execução de obras e serviços é possível estabelecer no instrumento convocatório a exigência de capital social ou patrimônio líquido mínimos de até 10% (dez por cento) do valor estimado para a contratação ou da apresentação da garantia de 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação, já referida.

Há a possibilidade de exigir-se, ainda, a relação de compromissos dos licitantes que possam implicar a redução de sua capacidade operativa ou disponibilidade financeira.

A Lei faculta a dispensa, no todo ou em parte, dos documentos de habilitação no caso de licitações nas modalidades convite, concurso e leilão, bem como licitações para fornecimento de bens para pronta entrega.

2.2.2 Os Vetos Presidenciais à Lei de Licitações: Atestados técnicos

Quando encaminhada para aprovação do Presidente da República, a redação da Lei 8.666/93 previa a possibilidade da exigência de atestado de comprovação de capacitação técnico-operacional, nos seguintes termos:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

[...]

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II 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 certificados pela entidade profissional competente, limitadas as exigências a:

a) quanto à capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data da licitação, profissional de nível superior 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;

b) quanto à capacitação técnico-operacional: comprovação do licitante de ter executado, no somatório de até 3 (três) contratos, quantitativos mínimos não superiores a 50% (cinquenta por cento) daqueles previstos na mensuração e exclusivamente nas parcelas de maior relevância técnica ou de valor significativo, do objeto da licitação, e a 50% (cinquenta por cento) das relações quantitativos/prazo global destas, admitida a soma de atestados quando referidos a um mesmo período, sem limite de contratos."

[...]

§7º A comprovação de capacidade técnico-operacional será dispensada nas licitações cujo valor estimado for inferior a 50% (cinquenta por cento) do estabelecido na alínea "b", do inciso I do art. 23 desta Lei.¹⁸³

Todavia, a alínea 'b' e o parágrafo 7º, supra transcritos, foram vetados sob a seguinte justificativa:

Reconhecidamente, a competição entre possíveis interessados é princípio ínsito às licitações, pois somente ao viabilizá-la o Poder Público pode obter a proposta economicamente mais vantajosa, barateando, assim, os pregos de suas obras e serviços.

Ora, a exigência de "capacidade técnico-operacional", nos termos definidos no primeiro dos dispositivos supra, praticamente inviabiliza a consecução desse objetivo, pois segmenta, de forma incontornável, o universo dos prováveis competidores, na medida em que, embora possuindo corpo técnico de comprovada experiência, uma empresa somente se habilita a

¹⁸³ BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2010.

concorrer se comprovar já haver realizado obra ou serviço de complexidade técnica idêntica à que estiver sendo licitada.

Ademais, dependendo do vulto da obra ou serviço, essa exigência pode afastar pequenos e médios competidores, já que pode chegar a até 50% (cinquenta por cento) das "parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo", conceitos, aliás, sequer definido objetivamente no projeto.

Impõe-se, assim, expungir do texto os dispositivos em foco, que, por possibilitarem possíveis direcionamentos em proveito de empresas de maior porte, se mostram flagrantemente contrários ao interesse público.

A não serem suficientes tais razões, basta verificar ainda a redação dúbia e imprecisa da referida alínea "b", a gerar previsíveis dificuldades na sua correta aplicação.

Visando à ampliação da competitividade, portanto, foi vetado o dispositivo que autorizava a exigência de atestados técnico-profissionais. Como consequência, também foram vetadas as limitações às exigências. Assim, por exemplo, a limitação de exigência de atestados que demonstrem prévia experiência não superiores a 50% (cinquenta por cento) daqueles previstos na mensuração do objeto – caso se pretenda a construção de uma estrada de 100 quilômetros, o máximo que se poderia exigir de comprovação seria a execução de uma estrada de 50 quilômetros – bem como a possibilidade de somatório de até três atestados para a comprovação da experiência – para a comprovação dos 50 quilômetros do exemplo anterior, seria possível a utilização de um atestado de 10 quilômetros, um de 15 quilômetros e outro de 25 quilômetros.

A Lei 8.883/94 trouxe diversas alterações à Lei de Licitações, dando a esta, em grande medida, a configuração atual. Assim, por exemplo, a redação atual do artigo 30, em que a antiga alínea, com algumas alterações de redação, foi transformada em inciso I. Além dessa alteração havia também a previsão de inclusão de um inciso II, assim redigido:

II - capacitação técnico-operacional: comprovação de o licitante ter executado obras ou serviços em quantitativos e grandezas das relações quantitativos/prazo global iguais ou superiores ao exigido no instrumento convocatório, podendo ser considerado para os quantitativos o somatório de até três contratos e para as grandezas das relações quantitativos/prazo global o somatório de quaisquer contratos, desde que referidos a um mesmo período, devendo essas exigências observar:

- a) no caso de quantitativos, o limite máximo de cinquenta por cento das quantidades estimadas na planilha orçamentária da Administração, restritas exclusivamente As parcelas de maior relevância técnica e valor significativo do objeto da licitação;
- b) no caso das grandezas das relações quantitativos/prazo global das parcelas referidas na alínea anterior, o limite máximo de cinquenta por cento das relações estabelecidas em função do prazo máximo necessário para realização da respectiva parcela, compatível com o prazo total de execução do contrato.

Houve novamente veto presidencial por entender-se que o dispositivo trazia a mesma matéria da lei anteriormente vetada e, como tal, para poder entrar em vigor, deveria ter sido rejeitado o veto pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores.¹⁸⁴

Desse modo, a redação atual da Lei 8.666/93 não traz dispositivo expresse a respeito da possibilidade de exigência de atestados técnico-operacionais.

¹⁸⁴ Conforme artigo 66, § 4º da CF/88.

3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NAS EXIGÊNCIAS DE HABILITAÇÃO

Após a análise do conteúdo dos dispositivos legais, faz-se necessário que, confrontando essas normas com o estudo de discricionariedade feito preliminarmente, se identifiquem quais são as hipóteses em que há limitação à discricionariedade e quais as hipóteses em que ela se verifica.

3.1 LIMITES À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

3.1.1 Sistemática de Análise dos Limites à Discricionariedade no Estabelecimento de Requisitos de Habilitação

No atual estágio da ciência jurídica, conforme sustentado anteriormente, a discricionariedade administrativa ou o exercício do poder discricionário não se dá de maneira livre e sem limitações¹⁸⁵. A mesma evolução que levou a essa concepção de limitação da discricionariedade administrativa, de uma maneira geral também se verifica em relação à discricionariedade da Administração especificamente nas licitações.¹⁸⁶

¹⁸⁵ Em especial a primeira parte do presente trabalho.

¹⁸⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Considerações em torno de Alguns Aspectos Constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 29, n. 113, p. 243-256, jan./mar. 1992. p. 244. Para comparação, interessante observar posicionamentos doutrinários mais antigos nos quais se identificava um caráter mais formal e menos material em relação à licitação: “Não se justifica que, por mera questão ritual, em reverência aos meios, se prejudique a consecução dos fins. No caso a finalidade do DER não é realizar concorrências, mas construir estradas. (BAUMGARTEN, Erico. **Direito Administrativo: Pareceres**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. p. 74). Se considerava passível de discricionariedade o próprio julgamento das propostas sem que houvesse o prévio estabelecimento no edital dos critérios a serem considerados para o julgamento: “Pelas razões acima expostas, atendendo à multiplicidade de critérios que devia considerar no julgamento da concorrência, não se pode afirmar que o Prefeito Municipal tenha discrepado do razoável poder discricionário que lhe era lícito exercer.” (REALE, Miguel. **Concorrência Pública. Escolha das Propostas. Controle Jurisdicional. Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 57, p. 460-466, jul./set. 1959. p. 464).

Essa discricionariedade que permite a Administração contratar com quem deseja não mais se sustenta.¹⁸⁷ Isso se confirma, principalmente, diante do amplo regramento existente tanto em nível constitucional, quanto em nível infraconstitucional, que acaba por estabelecer limites às escolhas da Administração. Todavia, ainda que a haja inúmeros critérios limitantes da discricionariedade administrativa, estabelecidos pela Constituição e pela Lei 8.666/93, sobra uma boa margem de liberdade para o administrador.¹⁸⁸

Para que seja possível identificar essa margem de liberdade faz-se necessária a identificação dos limites à discricionariedade. Isso, no entanto, pressupõe que se estabeleça uma sistemática formal de análise que aponte onde eles devem ser buscados tanto pela Administração, a fim de fixar os requisitos de habilitação para uma licitação dentro das margens estabelecidas pelo ordenamento, quanto por quem pretende exercer o controle dessa atuação discricionária, a fim de verificar se os limites estabelecidos foram devidamente respeitados.

A Constituição, conforme já referido, estabeleceu a competência da União para legislar sobre as normas gerais de licitações (artigo 22, XXVII da Constituição); entretanto, ainda que não esteja definido claramente o que se pode entender como “norma geral”,¹⁸⁹ não é negada a competência dos demais entes da Federação para elaborarem as suas normas específicas.¹⁹⁰ Nesse sentido o próprio artigo 118 da Lei 8.666/93.¹⁹¹

¹⁸⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Considerações em torno de Alguns Aspectos Constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 29, n. 113, p. 243-256, jan./mar. 1992. p. 244.

¹⁸⁸ ALVIM, Eduardo Arruda; BUENO, Cássio Scarpinella. Fixação de cláusulas editalícias em Licitação: algumas considerações. In: VERRI Jr, Armando; TAVOLARO, Luiz Antonio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Licitações e Contratos Administrativos**: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 144.

¹⁸⁹ Dentre outras, veja-se a ADI/3158, ainda pendente de julgamento, que questiona a Lei de Licitações do Estado de São Paulo. O cerne da discussão está na definição de qual normas da Lei 8.666/93 podem ser consideradas normas gerais e, como tais, estão afastadas da competência estadual.

¹⁹⁰ KLEIN, Aline Lícia. Normas gerais de licitação e leis locais: breves comentários a uma decisão do STF. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n. 3, mai. 2007. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=3&artigo=277>>. Acesso em: 07 jan. 2011.

¹⁹¹ Art. 118. Os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as entidades da administração indireta deverão adaptar suas normas sobre licitações e contratos ao disposto nesta Lei. (BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2010).

O artigo 119 traz a possibilidade de elaboração de regulamentos tanto pelos Entes da Federação, quanto pelas sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas, respeitada a Lei 8.666/93.¹⁹²

Por fim, os órgãos da Administração também podem estabelecer normas que digam respeito aos procedimentais operacionais para execução das licitações, conforme o artigo 115 da Lei 8.666/93.¹⁹³

E uma vez sustentado acima que a discricionariedade se limita pelo ordenamento jurídico¹⁹⁴ – não apenas por regras, mas também por princípios - a essas normas, porventura existentes, somam-se as normas estabelecidas na própria Lei n. 8.666/93. Ou seja, tanto suas regras específicas a respeito da habilitação, quanto seus princípios gerais, bem como as normas constitucionais, sejam aquelas setoriais, especificamente previstas para as licitações, sejam aquelas aplicáveis de modo geral à Administração.¹⁹⁵

Diante disso seria possível estabelecer o seguinte roteiro a ser seguido, de modo a verificar quais limitações existem para a elaboração das exigências de habilitação em licitações:

- a) Normas de Procedimento dos órgãos administrativos (art. 115 da Lei 8.666/1993);
- b) Regulamento (artigo 119 da Lei 8.666/1993);
- c) Norma local (artigo 118 Lei 8.666/1993);
- d) Regras específicas de Habilitação da Lei de Licitações (Seção II da Lei 8.666/93);

¹⁹² Art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei. (BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2010).

¹⁹³ Art. 115. Os órgãos da Administração poderão expedir normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, no âmbito de sua competência, observadas as disposições desta Lei. (BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2010).

¹⁹⁴ “[...] limitações a ter permanentemente em conta, que decorrem da Constituição e de princípios gerais do Direito, como o da proporcionalidade”. (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 417).

¹⁹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Considerações em torno de Alguns Aspectos Constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 29, n. 113, p. 243-256, jan./mar. 1992. p. 244.

- e) Princípios gerais da Lei de Licitações (artigo 3º da Lei 8.666/93);
- f) Normas setoriais previstas na Constituição (art. 37, XXI, da Constituição Federal);
- g) Princípios gerais de Direito público expressos (art. 37, *caput*, da Constituição Federal);
- h) Princípios gerais de Direito Público implícitos.

Para fins do presente estudo, entretanto, adota-se a ordem inversa a fim de que se possa, primeiramente, apresentar os princípios que têm influência na interpretação das exigências e de analisar a constitucionalidade de determinadas exigências.

A sequência de normas que podem existir seguindo-se o roteiro acima, até chegar às regras específicas de habilitação previstas na Lei n. 8.666/93, vinculam apenas os respectivos Entes Federativos e/ou órgãos subordinados, razão pela qual, dado o caráter geral da Lei n. 8.666/93, restringe-se o escopo do presente estudo aos limites existentes a partir da Lei geral até chegar à Constituição.

3.1.2 Exigências de Habilitação não Previstas na Constituição

Ainda que o que se pretenda é verificar os limites existentes para o estabelecimento de exigências de habilitação em licitações por parte da Administração, ou seja, uma análise de conformidade do Instrumento convocatório das licitações com o restante do ordenamento jurídico, nesse ponto se mostra pertinente uma breve análise a respeito da relação de subordinação da Lei de Licitações à Constituição¹⁹⁶.

Isso porque o texto constitucional trouxe regramento próprio sobre licitações e específico sobre a habilitação no certame, conforme já referido. Todavia, ao fazer essa previsão, faz menção apenas a requisitos de qualificação técnica e econômico financeira.¹⁹⁷

¹⁹⁶ “Em resumo todas as relações objeto de norma geral da União deverão comprotar reenvio material à Magna Carta, ou válidas não serão [...]” (BRITTO, Carlos Ayres. **O Perfil Constitucional da Licitação**. Curitiba: Znt Editora, 1997. p. 42).

¹⁹⁷ Ver item 2.2 supra.

Em razão disso há autores que sustentam ser inconstitucional a previsão legal de qualquer exigência não constante da Constituição.

Assim é o entendimento de Raul Armando Mendes ao tecer comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos (Decreto-Lei 2360/87) e à Lei Paulista de Licitações (Lei Estadual n. 6544/89), após a entrada em vigor da Constituição. Como o texto constitucional refere que “somente permitirá” exigências de qualificação técnica e qualificação econômico-financeira, as demais exigências, no caso habilitação jurídica e regularidade fiscal, não poderiam mais ser exigidas. Ainda que na prática continuassem sendo feitas tais exigências – pois “ao que tudo indica uma habilitação com os comprovantes exigidos faz mais certa a escolha de um proponente capaz de dar plena execução do objeto evitando surpresas quando da formalização do contrato” – poderiam os interessados recorrer ao judiciário por violação à Constituição.¹⁹⁸

É interessante comparar esse posicionamento do Autor com aquele que possuía antes da Constituição de 1988, quando não fazia qualquer consideração sobre inconstitucionalidade da exigência.¹⁹⁹ Parece óbvio, mas por vezes passa despercebido que, havendo alteração do ordenamento jurídico a doutrina deve debruçar-se sobre essa modificação, não podendo simplesmente ignorá-la e seguir afirmando o que fora construído com fundamento em ordenamento jurídico anterior.

Rigollin e Bottino, de modo similar, sustentavam que por força do artigo 37, inciso XXI da Constituição o julgamento da habilitação deveria limitar-se ao exame da documentação referente à qualificação técnica e econômica dos licitantes, considerando inconstitucionais as exigências acerca de habilitação jurídica e regularidade fiscal, por ausência de previsão constitucional.²⁰⁰

Em edição posterior da mesma obra, os autores reafirmam seu entendimento classificando-o de “constitucionalismo estrito”; todavia julgando tratar-se de uma batalha perdida diante do longo tempo transcorrido desde a edição da

¹⁹⁸ MENDES, Raul Armando. **Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. atual. aument. São paulo: Saraiva, 1999. p. 89.

¹⁹⁹ Idem. **Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos**. São paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 73 e ss.

²⁰⁰ RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual Prático das Licitações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 300.

Constituição de 1988 e da ausência de alteração na prática das licitações, reformulam a orientação.²⁰¹

Toshio Mukai referia que os requisitos de habilitação que eram feitos até então deveriam passar a guardar correspondência com o artigo 37, XXI da Constituição. O autor define a sua como uma interpretação ampla do texto constitucional que vedaria as exigências que não se referissem exclusivamente às qualificações econômico-financeira e técnica. Uma interpretação que admitisse exigências além dessas seria contraditória, pois, por tratar-se de uma interpretação constitucional, deveria ser teleológica e, como tal, outros requisitos de habilitação a serem exigidos deveriam obedecer à razão da norma. Ou seja, a exigência para ser admitida deveria ser considerada indispensável à garantia ao cumprimento das obrigações – do mesmo modo que ocorre com relação às exigências de qualificação econômico-financeira e de qualificação técnica.²⁰²

A partir disso Toshio Mukai conclui que, como ninguém se obriga se não tiver aptidão para exercer direitos e obrigações, a exigência de habilitação jurídica é indispensável. Todavia, o mesmo não pode ser dito em relação à regularidade fiscal por não ter repercussão direta na situação econômica da empresa, bem como por tratar-se de um meio indireto de coação para pagamento de débitos.²⁰³

Adilson Abreu Dallari, por razão diferente, também argumenta em sentido contrário às exigências de natureza fiscal. O Autor considera que salvo os débitos com a seguridade social que, em razão do artigo 195, § 3º da Constituição, impedem a contratação, a situação do licitante perante outros órgãos, entidades ou mesmo Poderes, quanto ao cumprimento de obrigações trabalhistas, fiscais ou políticas é irrelevante para a licitação. A utilização de meio impróprio, no caso a exigência de regularidade para participação em licitação, não é juridicamente aceitável.²⁰⁴

Ao analisar exigências de regularidade fiscal em uma específica licitação, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Demócrito Reinaldo, com fundamento nos

²⁰¹ RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual Prático das Licitações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 379.

²⁰² MUKAI, Toshio. **Estatutos Jurídicos de Licitações e Contratos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 60.

²⁰³ Ibidem, p. 60-61.

²⁰⁴ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da Licitação**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 122.

argumentos de Toshio Mukai, Dallari e Armando Mendes, também considera de “constitucionalidade duvidosa” a exigência de regularidade fiscal.²⁰⁵

Contrapondo a posição de Raul Armando Mendes, acerca da inconstitucionalidade parcial do artigo 27 da Lei de Licitações ao ter este exigido requisitos de habilitação jurídica e regularidade fiscal, os quais não estão previstos na norma Constitucional, Marçal Justen Filho sustenta que o artigo constitucional não exclui a possibilidade de exigências no plano de habilitação jurídica e da regularidade fiscal, pois não há vedação.²⁰⁶

Muito pertinente o argumento a respeito da habilitação jurídica. A habilitação jurídica “é pressuposto inafastável de qualquer contratação – mesmo fora do âmbito da Administração Pública. Constitui pressuposto de existência e validade do ato jurídico. Seria contraditório que a Constituição tivesse reconhecido o direito de licitar a quem não possuísse condições de contratar validamente.”²⁰⁷

Marçal Justen Filho afirma, em relação às exigências de regularidade fiscal, que não haveria inconstitucionalidade em tal exigência, pois a “irregularidade fiscal produz o risco de apropriação dos bens do licitante para satisfação de dívidas perante o Fisco. Há potencialidade de sobrevir a ausência de qualificação econômico-financeira.”²⁰⁸

Em relação à exigência de regularidade fiscal, para Justen Filho, ao menos em tese, não haveria inconstitucionalidade pois se reputa constitucional a restrição do devedor perante o Fisco quando não tiver natureza de impedimento absoluto ao exercício da atividade empresarial.²⁰⁹

Ademais, a exigência de regularidade fiscal reconduz à própria exigência de idoneidade financeira, bem como a Constituição fez exigência de regularidade fiscal ao exigir regularidade com a seguridade social para contratar com a Administração Pública (artigo 195, § 3º da Constituição Federal).²¹⁰

²⁰⁵ STJ, MS 5.655/DF, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Seção, julgado em 27/05/1998, DJ 31/08/1998.

²⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 304. A referência do Autor à discussão a respeito da constitucionalidade do dispositivo foi suprimida das edições posteriores á 11ª, por haver entendimento que a questão já se encontrava pacificada pelo tempo.

²⁰⁷ Ibidem, p. 304.

²⁰⁸ Ibidem, p. 302-303.

²⁰⁹ Ibidem, p. 302-303.

²¹⁰ Ibidem, p. 304 e 312.

Ainda que se possa considerar constitucional a exigência de regularidade fiscal, não se pode concordar com os argumentos utilizados pelo autor para fundamentar esse posicionamento.

Em primeiro lugar, ao admitir-se que a irregularidade fiscal causa o risco de apropriação dos bens do licitante, e como tal haveria a potencialidade de sobrevir ausência econômico-financeira, também seria necessário admitir-se que a existência de ação judicial em fase de cumprimento de sentença ou ação de execução, na qual o Licitante seja Réu ou Executado, seria causa para impedir a sua participação em Licitações. Nesses casos estar-se-ia diante de uma situação em que há “risco de apropriação dos bens do licitante”. Levando-se ao extremo o raciocínio teríamos que admitir que, havendo qualquer ação judicial que possa implicar diminuição patrimonial na qual o Licitante seja Réu, estaria este impedido de licitar, pois ainda que o grau de risco seja menor, este existe.

Em segundo lugar, débitos de qualquer valor ou até mesmo o atraso no pagamento dos tributos são capazes de ocasionar a irregularidade, ainda que momentânea, com o fisco. Diante disso, um licitante pode, ao menos em tese, ser impedido de participar de determinada licitação em decorrência de um débito que sequer é capaz de alterar seu fluxo de caixa. Em tal hipótese não se poderia imaginar que haveria “potencialidade de sobrevir a ausência de qualificação econômico-financeira” em decorrência da irregularidade.

Como Marçal Justen Filho busca o fundamento Constitucional para as exigências de regularidade fiscal na qualificação econômico-financeira, deve-se considerar que a Constituição determina que tais exigências sejam indispensáveis à garantia de cumprimento da obrigação contratual²¹¹. E, nesse caso, a fim de evitar a potencialidade de sobrevir a ausência de qualificação econômico-financeira, em decorrência da apropriação dos bens da Licitante, a Lei de Licitações prevê, no artigo específico a respeito de qualificação econômico-financeira, a exigência de Certidão Negativa de Falências e Concordatas, o que revela, pelo menos, a não indispensabilidade da regularidade fiscal.

²¹¹ O próprio autor sustenta que “não se pode ignorar que as exigências deverão ser as mínimas possíveis. [...] Logo não são válidas exigências que, ultrapassando o mínimo, destinem-se a manter a Administração em situação ‘confortável’. A CF/88 proibiu essa alternativa.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 304).

A Certidão Negativa de Falências e Concordatas é o documento indispensável para a finalidade pretendida – impedir que a potencialidade de apropriação de bens da licitante. Assim, para essa finalidade, a regularidade para com a Fazenda mostra-se dispensável.

Além disso, a licitação não deve ser utilizada como exercício de poder de polícia administrativa, criando-se requisitos não previstos, com o intuito de verificar se o cidadão está cumprindo suas obrigações.²¹²

Jessé Torres Pereira Júnior considera que tanto as exigências de habilitação jurídica quanto as de regularidade fiscal são constitucionais. Em relação à primeira sustenta ser “indispensável como garantia, pela singela razão de que ninguém pode validamente obrigar-se se não tiver aptidão jurídica para contratar, vale dizer contrair obrigações e exercer direitos”.²¹³

Acerca da exigência de regularidade fiscal, defende a constitucionalidade com argumento similar ao de Marçal Justen Filho ao dizer que “dependendo do montante do débito fiscal acaso pendente, e sujeito à cobrança forçada, estará o devedor economicamente comprometido para satisfazer aos encargos do contrato que celebrará se vencedor.”²¹⁴

Como o argumento é o mesmo, as mesmas críticas anteriormente expostas também são aplicáveis, acrescentando-se ainda que, a *contrario sensu* do que expressamente referiu o autor, dependendo do montante do débito fiscal pendente o devedor não estará comprometido para satisfazer aos encargos do contrato, mas mesmo assim estaria excluído da participação do certame. Esse argumento reforça que, acaso se fundamente essa exigência na qualificação econômico-financeira, haverá violação à Constituição por não se tratar de documentação indispensável para tal finalidade.

Pode-se considerar, portanto, que as exigências de habilitação jurídica, apesar de não estarem expressamente autorizadas na Constituição, não trazem uma restrição indevida, pois guardam relação com a própria existência do futuro contrato, de modo que quem dela não disponha poderia ganhar a licitação e ser

²¹² CABRAL, Armando Henrique Dias. Documentos Exigíveis para Habilitação em Licitações. **Revista da Consultoria Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]**, Porto Alegre, v. 10, n. 27, p. 119-123, 1980. p. 119.

²¹³ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e das Contratações da Administração Pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 322-323.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 323.

impedido de contratar. À licitação não basta selecionar a proposta, pois o fundamental é o contrato.²¹⁵

3.1.3 Dos Princípios Limitadores da Discricionariedade Administrativa nas Licitações

Como os princípios são normas que ordenam a máxima realização de algo na medida possível dentro das possibilidades jurídicas e, principalmente, reais existentes,²¹⁶ não é possível, a priori, indicar todas as possíveis limitações à discricionariedade administrativa por meio dos princípios. Essa verificação somente poderá ser feita na prática, diante do caso concreto.

Ademais, se fosse possível de antemão definir a atividade administrativa, não restaria qualquer margem de liberdade e sem tal não se poderia falar em discricionariedade.²¹⁷

Ainda assim é possível enumerar os princípios que devem ser observados pela Administração ao estabelecer os requisitos de habilitação.

3.1.3.1 Princípios Constitucionais

A Constituição estabelece em seu artigo 37, cinco princípios de observância obrigatória pela Administração, sem prejuízo de outros previstos de maneira implícita.²¹⁸ São eles legalidade, impessoalidade, moralidade, da publicidade e da

²¹⁵ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Dispensa de Licitação por Emergência. In: _____. **Comentando as Licitações Públicas**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2002. (Série Grandes Nomes, n. 3), p. 57.

²¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1997. p. 86.

²¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Concorrência Pública – Licitação – Limites de Discricionariedade no Julgamento das Propostas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 434-452, jan./mar. 1950. p. 438.

²¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Considerações em torno de Alguns Aspectos Constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 29, n. 113, p. 243-256, jan./mar. 1992. p. 244.

eficiência. Além desses, previstos expressamente, há outros decorrentes das normas estabelecidas na Constituição.²¹⁹

3.1.3.1.1 *Princípio da Legalidade*

O Princípio da Legalidade já foi tratado anteriormente, cabendo ressaltar, novamente, o dever do Estado de agir segundo a lei – legitimando sua atuação a partir dela – e jamais contra a lei – tendo sua atuação limitada pela lei.²²⁰

3.1.3.1.2 *Princípio da Impessoalidade*

Segundo Diogo de Figueiredo pode ser chamado de Princípio da Finalidade e determina a vedação ao Estado em perseguir qualquer interesse que não aquele que a lei lhe estabeleça.²²¹ Uma vocação equidistante dos interesses pessoais – assim se confundindo com o princípio da igualdade²²² – e vocação absoluta ao interesse público.²²³

²¹⁹ Palhares Reis considera que estariam presentes ainda os seguintes princípios no artigo 37, XXI da Constituição: “igualdade de condições a todos os concorrentes”, “presença de cláusulas de obrigação de pagamento”, “manutenção de condições efetivas de proposta”, “limites às exigências de habilitação indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações contratuais”. (REIS, Palhares Moreira. As Licitações no Texto da Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 29, n. 113, p. 257-268, jan./mar. 1992. p. 263). Todavia parece que não se tratam de princípios expressos, mas de regras das quais podem decorrer princípios. Pegue-se, por exemplo, a referência à igualdade contida no texto. Ela veicula uma regra de não discriminação, mais do que expressamente a igualdade em seu caráter de princípio ou postulado. (AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.150 e ss).

²²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Considerações em torno de Alguns Aspectos Constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 29, n. 113, p. 243-256, jan./mar. 1992. p. 244.

²²¹ Ibidem, p. 245.

²²² REIS, Palhares Moreira. As Licitações no Texto da Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 29, n. 113, p. 257-268, jan./mar. 1992. p. 263.

²²³ MOREIRA NETO, op. cit., p. 245.

3.1.3.1.3 Princípio da Moralidade

A acepção do Princípio da Moralidade em direito administrativo não trata da simples aplicação de princípios éticos à Administração, na moral administrativa interessa saber se a atuação do agente está orientada para lograr um resultado de interesse público. “O binômio eficiência-finalidade é a pedra de toque do princípio da moralidade.”²²⁴

3.1.3.1.4 Princípio da Publicidade

O Princípio da Publicidade é pressuposto instrumental para que o sistema de legalidade possa funcionar. Somente por meio da publicidade dos atos é possível a verificação da legalidade.²²⁵

3.1.3.1.5 Princípio da Eficiência

O Princípio da Eficiência é de conteúdo não uníssono, sendo ora referido como economicidade,²²⁶ ora como dever de produção do efeito desejado²²⁷ e ora como um conceito amplo englobando todas essas características sendo definido como a “exigência jurídica, imposta aos exercentes de função administrativa, ou simplesmente aos que manipulam recursos públicos vinculados de subvenção ou

²²⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Considerações em torno de Alguns Aspectos Constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 29, n. 113, p. 243-256, jan./mar. 1992. p. 245.

²²⁵ Ibidem, p. 245.

²²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p.54.

²²⁷ MORAES, Alexandre de. Princípio da Eficiência e Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 243, p. 13-28, set./dez. 2006. p. 22.

fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização de finalidades públicas assinaladas por lei, ato ou contrato de direito público”.²²⁸

3.1.3.1.7 Princípios não expressos

Além dos princípios expressamente previstos na Constituição a Administração deve respeitar os princípios não expressos, mas dela decorrentes. Assim o caso dos princípios, ou postulados normativos aplicativos da razoabilidade, da proporcionalidade e da igualdade.²²⁹

Nesse sentido, razoabilidade pode ser definida como dever de equidade (harmonização da norma geral com o caso individual), de congruência (harmonização da norma com suas condições externas de aplicação) e de equivalência (relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona).²³⁰

De modo sintético, a proporcionalidade exige que para realização dos fins sejam utilizados meios adequados, necessários e proporcionais.²³¹

A igualdade, por sua vez, pode funcionar como regra proibindo tratamento discriminatório, como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido e como postulado estruturando a aplicação do Direito em função de elementos e da relação entre eles.²³²

3.1.3.2 Princípios infraconstitucionais

O artigo 3º da Lei n. 8.666/93 elenca os Princípios que devem ser observados pela Administração na condução da licitação. Muitos deles possuem

²²⁸ MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio da Eficiência. **Interesse Público**, São Paulo, v. 2, n. 7, p. 65-75, abr./jun. 2000. p. 75.

²²⁹ AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 121 e ss.

²³⁰ Ibidem, p.152-158.

²³¹ Ibidem, p. 159 e ss.

²³² Ibidem, p. 150.

matriz constitucional e outros são normas específicas das licitações²³³.

3.1.3.2.1 Princípio da Isonomia/Igualdade

O Princípio da Igualdade ou Isonomia aparece em duas oportunidades no referido artigo 3º, ora sendo colocado como uma finalidade da licitação e ora como um princípio da licitação.

Essa importância do Princípio da Igualdade para a licitação já era acentuada por Sayagues Laso, ao descrevê-lo como princípio fundamental do instituto e que deve servir para resolver os problemas de interpretação que a prática administrativa apresenta.²³⁴

A relevância do Princípio da Igualdade na licitação faz com que ele seja elencado no preâmbulo da Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (CNUDMI) para Contratações Públicas, como um dos objetivos a ser alcançado nas contratações públicas.²³⁵

Seu conteúdo possui caráter dúplice: de igualdade na lei e igualdade perante a lei. No primeiro aspecto trata-se da escolha do critério a ser empregado pela lei para estabelecer distinções entre os particulares. Do segundo aspecto decorre o dever de a Administração aplicar ordenamento sem benefícios ou favorecimentos.²³⁶

Merece destaque que, além de aparecer duplamente no *caput*, o Princípio da Igualdade é novamente referido no §1º, II do mesmo dispositivo ao serem vedadas *nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam,*

²³³ Tratando dos princípios “correlatos”, referidos no artigo 3º da Lei de Licitações, mas cuja explicação aplica-se aos princípios constitucionais não expressos. (GRAU, Eros. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 16). Também: FRANÇA, Vladimir da Rocha. A Licitação e seus princípios. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 8, nov./jan. 2006/2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-8-NOVEMBRO-2006-WLADIMIR%20ROCHA.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2011.

²³⁴ LASO, Enrique Sayagues. **La Licitacion Publica**. Montevideo: Peña e Cia. Editores, 1940. p. 52. Fiorini vai além e refere que a igualdade é uma consequência do agir correto da Administração, pois o tratamento igualitário é uma decorrência lógica do permanente imparcialidade que deve estar presente na conduta administrativa. Em razão disso considera que ao invés de igualdade ou imparcialidade, deve-se destacar como Princípio das Licitações o “Correto Tratamento” dos licitantes. (FIORINI, Bartolomé; MATTA Ismael. **Licitacion Publica**: seleccion del contratista estatal. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972. p. 43).

²³⁵ NACIONES Unidas. **Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios com la Guía para su Incorporación Eventual al Derecho Interno**. Nova York: Naciones Unidas, 1995.

²³⁶ FRANÇA, op. cit.

restringam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

Nesse sentido Eros Grau desdobra a competição, a qual refere ser um pressuposto da licitação, de modo que reste assegurada a igualdade de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração, sem que haja exclusão de algum licitante em potencial.²³⁷

3.1.3.2.2 Princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a administração

Nem sempre nomeado como princípio, mas apresentado na Lei como uma das finalidades a ser perseguida por meio da licitação a seleção da proposta mais vantajosa – ou vantajosidade²³⁸ - não significa necessariamente mera economicidade,²³⁹ mas a busca pela melhor relação qualidade e onerosidade.²⁴⁰

Em suma, que pelo menor preço se obtenha o melhor serviço.²⁴¹

Dessa forma, entende-se esse princípio como um dos desdobramentos do Princípio constitucional da Eficiência.

3.1.3.2.3 Princípio da promoção do desenvolvimento nacional sustentável

Decorrente de acréscimo legislativo ocasionado pela Lei n. 12.349/2010, a

²³⁷ GRAU, Eros. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 14-16.

²³⁸ Assim denomina Marçal Justen Filho, ressaltando a inexistência da palavra em bom vernáculo, todavia considerando insuficiente a mera referência á vantagem. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p.42, nota 45).

²³⁹ REALE, Miguel. Concorrência Pública. Escolha das Propostas. Controle Jurisdicional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 57, p. 460-466, jul./set. 1959. p. 461. De modo similar, ao indicar que a melhor proposta não é aquela de melhor preço. (FAGUNDES, M. Seabra. Igualdade dos Licitantes. Critérios de Julgamento. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 10, n. 51/52, p. 45-51, jul./dez. 1979. p. 50).

²⁴⁰ JUSTEN FILHO, op. cit., p.42-43.

²⁴¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Das Licitações Públicas**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 117.

inclusão do princípio da promoção do desenvolvimento nacional sustentável tem por finalidade justificar o estabelecimento de critérios de preferência em prol de produtos produzidos com tecnologia desenvolvida no Brasil.

De acordo com a Exposição de Motivos n. 104, de 18 de junho de 2010, a inserção da promoção do desenvolvimento nacional encontra amparo nos artigos 170, § 3º, II; 174, I e VIII e 219 da Constituição da República.

3.1.3.2.4 *Princípio da Legalidade*

O princípio de matriz constitucional é repetido na Lei, a fim de que não haja dúvidas a respeito da subordinação do Administrador aos mandamentos legais. Especificamente aplicado às licitações, o Princípio da Legalidade determina que “somente será legítimo, correto válido aceitável, regular, qualquer ato administrativo, incluso no procedimento licitatório, se obedecer ele, com inteiro rigor,, o roteiro dado pela lei.”²⁴²

Ressaltando a sua importância, Caio Tácito afirma que é somente pelo Princípio da Legalidade, e a consequente subordinação à lei, que é possível assegurar na licitação os princípios da concorrência e da igualdade.²⁴³

3.1.3.2.5 *Princípio da Impessoalidade*

Outro princípio de matriz constitucional, a impessoalidade aplicada diretamente às licitações, determina que seja sempre buscado o fim público, sendo vedado direcionamento a um determinado licitante.²⁴⁴

²⁴² RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual Prático das Licitações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 105-106.

²⁴³ TÁCITO, Caio. Licitação: desclassificação - Igualdade entre os licitantes - Nulidade de Licitação. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 13, n. 53/54, p. 90-97, jan./jun. 1980. p. 92.

²⁴⁴ FRANÇA, Vladimir da Rocha. A Licitação e seus princípios. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 8, nov./jan. 2006/2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-8-NOVEMBRO-2006-WLADIMIR%20ROCHA.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2011.

Não se pode esquecer que uma licitação aparentemente correta pode encobrir e simular um flagrante desvio de poder, pois os editais de condições podem ter sido redigidos de tal maneira que somente a pessoa a quem se queira favorecer fique em condições de apresentar ofertas admissíveis.²⁴⁵

Trata-se de uma emanção da isonomia/igualdade que veda o estabelecimento de distinções que tenham por finalidade preferir um determinado licitante²⁴⁶ Ou seja, como refere Geraldo Ataliba, “o instituto da licitação existe precisamente para evitar – da maneira mais eficiente possível – que haja favorecimento de determinadas pessoas, ou detrimento de outras.”²⁴⁷

E lapidar a esse respeito é a lição de Seabra Fagundes, ao identificar na tecitura formal da licitação a ausência de influência subjetiva dos agentes administrativos na seleção dos licitantes. Segundo refere o autor: “tudo quanto possa [...] ensejar interferência discricionária da vontade do administrador na escolha do adjudicatário [...] desvirtua a licitação em sua essência.”²⁴⁸

3.1.3.2.6 Princípio da Moralidade

Também visto como o dever ético que a Administração tem em relação aos licitantes²⁴⁹, o Princípio da Moralidade, conforme já referido, é finalístico, de busca

²⁴⁵ DROMI, Jose Roberto. Contratação Administrativa. **Revista da Consultoria Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]**, Porto Alegre, v. 9, n. 23, p. 27-45, 1979. p. 41.

²⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 52.

²⁴⁷ ATALIBA, Geraldo. Princípio constitucional da isonomia – favorecimento de licitante é causa de nulidade – lei que define crime de responsabilidade dos prefeitos – publicidade das licitações. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 4, n. 17, jul./set. 1971. p. 240.

²⁴⁸ FAGUNDES, M. Seabra. Licitação – Formalidade – Evitação da discricionariiedade no julgamento. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 19, n. 78, p. 78-79, abr./jun. 1986. p. 78.

²⁴⁹ Assim MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Licitação e seus Princípios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 133 e FRANÇA, Vladimir da Rocha. A Licitação e seus princípios. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 8, nov./jan. 2006/2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-8-NOVEMBRO-2006-WLADIMIR%20ROCHA.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2011. Flávio Amaral Garcia refere, nesse mesmo sentido, que o princípio também alcança os particulares que participam da licitação, evitando assim os conluíus (GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos: casos e polêmicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 5).

pelo resultado. A moral administrativa é julgada objetivamente diante da inadequação do ato aos fins a que deveria visar²⁵⁰

Na licitação, o Princípio da Moralidade tem servido de justificativa para que se opte pela solução prática que seja mais compatível com a ética.²⁵¹

3.1.3.2.7 Princípio da Publicidade

Analisando o Princípio da Publicidade, especificamente em relação à licitação, Hely Lopes Meireles refere tratar-se de um Princípio dominante no procedimento, sem ele não há licitação.²⁵²

Não está adstrito ao *caput* do artigo 3º da Lei de Licitações, encontrando referência em dispositivos que visam ao impedimento de que a licitação seja sigilosa (artigo 3º, § 3º), a obrigatoriedade de publicação do resumo do edital (artigo 21, I), a necessidade de publicação dos demais atos do procedimento (artigo 109, I), dentre outros.²⁵³

Fiorini destaca que a publicidade se manifesta de três maneiras no processo licitatório. A primeira é aquela inerente a toda atividade da administração pública; a segunda como meio de obter-se um maior número de participantes na licitação e a terceira é o caráter público da licitação que assegura o conhecimento de todos os atos por parte das empresas licitantes.²⁵⁴

Para a fase de habilitação o Princípio da Publicidade determina a nulidade de qualquer exigência que não esteja expressa no edital.

²⁵⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Considerações em torno de Alguns Aspectos Constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 29, n. 113, p. 243-256, jan./mar. 1992. p. 245.

²⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 53.

²⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15. ed. atual. por José Emmanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Fernando Pereira Franchini. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 40

²⁵³ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Licitação e seus Princípios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p.140-141.

²⁵⁴ FIORINI, Bartolomé; MATTA Ismael. **Licitacion Publica**: seleccion del contratista estatal. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972. p. 51-52.

3.1.3.2.8 Princípio da Probidade Administrativa

A probidade administrativa é dever de todo administrador público, mas é incluso na Lei de Licitações como uma advertência às autoridades que a promovem ou a julgam.²⁵⁵

Segundo Cretella Júnior trata-se de uma redundância, pois o Princípio da Moralidade é sinônimo perfeito da probidade.²⁵⁶

3.1.3.2.9 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório não é de observância em decorrência da determinação legislativa, mas inerente ao próprio procedimento da licitação. Sayagues Laso já ressaltava que o edital deve ser cumprido estritamente sob pena de vício do procedimento.²⁵⁷

A vinculação ao edital significa que a Administração e os licitantes ficam adstritos aos termos do quanto estabelecido no edital. Uma vez estabelecidas as regras do certame elas tornam-se de observância obrigatória tanto para os licitantes quanto para a Administração. Nas palavras de Hely Lopes Meireles “*O edital é a lei interna da licitação.*”²⁵⁸

Esse princípio, entretanto, não pode ser considerado absoluto e levado ao extremo. A Administração não pode contrariar uma cláusula editalícia, ainda que ela seja ilegal; todavia é seu dever corrigir a cláusula e republicar o edital caso verifique a ilegalidade.²⁵⁹ Além disso, a ilegalidade também pode (deve) ser declarada pelo Judiciário, se provocado por algum dos licitantes, mesmo que a licitação já tenha se iniciado. Isso pois a decadência do direito de impugnação, referido no artigo 41, § 2º,

²⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15. ed. atual. por José Emmanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Fernando Pereira Franchini. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 55.

²⁵⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **Das Licitações Públicas**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 140.

²⁵⁷ LASO, Enrique Sayagues. **La Licitacion Publica**. Montevideo: Peña e Cia. Editores, 1940. p. 53.

²⁵⁸ MEIRELLES, op. cit., p. 51.

²⁵⁹ STJ, MS 13.005/DF, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 10/10/2007, DJe 17/11/2008.

opera somente frente à Administração, tanto em razão de sua redação, quanto por força do artigo 5º, XXXV da Constituição.²⁶⁰

3.1.3.2.10 Princípio do julgamento objetivo

O Princípio do Julgamento Objetivo determina que a licitação seja julgada apoiada em fatores concretos pedidos pela Administração, de modo que a margem de subjetivismo e discricionariedade é reduzida e limitada pelo estabelecido no edital.²⁶¹

Por essa razão não podem ser fixados critérios no edital que possam permitir subjetivismos à Comissão de Licitação.²⁶²

O conteúdo dos princípios da vinculação ao edital e do julgamento objetivo faz com que a partir da publicação do edital reste exaurida a competência discricionária da Administração a respeito das exigências a serem feitas em relação aos licitantes.²⁶³

3.1.4 Das Regras Limitadoras da Discricionariedade na Lei 8.666/93: um limite máximo

Uma interpretação literal do § 1º do artigo 32 da Lei de Licitações, o qual estabelece a possibilidade de dispensa no todo ou em parte dos documentos de habilitação no caso de licitações das modalidades convite, concurso e leilão, bem como nas licitações para fornecimento de bens com pronta entrega, poderia levar à conclusão de que, a *contrario sensu*, nas demais modalidades de licitação não

²⁶⁰ Sobre a ausência de preclusão em razão do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, todavia com determinação de observância do edital: STJ, MS 5.601/DF, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Seção, julgado em 06/11/1998, DJ 14/12/1998.

²⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15. ed. atual. por José Emmanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Fernando Pereira Franchini. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 53.

²⁶² MUKAI, Toshio. **A Empresa Privada na Licitação pública**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 15.

²⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 47.

haveria discricionariedade da administração para deixar de exigir quaisquer documentos. Ou seja, o rol de documentos contidos na Lei de Licitações deveria ser exigido em todas as demais licitações.

Esse entendimento era adotado pelo Tribunal de Contas da União que considerava incorreta, por exemplo, a dispensa da exigência de balanço patrimonial das licitantes, fora das hipóteses do artigo 32 da Lei de Licitações.²⁶⁴ Para o Tribunal de Contas não haveria discricionariedade:

Ademais, quando a lei quis possibilitar a dispensa da documentação necessária à habilitação, tanto em relação à qualificação do interessado, quanto em relação à habilitação jurídica ou à regularidade fiscal, o fez expressamente em seu art. 32 e apenas nas hipóteses de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão, sem deixar margem à discricionariedade do administrador.²⁶⁵

Partindo-se também de uma análise literal, entretanto, pode-se identificar uma similaridade de redação nos *caputs* dos artigos que tratam sobre os documentos exigíveis, possibilitando uni-los em habilitação jurídica e regularidade fiscal e qualificação técnica e qualificação econômico-financeira.

Os artigos que tratam a respeito da habilitação jurídica e da regularidade fiscal (artigos 28 e 29, respectivamente, da Lei de Licitações) trazem em seus *caputs* uma redação mais fechada, pois determina que a documentação a esse respeito “consistirá em”. Por meio de uma interpretação literal, portanto, não seria possível identificar-se uma autorização para atuação discricionária da Administração, seja para aumentar os requisitos, seja para diminuí-los.

Esse entendimento é defendido por Jessé Torres Pereira Júnior, quando afirma que, em relação à habilitação jurídica e à regularidade fiscal, é necessária a apresentação de todos os documentos:

Atente-se, como dado hermenêutico comum às categorias integrantes da fase de habilitação, que as cabeças dos arts. 28 e 29 (habilitação jurídica e regularidade fiscal) fazem uso da expressão do modo verbal “consistirá”, o que significa que a prova dessas duas aptidões só estará completa com a presença de todos os documentos elencados naqueles artigos, conforme o caso (quer dizer, conforme se trate de pessoa física ou jurídica); a falta ou a irregularidade de qualquer desses documentos acarreta a inabilitação.²⁶⁶

²⁶⁴ TCU, Plenário, Ata 28/98, Processo nº TC 450.368/96-3, Decisão 454/98.

²⁶⁵ TCU, Plenário, Ata 10/2000, Processo nº TC 450.368/96-3, Decisão 174/2000, Rel. Ministro Benjamin Zymler.

²⁶⁶ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e das Contratações da Administração Pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 323.

Em relação aos requisitos de qualificação técnica e qualificação econômico-financeira, Jessé Torres considera que em decorrência da utilização do modo verbal “limitar-se-á” a Administração não poderá exigir documento além daqueles listados na Lei. Todavia, trata-se de um limite máximo, podendo deixar de:

[...] exigir os documentos que, mesmo ali referidos, considerar desnecessários para aferir as qualificações técnica e econômico-financeira satisfatórias, porque bastarão à execução das futuras obrigações que se imporão ao licitante que surtir vencedor do torneio.²⁶⁷

A essa diferença de redação soma-se que o texto Constitucional do artigo 37, XXI, que ao tratar a respeito do conteúdo da Lei de Licitações prevê que somente se permitirá as exigências de qualificação técnica e econômico-financeira indispensáveis à garantia de cumprimento da obrigação contratual.

A leitura conjunta das normas remete a um limite máximo de exigências²⁶⁸ de modo que é correta a interpretação no sentido de haver discricionariedade da Administração para deixar de exigir a comprovação de algum dos documentos arrolados.

Essa mesma posição é compartilhada por Marçal Justen Filho quando considera que o elenco legal é um limite máximo e não mínimo. Desse modo não há obrigatoriedade da Administração exigir todos os requisitos de habilitação referidos na Lei.²⁶⁹

Marçal Justen Filho avalia que alguns requisitos são imprescindíveis em todas as licitações. Todavia reafirma que “há requisitos cuja exigência é facultativa,

²⁶⁷ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e das Contratações da Administração Pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 323.

²⁶⁸ Ao menos em tese, parece ser uníssono entre a doutrina e a Jurisprudência que o rol de documentos constantes nos artigos 28 a 31 é um limite máximo, de modo que não seria possível exigir documento ali não previsto expressamente. Assim: MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 5. ed. atual. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 52; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 6. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 167-168. Lapidar a esse respeito são as palavras de Hely Lopes Meireles: "Nenhuma outra documentação deverá ser exigida, pois o legislador empregou deliberadamente o advérbio 'exclusivamente', para impedir que a Administração, por excesso de cautela ou vício burocrático, condicione a habilitação dos licitantes à apresentação de documentos inúteis e dispendiosos, que muitas vezes afastam concorrentes idôneos pela dificuldade em obtê-los." (MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15. ed. atual. por José Emmanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Fernando Pereira Franchini. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 106).

²⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 303.

dependendo das circunstâncias. Existe, portanto, margem de discricionariedade para a Administração.”²⁷⁰

No entanto, o autor considera que essa discricionariedade a respeito de quais documentos a Administração pode deixar de exigir estende-se a todos os documentos de habilitação e não apenas para aqueles referentes à qualificação técnica e econômico-financeira.²⁷¹

Entendimento similar é sustentado por Adilson Abreu Dallari, para quem o rol de exigências de habilitação é exemplificativo. Para Dallari “não há necessidade de se exigir todos esses requisitos, sempre, em qualquer caso, ainda assim está veda a inclusão no edital de outros requisitos que não esses.”²⁷² Depois acrescenta:

A exigência legal é limite máximo, e não mínimo. Sempre é possível exigir menos que a lei prevê, desde que suficientemente para garantir o cumprimento do futuro específico contrato.

Não há requisitos mínimos preestabelecidos pelo legislador. A lei deixa uma ampla margem de discricionariedade à administração para que essa determine, com relação a cada caso concreto, desde que se trate de condições pertinentes, o que deve ser comprovado pelo licitante.²⁷³

Hely Lopes Meireles também considera que o rol de exigências de habilitação constante da Lei de Licitações é um limite máximo, afirmando que a Administração deve deixar de lado exigências desnecessárias.²⁷⁴

Em outra passagem de sua obra, o autor refere que a comprovação de regularidade relativa aos encargos sociais devidos ao INSS e ao FGTS em nenhuma hipótese pode deixar de ser exigida, nem mesmo nas situações previstas no artigo

²⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 303.

²⁷¹ Ibidem, p. 303, 306. Assim também em JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 450-451. Entretanto ao tratar especificamente a respeito da habilitação jurídica Marçal textualmente refere que “É impossível dispensar o particular de comprovar os requisitos de habilitação jurídica.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 306).

²⁷² DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da Licitação**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 114.

²⁷³ Ibidem, p. 114.

²⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15. ed. atual. por José Emmanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Fernando Pereira Franchini. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 106-107, 178-179, 188 e ss. Entendendo que não podem ser deixadas de lado as normas estabelecidas em lei. (MUKAI, Toshio. **A Empresa Privada na Licitação pública**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 27).

32, § 1º da Lei de Licitações, pois há vedação constitucional de contratação pelo Poder Público de pessoas que se encontrem em débito com tais obrigações.²⁷⁵

A questão já foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça ao tratar especificamente a respeito dos requisitos de qualificação econômico-financeira.²⁷⁶ Discutia-se acerca da obrigatoriedade do órgão licitante exigir todos os documentos previstos na Lei de Licitações. No caso, deixou-se de exigir no edital o balanço patrimonial do exercício anterior e as demonstrações contábeis.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça considerou que a interpretação do artigo 31 da Lei de Licitações é no sentido de que os documentos ali listados são um limite máximo de exigência, não havendo a obrigatoriedade de exigência de sua totalidade.²⁷⁷

Fundamenta-se essa decisão na redação do dispositivo legal – “documentação limitar-se-á” –, na disposição constitucional de que os requisitos de qualificação deverão ser somente os indispensáveis e na possibilidade de comprovação da qualificação econômico-financeira por outros documentos.

²⁷⁵ Trata-se do disposto no artigo 195.

²⁷⁶ RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. ALEGATIVA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 27, III E 31, I, DA LEI 8666/93. NÃO COMETIMENTO. REQUISITO DE COMPROVAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA CUMPRIDA DE ACORDO COM A EXIGÊNCIA DO EDITAL. RECURSO DESPROVIDO. 1. A comprovação de qualificação econômico-financeira das empresas licitantes pode ser aferida mediante a apresentação de outros documentos. A Lei de Licitações não obriga a Administração a exigir, especificamente, para o cumprimento do referido requisito, que seja apresentado o balanço patrimonial e demonstrações contábeis, relativo ao último exercício social previsto na lei de licitações (art. 31, inc. I), para fins de habilitação. 2. "In casu", a capacidade econômico-financeira foi comprovada por meio da apresentação da Certidão de Registro Cadastral e certidões de falência e concordata pela empresa vencedora do Certame em conformidade com o exigido pelo Edital. 3. Sem amparo jurídico a pretensão da recorrente de ser obrigatória a apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, por expressa previsão legal. Na verdade, não existe obrigação legal a exigir que os concorrentes esgotem todos os incisos do artigo 31, da Lei 8666/93. 4. A impetrante, outrossim, não impugnou as exigências do edital e acatou, sem qualquer protesto, a habilitação de todas as concorrentes. 5. Impossível, pelo efeito da preclusão, insurgir-se após o julgamento das propostas, contra as regras da licitação. 6. Recurso improvido. (STJ, REsp 402.711/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 11/06/2002, DJ 19/08/2002).

²⁷⁷ A redação da Ementa do Acórdão pode levar à confusão. A questão discutida é se pode a administração deixar de exigir a totalidade dos documentos listados no artigo 31, I da Lei de Licitações no edital. O dispositivo legal permite, mas não obriga, que o Órgão licitante exija a totalidade dos documentos no edital. Se fizer tal exigência no Edital os licitantes, em princípio, deverão cumpri-la. Todavia, se não fizer tal exigência no Edital não se pode obrigar que os licitantes apresentem tais documentos por força da lei. Na hipótese de que, por exemplo, o entendimento do Tribunal fosse diferente, ou seja, que os documentos listados na lei deveriam ser exigidos em sua totalidade, a consequência seria a anulação da licitação devendo ser refeito o Edital e não a inabilitação da licitante. Além disso, não se concorda com o argumento lançado ao fim do acórdão acerca da preclusão das fases da licitação. A preclusão ocorre dentro do processo administrativo, mas nunca para o juiz.

Esses fundamentos podem ser considerados, sem ressalva, para que mesmo entendimento seja adotado em relação aos documentos exigíveis para comprovação da qualificação técnica. Entretanto, a mesma fundamentação não se pode aplicar indistintamente em relação aos documentos referentes à habilitação jurídica e regularidade fiscal. Isso porque, como visto, a redação dos dispositivos legais é diversa, e em relação a eles não há disposição reducionista de exigência na Constituição.

3.2 A DISCRICIONARIEDADE NOS DISPOSITIVOS DA LEI 8.666/93 A RESPEITO DA HABILITAÇÃO

Neste ponto se analisam os limites estabelecidos pela Lei n. 8.666/93 à discricionariedade administrativa para a fixação de exigências de habilitação nas licitações.

3.2.1 Habilitação Jurídica

As normas referentes à habilitação jurídica remetem à capacidade de fato e à regular disponibilidade para exercício das faculdades jurídicas. Tais capacidades, por sua vez, encontram-se dispostas nos específicos ramos do direito.²⁷⁸

Isso, entretanto, não significa dizer que a Administração possa exigir documento não listado pela Lei, como, por exemplo, exigir o registro civil, além da cédula de identidade, para fazer a comprovação de que determinada pessoa física não tenha sido interdita e disponha ainda de suas plenas capacidades.²⁷⁹

²⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 306.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 307.

Assim, as regras referentes à habilitação jurídica estabelecidas na Lei de Licitações não comportam um entendimento de que exista discricionariedade para o Administrador adequá-las à situação concreta.²⁸⁰

Nem seria necessário, vez que a descrição legal remete a documentos que independem das especificidades da licitação que será realizada, guardando relação apenas com aquele que pretende participar da licitação. As exigências contidas no elenco do artigo 28 podem ser enquadradas dentre aquelas consideradas gerais, que não variam de acordo com objeto da licitação.

Ou seja, as alternativas, previstas nos incisos do artigo 28, não se direcionam a uma escolha da Administração, mas à própria situação da Licitante. Por exemplo, não se pode imaginar a possibilidade da Administração prever no Edital a exigência de “decreto de autorização” – exigência prevista para empresas estrangeiras em funcionamento no país – para uma pessoa física ou uma sociedade civil nacional. De mesmo modo, não se pode exigir de uma sociedade civil registro na junta comercial²⁸¹

Não se tem, portanto, em referido dispositivo margem de discricionariedade para a Administração.²⁸²

3.2.1.1 Objeto Social

Questão que merece análise específica é a respeito de exigência de o licitante possuir objeto social compatível com o objeto da licitação.

Jessé Torres Pereira entende possível a exigência de compatibilidade entre o objeto social e objeto da licitação, como decorrência direta do artigo 28, III.²⁸³ Em adição a esse argumento, Castro e Mayrink afirmam que atos praticados fora do

²⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 306.

²⁸¹ Assim, está incorreta decisão que deixa de aceitar documentos de licitante, sociedade civil – sujeita, portanto, ao registro de seus documentos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas – por não estarem esses documentos registrados na Junta Comercial: Julgamento da Comissão de Licitação da Companhia Catarinense de Saneamento – CASAN – na Licitação da Modalidade Convite N. 16/2010.

²⁸² JUSTEN FILHO, op. cit., p. 385.

²⁸³ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e das Contratações da Administração Pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 326.

objeto social seriam passíveis de anulação, entretanto ressaltam que a compatibilidade não significa correspondência literal.²⁸⁴

Em sentido contrário, Marçal Justen Filho ressalta não vigorar no Brasil o “Princípio da Especialidade”, o qual restringe a atuação da sociedade aos limites de seu objeto social e torna inválidos os atos praticados exorbitando este. A fixação do objeto serve como limite para a atuação dos administradores da sociedade, os quais poderão ser responsabilizados pelos sócios na hipótese de aplicarem o patrimônio da sociedade em atividades não previstas no contrato social.²⁸⁵

Situação diferente ocorre quando existem regras específicas para o exercício de certa atividade, como, por exemplo, a vedação ao exercício de atividade mercantil por sociedades civis. A questão referente à compatibilidade com o objeto social se relaciona com a qualificação técnica, ou seja, se determinada empresa apresenta experiência para o exercício de determinada atividade a ausência de previsão expressa dessa atividade em seu objeto social não deve ser considerada empecilho para sua habilitação.²⁸⁶

3.2.2 Regularidade Fiscal

A ausência de uma clara especificação, no artigo 29 da Lei de Licitações, a respeito dos documentos exigíveis para a comprovação da regularidade fiscal, tem dado margem a se entender como existente discricionariedade por parte da Administração na eleição desses documentos. Assim Marçal Justen Filho:

Tem-se de reputar que o aludido artigo 29 contempla uma autorização para a Administração eleger os documentos específicos que se farão

²⁸⁴ Os autores referem a compatibilidade pode ser exigida ainda que não prevista no edital expressamente, todavia, no nosso entender isso restaria vedado, dentre outros, pelo Princípio da Publicidade. Qualquer que seja o requisito de habilitação, ele somente pode ser cobrado dos licitantes se expressamente previsto. No caso de ser um requisito essencial a alternativa que resta para a administração é a revogação da licitação (CASTRO, José Nilo de; MAYRINKI, Cristina Padovani; NORATO, Ester Camila Gomes. Possibilidade de inclusão de cláusula em edital de licitação, exigindo compatibilidade entre o objeto do contrato social da empresa licitante e o objeto do contrato administrativo sobre o qual versa a licitação (parecer). **Revista Brasileira de Direito Municipal**, Belo Horizonte, v. 7, n. 22, p.85-93, out./dez. 2006. p. 92-93).

²⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 308-309.

²⁸⁶ Ibidem, p. 309.

necessários para a comprovação, naquele caso concreto, da regularidade fiscal. [...] cabe à Administração identificar, de modo preciso, exato e inquestionável as exigências cujo preenchimento é imposto como requisito de habilitação.²⁸⁷

Diversas são as considerações a esse respeito, veja-se em detalhe:

3.2.2.1 Inscrição no cadastro de contribuintes (inciso I e II do artigo 29)

Acerca da inscrição no cadastro de contribuintes Federal, seja CNPJ, seja CPF, não há maiores problemas sendo o mesmo sempre exigível, pois no exercício de qualquer atividade econômica haverá sujeição a algum tributo federal, ao menos em tese, como, por exemplo, o Imposto de Renda.²⁸⁸

Em relação aos cadastros de contribuintes municipais e estaduais, pode haver alguma dúvida a respeito da existência de discricionariedade em razão de constar do texto legal que deverá ser feita a “prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual *ou* municipal”. Ou seja, em decorrência da conjunção “ou” poderia haver dúvida a respeito da possibilidade da Administração escolher entre um cadastro ou outro, ou ainda escolher os dois.

Todavia a interpretação do dispositivo deve ser no sentido de que a inscrição na Fazenda Estadual ou na Fazenda Municipal fica condicionada pela atividade que será desenvolvida ao longo da execução do objeto licitado. Assim, a Lei ao mencionar a necessidade de comprovação no cadastro de contribuintes municipal ou estadual, não está facultando ao administrador a escolha entre um dos cadastros, pois refere a seguir que deve ser comprovado o cadastro pertinente ao ramo de atividade e compatível com o objeto contratual.²⁸⁹

Exemplificando, num caso de licitação para fornecimento de mercadorias, cujo tributo incidente é o Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICMS) de competência estadual, o cadastro a ser apresentado é apenas o estadual, não havendo margem de discricionariedade.

²⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 318.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 313.

²⁸⁹ BLANCHET, Luiz Alberto. **Roteiro Prático das Licitações**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 1997. p. 60-61. Também: JUSTEN FILHO, op. cit., p. 313.

Também não há que se falar em necessidade de comprovação da não inscrição no Cadastro de Contribuintes.²⁹⁰

Assim, não se pode falar em discricionariedade da Administração para exigir um determinado cadastro, devendo o cadastro de contribuintes que venha a ser exigido respeitar a relação entre a competência tributária e o tributo que precisa ser recolhido em decorrência da execução do objeto licitado.

3.2.2.2 Regularidade e quitação (inciso III do artigo 29)

Outra questão pertinente diz respeito à possibilidade da Administração exigir a prova de quitação dos tributos como comprovação da regularidade fiscal.

Na sistemática do Decreto Lei n. 2300/86, que precedeu a Lei n. 8.666/93 na regulação de licitações, havia previsão de que a documentação relativa à regularidade fiscal consistia na '*prova de quitação com a Fazenda*'. Todavia, com o advento da Lei n. 8.666/93 deixou-se de haver referência à necessidade de quitação.

A matéria suscita discussão em face do Código Tributário Nacional prever, em seu artigo 193, que nenhum "departamento" da Administração Pública fará contratação ou aceitará proposta em concorrência pública sem que o Contratante faça *prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada*.

Jessé Torres entende que não se pode, na sistemática atual, exigir a prova de quitação do débito. Em razão do conteúdo mais liberal contido na Lei n. 8.666/93, e com a finalidade de evitar controvérsia, cada ato convocatório deveria estabelecer

²⁹⁰ Ainda que se possa parecer óbvia a afirmação, diante da existência de posicionamento de Comissões Permanentes de Licitação em sentido contrário, faz-se necessária a expressa referência. Assim o Entendimento da Comissão Permanente de Licitações da FURNAS CENTRAIS ELÉTRICAS S/A na Concorrência nº CO.DAQ.G.0005.2010, em decisão publicada no Diário Oficial da União de 30 de junho de 2010: "Relativamente à inscrição no cadastro de contribuintes estadual, não foi entregue pela [omissis] certidão específica comprovando que referida licitante não é inscrita naquele cadastro, ou seja, uma certidão negativa de inscrição, impossibilitando FURNAS CENTRAIS ELÉTRICAS S/A de aferir, com maior propriedade, se a Recorrente deve ou não ser inscrita na Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul, sendo patentes as peculiaridades de cada legislação tributária estadual."

um critério objetivo para verificar se o valor ou a natureza do débito fiscal é capaz de comprometer a garantia do cumprimento das obrigações.²⁹¹

O parâmetro que Jessé Torres indica seria resultante da comparação entre o montante do débito e os documentos relativos à comprovação de sua qualificação econômico-financeira.²⁹²

Esse entendimento, todavia, ao invés de ser uma solução ao problema, parece aumentá-lo, principalmente do ponto de vista prático. Não bastaria uma certidão negativa ou uma certidão positiva com efeitos de negativa, havendo débito seria necessária a quantificação desse débito e o estabelecimento de um critério de relação entre a quantificação desse débito e o balanço da empresa licitante. Disso decorreriam questões secundárias: Seriam tratados da mesma forma débitos com exigibilidade suspensa e não suspensa? Haveria diferenciação entre os débitos de acordo com a fase processual em que a discussão (ou ainda a execução) do débito se encontra?

Marçal Justen Filho considera que, mesmo falando-se em quitação, essa deve ser entendida em conformidade com o regramento próprio do Código Tributário Nacional. Em especial, deve-se atentar para o artigo 205, que trata a respeito de emissão de certidões negativas de dívida ativa como comprovação de quitação para com a Fazenda, e o artigo 206, que equipara à certidão negativa de dívida ativa àquela positiva da qual conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.²⁹³

Rigolin e Botinno consideram que a regularidade fiscal pode ser comprovada por meio da juntada de uma certidão positiva de débito acompanhada de comprovação de discussão, judicial ou administrativa, do débito. No entender dos autores, portanto não se pode entender regularidade com quitação.²⁹⁴

A doutrina de maneira convergente entende que regularidade fiscal não pode ser interpretada como quitação dos débitos, não havendo discricionariedade para a administração dispor nesse sentido. Todavia, em razão de ausência de uniformidade sobre o modo de comprovação da regularidade – por exemplo, se por

²⁹¹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários á Lei das Licitações e das Contratações da Administração Pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 330-331.

²⁹² Ibidem, p. 331.

²⁹³ Marçal comentários 317

²⁹⁴ RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual Prático das Licitações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 384.

meio de certidão negativa de débitos, se por meio de certidão positiva com efeitos de negativa, ou por meio de documentos diversos que comprovem controvérsia sobre o débito – a sua definição tem sido deixada à discricionariedade da Administração.²⁹⁵

3.2.2.3 Regularidade Fiscal (tributária) ou regularidade com a Fazenda

Em que pese a redação do *caput* do artigo 29 referir-se à regularidade fiscal, a exigência contida no inciso III afirma ser necessária a comprovação da regularidade com a Fazenda, o que incluiriam não apenas os créditos de origem fiscal/tributário, mas todo e qualquer crédito de titularidade da Fazenda.²⁹⁶

Essa interpretação, entretanto, é incorreta, pois desvincula o *caput* do artigo dos seus incisos. Além disso, estaria desconsiderando o artigo 27 da Lei n. 8.666/93, o qual estabelece que a regularidade que precisa ser demonstrada é a fiscal e não fazendária em sentido amplo.²⁹⁷

3.2.2.4 Regularidade frente quais Fazendas

A lei refere que a prova de regularidade deve ser para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, de modo que o licitante deve comprovar que cumpre suas obrigações tributárias nos três entes federativos em que sua sede está localizada.²⁹⁸

Todavia este entendimento encontra considerações por parte da doutrina.

Sob ponto de vista do direito comercial, domicílio é o local centralizador das atividades da empresa, quando não for determinado pela sede estatutária²⁹⁹. Renato

²⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p.318.

²⁹⁶ Ibidem, p. 314-315.

²⁹⁷ Ibidem, p. 314-315.

²⁹⁸ BONATTO, Hamilton. **Licitações e Contratos de Obras e Serviços de Engenharia**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 97.

²⁹⁹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 167-169.

Mendes refere que, por tratar-se de questão fiscal, correto seria utilizar a definição tributária, de que todo estabelecimento é um domicílio³⁰⁰. Todavia, para evitar problemas operacionais para a Administração e para os licitantes, entende que a comprovação deva ser em relação à matriz e a filial que irá executar o contrato, se for o caso; ou ainda da matriz, se localiza no local em que se realizará o contrato, mesmo que não seja ela a executá-lo.³⁰¹

Marçal Justen Filho afirma que “somente é possível reconhecer como indispensável a regularidade fiscal em face do ente federativo que promove a licitação.”³⁰²

Segundo o autor só haveria duas soluções juridicamente cabíveis: ou admitir-se que a comprovação de regularidade deveria ser feita em relação a todos os Entes da Federação (municípios e estados), ou admitir-se que bastaria a comprovação de regularidade fiscal em face da entidade que promove a licitação. Nesse caso, diante da inviabilidade da primeira solução, pela complexidade de comprovação, seria necessário adotar-se o segundo entendimento.³⁰³

Para Justen Filho não haveria fundamento lógico-jurídico para restringir a exigência apenas ao Estado e ao Município de domicílio do Licitante, bem como não se poderia valer do método literal para a interpretação, sem considerar “o espírito da regra e critérios jurídicos mais profundos”.³⁰⁴

Indo mais além, o autor defende que a exigência de regularidade deveria ser apenas em relação ao exercício da atividade licitada, ou seja, o particular deveria demonstrar que no ramo da atividade pertinente ao objeto licitado está regular com suas obrigações fiscais. Reforça esse entendimento o fato de que, ao exigir a comprovação de inscrição no cadastro de contribuintes (artigo 29, II), a demonstração que deve ser feita é pertinente ao objeto contratual. Não haveria razão, portanto, no caso da regularidade, para exigir-se a comprovação em relação a toda e qualquer atividade que o licitante possa exercer.³⁰⁵

³⁰⁰ Essa afirmação, entretanto, é válida apenas em relação a alguns tributos, como IPI e ICMS. Do contrário vige a regra de eleição do domicílio pelo sujeito passivo. A respeito: PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário**. 10. ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2008. p. 920-921.

³⁰¹ MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 4. ed. ampl. rev. atual. Porto Alegre: Síntese, 2002. p. 108.

³⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p.314.

³⁰³ Ibidem, p.314.

³⁰⁴ Ibidem, p.314-315.

³⁰⁵ Ibidem, p.316.

J. C. Mariense Escobar parte do entendimento de Marçal Justen Filho e considera que, com exceção da regularidade relativa à Seguridade Social, a regularidade fiscal deve ser comprovada apenas em relação aos tributos que incidam sobre a atividade a ser contratada e perante o Ente que está realizando a Licitação.³⁰⁶

3.2.2.5 Apreciação Crítica

As questões apresentadas referente às exigências de regularidade fiscal dizem respeito à interpretação legal e à ausência de certeza a respeito do conteúdo da norma. Em razão disso tem-se entendido que incumbe à Administração discricionariamente definir a matéria, tendo como limite apenas a impossibilidade de exigência de comprovação de quitação do débito.

Todavia as questões que têm sido deixadas a cargo da discricionariedade administrativa não se enquadram como tais.

A definição de regularidade – e a partir dela o estabelecimento dos documentos que devem ser apresentados para sua comprovação – não comporta um juízo valorativo capaz de modificar seu conteúdo diante de diferentes situações. A definição da correta interpretação de ‘regularidade’, portanto, não depende de discricionariedade administrativa, tanto assim que a doutrina afastou do conceito de regularidade, por interpretação, a exigência de quitação do débito.

Não há, nem em abstrato, a possibilidade de duas escolhas juridicamente válidas ou variáveis de acordo com a situação concreta a respeito da regularidade fiscal. Por exemplo, uma vez adotado pela Administração a interpretação de que uma licitante atenderá a regularidade fiscal, para uma específica licitação, apresentando a certidão negativa de débitos da localidade em que está localizada a sua sede, não há como justificar em outra licitação, por oportuno e conveniente, a exigência de apresentação de certidão positiva de débito acrescida da petição inicial de ação que discute o mesmo, ou ainda que a certidão negativa seja em relação à Fazenda que está realizando a Licitação.

³⁰⁶ ESCOBAR, J. C. Mariense. **Licitação Teoria e Prática**. 4. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 58.

Como não é necessária a adequação da norma ao caso concreto – por não haver necessidade de valorar o que é “regularidade” em cada licitação – não há discricionariedade da Administração para definir o que é ou como deve ser demonstrada a regularidade fiscal prevista no artigo 29 da Lei de Licitações.

3.2.3 Qualificação Técnica

A atuação discricionária no estabelecimento de exigências referentes à qualificação técnica dos licitantes mostra-se o mais caro dos temas a ser enfrentado no que diz respeito à habilitação em licitações.³⁰⁷

Essa dificuldade decorre de inúmeros fatores.

O primeiro deles é a impossibilidade da lei prever todas as possíveis contratações que a Administração venha fazer e, em consequência, os requisitos técnicos que os licitantes precisam demonstrar para participar de cada licitação.³⁰⁸ Por essa razão, trata-se de exigência de habilitação na qual o âmbito de atuação discricionária da administração é maior, a fim de adequar as exigências legais a cada um dos objetos a serem licitados.³⁰⁹

Além disso, a técnica redacional utilizada concentrando toda a qualificação técnica em apenas um artigo, também dificulta a interpretação da norma.

Não podem ser esquecidos, como um agravante, os vetos do Presidente da República já referidos, que tornaram a redação incompleta e aparentemente contraditória.

Uma análise dos incisos nos possibilita verificar os problemas enfrentados e a existência ou não de discricionariedade.

³⁰⁷ PEDRA, Anderson Sant'ana. A habilitação técnico-operacional nas licitações públicas e o princípio da razoabilidade. **Interesse Público**, Sapucaia do Sul, v. 8, n. 39, p. 93-108, set./out. 2006. p. 103.

³⁰⁸ Ibidem, p. 103.

³⁰⁹ NOGUEIRA, José Carlos de Lima Nogueira. Comprovação de Capacidade técnica em licitação de obra pública. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 4, n. 18, p. 131-139, out./dez. 1971. p. 131.

3.2.3.1 Inscrição em Entidade Profissional (Inciso I)

A Constituição garante como direito fundamental o exercício de qualquer trabalho, desde que atendidas as qualificações estabelecidas em lei, conforme artigo 5º, inciso XIII. Em complemento, o artigo 170 afirma que é assegurado o livre exercício de qualquer atividade, salvo nos casos previstos em lei.

Dito isso, devemos considerar que a exigência de inscrição em entidade profissional, estabelecida pela Lei de Licitações, refere-se àquelas atividades cujo exercício esteja subordinado a alguma habilitação específica prevista em lei, como, por exemplo, medicina, engenharia e direito.

Essa colocação veda que se exija a participação em alguma entidade associativa, que meramente restringe o livre exercício de atividade econômica e o acesso ao mercado.³¹⁰

Assim, para que se possa exigir a inscrição em determinada entidade profissional, é indispensável que o exercício da atividade objeto da licitação seja vedado a qualquer outra pessoa que na entidade não seja inscrita. Vale dizer, que pessoas não inscritas nessa específica entidade não são consideradas habilitadas para o exercício da atividade, e não apenas em relação à licitação

A questão torna-se mais importante nas hipóteses em que a atividade pode ser prestada por profissionais de diferentes áreas, sujeitos a inscrições em conselhos diferentes. É o caso, por exemplo, de determinadas atividades da biologia, para as quais o profissional pode ser biólogo, e então vinculado ao Conselho de Biologia, ou Engenheiro Florestal, e então vinculado ao Conselho de Engenharia³¹¹. Não se pode sustentar que, pela “abertura da norma” haveria discricionariedade da Administração para exigir a inscrição nesse ou naquele Conselho específico.

Para que se possa então verificar que determinada atividade, relacionada com o objeto da licitação, necessita de habilitação específica é importante que a Administração indique o dispositivo legal que trate a respeito desse exercício,

³¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 323.

³¹¹ A esse respeito, interessante comparar o artigo 2º da Lei 6.684 de 1979 que trata sobre a profissão de biólogo e artigo 10º da Resolução nº 218 de 29/06/1973 do CONFEA que trata a respeito da profissão de engenheiro ambiental.

motivando a exigência³¹². Assim, primeiro obriga-se à Administração, mais especificamente aquele responsável pela elaboração do edital, que verifique o porquê de considerar-se essencial determinada inscrição profissional, e, segundo, possibilita que quem discorde consiga fazer a contestação da exigência.

Portanto, em relação à exigência de inscrição em entidade profissional, não há discricionariedade para Administração, incumbindo-lhe verificar se para o objeto a ser licitado há alguma habilitação específica exigida, bem como em relação à qual, ou à quais, entidades profissionais quem exerce a atividade deve estar vinculado.

3.2.3.2 Comprovação de aptidão para desempenho: Atestados (II)

A demonstração de qualificação técnica pressupõe a demonstração de aptidão para o desempenho do objeto licitado. O tratamento do que se entende por “aptidão para desempenho” recebe maior atenção na lei quando a licitação tem por objeto a execução de obras ou a prestação de serviços. Tal se justifica, pois quando o objeto é uma compra ou uma alienação o particular pouco ou nada interfere nas peculiaridades do bem, enquanto nas obras e serviços o objeto a ser executado dependerá diretamente da habilidade do particular.³¹³

De qualquer forma, até mesmo nas compras, a aptidão normalmente é relacionada a uma experiência anterior do particular, sendo este o ponto mais delicado na comprovação da qualificação técnica.³¹⁴

A experiência anterior é valorizada, pois indica que a pessoa já enfrentou determinado desafio e o venceu, de modo que objetivamente seria mais capaz de enfrentar novamente o mesmo desafio e ultrapassá-lo com maior chance de êxito. Trata-se de habilidade adquirida pelo sujeito.³¹⁵

³¹² Sobre a necessidade de motivação FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 32.

³¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 324.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 324-325.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 325.

Antes da atual Lei de Licitações³¹⁶ já se diferenciava essa experiência anterior entre a experiência do profissional e a experiência operacional, ou da empresa.³¹⁷

Em ambas as hipóteses, a experiência prévia se demonstra por meio de atestados que a comprovem.³¹⁸ Essa é a interpretação que se faz do inciso II do artigo 30 em conjunto com os parágrafos 1º e 4º de mesmo artigo.³¹⁹

Com a atual lei, entretanto, algumas dificuldades passaram a ser identificadas, principalmente acerca da experiência técnica operacional.

3.2.3.2.1 Atestados técnicos em geral

3.2.3.2.1.1 Atestado técnico fornecido por pessoa física

Apesar do inciso II do artigo 30 da Lei de Licitações mencionar que os atestados técnicos devem ser emitidos por “pessoas jurídicas”, Renato Geraldo Mendes defende que não se devem excluir os serviços executados por pessoas físicas, pois tais serviços também integram o acervo técnico do profissional e das empresas. Assim, deveriam ser aceitos nas licitações atestados emitidos por pessoas físicas.³²⁰

³¹⁶ A esse respeito interessante artigo que trata sobre a diferenciação entre as capacidades e a sua inclusão na legislação: NOGUEIRA, José Carlos de Lima Nogueira. Comprovação de Capacidade técnica em licitação de obra pública. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 4, n. 18, p. 131-139, out./dez. 1971. p. 131. Indispensável sobre a matéria antes da Lei n. 8.666/93, principalmente pela sua influência nos Autores que defendem a possibilidade de exigência de atestado técnico operacional atualmente: ATALIBA, Geraldo. Licitação: Acervo ou cabedal técnico e engenharia. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 8, n. 41/42, p. 127-143, jan./jun. 1977. Também tratando sobre a questão sob a legislação pretérita, quando era necessário justificar a possibilidade de exigência de atestado técnico operacional: DIZ, Nelson Nascimento. Licitação: Capacidade técnica. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 5, n. 19, p. 83-89, jan./mar. 1972.

³¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 325.

³¹⁸ PALAVÉRI, Marcelo. **Licitações Públicas**. Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 607.

³¹⁹ BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2010.

³²⁰ MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 4. ed. ampl. rev. atual. Porto Alegre: Síntese, 2002. p. 115.

Embora interessante o posicionamento, o mesmo se encontra fora da margem de discricionariedade conferida ao administrador, principalmente por contrariar expressamente o dispositivo legal. Uma interpretação nesse sentido, pela Administração, não passaria de uma interpretação de dispositivo legal e, como tal, sujeito à ampla revisão do Judiciário a quem incumbe dar a correta interpretação da extensão do dispositivo legal e sua conformidade à Constituição³²¹.

3.2.3.2.1.2 Registro dos atestados técnicos profissionais

No artigo 30, § 1º exige-se que os atestados de responsabilidade técnica referentes às obras e serviços, para servirem como prova de experiência, devem ser registrados nas entidades profissionais competentes. Todavia, não são todos os serviços que possuem entidades competentes aos quais estão relacionados – caso dos serviços de informática, por exemplo – nem são todas as entidades profissionais relacionadas à prestação de serviço que registram atestados de seus profissionais – como, por exemplo, a Ordem dos Advogados do Brasil. Nesses casos é impossível a exigência.³²²

Em alguns ramos, como engenharia e arquitetura, o Conselho que regula o exercício da profissão faz o acompanhamento de cada atividade de seus membros, havendo o registro da responsabilidade pelas obras e serviços prestados junto ao respectivo Conselho.³²³

Apesar dessa exigência não escapar às críticas acerca da sua validade,³²⁴ não há discricionariedade para a Administração deixar de fazê-la, em decorrência da forma como a mesma vem aposta na Lei. Ou seja, se para determinado ramo –

³²¹ Poder-se-ia, ao menos em tese, sustentar que o dispositivo legal ao não prever a possibilidade dos atestados serem fornecidos por pessoas físicas estaria violando o artigo 37, XXI da Constituição por estabelecer exigência de qualificação técnica dispensável.

³²² SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 123.

³²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 334.

³²⁴ Rigolin e Bottino consideram inconstitucional a exigência, pois exige que atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público, e desse modo possuem fé pública, sejam revisados por entidades profissionais competentes que atestariam sua validade. Para os Autores isso seria recusar fé a documento público contrariando o artigo 19, II da Constituição. (RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual Prático das Licitações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 48-49).

engenharia, arquitetura, biologia – há previsão de registro dos atestados, assim deverá exigí-los a Administração³²⁵.

3.2.3.2.2 *Atestado Técnico-Profissional*

Conforme referido anteriormente, a Lei de Licitações tratou a respeito da qualificação técnico-profissional no artigo 30, § 1º, I.

Nas hipóteses em que a licitação tiver por objeto a execução de obras ou a prestação de serviços, há a possibilidade de a Administração exigir que o licitante possua, em seu quadro permanente, profissionais detentores de atestados de responsabilidade técnica, registrados em suas entidades profissionais competentes, referentes às parcelas de maior relevância e valor significativo da obra.

3.2.3.2.2.1 Quadro permanente

A Lei de Licitações possibilita que a Administração exija atestado de profissional que pertença ao quadro permanente do licitante; todavia não define o que venha a ser quadro permanente. Desse modo, haveria discricionariedade da Administração para estabelecer essa definição?

A questão remete ao que foi tratado anteriormente a respeito da relação entre conceitos indeterminados e discricionariedade. Havendo essa discricionariedade, poderia limitar a Administração a interpretação de quadro permanente a profissionais que guardem vínculo societário ou empregatício com o licitante, excluindo aqueles que sejam prestadores de serviço contratados?

³²⁵ A questão pode ser posta como uma ponderação entre segurança para a administração, em ter certeza a respeito do conteúdo do atestado, de um lado e a maior competitividade, ao aceitar-se atestado sem o respectivo registro. Mesmo entendendo que a solução, na sistemática das licitações, deveria ser em favor da ampla competição, não se pode simplesmente ignorar que, ao menos em tese, essa ponderação foi realizada pelo legislador, o qual optou por dar prevalência, nesse caso, à segurança. Em caso de questionamento esse deveria ser feito em relação à constitucionalidade da exigência estabelecida na lei.

Coelho Motta afirma que a questão do quadro permanente encontra origem no artigo 17, IV do Decreto 73.140³²⁶, e que significa que o Responsável Técnico deve ter vínculo com a empresa licitante.³²⁷

Marçal Justen Filho analisa a questão propondo que se tome em consideração um renomado arquiteto, o qual presta serviços a determinada empresa de engenharia para uma específica licitação. Para tanto, esse profissional, assume as responsabilidades para assegurar a boa execução da obra. Nesse caso, a autonomia no exercício da profissão descaracteriza o vínculo empregatício, razão pela qual questiona se os requisitos de qualificação técnica não estariam atendidos. Respondendo afirmativamente ao questionamento, conclui que o quadro permanente refere-se à vinculação pelo período de execução do objeto licitado.³²⁸

A interpretação “ampliativa e rigorosa da exigência de vínculo trabalhista” causa distorção, pois o fundamental à administração é que o profissional esteja em condições de efetivamente desempenhar as suas atividades na execução do contrato. Desse modo é suficiente que, para entender-se como enquadrado no quadro permanente da empresa, o profissional possua contrato de prestação de serviço regido pela legislação civil. Por fim, que essa conclusão se extrai, também, do *caput* do artigo 30 que refere bastar para atendimento da exigência acerca de pessoal a apresentação pela licitante de declaração de disponibilidade.³²⁹

Novamente está-se diante de uma questão de interpretação, da qual não decorre discricionariedade. O fundamento da discricionariedade está na possibilidade de conferir ao administrador o poder de sopesar a melhor solução diante do caso concreto, assim considerando que em decorrência de diferentes casos concretos o conteúdo do conceito será variável. Ocorre que o conteúdo de “quadro permanente” não varia de acordo com o caso. É possível que dois órgãos

³²⁶ Art. 17. Para fins de inscrição na parte específica do Registro Cadastral de Habilitação de Licitantes, deverá o interessado apresentar, além de outros que lhe sejam solicitados, os seguintes elementos:

[...]

IV - quadro de cientistas, engenheiros e demais profissionais de nível superior, contratados pela empresa, em regime permanente, com os respectivos currículos profissionais; (BRASIL. **Decreto nº 73.140, de 9 de novembro de 1973**. Regulamenta as licitações e contratos, relativos a obras e serviços de engenharia, e dá outras providências. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=73140&tipo_norma=DEC&data=19731109&link=s>. Acesso em: 20 out. 2010).

³²⁷ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 6. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 179-180.

³²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 332.

³²⁹ Ibidem, p. 333.

administrativos distintos tenham entendimentos diferentes sobre o que é quadro permanente, mas um mesmo órgão da Administração não terá entendimento diferente sobre o conceito para duas licitações diferentes. Por isso não há discricionariedade, mas interpretação.

3.2.3.2.2.2 Parcelas de maior relevância técnica e valor significativo

Hipótese evidente de discricionariedade da Administração, nos requisitos de habilitação, está na eleição das parcelas de maior relevância e valor significativo, em relação às quais se podem exigir atestados. Por primeiro, a redação legal indica a competência da Administração nesse sentido ao mencionar que o instrumento convocatório definirá quais são essas parcelas. Por segundo, as expressões “maior relevância” e “valor significativo” podem variar conforme a licitação – diferente do que ocorre com o conceito de quadro permanente, como visto acima – justificando-se que exista uma margem de discricionariedade para essa adequação.

O espaço discricionário criado pela utilização desses conceitos indeterminados foi excessivamente amplo. A consequência é a possibilidade de utilização dessa discricionariedade para inserção de cláusulas discriminatórias, capazes de direcionar a licitação.³³⁰

Pelo fato de ser o elemento discricionário mais acentuado, surge como de maior rigor a fixação dos contornos dessa discricionariedade para evitar que se possam frustrar objetivos da competição.³³¹

3.2.3.2.2.3 Quantitativos

O artigo 30, na parte final do inciso I, de seu §1º prevê que, em relação aos atestados técnico-profissionais, não é possível o estabelecimento de quantitativos

³³⁰ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e das Contratações da Administração Pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 356-357.

³³¹ BARROS JUNIOR, Carlos S. Concorrência Pública. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 80, p. 395-403, abr./jun. 1965. p. 398-399.

mínimos e prazos de execução.

A vedação parece ser total e não apenas em relação a quantidades e prazos diferentes dos usuais³³², ou seja, não há a possibilidade de, em relação aos atestados técnico-profissionais, exigir-se quantitativos, bastando a comprovação de possuir experiência no objeto.³³³

Dúvida maior surge nas situações em que o quantitativo é fundamental para a própria definição do objeto. Ilustre-se a situação com uma corrida: a maioria das pessoas é capaz de correr, ainda que algumas tenham a capacidade limitada a apenas poucos metros. Todavia, somente pessoas treinadas são capazes de correr uma maratona. A diferença entre os objetos a que essas pessoas são capazes – correr e correr maratona – é quantitativo – poucos metros e 42 quilômetros. Ou seja, a capacidade de fazer algo não subsiste se a essência desse algo se altera em razão de uma quantidade maior.

Assim, quando a dimensão quantitativa for essencial ao objeto é possível fazer tal exigência.³³⁴

A demonstração dessa essencialidade depende de comprovação técnica de que a exigência de determinado atestado técnico-profissional, sem o quantitativo, não é capaz de comprovar a capacidade para execução. Não basta a mera afirmação por parte da Administração da necessidade de quantitativo. Por exemplo, não basta afirmar que um prédio com nove andares é diverso de outro com dez andares; é necessário demonstrar, por estudos de engenharia (tecnicamente), que a comprovação de execução de um edifício de nove andares não é suficiente para garantir a execução de um prédio de dez andares.

A regra, portanto, é da impossibilidade de exigência de quantitativos nos atestados técnico-profissionais, salvo quando o quantitativo é fundamental para a própria definição do objeto, de tal forma que não há discricionariedade da Administração a esse respeito.³³⁵

³³² BRAZ, Petrônio, **Processo de Licitação**: contrato administrativo e sanção penal. São Paulo: Livraria de Direito, 1995. p. 95-96.

³³³ Para Marçal Justen Filho a vedação de exigências de quantitativos se referem a qualificação técnico-profissional (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 330-331).

³³⁴ *Ibidem*, p. 335.

³³⁵ A questão aqui envolve a superação de uma regra (não exigência de quantitativos) que em determinados casos concretos (naqueles em que o objeto se diferencia tecnicamente de outro pela diferente quantidade) seria irrazoável (considerar capaz alguém que não é capaz – não se está falando de mais ou menos capaz, mas de incapacidade). A superação de uma regra pressupõe uma carga argumentativa daquele que pretende fazê-lo muito superior do

3.2.3.2.3 *Atestado Técnico- Operacional*

A redação da Lei n. 8.666/93 que foi à sanção presidencial, incluía um segundo inciso no § 1º do artigo 30, o qual também se tentou incluir por meio da Lei n. 8.883/94, tratando a respeito da exigência de atestado técnico-operacional. Ocorre que nem na redação inicialmente publicada em 1993, nem na redação atual, após as mudanças introduzidas por meio da Lei 8.883/94, há a inclusão de referida exigência.

Por essa razão, uma das principais discussões travadas a respeito da qualificação técnica, diz respeito especificamente acerca da discricionariedade da Administração para fazer tal exigência e, admitindo-se essa exigência, quais seriam os limites da mesma, tendo em vista que os limites que seriam estabelecidos por lei também foram vetados.

3.2.3.2.3.1 Possibilidade de exigência de atestado técnico-operacional

Carlos Pinto Coelho Motta traça um paralelo entre as duas correntes doutrinárias que tratam acerca da possibilidade de exigir-se atestado técnico-operacional.³³⁶ A primeira corrente faz uma análise literal do dispositivo e, diante da redação legal que limita as exigências aos atestados técnico-profissionais não entende ser possível a exigência dele em nome da empresa. A segunda corrente estaria ligada a uma interpretação mais histórica, pois leva em consideração que o histórico-legislativo da questão sempre validou a exigência. Nesse sentido cita o

que aquele que pretende simplesmente aplicar a regra. Isso justifica que se exija uma comprovação que não deixe dúvidas de que a quantidade é indispensável para a própria qualificação do objeto. Sobre a superação de regras e o ônus de argumentação vide AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 119-120.

³³⁶ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 6. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 178-179.

artigo 741 do Código de Contabilidade; os artigos 127, § 2º³³⁷ e 131³³⁸ do Decreto-Lei n. 200/67; artigo 17, III³³⁹ do Decreto 73.140/73 e artigo 25, § 2º³⁴⁰ do Decreto-Lei 2.300/86.³⁴¹

Marçal Justen Filho, nas primeiras edições de seu livro, defendia que as licitações para obras e serviços sujeitam-se ao § 1º do artigo 30, que trata especificamente a respeito da comprovação por meio de atestados quando a licitação tiver por objeto obras e serviços, não sendo possível aplicar diretamente o inciso II do mesmo artigo, que trata de um modo geral sobre os requisitos de habilitação. Além disso, diante do disposto no § 5º de mesmo artigo, que veda

³³⁷ Art. 127. São modalidades de licitação: (Revogado pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 1986)
[...]

§ 2º Nas concorrências, haverá, obrigatoriamente uma fase inicial de habilitação preliminar destinada a comprovar a plena qualificação dos interessados para realização do fornecimento ou execução da obra ou serviço programados. (BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 24 out. 2010).

³³⁸ Art. 131. Na habilitação às licitações, exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa: (Revogado pela Lei nº 6.946, de 1981)
I - À personalidade jurídica. (Revogado pela Lei nº 6.946, de 1981)
II - À capacidade técnica. (Revogado pela Lei nº 6.946, de 1981)
III - À idoneidade financeira (Revogado pela Lei nº 6.946, de 1981). (Ibidem).

³³⁹ Art. 17. Para fins de inscrição na parte específica do Registro Cadastral de Habilitação de Licitantes, deverá o interessado apresentar, além de outros que lhe sejam solicitados, os seguintes elementos:
[...]

III - atestados de clientes, alusivos ao desempenho qualitativo e quantitativo da empresa nas obras e serviços já realizados; (BRASIL. **Decreto nº 73.140, de 9 de novembro de 1973**. Regulamenta as licitações e os contratos, relativos a obras e serviços de engenharia, e dá outras providências. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=73140&tipo_norma=DEC&data=19731109&link=s>. Acesso em: 24 out. 2010).

³⁴⁰ Art 25. Para a habilitação nas licitações, exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:
[...]

§ 2º A documentação relativa à capacidade técnica, conforme o caso, consistirá em:
1. registro ou inscrição na entidade profissional competente;
2. comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível, em quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento técnico adequado e disponível para a realização do objeto da licitação;
3. prova do atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso. (BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986**. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm>. Acesso em: 24 out. 2010).

³⁴¹ Ainda que não referido pelo Autor, interessante destacar pelo valor histórico o Decreto n.º 2.926 de 14 de maio de 1862 que previa em seu artigo 11: "Todos os concorrentes á arrematações de obras públicas deverão apresentar preliminarmente atestados que abonem sua capacidade e offerecer fiança idônea ou caução, na conformidade do artigo 3º. Os atestados de capacidade não serão exigidos para os fornecimentos de materiaes, trabalho de extracção de pedras ou terras e formação de aterros, cuja importância fôr menor de 10:000\$000."

qualquer exigência de qualificação técnica diferente daquelas previstas no artigo 30, ficaria excluída a possibilidade de exigência de qualificação técnico-operacional.³⁴²

Mais recentemente, entretanto, o autor – mesmo considerando que o seu entendimento anterior apresenta, em termos lógicos, a interpretação mais satisfatória e a única compatível com a natureza restritiva do artigo 30 – refere que a mesma não prestigia o “Princípio da República”.³⁴³

Justen Filho sustenta que a exigência de experiência anterior da empresa não deriva de “conveniência suprimível pelo legislador”. A não exigência de tal comprovação poderia fazer com que a Administração contrate quem não detenha experiência suficiente para a execução do objeto licitado.³⁴⁴

Por fim, defendendo uma interpretação conforme a Constituição refere que:

Enfim, lei proibindo providências necessárias a salvaguardar os fins buscados pelo Estado seria inconstitucional. Se exigências de capacitação técnica operacional são indispensáveis para salvaguardar os interesses colocados sob tutela do Estado, o dispositivo que as proibisse seria incompatível com o Princípio da República.³⁴⁵

Hely Lopes Meireles, em sua célebre obra sobre licitações, considera que o veto ao dispositivo legal não impede que a exigência de apresentação de atestado técnico-operacional possa ser feita. No seu entender, o dispositivo impunha limitações a essa exigência e com o veto estas deixaram de existir, passando ao inteiro critério da Administração estabelecer as exigências e limitá-las.³⁴⁶

Defendendo a possibilidade da exigência muito bem fundamentada é a posição de Carlos Ari Sundfeld. O autor inicia referindo que a Constituição prevê a possibilidade – e também o dever – da Administração estabelecer os requisitos técnicos suficientes para garantir que os futuros contratantes serão capazes de entregar o objeto contratual. Destaca que essa garantia se obtém a partir da comprovação de existência de um corpo técnico qualificado. Mas não apenas, e

³⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 4. ed. São Paulo: Aide, 1995.

³⁴³ Idem, **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 328.

³⁴⁴ Ibidem, p. 328.

³⁴⁵ Ibidem, p. 328.

³⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15. ed. atual. por José Emmanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Fernando Pereira Franchini. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 194.

valendo-se da distinção feita por Geraldo Ataliba ressalta a importância que tem a comprovação de capacidade técnica-operacional³⁴⁷.

Feitas essas considerações, o autor adentra na questão específica da interpretação da Lei n. 8.666/93, não sem antes mencionar os vetos presidenciais que deram a configuração atual à norma, bem como a intenção do veto de aumentar a competitividade, limitando às exigências de qualificação técnica aos atestados técnico-profissionais. Todavia esses vetos não teriam conseguido o seu intento, pois a competência para exigir o atestado técnico-operacional estaria no inciso II do artigo 30, da Lei n. 8.666/93, o qual não foi vetado.³⁴⁸

Além disso, o artigo 33 da Lei n. 8.666/93, ao disciplinar a participação de consórcios em licitações, refere a possibilidade de serem exigidos quantitativos maiores das empresas reunidas em consórcio em relação aos exigidos das demais empresas, desse modo, a única forma dessa norma fazer sentido seria aceitando-se a possibilidade de exigir-se qualificação técnico-operacional.³⁴⁹

Embora esse mesmo posicionamento seja adotado pela doutrina majoritária³⁵⁰, ele não parece de acordo com o ordenamento jurídico vigente.

Primeiramente é de se destacar que o texto de Geraldo Ataliba, ora citado como um argumento de autoridade para justificar a exigência, ora pelas razões lançadas, além de ter sido elaborado com base em legislação pretérita, tinha por finalidade justificar a existência de uma qualificação própria da empresa, distinta daquela de seus funcionários, de modo a sugerir uma alteração nas normas do Conselho de Engenharia.³⁵¹

Essa necessidade decorreu de norma do Conselho Federal de Engenharia na qual se estabelecia que o acervo técnico de uma empresa é a soma do acervo

³⁴⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. A habilitação nas licitações e os atestados de capacidade técnico-operacional. In: VERRI Jr, Armando; TAVOLARO, Luiz Antonio; Wambier, Teresa Arruda Alvim; (Org.). **Licitações e Contratos Administrativos**: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 100-101.

³⁴⁸ Ibidem, p. 106-107.

³⁴⁹ Ibidem, p. 106-107.

³⁵⁰ Além dos já citados autores: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Limites conceituais as exigências de capacitação técnico operacional em licitações. **A&c: Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo horizonte, v. 6, n. 24, p.59-86, abr./jun. 2006.

³⁵¹ ATALIBA, Geraldo. Licitação: Acervo ou cabedal técnico e engenharia. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 8, n. 41/42, p. 127-143, jan./jun. 1977. p. 127 e ss.

técnico de seus profissionais, sugerindo ao fim de seu artigo alterações na norma para prever essa distinção.³⁵²

Com maestria Ataliba atingiu seu propósito, até mesmo demonstrando que na legislação sobre licitações de então havia essa distinção. Todavia, o simples fato de existir a distinção, bem como o fato de já ter sido possível exigir ambas em licitações, não significa que elas ainda sejam exigíveis.

Deixe-se de lado a questão dos vetos presidenciais, para não se entrar na discussão sobre a intenção do legislador, e analise-se a norma da forma que ela está posta.

É verdade que não há uma limitação no texto Constitucional à exigência de atestado técnico-operacional, ainda que a Constituição informe que as exigências deverão ser apenas as indispensáveis. A questão, portanto, está em identificar se há autorização legal acerca da discricionariedade para a Administração fazer a exigência e se não há limitação expressa à mesma.

É possível admitir que no artigo 30, II da Lei de Licitações exista uma “regra geral” para que discricionariamente a Administração estabeleça os requisitos de habilitação técnica para a comprovação de aptidão. Em tese, portanto, como a aptidão pode ser tanto da empresa quanto de seus funcionários, haveria autorização para a exigência de atestado técnico-profissional.

Todavia, o artigo 30 não se encerra em seus incisos, muito pelo contrário, especificamente regrado o inciso II – que trata sobre a aptidão – há o § 1º que expressamente refere “a comprovação de aptidão referida no inciso II do “caput” deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, [...] será feita por atestados [...] limitadas as exigências.”³⁵³.

Assim, o §1º do artigo 30 estabelece uma limitação àquela regra geral de discricionariedade estabelecida no inciso II do mesmo artigo. Essa limitação vem complementada pelo inciso I do § 1º, que autoriza a exigência de atestados técnico-profissionais.

Desse modo a leitura é a seguinte “a comprovação de aptidão referida no inciso II do “caput” deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e

³⁵² ATALIBA, Geraldo. Licitação: Acervo ou cabedal técnico e engenharia. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 8, n. 41/42, p. 127-143, jan./jun. 1977. p. 141-143.

³⁵³ BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2010.

serviços, [...] será feita por atestados [...] limitadas as exigências a: capacitação técnico-profissional.”³⁵⁴

Assim, ainda que se admita a existência de uma regra geral de discricionariedade para exigências acerca de aptidão no artigo, 30, II, da Lei de Licitações essa regra geral vem limitada expressamente pelo §1º, I, o qual limitou, nas licitações para obras e serviços, a exigência de atestados técnico-profissionais.

Diante do que se afirmou anteriormente, de que a discricionariedade não pode decorrer de falhas legais³⁵⁵, nem se pode presumir³⁵⁶, bem como que a primeira limitação à discricionariedade é a própria lei, não parece correto com o ordenamento vigente admitir a exigência de atestado técnico-operacional no caso de licitação para obras e serviços para fins de habilitação.

Com relação ao argumento de que com essa interpretação, o artigo 33 restaria sem sentido, pode-se opor que a limitação estabelecida no artigo 30, §1º, I, apenas atinge licitações para obras e serviços. De modo que não estaria vedada a exigência de atestados técnico-operacionais nos casos de licitações que envolvam aquisições. O que inclusive se sustenta quando observado o § 4º do artigo 30 que, ao reger a comprovação de aptidão nessas licitações, apenas refere que as mesmas serão feitas por meio de atestados, sem limitação a espécie de atestados.

Ou seja, a norma contida no artigo 33, a respeito da possibilidade de exigência de quantitativos maiores em relação a consórcios, teria interpretação restrita aos casos que não envolvam licitações para obras e serviços.

Por fim, o fato de não ser possível a exigência de atestados técnico-operacionais para fins de habilitação em licitações de obras e serviços, não significa que os mesmos não possam ser exigidos como critério de pontuação em licitações dos tipos técnica e preço ou técnica, caso assim exija o interesse público.

³⁵⁴ BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2010.

³⁵⁵ FIORINI, Bartolomé A. **La Discricionariedad en la Administracion Publica**. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1952. p. 36-37.

³⁵⁶ SOUSA, Antônio Francisco de. **Conceitos Indeterminados em Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 111. De modo ainda mais incisivo Eros Roberto Grau: *A discricionariedade é atribuída, pela lei, à autoridade administrativa: não decorre da lei, utilizando-se o verbo decorrer, aqui, para referir a circunstância de o emprego, pelo texto legal, de “conceitos indeterminados” conduzir à discricionariedade; vale dizer: a discricionariedade resulta de uma expressa atribuição legal à autoridade administrativa, e não da circunstância de os termos da lei serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receber especificações diversa*. (grifo original. GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 192).

3.2.3.2.3.2 Limites das exigências

O veto presidencial às disposições da Lei de Licitações concernentes à qualificação técnica operacional tinha por finalidade diminuir as exigências a fim de ampliar a competitividade.

Ocorre que diante do veto à parte do dispositivo que permitia as exigências referentes à qualificação técnica operacional, também foram vetados os limites que a própria Lei estabelecia ao exercício da discricionariedade pelo legislador.

Logo, questão a ser enfrentada diz respeito à existência de limites ao exercício dessa discricionariedade, uma vez que se entenda que ela existe.

Hely Lopes Meireles, como visto, sustenta que não há limites, salvo a pertinência e compatibilidade das exigências, pois o veto apenas retirou da Lei os limites.³⁵⁷

Já Marçal Justen Filho refere que não se pode extrair da supressão das limitações explícitas a ausência de limites à discricionariedade administrativa. Refere que a Constituição estabelece o princípio da restrição mínima possível, não podendo o administrador ao discriminar as condições de habilitação “optar pela maior segurança possível.”³⁵⁸

O autor defende que os limites estabelecidos no dispositivo vetado sirvam de parâmetros exemplificativos, mas aos quais não estaria obrigado o administrador. No seu entender, os limites estabelecidos na Lei estariam em conformidade com a Constituição, de modo que uma aplicação de limites muito diferentes desses seria incompatível com a Constituição. Isso porque foi a Constituição que estabeleceu que as exigências sejam as “mais mínimas possíveis”.³⁵⁹

Outro motivo, segundo o autor, seria que a Administração ao fazer exigências rigorosas, deve fazê-lo com base em alguma avaliação interna. Esta avaliação por sua vez deve ser feita por meio de um processo lógico, fundado em

³⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15. ed. atual. por José Emmanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Fernando Pereira Franchini. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 194.

³⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 329.

³⁵⁹ Ibidem, p. 329.

razões técnico-científicas, que motivam o ato da administração. Logo se houver demonstração de que a exigência é dispensável – ainda que pertinente – a mesma não deve ser aceita. Isso, pois que a:

Constituição autoriza apenas exigências que configurem um *mínimo* de segurança. Portanto, não se admitem exigências que vão além disso. Logo a Administração não poderá respaldar seus atos com a invocação de que a exigência *amplia* sua segurança. Essa não é a solução autorizada pela Constituição.³⁶⁰

Não há dúvidas, entretanto, que não se tratam de limites expressos, mas que devem ser construídos a partir dos princípios. Dessa forma, uma vez que se aceite como exigível a comprovação de qualificação técnico-operacional, a exigência de quantitativos não encontra vedação, sendo até admitido pela doutrina a vedação ao somatório de atestados para atingir os quantitativos.³⁶¹

3.2.3.3 Indicação das instalações, aparelhamento e profissionais (inciso II)

O inciso II do artigo 30, numa redação que mistura exigências distintas³⁶², prevê que pode ser requisitado do licitante a indicação das instalações e do aparelhamento disponíveis para a realização do objeto licitado.

Essa indicação é feita por meio da apresentação de uma relação explícita e da declaração formal da disponibilidade, sem que seja necessária a prova de propriedade de qualquer instalação ou equipamento.³⁶³

³⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 329.

³⁶¹ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Limites conceituais as exigências de capacitação técnico operacional em licitações. **A&c: Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo horizonte, v. 6, n. 24, p.59-86, abr./jun. 2006. p. 73 e ss. No mesmo sentido: PEDRA, Anderson Sant'ana. A habilitação técnico-operacional nas licitações públicas e o princípio da razoabilidade. **Interesse Público**, Sapucaia do Sul, v. 8, n. 39, p. 93-108, set./out. 2006. p. 103; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 138-139.

³⁶² Diz-se exigências distintas, pois uma a parte inicial do dispositivo refere-se a documento fornecido por terceiro, o atestado de que a pessoa já executou aquela atividade, enquanto o outro documento referente aos equipamentos deve ser confeccionado pelo próprio licitante.

³⁶³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 128.

Não se deve exigir a propriedade de quaisquer instalações e equipamentos, por ser impertinente para a Administração. O que lhe deve interessar é a disponibilidade para utilização na execução do objeto licitado.³⁶⁴

Sem a exigência de propriedade amplia-se a disputa, pois os interessados não precisam dispor de recursos antecipadamente, mobilizando capital, bens e pessoas sem a certeza de que executarão o objeto contratado.³⁶⁵

Há, portanto, discricionariedade para a administração estabelecer quais são os equipamentos e pessoal necessários para a execução do contrato. Entretanto, a Administração não tem a faculdade de exigir uma determinada localização para os equipamentos ou a propriedade desses equipamentos.³⁶⁶

3.2.3.4 Recebimento de documentos e Comprovação de conhecimento das condições do local (Inciso III)

A Lei 8.666/93 em seu artigo 30, inciso IV, prevê a possibilidade de ser exigido que o licitante comprove ter recebido todos os documentos referentes à licitação, bem como que tem conhecimento de todas as informações e condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação. A segunda dessas exigências é conhecida como “Atestado de Visita”.

Em sentido favorável a essa exigência, Hamilton Bonatto refere que, nos casos em que a licitação envolva obras e serviços de engenharia, deve o licitante conhecer as condições do local e as dificuldades para o cumprimento do objeto licitado. A partir dessa verificação o licitante deve apontar à Administração “discrepâncias, omissões ou erros” que tenha identificado em relação às informações constantes do Edital.³⁶⁷

³⁶⁴ MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 4. ed. ampl. rev. atual. Porto Alegre: Síntese, 2002. p. 118.

³⁶⁵ PALAVÉRI, Marcelo. **Licitações Públicas**. Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 60.

³⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 337.

³⁶⁷ BONATTO, Hamilton. **Licitações e Contratos de Obras e Serviços de Engenharia**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p.136.

Marçal Justen Filho considera tal exigência inútil, pois o conhecimento das peculiaridades do objeto não autoriza presunção de qualificação técnica.³⁶⁸

De qualquer forma há a possibilidade, e, portanto, discricionariedade,³⁶⁹ de a Administração exigir que o licitante apresente comprovando que tem conhecimento do local e das condições em que será realizada a licitação.

3.2.3.5 Prova de atendimento a requisitos previstos em lei especial (IV)

A exigência de prova de atendimento a requisitos previstos em lei especial aproxima-se do quanto referido acerca da exigência de cadastramento em entidade profissional. A conclusão que se chegou acerca daquele requisito específico não diz respeito à existência de discricionariedade da Administração para exigir ou não inscrição, ou ainda, escolher em qual entidade profissional deveria haver inscrição. Havendo necessidade de habilitação específica há necessidade de comprovação de inscrição no conselho que regula a entidade. O mesmo raciocínio é válido aqui.

Por exemplo, se pretende a Administração fazer a contratação de serviço de segurança privada para algum de seus prédios, deverá prever no edital, como condição de habilitação, que os licitantes apresentem a sua autorização de funcionamento, por força da determinação do artigo 20 da Lei n. 7.102/83.

O mesmo é válido no caso de compras.³⁷⁰ Por exemplo, a venda de medicamentos que sujeita-se à autorização da Agência Nacional da Vigilância Sanitária (ANVISA), por força da Lei n; 6360/76 e do Decreto n; 79094/77. Não se trata, portanto, de discricionariedade.

Relevante, nesse ponto, é considerar que não se trata de discricionariedade, mas de dever da Administração de exigir a qualificação técnica específica contida em lei especial.

³⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 338.

³⁶⁹ Identificando a utilização do termo “pode” na norma com discricionariedade remete-se a MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. 14. ed. Tradução Dr. Luís Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006. p. 121.

³⁷⁰ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 338.

3.2.4 Qualificação Econômico-Financeira

As disposições a respeito da qualificação econômico-financeira conferem discricionariedade à Administração em diversas hipóteses de maneira clara.

Assim, por exemplo, ao referir que poderá ser exigida garantia de até 1% do valor estimado do objeto do contrato (art. 31, III), mesmo se adotada a teoria que distingue conceitos indeterminados de discricionariedade administrativa, haveria discricionariedade para a Administração fazer escolha de qual percentual de garantia seria exigível, obviamente que respeitando o limite máximo.

De mesmo modo a norma faculta ao administrador – por meio do comando “poderá estabelecer” – a exigência de capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo (art. 31, § 2º) e a escolha do percentual que esse valor representará em relação ao objeto de contratação, novamente respeitando o limite máximo estabelecido pela norma no parágrafo terceiro de mesmo artigo.

Outra abertura clara à discricionariedade é a possibilidade – indicada pelo comando “poderá exigir” – de exigir-se relação dos compromissos assumidos pelo licitante que possam impactar na sua capacidade econômico-financeira para execução da obra.

Entretanto surgem outras questões cuja identificação da discricionariedade não se mostra tão clara.

3.2.4.1 Inconstitucionalidade da exigência de Garantia e de Capital Social Mínimo

Marçal Justen Filho refere que em épocas pretéritas era exigido para a participação em licitações o depósito de bens e valores por parte dos licitantes, o que causava restrição indevida à participação de licitantes. Consagrou-se em razão disso que a habilitação não poderia ser condicionada a pagamento de valores ou apresentação de cauções.³⁷¹

³⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 348.

Partindo dessa premissa o autor considera que esse princípio “foi alçado ao nível constitucional”, razão pela qual a exigência de garantia estabelecida no artigo 31, III da Lei de Licitações seria contrária ao disposto no artigo 37, XXI da Constituição Federal.³⁷²

Mesma posição é adotada por Di Pietro ao referir que a norma exorbita o mandamento constitucional, pois o fato de a empresa prestar garantia não significa que ela possui qualificação econômica. Não há relação de causa e efeito entre a exigência e a sua finalidade.³⁷³

Entre os que consideram constitucional a exigência está Renato Mendes, que, entretanto, seguindo a linha de Di Pietro entende que a exigência encontra-se mal posicionada, pois não guarda relação com a qualificação econômico-financeira. Trata-se apenas de uma garantia da administração contra desistências imotivadas das propostas.³⁷⁴

Em relação à exigência de capital mínimo, Marçal Justen Filho refere que a inconstitucionalidade está na ausência de adequação entre a exigência e aquilo que se pretende com ela, ou seja, a verificação da capacidade econômico-financeira do licitante. Para ele o capital social é o montante de recursos que se transfere para a sociedade realizar as suas operações. Assim, o seu capital social não reflete, necessariamente a sua situação econômico financeira, que depende de todas as operações realizadas. De tal modo, é possível que mesmo apresentando um elevado capital social, a empresa esteja insolvente.³⁷⁵

³⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 348.

³⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p.140-141.

³⁷⁴ MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 4. ed. ampl. rev. atual. Porto Alegre: Síntese, 2002. p. 122-123. De se destacar que previsão nesse sentido encontrava-se já no artigo 3º do Decreto n.º 2.926 de 14 de maio de 1862, à diferença que naquele caso também se referia à garantia do contrato e não apenas á garantia da proposta: “Art. 3. Até oito dias antes do marcado para a arrematação os concurrentes deverão apresentar fiador idôneo, que se responsabilise pelas multas em que incorrerem, não só quando, offerecendo condições reputadas mais vantajosas pelo Ministro da Agricultura, Commercio e Obras Públicas, recusarem-se a assignar o contracto, como também por não cumprirem as cláusulas geraes e condições especiaes a que pelo mesmo contracto se tiverem obrigado. Os que preferirem prestar caução, o farão em dinheiro, ou em fundos públicos ou de Companhias garantidas pelo Governo, devendo a mesma caução ser igual á importância da fiança, e o deposito effectuado no Thesouro. Se fôr dinheiro vencerá o juro da Lei, ou o corrente, se fôr inferior.”

³⁷⁵ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 349.

Para Justen Filho a idoneidade financeira somente poderia ser verificada por meio do patrimônio líquido, pois este sim reflete a relação existente entre as despesas e as receitas.³⁷⁶

3.2.4.2 Índices a serem adotados

A análise da qualificação econômico-financeira deve ser objetiva, conforme determina o parágrafo quinto do artigo 31 da Lei 8.666/93. Para tanto, deve realizar-se através do cálculo de índices contábeis aplicados ao resultado financeiro apresentado pelo licitante, por meio de suas demonstrações financeiras.

Como não há indicação de quais índices devem ser utilizados, remete-se, em tese, à discricionariedade da administração para a escolha desses itens.

A primeira consideração a ser feita a esse respeito é que essa discricionariedade assemelha-se com o que anteriormente viu-se tratar da chamada discricionariedade técnica. Não se trata de liberdade para escolha do Administrador em relação a qualquer índice imaginável, mas deve obedecer a critérios fornecidos pela Ciência da Contabilidade e pelas práticas usuais no campo da auditoria.³⁷⁷

Além disso, é preciso haver a justificação prévia das razões de escolha desses índices, os quais deverão apenas comprovar a disponibilidade de recursos para a execução do objeto contratado.³⁷⁸

Essa consideração é fundamental, pois diversos são os índices que podem ser calculados e cada um tem uma finalidade específica. Também é de se considerar que o valor obtido em determinados índices varia de acordo com o ramo de atividade que a empresa atua, de modo que a comparação entre empresas deve levar isso em consideração.

Assim, há discricionariedade da Administração para estabelecer os índices, com as seguintes condições: a escolha do índice precisa estar devidamente fundamentada no processo licitatório. O índice escolhido, bem como o valor que

³⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 349.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 345.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 345.

deve ser comprovado pelo licitante devem ser aqueles usualmente utilizados pela Ciência da Contabilidade para avaliar se a situação financeira do licitante suficiente ao cumprimento das obrigações.

3.2.4.3 Cumulação de garantia e capital social ou patrimônio líquido mínimos

Questão importante diz respeito à existência de discricionariedade da Administração para cumular a prestação de garantia de até 1% do valor da futura contratação com a exigência de capital social ou patrimônio líquido mínimos.

Marçal Justen Filho, após ressaltar seu entendimento a respeito da inconstitucionalidade das exigências de garantia e de capital social mínimo, considera que a alternatividade de exigências destina-se ao licitante, ou seja, poderia optar o licitante por cumprir qualquer uma delas. Desse modo, se determinado licitante, por exemplo, não for capaz nem de atingir o capital social mínimo nem o patrimônio líquido mínimo, seria possível apresentar a garantia.³⁷⁹

Não poderia ser contraposta a essa ideia a possível discricionariedade da Administração para escolher qualquer uma dessas opções. Segundo o autor não haveria discricionariedade, pois “o melhor” para a Administração seria a exigência de seguro-garantia. Justifica tal assertiva alegando que o patrimônio do licitante pode diminuir sem que seja de conhecimento da Administração, de modo que o seguro-garantia seria mais efetivo.³⁸⁰

Refere o autor, por fim, a possibilidade de se interpretar que as exigências de patrimônio líquido e capital social mínimo ou prestação de garantia somente são possíveis na hipótese de o licitante não ter atingido os índices contábeis previstos. Todavia considera que essa interpretação não é a melhor, pois as exigências se destinam a finalidades diferentes, uma empresa pode ter excelente qualidade financeira e econômica, mas não ter condições e recursos para executar a obra.³⁸¹

³⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 350.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 350.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 351.

A alternatividade das exigências, com a conseqüente impossibilidade de sua cumulação mostra-se prevalente na doutrina.³⁸²

³⁸² MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 6. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 186.

4 CONTROLE DAS EXIGÊNCIAS DE HABILITAÇÃO

O objetivo do presente capítulo é identificar quais exigências referentes à habilitação são legais e quais são ilegais e, portanto, vedadas. Busca-se aqui os limites no estabelecimento de exigências de habilitação, principalmente nas hipóteses em que isso ocorre de forma discricionária.

Primeiramente se procura definir, de modo objetivo, o que é passível de exigência de comprovação a título de habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica e qualificação econômico-financeira, segundo o controle exercido pela jurisprudência. Posteriormente, se apresentam os critérios identificados como úteis para a verificação da legalidade das exigências e, principalmente, da atuação discricionária no estabelecimento das exigências.

4.1 DOCUMENTAÇÃO PASSÍVEL DE EXIGÊNCIA

4.1.1 Habilitação Jurídica

A ausência de discricionariedade em relação aos documentos atinentes à habilitação jurídica determina que o controle das exigências restrinja-se, basicamente, a uma análise da existência de previsão legal expressa do documento a ser exigido, ou seja, se houver exigência em edital de documento não previsto no artigo 28 da Lei de Licitações, a Administração incorre em ilegalidade.

Nesse sentido, tem-se considerado ilegal, por exemplo, a exigência de prévio cadastramento no SICAF (Sistema de Cadastro Único de Fornecedores da União) como condição para participação em licitações, por ausência de previsão legal.³⁸³ O mesmo pode ser dito em relação a quaisquer cadastros municipais ou estaduais. Não se tratando de licitação na modalidade tomada de preços, no qual o cadastramento é obrigatório, a apresentação de cadastros para substituição da

³⁸³ TCU, Acórdãos: 36/2005 - Plenário; 1070/2005 - Primeira Câmara; Acórdão 1623/2006 - Plenário e Acórdão 330/2010 - Segunda Câmara.

documentação é uma faculdade daquele que irá participar da licitação, por força do artigo 32, §3º da Lei de Licitações.

Também por ausência de previsão legal é ilegal a exigência de apresentação de comprovante de aquisição de edital.³⁸⁴

Não há qualquer margem de atuação discricionária no caso da habilitação jurídica, devendo a Administração ater-se a exigir todos os documentos previstos no artigo 28 da Lei, sendo ilegal até mesmo a exclusão de documento.³⁸⁵

4.1.1.1 Objeto Social

Questão que não apresenta uniformidade, diz respeito à possibilidade de exigir-se que o objeto do contrato social seja compatível com o objeto da licitação.

O Tribunal de Contas da União no Acórdão n. 1021/2007 do seu Plenário, entendeu ser correta a exigência de correlação entre o objeto do contrato social dos licitantes com o objeto da licitação.³⁸⁶

Todavia, em diversas decisões o próprio Tribunal de Contas da União considera ilegal a exigência de que o objeto social da empresa seja o mesmo do objeto social da licitação.³⁸⁷ O Superior Tribunal de Justiça considerou que se o

³⁸⁴ TCU, Decisão 546/1997 – Plenário.

³⁸⁵ “Quanto à omissão do Edital no tocante à habilitação jurídica, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, entendemos que a licitante nesta situação, de fato, não se veria impedida de participar da licitação, necessitando apenas apresentar o documento previsto no inciso V do art. 28 da Lei nº 8.666/93. Neste caso a Dataprev não poderia inabilitar a licitante. Entretanto, poderia ocorrer que a empresa estrangeira, induzida ao erro pela omissão do Edital, não incluísse os documentos exigidos pelo inciso V do art. 28 da Lei nº 8.666/93, situação esta em que a Dataprev seria obrigada a inabilitá-la, ensejando recursos administrativos, representações e medidas judiciais que prejudicariam, retardariam e até mesmo encareceriam o procedimento licitatório. Ademais, o inciso I do art. 27, combinado com o art. 28, ambos da Lei nº 8.666/93, não dão margem à discricionariedade do Administrador. Este deve permitir a participação de quaisquer interessados, especificando claramente as exigências de habilitação jurídica para cada caso, sendo a inclusão dessas exigências no ato convocatório um ato administrativo vinculado. [...]” (TCU, Decisão 192/1998 – Plenário).

³⁸⁶ TCU, Acórdão 1021/2007 – Plenário. Rel. Ministro Marcos Vileça.

³⁸⁷ “10. Afiguram-se, também, ilícitas as seguintes cláusulas editalícias: [...]

II - imposição, como requisito de habilitação jurídica, de que objeto social da empresa seja a prestação de serviços de telemarketing receptivo (subitem 8.1.3 do edital): tal exigência afigura-se contrária ao estabelecido no referido regulamento, visto que extrapola o que estabelece o art. 12, inciso I, desse normativo (elenco de documentos exigíveis na habilitação jurídica). Veja-se, a propósito, que não é dado ao SEBRAE/SP, por analogia ao entendimento pacificado no âmbito desta Corte, no sentido de serem exaustivos os requisitos concernentes à habilitação jurídica contidos no art. 28 da Lei nº 8.666/1993. Tal cláusula editalícia, viola também o Princípio da

objeto contratual - no caso serviço de rádio difusão - for mais específico do que aquele previsto no objeto social do licitante - serviço de rádio - não é necessária a previsão expressa do objeto social.³⁸⁸

A questão referente à compatibilidade do objeto social com o objeto do contrato, entretanto, deve ser analisada como uma questão de qualificação técnica, ou seja, se a empresa possui atestado de qualificação técnica que contemple o objeto licitado, apesar de o objeto social não referir exatamente tal atividade, é possível a habilitação.³⁸⁹

Essa conclusão, entretanto, não é válida na hipótese dos atestados terem sido fornecidos sem que o licitante cumprisse requisitos previstos em legislação específica, caso em que os atestados apresentados devem ser desconsiderados³⁹⁰. Deve-se destacar que, novamente, essa discussão não concerne à habilitação jurídica, mas à qualificação técnica, por se tratar de exigência prevista no artigo 30, V da Lei de Licitações.

Na habilitação jurídica não se impõem a análise do conteúdo da documentação em confronto com as normas comerciais, bastando a comprovação da juntada do ato constitutivo com o registro competente.³⁹¹

4.1.1.2 Apreciação Crítica

O controle do estabelecimento de exigências referentes à habilitação jurídica

Isonomia (arts. 37, inciso XXI, da Constituição Federal) e compromete o caráter competitivo da licitação (art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93), conforme visto no subitem III.8.4, desta instrução.” (TCU, Acórdão 2032/2005 – Plenário).

³⁸⁸ STJ, REsp 512.179/PR, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 19/08/2003, DJ 28/10/2003.

³⁸⁹ “12. De fato, não está expressamente consignado no contrato social o serviço de transporte de pessoas almejado pela CNEN. Porém, constam dos autos três atestados de capacidade técnica apresentados pela Egel que comprovam a prestação dos serviços desejados para três distintas pessoas jurídicas de direito público. (fls. 90, 99 e 100)

13. Se uma empresa apresenta experiência adequada e suficiente para o desempenho de certa atividade, não seria razoável exigir que ela tenha detalhado o seu objeto social a ponto de prever expressamente todas as subatividades complementares à atividade principal. [...]” (TCU, Acórdão 571/2006 - Segunda Câmara).

³⁹⁰ “9.6 recomendar à Secretaria Federal de Controle Interno que, no exame das próximas contas, fiscalize o cadastramento no SICAF das empresas contratadas pelas Unidades Gestoras, de modo a detectar irregularidades relacionadas com o cadastramento de atividades sem a indispensável autorização legal respectiva;” (TCU, Acórdão 0983/2007 - Segunda Câmara).

³⁹¹ TCU, Acórdão 1971/2007 - Segunda Câmara.

pode ser considerado simples, pois deve apenas verificar se a Administração limitou-se a exigir o quanto previsto na norma. Supressão ou acréscimo de exigências são ilegais.

A principal controvérsia existente a respeito dos documentos de habilitação jurídica – a necessária correlação do objeto social do licitante com o objeto da licitação – é questão que deve ser analisada como requisito de qualificação técnica. Para atendimento da habilitação jurídica, nesse ponto, basta a juntada do contrato social vigente.

4.1.2 Regularidade Fiscal

O estudo dos limites às exigências de regularidade fiscal implica uma análise mais detida das previsões legais.

4.1.2.1 Impossibilidade de exigência de documentos não previstos na Lei de Licitações

O limite de exigências estabelecido na Lei de Licitações é exaustivo. Assim, o limite às exigências de regularidade fiscal são os documentos previstos na Lei de Licitações³⁹².

A afirmação pode parecer óbvia, mas são reiteradas as decisões, principalmente do Tribunal de Contas da União, considerando ilegais cláusulas editalícias que contêm exigências referentes à regularidade fiscal não previstas em Lei.

Não é possível, por exemplo, exigir prova de quitação ou regularidade em relação a débitos trabalhistas³⁹³, certidão negativa de protesto³⁹⁴, certidão negativa

³⁹² A respeito do limite ver item 3.1.4 supra.

³⁹³ TCU, Decisão 792/2002 – Plenário.

³⁹⁴ TCU, Acórdão 1391/2009 – Plenário.

de ilícitos trabalhistas³⁹⁵, certidão de ações cíveis e execuções expedidas pela Justiça Federal³⁹⁶, certidão negativa de ação e execução expedida pelo Tribunal de Justiça do domicílio ou da sede do licitante, bem como de seus titulares³⁹⁷ ou guia de recolhimento da contribuição sindical³⁹⁸.

Como na habilitação jurídica, também na regularidade fiscal entende a jurisprudência que não há discricionariedade da administração para deixar de exigir documentos previstos na Lei de Licitações.³⁹⁹

4.1.2.2 Cadastro de contribuintes

A exigência de cadastro de contribuintes se faz em conformidade com o objeto da licitação, entretanto isso não significa necessidade de discricionariedade para estabelecer a exigência conforme o objeto da licitação. Como a comprovação de cadastramento se faz em relação ao tributo que deve ser recolhido em decorrência do exercício do objeto licitado, o controle da exigência deve verificar se o cadastramento exigido guarda essa relação.

A síntese da questão encontra-se em julgamento do Superior Tribunal de Justiça, situação na qual o licitante não havia apresentado nem cadastro de contribuintes municipal nem estadual. Como naquela situação a licitação tinha por objeto “instalação, manutenção e exploração de Rádio FM”, e para tal, segundo entendimento do Ministro Relator, não estaria o Licitante vencedor sujeito à tributação estadual e municipal, seria dispensável a comprovação de cadastramento.⁴⁰⁰

Conclui-se, portanto, que o controle da exigência de inscrição em cadastro de contribuintes se faz com fundamento no tributo porventura exigido em

³⁹⁵ TCU, Acórdão 1391/2009 – Plenário.

³⁹⁶ TCU, Acórdão 808/2003 – Plenário.

³⁹⁷ TCU, Acórdão 808/2003 – Plenário.

³⁹⁸ TCU, Acórdão 808/2003 – Plenário.

³⁹⁹ “Naturalmente, tratando-se de requisito ser cumprido na forma da Lei n. 8.666/93, não caberia à Administração (na figura do pregoeiro ou da comissão de licitação) ou ao Judiciário dispensá-lo. [...]” (STJ, REsp 997.259/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17/08/2010, DJe 25/10/2010).

⁴⁰⁰ STJ, MS 5.655/DF, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Seção, julgado em 27/05/1998, DJ 31/08/1998.

decorrência do exercício do objeto licitado. Ou seja, se o objeto da licitação pressupõe o pagamento de Imposto Sobre Serviço, é exigível inscrição em cadastro de contribuintes municipal, sendo ilegal a exigência de inscrição no cadastro estadual.⁴⁰¹

Ainda sobre o tema há decisão do Superior Tribunal de Justiça considerando legal exigência de registro no cadastro de contribuintes do local em que será executado o objeto da licitação. Fundamenta-se a decisão na ausência de vedação legal à exigência e ao fato de ser o edital a lei do certame, a qual, uma vez prevista deve ser cumprida por todos os licitantes.⁴⁰² O fundamento se mostra equivocado por dois aspectos. Primeiro, por inverter o Princípio da Legalidade, a atuação administrativa pressupõe uma autorização legal e não uma não vedação legal; Segundo, porque o simples fato de uma exigência constar de um edital não a torna legal. Verificando-se a ilegalidade, deve o Judiciário assim se manifestar independentemente da consequência que isso irá supor – anulação da licitação ou declaração de habilitação do licitante prejudicado.

Embora nas decisões mais antigas, com frequência recorrente, fosse verificado esse argumento, que excluía do Judiciário a análise de legalidade das cláusulas editalícias, a jurisprudência mais recente caminha em sentido contrário, afirmando expressamente que embora o edital vincule o Poder Público, a lei o faz em maior medida.⁴⁰³

4.1.2.3 Regularidade e Quitação

Merece análise o limite do significado de regularidade contido no artigo 29, III da Lei de Licitações e se implica discricionariedade para a Administração.

O Supremo Tribunal Federal analisou a questão, ainda que incidentalmente, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 173, movida em razão da Lei

⁴⁰¹ TCU, Acórdão 2495/2010 – Plenário.

⁴⁰² STJ, REsp 253.008/SP, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 17/09/2002, DJ 11/11/2002.

⁴⁰³ “Não ajuda à Administração sustentar que o edital é lei entre as partes e que a decisão que aplica os dispositivos antes mencionados viola o art. 41 da Lei n. 8.666/93, pois, se é verdade que o edital vincula o Poder Público, não é menos verdade que a lei também o faz, em grau ainda mais elevado. [...]” (STJ, REsp 1018107/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 26/05/2009, DJe 12/06/2009).

n. 7.711/1988. Dentre outras questões, discutia-se a inconstitucionalidade de dispositivo de referida Lei que previa a necessidade de quitação dos débitos tributários para participação em licitação.⁴⁰⁴

Entendeu-se que o dispositivo legal fora revogado pela Lei n. 8.666/93, razão pela qual não se poderia declarar a sua inconstitucionalidade, ainda assim explicitou-se que o entendimento da nova Lei era mais amplo, ao valer-se da expressão “regularidade” ao invés de “quitação”, bem como que exigir-se a quitação para participação em licitações significaria uma forma de sanção política por não pagamento de tributo, o que é vedado pelo Supremo Tribunal Federal.

Essa posição não difere da jurisprudência uníssona do Tribunal de Contas da União, que tem considerado indevida a utilização de cláusulas editalícias exigindo quitação de débitos como prova de regularidade fiscal.⁴⁰⁵

Destaca-se a análise feita pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do que pode ser compreendido como regularidade fiscal no caso de habilitação em licitações. Procedeu a Corte em uma interpretação mais aberta do conteúdo de regularidade ao entender que, mesmo sem a perfectibilização da penhora, condição estabelecida pelo Código Tributário Nacional para que se considere suspenso a exigibilidade de tributo, há regularidade para fins da Lei n. 8.666/93.⁴⁰⁶

Entretanto, não pode a Administração exigir documentos que não comprovem a situação de regularidade do Licitante, como o comprovante do recolhimento de tributos apenas do último período.⁴⁰⁷

Conclui-se que a definição de regularidade fiscal não comporta discricionariedade por parte da Administração, podendo, no caso de ser restritiva ao caráter competitivo que cerca a licitação, ser alterada pelo Judiciário. Como limite específico na formulação da exigência de regularidade fiscal, está a impossibilidade de exigência de quitação.

⁴⁰⁴ STF, ADI 173/DF, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 25/09/2008, DJe 20/03/2009.

⁴⁰⁵ “E que não seja exigida prova de quitação com a fazenda pública, a seguridade ou o FGTS, mas sim de regularidade, conforme determina o dispositivo legal.” (TCU, DC-0792-23/02-P – Plenário, Rel. Ministro Augusto Sherman Cavalcanti). Trata-se de posicionamento consolidado no Tribunal de Contas da União. No mesmo sentido as seguintes decisões do Plenário do Tribunal: AC-1708-45/03-P, Rel. Ministro Marcos Vinícios Vilaça, aprovada em 12/11/03; AC-2081-41/07-P Rel. Ministro Valmir Campelo, aprovada em 03/10/07; AC-0471-09/08-P, Rel. Ministro Raimundo Carreiro, aprovada em: 26/03/08.

⁴⁰⁶ STJ, REsp 425.400/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 07/08/2003, DJ 08/09/2003.

⁴⁰⁷ STJ, REsp 501.720/RS, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 21/08/2003, DJ 03/11/2003.

4.1.2.3 Exigência em relação a qual Fazenda

O artigo 29, em seu inciso III, refere que a comprovação de regularidade fiscal deve ser feita em relação à sede ou domicílio do licitante.

Ainda que usualmente as licitações façam previsão nesses termos e, em razão disso, exija-se a comprovação de regularidade para com o Estado e o Município nos quais está localizada a sede da licitante – verificável a partir do seu contrato social – dúvida surge a respeito da possibilidade de exigência de regularidade em relação à Fazenda na qual não está a sede do licitante. Um exemplo disso é exigência de comprovação de regularidade em relação ao Ente que está realizando a licitação.

A questão foi levada à apreciação do Superior Tribunal de Justiça em licitação do Município do Rio de Janeiro, na qual havia exigência de comprovação de regularidade fiscal em relação à sede da licitante, mas também em relação ao Município do Rio de Janeiro.⁴⁰⁸

O fundamento da decisão levou em consideração a interpretação da expressão “sede” contida no artigo 29 da Lei de Licitações, o qual, por tratar de matéria fiscal, deve ser entendido como domicílio fiscal, o qual em relação aos atos ou fatos que dão origem à obrigação é o de cada estabelecimento da pessoa jurídica. A partir disso, conclui-se que, no caso, como o licitante possuía uma filial no Município em que se realizava a licitação e seria a filial que prestaria o objeto, a exigência era legal.

Ou seja, a comprovação de regularidade fiscal deve ser feita em relação ao estabelecimento que irá executar o objeto da licitação.⁴⁰⁹

A *contrario sensu* podemos concluir que não havendo filial no Ente que realiza a licitação é ilegal exigência de comprovação de regularidade perante ele. Não se trata, portanto, de discricionariedade da administração, mas interpretação legal, que se submete à análise do judiciário.

⁴⁰⁸ STJ, REsp 900.604/RN, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 15/03/2007, DJ 16/04/2007. No mesmo sentido: STJ, REsp 809.262/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 23/10/2007, DJ 19/11/2007.

⁴⁰⁹ Assim também: TCU, Acórdão 1923/2003 - Primeira Câmara.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a comprovação de regularidade fiscal deverá ser feita em relação a todas as Fazendas da sede do licitante, independentemente da sua atividade.⁴¹⁰

Em síntese, a regularidade a ser comprovada é do estabelecimento do licitante que irá executar o objeto da licitação e deverá ser feita em relação a todas as Fazendas a que esse estabelecimento se submete.

4.1.2.4 Regularidade em relação a quais tributos

Questão que também merece análise é em relação a quais tributos deve o licitante comprovar a regularidade. A Lei de Licitações não esclarece em relação a quais tributos deve ser feita a comprovação, limitando-se a exigir que a regularidade seja demonstrada em relação a todas as Fazendas. Disso decorre que pode haver dúvidas a respeito do que pode ser exigido para comprovar a regularidade.

Use-se como exemplo a Fazenda Federal. Além da prova de regularidade com a Seguridade Social e com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, exigências que encontram-se detalhadas em incisos específicos da Lei, há ainda a Certidão Negativa de Débitos de Tributos e Contribuições e a Certidão Negativa de Inscrição em Dívida Ativa da União. Esses dois últimos documentos se prestam para comprovar a regularidade com a Fazenda Federal.

Na esfera municipal a questão adquire ainda maior relevância. Alguns Municípios, Porto Alegre, por exemplo, expedem uma certidão unificada que comprova a regularidade com a Fazenda Municipal; outros Municípios, por sua vez, possuem certidões diferentes para comprovar a regularidade em relação a tributos mobiliários e imobiliários, é o caso de Barueri, em São Paulo, e ainda há aqueles Municípios em que existe uma terceira certidão que comprova a regularidade em relação à inscrição em dívida ativa, como ocorre no Município de São Paulo.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já se manifestou no sentido de que não se deve exigir certidão de regularidade em relação a tributos que não

⁴¹⁰ STJ, REsp 138.745/RS, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 05/04/2001, DJ 25/06/2001; e STJ, RMS 30.320/SE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 04/05/2010, DJe 21/05/2010.

guardem pertinência com o objeto que está sendo licitado. Fundamentou tal entendimento em uma leitura conjunta do artigo 29, III da Lei de Licitações, e o artigo 37, XXI da Constituição, o qual determina que os requisitos de habilitação serão apenas aqueles indispensáveis para o cumprimento das obrigações. Desse modo, se o tributo em relação ao qual se exige comprovação de regularidade não é pertinente ao objeto da licitação a sua exigência seria ilegal.⁴¹¹

Todavia, esse não tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, já tendo se manifestado no sentido de que o objeto da licitação é indiferente para a comprovação de regularidade fiscal.⁴¹² Assim, em licitação para aquisição de manta asfáltica, considerou-se a legal exigência de comprovação de regularidade fiscal imobiliária com o Município.⁴¹³

Independente do entendimento, o que se percebe é que não se trata de discricionariedade da Administração, mas sim de interpretação do alcance que se pode dar à “regularidade fiscal”. Sendo interpretação compete ao Judiciário a análise última da questão.⁴¹⁴

⁴¹¹ “Apelações Cíveis. Licitação. Pretensão da autora à anulação de ato que a inabilitou ao certame. Alegação de descumprimento dos termos do Edital. Ausência de prova de regularidade fiscal em relação ao ITBI. Exigência que não condiz com o objeto da licitação. Inteligência do artigo 37, inc. XXI, da CF/88. Prova, no mais, de que se desincumbiu a autora, na medida em que demonstrou não ser proprietária de bens imóveis. Rejeição do meio probatório que desborda da razoabilidade, infringindo o artigo 111, da Constituição do Estado de São Paulo. Ação julgada procedente na origem. Sentença mantida. Recurso das rés desprovidos” (TJSP, Apelação Cível 323.531.5/7-00, 4ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Rui Stoco, julgado em 9.11.2009).

⁴¹² STJ, REsp 138.745/RS, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 05/04/2001, DJ 25/06/2001, p. 150.

⁴¹³ STJ, REsp 809.262/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 23/10/2007, DJ 19/11/2007, p. 190.

⁴¹⁴ A situação em que posta a questão traz um problema prático. A dicção legal não deixa claro o documento que deve ser exigido, razão pela qual a sua simples transcrição no edital pode induzir os Licitantes a deixarem de apresentar algum documento. A Administração deve deixar claro no edital o que entende por regularidade – e sujeitar-se às impugnações daí decorrentes em razão de não estar diante de discricionariedade, ou deverá aceitar as interpretações menos restritivas a fim de não excluir licitante pela dubiedade do dispositivo, como vem entendendo o Tribunal de Contas da União: “Ainda assim, caso duas ou mais interpretações forem possíveis, deverão ser admitidos os licitantes que atenderem a quaisquer delas. Estes deverão ser habilitados, até mesmo, por isonomia, caso contrário, aqueles que não conhecerem a “jurisprudência” das Comissões restarão prejudicados.” (TCU, Acórdão 1848/2003 – Plenário).

4.1.3 Qualificação Técnica

Dentre as exigências de habilitação é naquelas de qualificação técnica que se identifica o maior campo de atuação discricionária da administração. A necessidade de lidar com questões técnicas, muitas vezes estranhas ao juízo, leva à referência da existência de discricionariedade técnica na espécie⁴¹⁵, o que acaba por aumentar a margem de liberdade do administrador para estabelecer requisitos dos licitantes.

O exame da jurisprudência, apesar de em determinados pontos ser vacilante, nos propicia a verificação das exigências legais e a medida da atuação discricionária.

4.1.3.1 Registro ou inscrição na entidade profissional competente

A exigência de registro em entidade profissional competente por ser um requisito de qualificação técnica, tem por finalidade comprovar que o licitante detém a habilitação específica em sua área profissional. Assim, por exemplo, o advogado deverá comprovar inscrição na Ordem dos Advogados; o engenheiro, no Conselho Regional de Engenharia e o biólogo, no Conselho Regional De Biologia.

A pertinência dessa exigência, entretanto, se verifica apenas nas hipóteses em que a execução do objeto licitado pressupõe uma atividade regulamentada por lei. Assim, por exemplo, são ilegais as exigências de comprovação de inscrição em Conselho de Administração para prestação de serviços de informática⁴¹⁶, de serviços de vigilância⁴¹⁷ e de serviços de limpeza⁴¹⁸, pois não há previsão legal obrigando o registro.

⁴¹⁵ STJ, RMS 1.207/PR, Rel. Ministro José De Jesus Filho, Segunda Turma, julgado em 28/10/1992, DJ 14/12/1992, p. 23910.

⁴¹⁶ TCU, Acórdão 116/2006 – Plenário e TCU, Acórdão 2655/2007 – Plenário.

⁴¹⁷ REO EM MS 2001.31.00.000229-5/AP, remessa ex-officio, Quinta Turma, DJ 18/6/2004, p. 30; REO 2000.39.00.004935-2/PA, remessa ex-officio, Quinta Turma, DJ 16/10/2003, p. 63, ambos da relatoria da Desembargadora Selene Maria de Almeida; TCU, Acórdão nº 2.308/2007, 2ª Câmara, Relator Ministro Aroldo Cedraz; TCU, Acórdãos nºs 1.449/2003 e 116/2006, ambos do Plenário e da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti. Em sentido contrário: TCU, Acórdão nº 235/2002 – Plenário.

Como a comprovação tem por finalidade verificar se o licitante é detentor de capacitação específica, basta, para fins de habilitação, a comprovação de inscrição no Conselho de Regulação Profissional de origem, não sendo exigível o visto do Conselho do local em que será prestado o serviço. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, exigência nesse sentido contraria o disposto na parte final do inciso XXI, do artigo 37 da Constituição, por não veicular condição indispensável para comprovar a capacidade técnica do licitante.⁴¹⁹

O Tribunal de Contas da União tem entendimento no mesmo sentido esclarecendo que o visto ou a inscrição suplementar são exigências necessárias para o início das atividades, mas não condição para comprovação de capacidade técnica.⁴²⁰ Tal exigência não se presta para a fase de habilitação, mas apenas para a assinatura do contrato.⁴²¹

Esta última posição foi adotada também pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo como fundamento as decisões do Tribunal de Contas da União.⁴²²

A inscrição a que se refere o artigo 30, I não se estende às filiações a sindicatos ou associações de classe, pois não fazem qualquer prova de qualificação técnica.⁴²³

Por não comprovar capacidade técnica, bem como por configurar-se forma indireta de cobrança, o Superior Tribunal de Justiça considerou ilegal a exigência de prova de quitação com a entidade profissional.⁴²⁴ Mesmo entendimento é adotado pelo Tribunal de Contas da União⁴²⁵ e pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, no qual a matéria foi objeto de Súmula.⁴²⁶

⁴¹⁸ TRF4, REO 2000.72.00.002178-2, remessa ex officio, 3ª Turma, Relatora Desembargadora Maria de Fátima Freitas Labarrère, DJ 21/11/2001, p. 337 e TRF4, AC 1998.04.01.087893-5, Terceira Turma, Rel. Juiz Paulo Afonso Brum Vaz, DJ 14/06/2000, p. 129

⁴¹⁹ SRJ, REsp 11.937/CE, Rel. Ministro Américo Luz, Segunda Turma, julgado em 09/10/1991, DJ 25/11/1991, p. 17052

⁴²⁰ TCU, Acórdão 55/2007 – Plenário.

⁴²¹ TCU, Acórdão 1735/2009 – Plenário.

⁴²² STJ, REsp 1155781/ES, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01/06/2010, DJe 17/06/2010.

⁴²³ Nesse sentido apresenta-se Súmula do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo: SÚMULA Nº 18 - Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de comprovação de filiação a Sindicato ou a Associação de Classe, como condição de participação. Assim também a posição do TCU, por todas: Acórdão 1230/2008 – Plenário.

⁴²⁴ STJ, REsp 11.937/CE, Rel. Ministro Américo Luz, Segunda Turma, julgado em 09/10/1991, DJ 25/11/1991, p. 17052.

⁴²⁵ TCU, Acórdão 1140/2005 – Plenário e TCU, Acórdão 1708/2003 – Plenário.

⁴²⁶ TCE/SP, SÚMULA nº 28 - Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de comprovação de quitação de anuidade junto a entidades de classe como condição de participação.

Além disso, a comprovação de inscrição deve ser feita em nome do licitante e não apenas de seus funcionários.⁴²⁷

Por fim, a confirmar a ausência de discricionariedade na exigência de inscrição em determinada entidade de classe, é de se referir a decisão do Plenário do Tribunal de Contas da União impedindo que houvesse a exigência de registro em uma entidade de classe específica na hipótese de o objeto da licitação poder ser prestado por licitante inscrito em entidade diversa da exigida.⁴²⁸

Assim, a exigência que se pode fazer com fundamento no artigo 30, I da Lei de Licitações é a comprovação de registro em entidade profissional de origem do licitante, nos casos em que o exercício da profissão é, por força de lei, regulamentado. Contudo, ainda que seja condição para o início da atividade, é vedada a exigência de prova de quitação com a entidade profissional e inscrição complementar ou visto no local em que será executado o objeto da licitação.

4.1.3.2 Atestado Técnico

A exigência de atestados técnicos como forma de comprovação da aptidão técnica é decorrência do inciso II, do artigo 30 cumulado com os seus parágrafos primeiro, que trata a respeito dos atestados referentes a licitações para obras e serviços, e quarto, referente a atestados referentes a licitações para aquisições.

Além dessa distinção, conforme estudado em capítulo anterior há também a distinção entre atestados técnico-profissionais e atestados técnico-operacionais.

Traçam-se agora alguns limites encontrados na jurisprudência, tanto aplicáveis de modo geral aos atestados quanto de específico aos atestados técnico-profissionais e atestados técnico-operacionais.

⁴²⁷ STJ, RMS 10.736/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Segunda Turma, julgado em 26/03/2002, DJ 29/04/2002, p. 209.

⁴²⁸ TCU, Acórdão 178/96 – Plenário.

4.1.3.2.1 Atestados Técnicos: limitações genéricas

a) atestados fornecidos por pessoas de direito público e de direito privado;

Independentemente da finalidade da licitação é vedado à Administração limitar os atestados àqueles fornecidos pelo poder público, sendo obrigatória a aceitação de atestados fornecidos também por pessoas jurídicas de direito privado. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, limitar a apresentação de atestados àqueles fornecidos pelo poder público não é questão de oportunidade ou conveniência, consubstanciando agir abusivo e afetando o princípio da igualdade por veicular critério discriminatório desprovido de interesse público.⁴²⁹

b) relação entre atestados e valor de contratos pretéritos;

Em julgamento cuja conclusão se aplica à generalidade dos atestados, o Superior Tribunal de Justiça considerou ilegal a exigência de atestados referentes a contratos acima de um determinado valor. O fundamento para a vedação é a impossibilidade de vincular a qualificação técnica a quantitativo aleatoriamente escolhido, sob pena de violar o princípio da igualdade ao desigualar iguais com critério sem fundamento. Ou seja, não é o valor do contrato anteriormente celebrado que irá definir a qualificação técnica do licitante.⁴³⁰

c) atestados e documentos complementares;

Como limite ao estabelecimento de exigências, não pode a administração exigir documentos complementares aos atestados técnicos, como, por exemplo, empenho, nota fiscal ou ordem de serviço. Esses documentos, além de não terem previsão normativa, não são imprescindíveis nem pertinentes para a averiguação da capacitação técnica do licitante.⁴³¹

Isso não significa dizer que apenas o atestado seja o documento idôneo para a comprovação de aptidão técnica. O Tribunal de Contas de São Paulo editou súmula considerando possível, em licitações que envolvam serviços e obras de

⁴²⁹ STJ, REsp 43.856/RS, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, julgado em 07/08/1995, DJ 04/09/1995, p. 27804.

⁴³⁰ STJ, RMS 4.877/DF, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 02/08/1995, DJ 25/09/1995, p. 31076.

⁴³¹ STJ, REsp 316.755/RJ, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 07/06/2001, DJ 20/08/2001, p. 392.

engenharia, a juntada de Certidão de Acervo Técnico fornecido pelo Conselho Regional de Engenharia como a prova da qualificação técnica.⁴³² A Certidão de Acervo Técnico pressupõe o registro do atestado técnico na entidade, o que daria maior certeza a respeito do exercício da atividade anterior.

d) registro de atestados;

Remete à possibilidade de exigência de os atestados serem registrados nas entidades competentes. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que tal requisito somente pode ser exigido nas hipóteses em que há regulamentação própria para o registro de atestados. Quando não existe essa regulamentação, seria desnecessário o registro.⁴³³

Todavia, em outra oportunidade o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a Administração não possui discricionariedade para deixar de exigir o registro do atestado na entidade competente e considerou legal a sua exigência, mesmo que não prevista expressamente no edital. Além disso, no caso analisado o licitante era um escritório de advocacia, cujas atividades não estão sujeitas a registro de atestado na Ordem dos Advogados.⁴³⁴

Em caso similar discutiu-se a desclassificação de licitante em razão de ter apresentado atestado técnico sem averbação no conselho competente. A empresa licitante havia obtido decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina determinando o seu prosseguimento na licitação, todavia o Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao Recurso Especial desclassificando a licitante. Em seu voto o Relator tratou especificamente a respeito da discricionariedade no estabelecimento de exigências de habilitação:

⁴³² TCE/SP, SÚMULA nº 23 - Em procedimento licitatório, a comprovação da capacidade técnico-profissional, para obras e serviços de engenharia, se aperfeiçoará mediante a apresentação da CAT (Certidão de Acervo Técnico), devendo o edital fixar as parcelas de maior relevância, vedada a imposição de quantitativos mínimos ou prazos máximos.

⁴³³ STJ, AgRg no Ag 177.845/PR, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 20/08/1998, DJ 21/09/1998, p. 99.

⁴³⁴ STJ, REsp 138.745/RS, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 05/04/2001, DJ 25/06/2001, p. 150. Da leitura do Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual deu origem ao Recurso Especial, percebe-se a discussão a respeito de uma possível limitação à exigência de registro apenas a atestados no CREA. Entretanto, prevaleceu o entendimento de que exigir-se o registro independente do Conselho confere maior segurança para a Administração. (TJRS, MS 596015594, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Des. Elvino Schuch Pinto, Julgado em 02/08/1998).

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 têm por finalidade justamente a garantia das informações apresentadas pelas licitantes por órgão oficial.

Se se entendesse que a ausência desse comando no edital representasse a opção do administrador pela não exigência do registro, o ato seria nulo, seja porque tal dispositivo deveria então constar do instrumento, seja porque, se a competência fosse meramente discricionária, o objeto do certame não permitiria a ausência do certificado, já que era pretendida a contratação de serviços com a complexidade do objeto licitado.⁴³⁵

O acórdão entendeu que havendo previsão legal com alguma exigência, essa não pode ser deixada de lado. Merece destaque que o Relator do acórdão parece considerar que a lei, ao prever determinada exigência, já fez a ponderação entre o excesso de exigências e as exigências indispensáveis às necessidades do serviço.⁴³⁶ Assim, não precisaria o intérprete/aplicador realizar essa ponderação.

e) parcelas de maior relevância e valor significativo;

O artigo 30, § 1º, I, ao tratar dos atestados técnico-profissionais, refere que estes serão exigidos em relação às parcelas de maior relevância e valor significativo e o § 2º, do mesmo artigo, determina que o edital deverá prever quais são essas parcelas.

Embora estejam relacionadas aos atestados de capacidade técnico-profissional, por analogia, o Tribunal de Contas da União tem entendido aplicável esse dispositivo legal como limitação à discricionariedade da Administração para definir as parcelas em relação às quais se exigirão também os atestados técnico-operacionais.⁴³⁷

Com fundamento nesse dispositivo, e em razão da utilização da conjunção “e”, se tem entendido que os atestados somente podem ser exigidos em relação

⁴³⁵ STJ, REsp 324498/SC, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 19/02/2004, DJ 26/04/2004 p. 158.

⁴³⁶ Trecho do voto do Relator: “Como se pode observar pela leitura do dispositivo acima, a Lei n. 8.666/93 fixa parâmetros para a exigência da documentação relativa à qualificação técnica, na fase de habilitação do procedimento licitatório, com o escopo claro de não se permitir o excesso de exigências que inviabilize a habilitação dos candidatos, bem como impedir que sejam estabelecidos critérios inferiores às necessidades do serviço a ser contratado.” (Ibidem).

⁴³⁷ TCU, Acórdão 1284/2003 - Plenário. Em sentido contrário: TCU, Acórdão 1891/2006 – Plenário, no qual se entendeu que em relação à capacidade operacional não seria aplicável o dispositivo citado. Isso não significaria ausência de limite, mas limitação a partir do artigo 37, XXI da Constituição. Assim o limite na escolha seria a razoabilidade, podendo a administração definir os atestados a serem exigidos em relação às parcelas apenas de maior relevância do objeto licitado, sem que essas possuam valor representativo.

àquelas parcelas que cumulativamente representem maior relevância e valor significativo.⁴³⁸

A definição prévia do que venha a ser “maior relevância” e “valor significativo” não é possível, do contrário seria desnecessária competência discricionária da Administração⁴³⁹. Entretanto, alguns parâmetros objetivos podem ser traçados. O Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), através da Portaria n. 108/2008, define que itens de maior relevância são entendidos como aqueles que constem do objeto licitado em valor igual ou superior a 4% (quatro por cento).

Apesar de essa Portaria aplicar-se apenas ao DNIT, ela reflete decisões do Tribunal de Contas⁴⁴⁰ que consideraram irrazoável a exigência de atestados em relação a parcelas que representavam valores entre 1,70% e 3,8% do valor total da licitação.

Entretanto, nem mesmo a portaria do DNIT coaduna-se perfeitamente às decisões do Tribunal de Contas, o qual tem considerado que parcelas inferiores a 10% do valor da licitação não são representativas.⁴⁴¹

Além disso, o estabelecimento de um patamar em relação ao valor não significa a solução da questão, mas apenas um critério a ser utilizado, pois não se pode deixar de analisar a relevância de determinado item. Nesse sentido:

Além disso, a simples estipulação de um patamar não resolve o problema dos itens de pouca relevância. Por exemplo, na construção de um aeroporto, uma passarela entre dois prédios ou um estacionamento para veículos, eventualmente, pode custar 10 % do valor da obra, mas não tem

⁴³⁸ TCU, Decisão 1618/2002 – Plenário e TCU, Acórdão 2397/2010 – Plenário.

⁴³⁹ “[...] ao exigir que a necessidade de comprovação de experiência anterior recaia apenas sobre as parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, a lei remeteu para o instrumento convocatório a definição correspondente (§ 2º do art. 30, v. transcrição acima), o que inviabiliza ou dificulta uma delimitação precisa em torno do assunto, especialmente no tocante ao aspecto da relevância [...]. E não há como ser diferente disso, pois cada obra ou serviço possui suas peculiaridades, devendo ser vista isoladamente, em cada caso concreto, não se podendo estabelecer parâmetros rígidos, aplicáveis a todas as licitações indistintamente, especialmente no tocante a tais aspectos, sob pena de comprometimento quanto aos objetivos que justificam o processo licitatório. 29. Portanto, foi sábio o legislador ao deixar a cargo do gestor a definição, no edital, do melhor caminho técnico a seguir, com vistas ao pleno atendimento do interesse da Administração, naquilo que diz respeito ao discutido ponto (relevância das parcelas.)” (TCU, AC-1631-34/07-P, Sessão: 15/08/07, Grupo: II, Classe: VII, Relator: Ministro Valmir Campelo, Fiscalização).

⁴⁴⁰ TCU, Acórdão 170/2007 – Plenário; Acórdão 2383/2003 – Plenário; Decisão 574/2002 – Plenário e Acórdão 0167/2001 – Plenário.

⁴⁴¹ TCU, Acórdão 800/2008 – Plenário.

relevância quando o termo de comparação é o restante da obra (pistas de pouso, pontes de embarque, etc.[...]).⁴⁴²

Há a necessidade então de que, antes de exigir um determinado atestado, que sejam evidenciadas as parcelas de maior relevância e valor significativo, assim consideradas aquelas parcelas em patamares superiores a 10%. Todavia, mais do que um patamar fixo e imutável ele se presta para evitar atuação arbitrária.

4.1.3.2.2 Atestados Técnico-Profissionais

a) quadro permanente

Questão conflituosa referente aos atestados técnico-profissionais diz respeito à definição do que se possa entender por quadro permanente e, conseqüentemente, às exigências que podem ser feitas para a comprovação da relação entre o profissional e o licitante. Em síntese, pode a Administração limitar que os atestados sejam fornecidos apenas por sócios e empregados sob o Regime da Consolidação das Leis do Trabalho?

O Tribunal de Contas da União firmou posicionamento no sentido de que não pode a Administração fazer tal exigência, devendo aceitar a comprovação de qualificação técnico-profissional de pessoas que possuam vínculo de prestação de serviços com os licitantes⁴⁴³. Como fundamento afirmou-se que a interpretação restritiva poderia diminuir o caráter competitivo da licitação. Definiu-se que o “sujeito não integrará o quadro permanente quando não estiver disponível para prestar seus serviços de modo permanente durante a execução do objeto licitado”. Com essa posição, pacificou-se no âmbito do Tribunal de Contas da União a ilegalidade de exigência de comprovação de vínculo com a licitante apenas por meio de Carteira de Trabalho ou vínculo societário.⁴⁴⁴

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo também pacificou a matéria, através da edição de Súmula, considerando que a interpretação de quadro permanente deve abranger o vínculo civil comprovado por meio de contrato de

⁴⁴² TCU, Acórdão 1636/2007 – Plenário.

⁴⁴³ TCU, Acórdão 2.297/2005 – Plenário.

⁴⁴⁴ TCU, Acórdãos 361/2006, 291/2007, 597/2007, e 1.097/2007, do Plenário.

prestação de serviços.⁴⁴⁵ No mesmo sentido, Parecer da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, publicado no Diário Oficial do Estado em 02 de março de 2010.⁴⁴⁶

A questão foi analisada sob uma perspectiva diversa, e muito interessante, pela Desembargadora Mara Larsen Chechi, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao considerar que a exigência de contrato de prestação de serviço, ao invés de contrato de trabalho, é mais salutar para a Administração. Justifica tal posição ressaltando que o desfazimento do contrato de prestação de serviço tem efeitos indenizatórios, enquanto o desfazimento de um vínculo empregatício apenas beneficia o empregado, o qual não se preocupa com a ruptura.⁴⁴⁷ Ou seja, por essa perspectiva, uma possível ponderação entre a maior proteção do Estado e a ampliação do número de concorrentes sequer existe, pois ambas as finalidades seriam melhor atingidas por meio da interpretação mais abrangente do conceito de quadro permanente.

Merece destaque, por fim, que a utilização de um conceito em princípio indeterminado não foi, na prática, considerado como capaz de conferir discricionariedade para a administração definir seu alcance. Sua aplicação foi tratada como simples interpretação legal.

b) Quantitativos em atestados técnico-profissionais

Suscita discussão a possibilidade, ou não, do estabelecimento de quantitativos para os atestados técnico-profissionais. Ou seja, pode a Administração exigir que os atestados técnico-profissionais apresentem quantidades a fim de que possam ser aceitos?

O cerne da questão reside em expressa vedação legal ao estabelecimento de quantitativos, contida no artigo 30, §1º, I da Lei de Licitações.

⁴⁴⁵ TCE/SP, SÚMULA nº 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.

⁴⁴⁶ PGE/RS, PARECER n.º 15126: Licitação. Qualificação técnico-profissional (art. 30, par. 1º, inciso I, da lei nº 8.666/93). Comprovação de vínculo entre o profissional e o licitante. Admissibilidade da existência de contrato de prestação de serviços, regido pela legislação civil, nas licitações para obras e serviços de engenharia. Precedentes do TCU. Autor: Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho.

⁴⁴⁷ Notas taquigráficas do julgamento: TJRS, Agravo 70034356170, Vigésima Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Marco Aurélio Heinz, julgado em 28/01/2010.

Analisando a exigência o Superior Tribunal de Justiça considerou que, apesar de estar expressa no dispositivo citado a vedação à utilização de quantitativos mínimos e prazos máximos, a exigência era legal. O fundamento está em uma interpretação sistemática da Lei de Licitações, mais especificamente do inciso II, do artigo 30, o qual Invoca ainda a existência de razoabilidade entre a exigência e o objeto licitado. Por fim, acrescenta que se poderia exigir quantitativos nas hipóteses em que esses integram a própria essência do objeto contratado.⁴⁴⁸

Ou seja, ainda que haja previsão legal vedando a exigência de quantitativos em atestado técnico-profissionais, se essa quantificação guardar relação com a própria essência do objeto da licitação ela é considerada legal.

4.1.3.2.3 Atestados Técnico-Operacionais

a) da possibilidade da exigência de atestado técnico-operacional

A discussão a respeito da exigência de atestado técnico-operacional já foi apresentada acima. Como referido, a mesma se deve, principalmente, a veto que desfigurou o texto legal.

Do ponto de vista do controle da possibilidade de sua exigência se verifica, do mesmo modo que no plano doutrinário, que poucas são as decisões que consideram que não há discricionariedade da Administração para sua previsão em editais.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça a matéria foi analisada pela primeira vez em 1998, no teor do Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 632.⁴⁴⁹ Apesar de o processo em que a matéria foi apreciada não comportar análise aprofundada de mérito⁴⁵⁰, a questão foi versada. Para fundamentar sua posição o Ministro Relator valeu-se da doutrina de Geraldo Ataliba – a qual foi elaborada, repita-se, tendo como objeto de análise Constituição e Leis não mais vigentes – que

⁴⁴⁸ STJ, REsp 466286/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 07/10/2003, DJ 20/10/2003 p. 256.

⁴⁴⁹ STJ, AgRg na SS .632/DF, Rel. Ministro Antônio De Pádua Ribeiro, Corte Especial, julgado em 06/05/1998, DJ 22/06/1998, p. 1.

⁴⁵⁰ Sobre a matéria: GUTIERREZ, Cristina. **Suspensão de Liminar e de Sentença na Tutela do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 45.

diferenciava atestado técnico-operacional e atestado técnico-profissional, e considerava ambos passíveis de exigência frente à legislação então vigente.

No mesmo ano e de maneira mais detida, foi julgado o Recurso Especial n. 172.232, no qual se procedeu a uma análise da matéria tendo como base a Lei n. 8.666/93. Valendo-se da decisão que dera origem ao Recurso Especial, o Ministro Relator considerou que no artigo 30, em seu § 1º, haveria referência à “*comprovação de ambas as capacidades*”. Por sua vez, o inciso I do parágrafo § 1º trataria de capacidade técnico-profissional, sem excluir a capacidade técnico-operacional. Além disso, no artigo 33, III da mesma Lei, ao tratar de consórcios, exigiria capacitação técnica de todos os consorciados. Em adição a essa interpretação legal acrescentaram-se argumentos a respeito das vantagens que a exigência de atestado técnico-operacional traria em relação a uma maior segurança para a Administração.⁴⁵¹

A essas decisões seguiram-se outras nas quais os fundamentos citavam os precedentes e reiteravam a importância de se exigir atestado técnico-operacional, pouco se discutindo a respeito da interpretação legal.⁴⁵² Em alguns casos chegou-se a afirmar que em decorrência do veto ao inciso II do § 1º do artigo 30, teria subsistido a capacitação técnico-operacional no inciso I do § 1º⁴⁵³ - do qual consta expressamente “capacidade técnico-profissional”. Em outros, optou-se por remeter o fundamento da exigência ao princípio da supremacia do interesse público.⁴⁵⁴

A somar aos argumentos já narrados, se refere em defesa da exigência de atestado técnico profissional a ausência de vedação expressa e a previsão genérica no inciso II do artigo 30.⁴⁵⁵

Nessa mesma linha, tem sido reiterada a posição do Superior Tribunal de Justiça, estando pacífico no âmbito daquela Corte a legalidade da exigência de atestado técnico-operacional⁴⁵⁶.

⁴⁵¹ STJ, REsp 172.232/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 17/08/1998, DJ 21/09/1998, p. 89.

⁴⁵² STJ, REsp 155.861/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes De Barros, Primeira Turma, julgado em 01/12/1998, DJ 08/03/1999, p. 114; STJ, REsp 144.750/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 17/08/2000, DJ 25/09/2000, p. 68.

⁴⁵³ STJ, REsp 172.199/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 16/04/2001, DJ 13/08/2001, p. 88. O entendimento foi reiterado no acórdão: STJ, REsp 361736/SP, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 05/09/2002, DJ 31/03/2003, p. 196.

⁴⁵⁴ STJ, REsp 331215/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 26/03/2002, DJ 27/05/2002, p. 129.

⁴⁵⁵ REsp 361736/SP, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2002, DJ 31/03/2003, p. 196

A discricionariedade da administração em fazer essa exigência também é pacífica no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, a partir da edição de Súmula a esse respeito.⁴⁵⁷

Em sentido contrário é interessante ressaltar recente decisão proferida no órgão Pleno do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, em razão do processo 007949-02.00/08-1⁴⁵⁸. O Conselheiro do Tribunal de Contas, Cezar Miola considerou que exigir-se atestado técnico-operacional de licitante pressuporia que antes dele realizar um serviço para o poder público, ele já o tenha realizado para a iniciativa privada, do contrário não obteria um atestado. Todavia, obras de infraestrutura sanitária, construção de rodovias e pontes, por exemplo, jamais seriam passíveis de execução na iniciativa privada por sua natureza, principalmente no porte de exigências do setor público.

Diante disso, concluiu que tal exigência criaria uma reserva de mercado para as empresas que já exercessem estas atividades. Essa conclusão, em contraposição ao artigo 37, XXI da Constituição, bem como ao artigo 3º da Lei de Licitações que veda o estabelecimento de requisitos habilitatórios que restrinjam a competição, seria desproporcional. No seu entender haveria outros meios mais eficazes de garantir que os licitantes tenham capacidade de finalizar a execução do contrato⁴⁵⁹.

Por fim, acentua:

⁴⁵⁶ REsp 466286/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2003, DJ 20/10/2003, p. 256, REsp 271.941/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2005, DJ 05/09/2005, p. 334, EDcl no RMS 18.240/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/08/2006, DJ 31/08/2006, p. 196

⁴⁵⁷ SÚMULA Nº 24 - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 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 justificado.

⁴⁵⁸ TCE/RS, Processo n. 007949-02.00/08-1, Relator Conselheiro Cezar Miola, Tribunal Pleno, publicado em 29/05/2009.

⁴⁵⁹ Segundo o Conselheiro do Tribunal de Contas: "Entre essas cautelas em prol do Erário, podem ser relacionadas uma correta análise da higidez financeira das empresas licitantes; a exigência de demonstração cabal da capacidade de mobilização em favor do empreendimento (recursos humanos, maquinário, infra-estrutura de apoio, instalações, etc.); a elaboração de termos contratuais com disposições claras, definição pormenorizada de direitos e obrigações recíprocos e previsão de efetiva imposição de penalidades por inadimplemento; e fiscalização atuante, com acompanhamento *pari passu* da execução das obras e serviços contratados." (TCE/RS, Processo n. 007949-02.00/08-1, Relator Conselheiro Cezar Miola, Tribunal Pleno, publicado em 29/05/2009).

Em suma: à luz da interpretação restritiva, quem não detém experiência/qualificação nunca a terá, porque absolutamente impedido de obtê-la. E, então, a concorrência se resumirá a um número restrito e privilegiado de concorrentes, com todas as limitações, riscos e possíveis ônus decorrentes. Será esta uma conclusão reducionista, literal, desproporcional, injusta e até perigosa.⁴⁶⁰

Contudo, entende que negar a possibilidade de exigir o atestado técnico-operacional como condição de habilitação, entretanto, não significa impedir que ele possa ser exigido como condição de pontuação nas licitações técnica e preço. Desse modo, seria possível ponderar o peso dessa exigência, sem que ela fosse capaz de excluir a participação de licitantes.

Apesar da decisão do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul em sentido contrário, a jurisprudência majoritária identifica uma margem de discricionariedade da Administração para estabelecer como requisito de habilitação a apresentação de atestados de capacitação técnico-operacional.

b) número mínimo de atestados

Identificada a discricionariedade da Administração para estabelecer como requisito de habilitação a capacitação técnico-operacional, resta questionar os limites específicos que a jurisprudência vem adotando para o seu controle.

A questão toma maior proporção, pois com os vetos à redação original da Lei de Licitações, que previa esse requisito, também deixou de constar na Lei os limites expressos à atuação discricionariedade da administração.

No que diz respeito à quantidade de atestados que podem ser exigidos como condição de habilitação, o Superior Tribunal de Justiça entende possível a exigência de apresentação de mais de um atestado a fim de comprovar a capacidade, desde que esse número seja razoável.⁴⁶¹

⁴⁶⁰ Ibidem.

⁴⁶¹ A licitação destinava-se ao fornecimento de 200 terminais de auto-atendimento. De modo a comprovar a sua qualificação técnica a licitante deveria apresentar dois atestados com a comprovação de fornecimento de pelo menos 100 terminais em cada atestado. A decisão entendeu que não seria aplicável ao caso as restrições de não exigência de quantitativos estabelecidos no artigo 30, § 1º, I, pois estas serviam apenas para obras e serviços, devendo ser aplicado ao caso unicamente o artigo 30, II da Lei de Licitações, que implicitamente permite tal exigência. O limite seria a razoabilidade entre a exigência e o objeto licitado. Todavia é de se questionar de que maneira se entendeu razoável comprovar a qualificação técnica por meio da apresentação de dois atestados ao invés de apenas um. De mesmo modo, também não ficou claro por que seria necessária a comprovação de que o licitante precisava comprovar que fez entrega de pelo menos 100 terminais por atestado? Não bastaria um atestado

O Tribunal de Contas da União, por sua vez considera que para fins de comprovação de habilitação basta que se apresente um atestado.⁴⁶² A esse respeito é elucidativo trecho do voto do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti proferido na Decisão 351/2002 do Plenário:

21. Com essas considerações, penso ter ficado demonstrado que a Lei de Licitações estabelece diretrizes, limitações e exigências relativas ao conteúdo dos atestados de comprovação de aptidão, mas silencia no tocante à quantidade de documentos necessários para se fazer tal prova.

22. Sob esse ângulo, não posso concordar com a interpretação de que o emprego do plural "atestados" no art. 30, § 1º, da Lei nº 8.666/93 constitui autorização implícita para que se exija um número mínimo de atestados. Note-se que essa exigência se configura em restrição à competição, pois inibe a participação dos licitantes que, embora comprovadamente aptos a executar o contrato, não dispõem da quantidade de certidões reclamada pela Administração. Portanto, uma imposição dessa espécie somente poderia ser admitida se claramente explicitada no texto legal. A meu ver, a palavra "atestados" opera no sentido inverso, ou seja, permite ao licitante apresentar tantos atestados quantos julgar necessário para evidenciar sua capacidade de executar o objeto.⁴⁶³

Sobre a questão, o Ministro Benjamin Zymler ressalta que não há na Lei de Licitações atribuição de discricionariedade ao administrador para que determine um número mínimo de atestados comprobatórios.⁴⁶⁴ Diante disso, o Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, no texto do voto já citado, reflete que a solução a ser dada é aquela imposta pela Constituição, ou seja, deve-se exigir o mínimo possível. E assim finaliza:

28. Nesse contexto, o estabelecimento de uma quantidade mínima e/ou certa de atestados fere o preceito constitucional da isonomia porque desigualta injustamente concorrentes que apresentam as mesmas condições de qualificação técnica. Como dizer que um licitante detentor de um atestado de aptidão é menos capaz do que o licitante que dispõe de dois? Ora, a capacidade técnica de realizar o objeto existe, independentemente do número de vezes que tenha sido exercitada, ou não existe. Garantida a capacitação por meio de um atestado, não vejo como a Administração exigir algo a mais sem exorbitar as limitações constitucionais.⁴⁶⁵

comprovando que o licitante já forneceu 200 terminais, ou mais, digamos 1000? Ou ainda, não poderia o licitante comprovar a entrega de 500 terminais ao mesmo tempo por meio de 10 atestados de 50 terminais cada? (STJ, RMS 24665/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20/08/2009, DJe 08/09/2009).

⁴⁶² TCU, Acórdão 1873/2007 - Segunda Câmara; TCU, Acórdão 2462/2007 – Plenário.

⁴⁶³ TCU, Decisão 351/2002 – Plenário.

⁴⁶⁴ TCU, Decisão 134/1998 – Plenário.

⁴⁶⁵ TCU, Decisão 351/2002 – Plenário.

Afirmar que um atestado é suficiente para comprovar a capacidade técnica de um licitante, não significa afirmar que ele é capaz de comprovar a mesma técnica de alguém que tenha dez atestados. De um lado se comprova apenas a capacidade de fazer, de outro se tenta verificar que é capaz de fazer melhor, ou ter mais experiência. Na habilitação, principalmente por força do mandamento constitucional, basta a comprovação da capacidade para fazer. Caso se pretenda avaliar a qualidade ou a experiência do licitante antes de sua contratação deverá optar-se pela licitação do tipo técnica e preço.

c) Quantitativo dos atestados

No que se refere aos atestados técnico-profissionais há vedação expressa à fixação de quantitativos mínimos a serem comprovados. Ainda assim, se entende – como demonstrado anteriormente – pela possibilidade de sua exigência. No que se refere aos atestados técnico-operacionais, a conclusão não poderia ser diversa.

Interpretando que a vedação legal à exigência de quantitativos se refere apenas aos atestados técnico-profissionais – até mesmo porque não há menção na lei de Licitações a respeito de atestados técnico-operacionais – o Superior Tribunal de Justiça considera possível exigir quantitativos em relação aos atestados em nome dos licitantes.⁴⁶⁶

O fundamento para admitir essa exigência está no inciso II do artigo 30, que trata da comprovação para “desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação”.

Mais problemático, entretanto é verificar se há limites na exigência de quantitativos.

O Superior Tribunal de Justiça não tem decisões que limitem esses percentuais, já tendo considerado passível de exigência a comprovação de experiência em quantitativo idêntico ao do objeto licitado. O limite que há é de razoabilidade, e, portanto, verificável caso a caso⁴⁶⁷.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União, entretanto se debruçou com mais vagar sobre a questão. Partindo da necessidade de razoabilidade, o

⁴⁶⁶ Entre outras: STJ, REsp 295806/SP, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Segunda Turma, julgado em 06/12/2005, DJ 06/03/2006, p. 275.

⁴⁶⁷ STJ, MS 13.515/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, Julgado em 24/09/2008, DJe 05/03/2009.

Tribunal de Contas passou a estabelecer percentuais máximos para a exigência de quantitativos.

Nesse sentido, passou a vedar a exigência de quantitativos superiores ao tamanho da obra, ou seja, quantitativos superiores a 100%⁴⁶⁸. Todavia, reiteradas são as decisões que consideram a exigência de atestados comprovando mais de 50% do objeto da licitação irrazoáveis.⁴⁶⁹

O que se percebe de comum entre essas decisões é o estabelecimento, como critério objetivo de razoabilidade, do percentual de 50% do objeto a ser licitado⁴⁷⁰, o qual não é absoluto em razão do veto à Lei de Licitações.⁴⁷¹ Isso não exclui, entretanto, a possibilidade de análise de cada caso concreto e o conseqüente estabelecimento de percentuais superiores àquele, apenas coloca como condição para tanto que haja, por meio de expediente específico, a demonstração de pertinência dos percentuais.⁴⁷²

A mesma conclusão chegou o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, levando à edição de Súmula que estabelece como razoável quantitativos entre 50% e 60% do objeto a ser executado, com a possibilidade de, mediante motivação, alterar-se esse percentual.⁴⁷³

Assim, ausente a motivação, é considerada impertinente a exigência; presente a motivação, analisa-se a razoabilidade da exigência. A motivação passa a

⁴⁶⁸ TCU, Acórdão 1735/2009 – Plenário.

⁴⁶⁹ TCU, Acórdão 1993/2007 – Plenário; Acórdão 1523/2005 – Plenário; Acórdão 1871/2005 – Plenário e Acórdão 2656/2007 – Plenário.

⁴⁷⁰ “quando da fixação dos quantitativos mínimos já executados, não estabeleça percentuais mínimos acima de 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos dos itens de maior relevância da obra/serviço, salvo em casos excepcionais, cujas justificativas para tal extrapolação deverão estar tecnicamente explicitadas, ou no processo licitatório, previamente ao lançamento do respectivo Edital, ou no próprio Edital e seus anexos, em respeito ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal; inciso I do § 1º do art. 3º e inciso II do art. 30 da Lei nº 8.666/93.” (TCU, Acórdão 1284/2003 – Plenário).

⁴⁷¹ A impossibilidade de estabelecer-se uma vedação a exigências de quantitativos superiores a 50% é referida expressamente na decisão: TCU, Acórdão 515/2003 – Plenário..

⁴⁷² “[...] em cada caso concreto de licitação em que os editais estabeleçam quantitativos mínimos a serem comprovados por atestados de capacidade técnica, verifique e ateste, por meio de expediente anexado ao procedimento administrativo, a pertinência e a necessidade das exigências editalícias para que a administração tenha as garantias de que a futura contratada possui as condições técnicas para a boa execução dos serviços.” (TCU, Acórdão 1871/2005 – Plenário).

⁴⁷³ TCE/SP, SÚMULA nº 24 - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 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 justificado.

ser um critério tanto formal (a sua ausência implica na conclusão da impertinência da exigência de quantitativo), quanto material (com base na motivação verifica-se a razoabilidade).

d) somatório de atestados e número máximo de atestados

O Tribunal de Contas da União também tem restringido a atuação discricionária da Administração no que concerne à exigência de comprovação de habilitação sem que se possam somar os quantitativos de atestados. Assim, em uma das primeiras decisões sobre a matéria, o Tribunal de Contas afirmou tratar-se de cláusula ilegal, por restringir indevidamente a competição, aquela que veda o somatório de atestados para comprovação de prestação de serviço em postos de vigilância, ainda que os atestados se referissem a serviços prestados num mesmo período, mas para clientes diferentes.⁴⁷⁴

Essa decisão serviu de precedente para que o TCU firmasse entendimento considerando ilegal a vedação a somatório.⁴⁷⁵

A vedação à exigência de comprovação de experiência se mostra ainda mais justificável quando as partes do objeto licitado, em relação aos quais se quer fazer prova de capacidade, não guardem relação de dependência que as impeça de serem feitas separadas. É elucidativo a esse respeito o trecho do Acórdão 566/2006 do Plenário do Tribunal de Contas:

Minha impressão é de que a exigência é despropositada, pois não consigo entrever, por exemplo, relação de dependência entre os serviços de fundação e de estrutura do prédio, que justifique a necessidade de se demandar que a acumulação de conhecimento das respectivas técnicas solicitadas no edital tenha se dado dentro de um mesmo empreendimento. Muito menos entendo o motivo de se estender igual requisito aos sistemas de gerenciamento de energia, que, certamente, nada têm que ver com a fundação da obra ou a sua estrutura.

8. Também me parece desmedida a exigência. Uma das vertentes do princípio da proporcionalidade é a proibição de excesso. A Constituição Federal reconhece a prevalência dessa obrigação, especificamente em matéria de prova de capacidade de licitantes, ao assegurar, no art. 37, inciso XXI, que a administração 'somente permitirá as exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações'. Todavia, é perfeitamente dispensável a condição de que a experiência da licitante, em vários aspectos autônomos da obra, esteja toda reunida numa determinada empreitada, como quer a Fiocruz.⁴⁷⁶

⁴⁷⁴ TCU, Decisão 420/1996 – Plenário.

⁴⁷⁵ TCU, Acórdãos do Plenário nºs 394/2002, 1.025/2003, 1.730/2004, 1898/2006 e 170/2007.

⁴⁷⁶ TCU, Acórdão 566/2006 - Plenário.

Nessa mesma linha tem o Tribunal de Contas considerado ilegal a limitação da comprovação de experiência a um número máximo de atestados.⁴⁷⁷

Essas limitações à atuação discricionária da Administração cedem, entretanto, diante do caso concreto do mesmo modo que a limitação aos quantitativos: mediante a motivação da necessidade da exigência.⁴⁷⁸

Ou seja, exige-se que a Administração motive previamente a necessidade de determinada exigência, sob pena de não ser considerada uma exigência indispensável ao cumprimento da obrigação e, assim, contrária ao artigo 37, XXI da Constituição.

4.1.3.3 Visita Técnica

Por força do disposto no artigo 30, III, se considera faculdade discricionária da Administração exigir que os licitantes apresentem, juntamente com seu envelope de habilitação, atestado de visita técnica ao local em que serão prestados os serviços.⁴⁷⁹

As decisões mais recentes do Tribunal de Contas da União, entretanto, têm estabelecido limitações interessantes a essa exigência.

A primeira delas é no sentido de torná-la facultativa na hipótese de, para sua realização, criar-se um ônus financeiro ao licitante. Isso decorre do fato de que a visita passa a ser vista como um direito da licitante e não como uma condição a ser-lhe imposta.⁴⁸⁰

A segunda restrição é no sentido de impedir que as visitas técnicas somente sejam aceitas quando realizadas pelo responsável técnico do licitante que irá se responsabilizar pela execução do objeto da licitação. O fundamento para tanto, além do acima já referido – como se trata de um direito do licitante ela deve poder escolher a melhor forma de fazê-lo⁴⁸¹ – é de que, por força do artigo 30, § 1º, I, seria

⁴⁷⁷ TCU, Acórdãos do Plenário nºs 244/2003, 1.025/2003, 224/2006 e 1.230/2006.

⁴⁷⁸ TCU, Acórdão 2394/2007 – Plenário.

⁴⁷⁹ TCU, Decisão 682/1996 - Plenário; Decisão 783/2000 – Plenário e Acórdão 112/2007 – Plenário.

⁴⁸⁰ TCU, Acórdão 2477/2009 – Plenário e Acórdão 409/2006 – Plenário.

⁴⁸¹ TCU, Acórdão 874/2007 - Plenário.

ilegal exigir que o licitante mantenha vínculo com o responsável técnico antes da data de entrega das propostas.⁴⁸²

Por fim, a respeito da exigência de visita técnica é interessante destacar o Acórdão 1174/2008 do Plenário do Tribunal de Contas da União. A decisão foi no sentido de determinar que o DNIT passe a incluir em seus editais a possibilidade de substituição do atestado de visita por declaração formal assinada pelo responsável técnico de que tem pleno conhecimento das condições e peculiaridades inerentes à natureza dos trabalhos, assumindo total responsabilidade por esse fato e informando que não o utilizará para quaisquer questionamentos futuros que ensejem avenças técnicas ou financeiras com o órgão. O fundamento dessa determinação, além de considerar que não haveria amparo legal no artigo 30, III da Lei de Licitações – segundo entendimento do acórdão a exigência é de que tomou conhecimento das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação – é de que “tal exigência constrói um ambiente propício ao conluio, pois, como é sabido, o conhecimento prévio de todos os que participarão da licitação é um dos fatores principais para a combinação de propostas.”⁴⁸³

4.1.3.4 Requisito previsto em lei especial

O artigo 30, IV da Lei de Licitações estabelece a possibilidade de exigência de requisitos que estejam previstos em lei especial. A exigência, entretanto, não deve ser vista como uma faculdade, mas sim como um dever.

Esse foi o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em caso que envolvia a necessidade de autorização específica para a prestação do serviço objeto da licitação – operacionalização de conjunto penitenciário. Mesmo a Administração não tendo feito a exigência no edital, entendeu-se como correta a inabilitação do licitante, pois havia previsão específica em lei.⁴⁸⁴

Disso pode-se concluir claramente que não se encontra no âmbito de discricionariedade da administração a adoção de exigências previstas em leis

⁴⁸² TCU, Acórdão nº 2028/2006 - 1ª Câmara.

⁴⁸³ TCU, AC-1174-23/08-P, Sessão: 18/06/08, Grupo: I, Classe: VII, Relator: Ministro Ubiratan.

⁴⁸⁴ STJ, RMS 27922/BA, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009.

especiais, incumbindo-lhe apenas exigí-las.⁴⁸⁵ Não havendo a previsão, todavia, a exigência é ilegal.⁴⁸⁶

Deve-se cuidar, entretanto, para que essa abertura na Lei de Licitações, a qual prevê a inclusão de requisitos nela não previstos, não seja utilizada de forma incorreta. Ou seja, os requisitos previstos em lei especial devem guardar relação com a qualificação técnica, vedado assim, por exemplo, que se exija regularidade em relação às contribuições sindicais, por estar prevista na Consolidação das Leis Trabalhistas.⁴⁸⁷

Não há impedimento, entretanto, que as exigências estejam contidas em Leis Estaduais, tais como exigência de cadastramento em órgão ambiental estadual para exercício de determinada atividade.⁴⁸⁸

É com fundamento nesse dispositivo, que devem ser exigidos registros na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, na Polícia Federal e no Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, dentre outros, para o exercício de determinadas atividades.⁴⁸⁹

Como condição para que seja feita alguma exigência prevista em lei especial, deverá haver expressa menção no edital a respeito do que se exige, bem como da Lei que autoriza a exigência, sob o fundamento de necessidade de motivação dos atos administrativos⁴⁹⁰.

4.1.3.5 Propriedade e prévia localização de bens

⁴⁸⁵ Não se pode, todavia, concordar com os efeitos da decisão tomada. No caso se tratava de uma licitação do tipo técnica e preço, na qual as propostas de preço já haviam sido abertas, ou seja, fora superada a fase de habilitação, a fase de proposta técnica e os preços já eram de conhecimento de todos. Somente nesse momento a Administração verificou que uma das empresas deveria ser inabilitada por um requisito que sequer fora previsto no Edital. Desse modo, o correto, a fim de manter a impessoalidade da disputa, seria a anular a licitação pela deficiência do Edital, reiniciando-a após sanado seu vício. A licitação não pode ser um processo dado a surpresas, ainda mais se essa surpresa é causada por um “erro” da administração.

⁴⁸⁶ STJ, REsp 1190793/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 24/08/2010, DJe 08/09/2010.

⁴⁸⁷ TCU, Acórdão 2078/2007 – Segunda Câmara.

⁴⁸⁸ TCU, Acórdão 1908/2009 – Plenário.

⁴⁸⁹ TCU, Acórdão 2041/2010 – Plenário, Informações AC-0247-07/09-P, Sessão: 18/02/09, Grupo: I, Classe: VII, Relator: Ministro Augusto Sherman Cavalcanti.

⁴⁹⁰ TCU, Acórdão 597/2007 – Plenário.

O artigo 30, §6º da Lei de Licitações veda expressamente exigências relativas à propriedade e localização prévia de instalações, máquinas, equipamentos e pessoal técnico. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça tomou posição diametralmente oposta e considerou que se insere no âmbito da discricionariedade administrativa o estabelecimento de exigências de qualificação técnica, como a exigência de equipe técnica e aparelhamento previamente localizados.⁴⁹¹

Posteriormente, entretanto, o Superior Tribunal de Justiça parece ter corrigido o rumo desse posicionamento, afirmando que o fundamento dessa vedação legal repousa nos princípios da isonomia e da impessoalidade. Dessa forma, declarou ilegal cláusula editalícia que estabelecia a necessidade de comprovação de localização prévia de usina de asfalto. Desse modo se restringiria o caráter competitivo da licitação, ficando esse universo limitado àqueles – ou àquele – que estivessem localizados próximo do local em que seria executado o objeto.⁴⁹²

Não pode exigir-se que o Licitante tenha os equipamentos dentro do Estado e na época em que ocorrerá a licitação, sob pena de frustrar o caráter competitivo da certame. Também assim, não se pode exigir que, para a concessão de transporte coletivo municipal, a frota e garagem da empresa, as quais se submeterão à vistoria, devam estar no Município em que se localiza a licitação.

Sob o duplo fundamento de vedação legal e de necessidade de ampliar a concorrência, o Tribunal de Contas da União considera ilegal a exigência de localização prévia e propriedade de equipamentos.⁴⁹³

⁴⁹¹ STJ, AgRg na SS 1.397/MA, Rel. Ministro Edson Vidigal, Corte Especial, julgado em 25/10/2004, DJ 06/12/2004, p. 177. Em outra oportunidade o STJ, considerou legal a exigência de propriedade, entretanto da leitura do Acórdão percebe-se que a questão não foi enfrentada, limitando-se a fundamentação a referir a possibilidade de exigência de atestado técnico-operacional: STJ, REsp 268.000/AC, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, julgado em 05/09/2002, DJ 07/10/2002, p. 180.

⁴⁹² STJ, REsp 622.717/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 05/09/2006, DJ 05/10/2006, p. 239. Também considerando ilegal exigência de propriedade, mas sem análise do mérito: STJ, AgRg no REsp 649.015/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 04/11/2004, DJ 06/12/2004, p. 225.

⁴⁹³ Considerando ilegal cláusula exigindo localização de usina de asfalto dentro de determinado raio: TCU, Acórdão 608/2008 – Plenário. Considerando ilegal cláusula exigindo localização de usina de concreto dentro de determinado raio: TCU, Acórdão 2576/2008 - 1ª Câmara. Considerando ilegal a comprovação de propriedade dos bens: TCU, Acórdão 5900/2010 - Segunda Câmara. No âmbito do Tribunal de Contas de São Paulo foram editadas duas Súmulas sobre a matéria: SÚMULA nº 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; SÚMULA nº 16 - Em procedimento licitatório, é vedada a fixação de distância para usina de asfalto.

4.1.3.6 Exigências não previstas em lei

O rol de requisitos de habilitação contido nos artigos 27 a 31 da Lei de Licitações é exaustivo. Assim, qualquer exigência que ali não esteja prevista deve ser considerada ilegal. Com mais razão ainda quando a questão envolve requisitos de qualificação técnica, em virtude do § 5º do artigo 30 da Lei de Licitações vedar expressamente exigências nela não previstas, que inibam a participação na licitação.

Ainda assim há decisão do Superior Tribunal de Justiça julgando válidas exigências de requisitos não previstos em Lei, em nome do *interesse público no cumprimento das obrigações*. Com esse fundamento aceitou-se cláusula editalícia que exigia dos licitantes comprovação de serem representantes dos fabricantes no Brasil, para que pudessem participar de licitação para conserto de aeronaves.⁴⁹⁴

Entretanto, as decisões, tanto do Superior Tribunal de Justiça⁴⁹⁵, quanto do Tribunal de Contas da União têm sido no sentido de dar vigência à disposição legal vedando exigências sem previsão legal.

Em razão disso se tem considerado ilegal a exigência de certificações ISO e assemelhadas⁴⁹⁶ ou a participação em programas de qualidade⁴⁹⁷ como condição de qualificação técnica.

O caráter restritivo que se deve dar à discricionariedade da Administração no estabelecimento de requisitos de habilitação não significa impedir que se dê valor à qualidade dos produtos e serviços na licitação. Todavia, se a qualidade é relevante para a escolha, deverá ser utilizada licitação na modalidade técnica e preço, hipótese na qual requisitos como, por exemplo, as certificações poderão ser utilizadas como critério de pontuação.⁴⁹⁸

⁴⁹⁴ STJ, RMS 9687/PR, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, julgado em 12/06/2001, DJ 11/11/2002, p. 149.

⁴⁹⁵ STJ, REsp 316.755/RJ, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 07/06/2001, DJ 20/08/2001, p. 392.

⁴⁹⁶ TCU, Acórdão 2521/2008 – Plenário; TCU, Acórdão 1094/2004 – Plenário; TCU, Acórdão 300/2004 – Plenário. Assim também Súmula do TCE/SP, SÚMULA nº 17 - Em procedimento licitatório, não é permitido exigir-se, para fins de habilitação, certificações de qualidade ou quaisquer outras não previstas em lei.

⁴⁹⁷ TCU, Acórdão 2215/2008 – Plenário; TCU, Acórdão 4606/2010 - Segunda Câmara.

⁴⁹⁸ TCU, AC-1094-28/04-P, Sessão: 04/08/04, Grupo: I, Classe: VII, Rel. Ministro Augusto Sherman Cavalcanti.

4.1.4 Qualificação Econômico-Financeira

Dentre as exigências referentes à comprovação de qualificação econômico-financeira encontram-se margens claras para a discricionariedade administrativa. Basta, para confirmar essa afirmação, considerar-se uma licitação para compra de canetas e outra licitação para a construção de uma rodovia. As exigências necessárias para garantir o cumprimento da obrigação contratual são diferentes.

Acerca da discricionariedade da Administração em relação à qualificação econômico-financeira é fundamental o acórdão n. 402.711, do Superior Tribunal de Justiça, por tê-la reconhecido para fins de reduzir as exigências.⁴⁹⁹

4.1.4.1 Balanço Patrimonial

A exigência de apresentação de balanço patrimonial não gera maiores dificuldades. As questões que se apresentam dizem respeito à forma do documento, como, por exemplo, ausência de assinatura do sócio. Em tais situações tem-se entendido excesso de formalismo inabilitar licitantes que, porventura, venham a descumprir esse requisito.⁵⁰⁰ Todavia a questão diz muito mais com o julgamento da habilitação do que com o estabelecimento da exigência em si.

Discussão pertinente, conjuntamente ao estabelecimento de requisitos de habilitação e à apresentação de balanço patrimonial, diz respeito à participação de empresas que não tenham encerrado o seu primeiro exercício social antes do início da licitação. A dúvida surge em decorrência da Lei de Licitações referir em seu artigo 30, I que o balanço patrimonial a ser apresentado é aquele do último exercício, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios. Se a empresa não encerrou o seu primeiro exercício ela não possui ainda balanço.

⁴⁹⁹ STJ, REsp 402.711/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 11/06/2002, DJ 19/08/2002, p. 145.

⁵⁰⁰ STJ, MS 5.631/DF, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 13/05/1998, DJ 17/08/1998, p. 7; MS 5.693/DF, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Seção, julgado em 10/04/2000, DJ 22/05/2000, p. 62.

Antes que se diga que haveria uma vedação à participação de empresas recém constituídas, devem ser destacadas duas situações. Uma empresa que inicia suas atividades em dezembro de um ano e participa de uma licitação em janeiro do ano seguinte, de modo que com apenas um mês de atividade já é possível que ela possua balanço patrimonial. Uma empresa estabelece em seu contrato social que seu exercício encerra-se, diferentemente do ano fiscal, um mês antes da abertura de determinada licitação, situação que lhe permite elaborar seu balanço patrimonial para a participação na licitação. São duas hipóteses em que um licitante recém constituído poderia participar da licitação, apresentando o seu balanço patrimonial. Assim, não se está diante de uma vedação à participação de empresas recém constituídas.

O que se tem entendido, nesses casos, é que seja exigido, pela Administração, o balanço de abertura da empresa, a fim de que se possa fazer a análise da condição econômico-financeira do licitante.⁵⁰¹ Do contrário estar-se-ia admitindo uma restrição não prevista em Lei para a participação de licitante⁵⁰² e evitando a participação de um maior número de licitantes com a consequente diminuição da possibilidade de escolha da proposta mais vantajosa para a Administração.⁵⁰³

4.1.4.2 Exigência de capital social mínimo

Apesar de, em sede doutrinária, haver quem sustente com propriedade até mesmo a inconstitucionalidade da exigência de capital social mínimo⁵⁰⁴, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou pela legalidade da exigência.⁵⁰⁵

A lei estabelece como limite à discricionariedade da Administração para a exigência de capital social mínimo, 10% do valor estimado para a licitação.⁵⁰⁶ Deixe-

⁵⁰¹ O Tribunal de Contas do Estado do Pará editou a Resolução n. 16.845 Publicada no Diário Oficial do Estado nº 30.157 de 24 de março de 2004.

⁵⁰² TJRS, Apelação e Reexame Necessário nº 70002416519, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Arno Werlang, julgado em 12/06/2002.

⁵⁰³ TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70028039519, Vigésima Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, julgado em 19/12/2008.

⁵⁰⁴ Ver item 3.2.4.1.

⁵⁰⁵ STJ, MS 8.240/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 17/06/2002, DJ 02/09/2002, p. 141.

se claro que se a licitação ocorrer por itens a exigência de capital social mínimo de 10% do valor da licitação se refere a cada item⁵⁰⁷ ou lotes distintos.⁵⁰⁸

O Superior Tribunal de Justiça já considerou ilegal a exigência de percentual de capital social mínimo calculado sobre o valor total do contrato a ser celebrado. Todavia, no caso, o fundamento adotado foi de que não poderia a licitação ser feita considerando a contratação no prazo máximo de 60 meses, pois esse seria o prazo de duração do contrato com as renovações em caso de serviços contínuos.⁵⁰⁹ No entanto, o Tribunal de Contas da União considerou razoável exigência que, não estabelecida no percentual máximo, fosse calculada sobre o valor total do contrato.⁵¹⁰

Outro limite que se tem identificado é a impossibilidade de exigência de que o capital social já esteja integralizado. A limitação à exigência também é fundamentada na ausência de sua previsão legal e seu caráter restritivo.⁵¹¹

⁵⁰⁶ Apesar do limite legal expresso é possível encontrar na jurisprudência do Tribunal de Contas da União análise de situações nas quais a Administração viola o limite: TCU, Acórdão 2429/2008 - Primeira Câmara.

⁵⁰⁷ TCU, AC-0705-13/08-P, Sessão: 23/04/08, Grupo: I, Classe: I, Relator: Ministro Augusto Nardes.

⁵⁰⁸ TCU, Acórdão 1801/2008 – Plenário.

⁵⁰⁹ TCU, REsp 474.781/DF, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 08/04/2003, DJ 12/05/2003, p. 297.

⁵¹⁰ TCU, Acórdão 1105/2007 – Plenário.

⁵¹¹ TCU, Decisão 681/1998 - Plenário; Acórdão 113/2009 – Plenário; Acórdão 170/2007- TCU- Plenário.

4.1.4.3 Cumulação de exigência de capital social mínimo e apresentação de garantias

O Superior Tribunal de Justiça, analisando o artigo 31, § 2º da Lei de Licitações interpretou que o dispositivo, em razão da utilização da conjunção 'ou', impedia que a Administração cumulasse as exigências de apresentação de capital social mínimo e garantia de proposta.⁵¹²

Reafirmando esse limite, o Tribunal de Contas da União afirma que o dispositivo legal estabeleceu a discricionariedade da Administração para eleger como exigência aos licitantes a apresentação de capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo⁵¹³ ou garantia da proposta. Essas hipóteses não são cumulativas, mas permitem uma atuação discricionária da Administração na escolha da melhor forma de comprovar a qualificação econômico-financeira dos licitantes. Não podem ser utilizadas de forma concomitante, sob pena de transformar a discricionariedade legítima em arbitrariedade vedada por lei.⁵¹⁴ O legislador fez essa opção para evitar que fossem efetuadas imposições demasiadas, que porventura ensejassem a inibição do caráter competitivo do certame.⁵¹⁵

Entendimento diferente, entretanto, tem o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo tendo editado Súmula afirmando que a cumulação de referidas exigências encontra-se dentro da margem de discricionariedade da Administração.⁵¹⁶ O fundamento é que não haveria restrição ao caráter competitivo da licitação.⁵¹⁷

⁵¹² STJ, REsp 822.337/MS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 16/05/2006, DJ 01/06/2006, p. 168.

⁵¹³ O qual para comprovação basta a juntada do balanço, sendo inexigível a juntada de outros documentos. (STJ, REsp 575.159/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 23/03/2004, DJ 20/09/2004, p. 253).

⁵¹⁴ TCU, AC-0808-25/03-P, Sessão: 02/07/03, Grupo: I, Classe: VII, Rel. Ministro Benjamin Zymler.

⁵¹⁵ TCU, Decisão 681/98 – Plenário.

⁵¹⁶ SÚMULA Nº 27 - Em procedimento licitatório, a cumulação das exigências de caução de participação e de capital social mínimo insere-se no poder discricionário do administrador, respeitados os limites previstos na lei de regência.

⁵¹⁷ TCE/SP, TC 32002/026/05, Relator: Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, sentença em 28/10/2005.

4.1.4.4 Índices

Ao estabelecer que a análise da idoneidade econômico-financeira será realizada por meio de índices, a Lei de Licitações remete à discricionariedade da Administração tanto a escolha de quais índices utilizar, bem como os valores desses índices. Os limites legais expressos a essa exigência são relativos à vedação de índices de lucratividade e rentabilidade, bem como aqueles não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira. Além disso, há como limitação formal a necessidade de previsão no edital dos índices a serem utilizados, bem como existir justificativa para a sua adoção.

Apesar de haver necessidade de previsão no edital dos índices, o Superior Tribunal de Justiça já considerou legal a desclassificação de licitante com base em parecer de perito, sem que houvesse estabelecimento dos índices no ato convocatório.⁵¹⁸

Todavia a decisão destoa das demais nas quais se tem entendido por obrigatório tanto o prévio conhecimento dos índices pelos licitantes, quanto a motivação da escolha desses índices⁵¹⁹.

No âmbito do TCU pacificou-se entendimento de que a exigência de índices contábeis de liquidez deve estar justificada no processo da licitação, conter parâmetros atualizados de mercado e atender à complexidade da obra ou serviço, sendo inadequada a fixação de grau máximo de endividamento e vedado o uso de índice cuja fórmula inclua rentabilidade ou lucratividade da empresa.⁵²⁰

A fim de estabelecer critérios objetivos e previamente conhecidos, o Ministério de Administração, em 1995 publicou a Instrução Normativa MARE-GM nº 5/95 aplicável às licitações que envolvam os órgãos da Presidência da República, os

⁵¹⁸ STJ, RMS 7.772/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 17/08/1999, DJ 27/09/1999, p. 45.

⁵¹⁹ Afirmando que a previsão dos índices no edital é obrigatória, todavia se a administração torna público e de conhecimento de todos os licitantes os índices, a ausência de sua referência no edital é suprida. (STJ, REsp 613.262/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 01/06/2004, DJ 05/08/2004, p. 196). Considerando que para ser válida a exigência é necessária a motivação a respeito dos índices adotados, a qual não precisa estar contida no edital, mas no processo administrativo que lhe deu origem. (STJ, REsp 595.079/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22/09/2009, DJe 15/12/2009).

⁵²⁰ TCU, AC-2553-50/07-P, Sessão: 28/11/07, Grupo: I, Classe: VI, Relator: Ministro Benjamin Zymler; TCU, AC-0170-06/07-P, Sessão: 14/02/07, Grupo: I, Classe: VII, Relator: Ministro Valmir Campelo; TCU, AC-0402-07/08-P, Sessão: 12/03/08, Grupo: II, Classe: VII, Relator: Ministro Guilherme Palmeira.

Ministérios, as Autarquias e as Fundações. Nessa instrução normativa foram estabelecidos os índices que devem ser exigidos dos licitantes bem como seus respectivos valores.

4.2 CRITÉRIOS PARA CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE

4.2.1 Controle pelos Princípios

Os princípios não possuem *mandatos definitivos*, mas apenas *prima facie*. Logo, do fato que um princípio valha para um caso não se pode inferir que a aquilo que ele exige para este caso valha como resultado definitivo para outros.⁵²¹ Por si só isso é suficiente para dizer que não é possível, a priori, excluir quais princípios não incidem na solução do problema prático.

Todavia a análise das decisões indica aqueles princípios que têm uma incidência maior na solução dos casos que envolvem a fixação de requisitos de habilitação nas licitações. A partir das decisões também é possível verificar de que modo esses princípios limitam o estabelecimento de requisitos de habilitação.

4.2.1.1 Princípio da legalidade

É possível afirmar que o Princípio da Legalidade é aquele cuja aplicação é mais recorrente no controle da fixação de requisitos de habilitação.

Diante da configuração restritiva estabelecida pela Constituição em relação aos requisitos passíveis de exigência nas licitações a título de habilitação, bem como a estreita relação entre a discricionariedade – legitimação e limites – e legalidade, o princípio é aplicado com larga extensão limitadora da atividade administrativa,

⁵²¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 98.

determinando a vedação a requisitos que não estejam previstos expressamente na Lei n. 8.666/93.

Todavia o princípio tem sua extensão limitada em algumas oportunidades. Embora na maioria das situações ele seja utilizado de modo a interpretar restritivamente os requisitos passíveis de exigência, diminuindo a margem de discricionariedade da administração, há aquelas em que ele sofre ponderação para dar lugar ao interesse público, permitindo que requisitos não expressamente previstos sejam admitidos.⁵²²

4.2.1.2 Princípio da Publicidade

A principal aplicação do Princípio da Publicidade é a necessidade de que todos os requisitos estejam expressamente previstos no Edital. Da sua não previsão decorre a nulidade da exigência.

Questão interessante a respeito do Princípio da Publicidade, diz respeito à exigências que, apesar de legais, não estejam previstas expressamente. A solução à questão não se dá apenas pela aplicação do Princípio da Publicidade, mas também pelo Princípio da vinculação ao Edital de modo que, ou se dispensa a exigência e prossegue-se a licitação com os requisitos estabelecidos no Edital, ou, sendo imprescindível a exigência, anula-se o edital e publica-se um novo constando a exigência necessária.

⁵²² Marçal Justen Filho, por exemplo, admite expressamente, após ter alterado o seu posicionamento sobre a exigência, que a lei proibindo providências necessárias a salvaguardar o interesse do Estado seria inconstitucional. Assim, ainda que entenda que a interpretação “mais lógica” da legislação seja de que a exigência é vedada o Princípio da República a permitiria (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p.326-330). Essa ‘ponderação’ de princípios, entretanto, não aparece explícita na maioria dos autores, pois procuram identificar que há permissão legal para a exigência. Todavia é inegável que eles admitem uma interpretação restritiva da liberdade da administração para estabelecer requisitos de habilitação – limitando a margem de liberdade àquilo que esta expressamente previsto na lei – todavia no que diz respeito a essa específica exigência fazem uma interpretação ampliativa da liberdade a administração.

4.2.1.3 Princípio da Igualdade

O Princípio da Igualdade é um dos motivos para realização da licitação, de modo que nele se encontra o fundamento para outros princípios especificamente incidentes nas licitações, como por exemplo, o Princípio do Julgamento Objetivo. De forma geral, nas licitações, esse Princípio tanto impede que sejam estabelecidas exigências em prol de algum licitante em detrimento de outro, como impede que o julgamento da habilitação favoreça algum dos licitantes. Especificamente para o objeto deste estudo importa essa primeira característica, que diz respeito ao próprio estabelecimento da exigência.

A sua aplicação, em conjunto com o Princípio da Impessoalidade, implica na nulidade de cláusulas que tenham a potencialidade de direcionar a licitação para algum candidato, ainda que isso não ocorra de modo intencional.⁵²³

4.2.1.4 Princípio da Moralidade

O Princípio da Moralidade surge comumente atrelado a violações ao Princípio da Igualdade e assim também às finalidades da licitação⁵²⁴.

Desse modo é usado de como argumento adicional a fim de demonstrar alguma restrição que possa ter sido causada em decorrência da fixação de determinado requisito de habilitação.

O Princípio da Moralidade também é referido quando violado algum dever ético que é capaz de viciar a licitação.

⁵²³ A violação à igualdade não precisa estar fundada na má-fé, mas na preferência de um concorrente em relação ao outro. (SOARES, Mario Nunes. Licitação Nula por Inobservância ao Princípio da Igualdade. **Revista da Consultoria Geral [do Estado do Rio Grande do Sul]**, Porto Alegre, v. 7, n. 18, p. 201-206, 1977. p. 203).

⁵²⁴ TCU, AC-2725-38/10-P, Sessão: 13/10/10, Grupo: II Classe: VII, Relator: Ministro Valmir Campelo.

4.2.1.5 Princípio da Probidade Administrativa

O princípio da Probidade Administrativa é também relacionado a violações ao Princípio da Igualdade com o direcionamento das licitações. Desse modo pode ser considerado como um limite às cláusulas que restrinjam o caráter competitivo da licitação.

Todavia as limitações que possam ser inferidas a partir do Princípio da Probidade Administrativa já seriam decorrentes do Princípio da Igualdade, ou seja, cláusulas que violem a igualdade são nulas.

4.2.1.6 Princípio da Impessoalidade

Outro Princípio apontado como desdobramento da igualdade, a Impessoalidade no que diz respeito aos requisitos de habilitação veda o estabelecimento de cláusulas que violem as finalidades da licitação.

Aparece como sinônimo de tratamento isonômico e de igualdade.⁵²⁵ Veda estabelecimento de requisitos que possam ser analisados de forma subjetiva.⁵²⁶

4.2.1.7 Princípio da Vinculação ao instrumento convocatório

O Princípio da Vinculação ao instrumento convocatório se presta muito mais a exigir uma conduta da administração na fase de julgamento dos requisitos de habilitação do que propriamente estabelecendo limitações à discricionariedade para fixar esses requisitos.

Ainda assim merece destaque por dizer respeito propriamente ao estabelecimento dos requisitos de habilitação, o Princípio da Vinculação, como

⁵²⁵ TCU, AC-1977-36/08-P, Sessão: 10/09/08, Grupo: I, Classe: VII, Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça.

⁵²⁶ TCU, AC-2437-46/08-P, Sessão: 05/11/08, Grupo: I, Classe: V, Relator: Ministro Aroldo Cedraz.

desdobramento do Princípio da Publicidade, impede que sejam cobradas dos licitantes quaisquer exigências que não se encontrem previstas no instrumento convocatório.

4.2.1.8 Princípio da Eficiência

O Princípio da Eficiência é apresentado pela jurisprudência principalmente como sinônimo de economicidade. Ora se apresenta como o dever de aumentar a concorrência para propiciar uma maior competitividade e redução de custos⁵²⁷ evitando requisitos que restrinjam a competição; ora se apresenta como dever da Administração em garantir que o objeto do contrato, oriundo da licitação, será realmente cumprido, servindo nesse caso para justificar exigências mais restritivas da competição.⁵²⁸

4.2.1.9 Princípio da Promoção do Desenvolvimento Nacional

O fato de o Princípio Promoção do Desenvolvimento Nacional ser relativamente novo⁵²⁹ impede que se possa afirmar com segurança de que modo ele servirá para estabelecer limitações à Administração em relação aos requisitos de habilitação.

Em princípio a alteração legislativa não atingiu seção a respeito da habilitação dos licitantes. Todavia, por meio das alterações, criou-se a faculdade de a Administração restringir determinadas licitações a licitantes que desenvolvam a tecnologia no Brasil – em especial parágrafo 12º do artigo 3º da Lei n. 8.666/93. Ou seja, seria possível a exclusão da licitação de licitantes que não se enquadrem na determinação legal.

⁵²⁷ TCU, AC-2138-48/05-P, Sessão: 07/12/05, Grupo: II, Classe: I, Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues e TCU, AC-2346-47/07-P, Sessão: 07/11/07, Grupo: I, Classe: V, Relator: Ministro Augusto Nardes.

⁵²⁸ TCU, AC-0346-09/07-P, Sessão: 14/03/07, Grupo: I, Classe: V, Relator: Ministro Ubiratan Aguiar.

⁵²⁹ Conforme já referido, foi inserido na legislação, inicialmente pela MP n. 495 de julho de 2010, e definitivamente pela Lei n. 12349 de dezembro de 2010.

A natureza dessa exclusão, entretanto, não é definida pela lei. No Pregão n. 18/2010, procedido pela Telebrás⁵³⁰, a empresa que não demonstrou o atendimento das exigências teve a sua proposta desclassificada, todavia não foi considerada inabilitada, ainda que a documentação não diga respeito diretamente à proposta, mas a sua qualificação.

4.2.1.10 Princípio da Seleção da Proposta mais Vantajosa

A aplicação do Princípio da seleção da proposta mais vantajosa se dá de maneira mais intensa quando se está diante do julgamento das propostas. Entretanto ele também é apontado como justificativa adicional para evitar cláusulas que restrinjam o caráter competitivo da licitação e que, desse modo, não propiciem que um número maior de licitantes seja capaz de ter suas propostas analisadas.

4.2.1.11 Princípio do Julgamento Objetivo

Outro princípio que tem aplicação mais intensa quando se está diante da fase de julgamento, seja das propostas, seja da habilitação, se presta para justificar a necessidade de que todas as exigências estejam previstas no instrumento convocatório, sob pena de ser possível um julgamento subjetivo e, como tal, violador da igualdade e da impessoalidade, por exemplo.

⁵³⁰ Pregão Eletrônico para registro de preços Nº 08/2010-TB da Telebrás, referente ao Plano Nacional da Banda Larga. A série de licitações realizadas pela Telebrás para o Plano Nacional da Banda Larga são as primeiras em que se valeu da alteração legislativa.

4.2.1.12 Princípio não expressos – razoabilidade e proporcionalidade

Dentre os Princípios não expressos são de suma relevância a razoabilidade e a proporcionalidade. A aplicação é feita de modo a se verificar a razoabilidade da exigência de habilitação em confronto com o objeto da licitação, ou ainda a relação de necessidade, adequação e proporcionalidade da exigência em relação à finalidade que ela visa, dado determinado objeto.

4.2.1.13 Apreciação Crítica do Controle pelos Princípios

A aplicação de princípios pressupõe uma especificação ao máximo dos fins que, em razão daqueles, devem ser promovidos. Quanto menos específico for o fim menos controlável será a sua realização.⁵³¹

A profusão de princípios incidentes sobre a atividade administrativa implica, por um lado, a repetição de princípios com conteúdos similares, se não idênticos, e sem uma delimitação específica do fim a ser promovido em decorrência da aplicação dos princípios.

O que se percebe da utilização de princípios como controle dos requisitos de habilitação é a sua utilização como elementos retóricos, sem um conteúdo delimitado, ou uma finalidade especificada. A tal ponto que um mesmo princípio pode ser utilizado retoricamente para justificar posições antagônicas – vide o exemplo da economicidade.

Para uma aplicação mais proveitosa do controle da atividade da administração por meio dos princípios, se faz necessário um aprofundamento de seu estudo de modo a tentar delimitar os fins que cada um deles determina a consecução.

Ainda assim, no controle do estabelecimento de requisitos de habilitação em licitações são de extrema valia os Princípios da Legalidade, – determinando a observância dos requisitos estabelecidos em lei – da Publicidade, – vedando que

⁵³¹ AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 92.

sejam exigidos requisitos não expressamente previstos no instrumento convocatório – e da Igualdade. De mesmo modo merecem especial atenção os princípios/postulados da Razoabilidade e Proporcionalidade principalmente na análise das razões que levaram à fixação dos requisitos de habilitação no exercício de competência discricionária.

4.2.2 Técnicas de Controle da Discricionariedade na fixação de Requisitos de Habilitação

A partir das decisões é possível identificar algumas técnicas ou meios de análise dos requisitos de habilitação, que podem auxiliar na verificação de ilegalidades porventura existentes.

4.2.2.1 Aplicação do Princípio da Legalidade e interpretação restritiva das exigências legais

Historicamente o primeiro limite que a discricionariedade recebe é a lei. Essa limitação se dá sob dois aspectos. Um que é de legitimação, pois somente há discricionariedade na hipótese de haver previsão legal para tanto. Outro de restrição, porque a discricionariedade somente pode ser exercida no limite em que é previsto pela norma. Trata-se de um controle de legalidade da atuação administrativa.

O estudo dos casos concretos, na sua maior parte, leva à confirmação desse limite.

A Constituição, ao prescrever que nas licitações somente serão permitidas exigências de habilitação indispensáveis à garantia do cumprimento da obrigação, dita um caráter ainda mais restritivo à atuação discricionária. Essa limitação se completa pelo elenco de documentação trazido nos artigos 27 a 31 da Lei de Licitações.

Desse modo o primeiro critério a ser utilizado para examinar se as exigências estabelecidas pela Administração são pertinentes, é o da legalidade

estrita. Ou seja, é necessário que as exigências contidas no ato convocatório da licitação encontrem previsão nos artigos da Lei de Licitações.

Não basta, entretanto, a possibilidade de recondução da exigência à finalidade do artigo legal, sendo necessária a sua previsão expressa na Lei.⁵³² Com exceção daquelas exigências que se refiram à qualificação técnica e estejam previstas em lei especial, as demais precisam estar expressamente permitidas em lei.

4.2.2.2 Controle formal de motivação

A análise dos casos em que o estabelecimento de exigências de habilitação pressupõe a atuação discricionária tem apresentado como limite, num primeiro momento formal, a essa atuação a necessidade de motivação da exigência.

Diz-se formal, pois a verificação é apenas da existência de motivação e não do seu conteúdo.

Assim, por exemplo, se a Administração pretende estabelecer um determinado índice para avaliar a capacidade econômico-financeira do licitante, ou se pretende estabelecer uma determinada parcela como de maior relevância é imperativo que apresente a motivação dessa exigência, ao menos no processo que acompanha a fase interna da licitação.

A ausência de motivação implica na ilegalidade da exigência por impedir que se possa fazer uma análise de ser a exigência indispensável ao cumprimento do objeto contratual.

4.2.2.3 Controle material de motivação

⁵³² Como visto, são consideradas ilegais exigências de certidões negativas de protesto e de ações cíveis como prova de idoneidade econômico-financeira, de Certificados de Qualidade para comprovação de qualificação técnica.

A Constituição instituiu como limite às exigências de habilitação em licitações que essas sejam indispensáveis ao cumprimento do objeto contratual. Ocorre que a constatação se dada exigência é indispensável ou não ocorre por meio da análise dos motivos que determinaram o seu estabelecimento.

Assim por exemplo, é a partir da motivação de uma dada exigência que deve ser feita a análise de sua razoabilidade em relação ao objeto da licitação, técnica que a jurisprudência, principalmente do Tribunal de Contas da União, tem considerado como fundamental.

As decisões costumam fazer referência à necessidade de “pertinência”, “relevância”, “adequação” das exigências de habilitação em relação ao objeto da licitação. Considerando os estudos atuais a respeito do postulado da proporcionalidade, pode-se afirmar que se tem feito, ainda que de forma não completa, o controle de proporcionalidade por meio dos seus três sub-princípios, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Não se pode negar, todavia, que o controle material de motivação é complexo e deve ser feito com cuidado, pois ele diz respeito ao próprio mérito das escolhas administrativas. E, ao tentar controlar os excessos nessas escolhas, não se pode negar a existência de uma margem de discricionariedade para a administração.

Imperioso admitir que o controle material da motivação dos requisitos de habilitação é tormentoso, além de esbarrar, na já referida tendência do Judiciário em negar-se a analisar o mérito dos atos discricionários.

4.2.2.4 Auto-vinculação da Administração

O estabelecimento de exigências de habilitação em uma licitação pressupõe a análise de um determinado objeto a ser licitado e a valoração a respeito daquilo que é indispensável para garantir o cumprimento desse objeto. Por exemplo, para a construção da pista de um aeroporto, a administração precisa estabelecer as parcelas de maior relevância, para em relação a elas exigir os atestados técnicos. Para chegar a essa conclusão verifica todas as atividades que precisarão ser

executadas, como a roçada do terreno, a pintura da pista, a instalação de bueiros, a terraplenagem, o asfalto etc. Uma vez identificadas essas parcelas a Administração precisa valorar aquelas cuja comprovação de qualificação técnica é indispensável para garantir a execução do objeto e, em relação a elas, exigir os atestados técnicos.

Uma vez estabelecidas as parcelas de maior relevância, e estando essa escolha motivada, há a possibilidade de verificar-se a proporcionalidade da exigência, conforme referido no tópico anterior.

Mais do que isso, essa valoração feita pela Administração deverá servir como parâmetro e limite para a fixação de requisitos de habilitação nas demais licitações a serem procedidas pela Administração.

Trata-se da aplicação da auto-vinculação da Administração como limitador da discricionariedade administrativa⁵³³ e decorre impossibilidade de dar a casos iguais tratamentos desiguais.⁵³⁴

A sua aplicação pressupõe a comparação dos requisitos estabelecidos pela Administração em uma determinada licitação com requisitos estabelecidos para outras licitações de mesmo objeto, tendo como consequência a vinculação da Administração aos seus critérios previamente estabelecidos.

A principal vantagem na aplicação desse limite é a desnecessidade de adentrar-se diretamente no mérito da escolha administrativa, sendo necessária apenas a comparação entre as escolhas já realizadas. Como consequência direta da sua aplicação se tem o impedimento de que os requisitos sejam estabelecidos de maneira arbitrária e com o propósito de direcionar a licitação para que apenas específicas empresas sejam capazes de participar do certame.

O Superior Tribunal de Justiça já deixou de utilizar essa forma de controle por entender que (i) não havia pertinência entre as duas licitações (construção de um aeroporto na licitação que não se exigiu o atestado técnico operacional e extensão da pista de aeroporto em licitação na qual se exigiu atestado) e que (ii) a

⁵³³ SOUSA, Antônio Francisco de. **Conceitos Indeterminados em Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 232.

⁵³⁴ MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. 14. ed. Tradução Dr. Luís Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006. p. 151.

Administração tem o poder-dever de “expungir do ordenamento os atos que conflitam com a lei”.⁵³⁵

O primeiro dos fundamentos é relevante para a não aplicação do controle ora proposto, pois se não há identidade entre as licitações, a comparação resta prejudicada principalmente em relação às exigências de qualificação técnica. Todavia, ainda assim, licitações de mesmo porte podem ser comparadas em relação aos requisitos de qualificação econômico-financeira. Além disso, os requisitos de habilitação jurídica e regularidade fiscal podem ser comparados independentemente do objeto das licitações, pois, conforme analisado anteriormente, podem exprimir um juízo da administração, mas não guardam relação direta com o objeto licitado.

Em relação ao segundo fundamento este deve ser analisado com cuidado. Ele seria válido se as exigências estabelecidas para a primeira licitação se mostraram insuficientes para garantir o cumprimento do objeto daquela licitação. Assim, a Administração teria o dever de aumentar as exigências de modo a garantir a determinação da Constituição. Entretanto, se com menos exigências foi possível selecionar licitante capaz de cumprir o objeto contratual, aumentar as exigências não significa “expungir do ordenamento os atos que conflitam com a lei”, mas criar requisito que conflita com a própria Constituição.

O controle pelo Princípio da Igualdade vem sendo exercido em algumas oportunidades pelo Tribunal de Contas da União. Ainda que não apareça como fundamento único para declarar a ilegalidade de determinada exigência, o controle pelo Princípio da Igualdade auxilia na constatação da violação ao caráter competitivo da licitação.⁵³⁶

Entretanto esse controle de comparação deve ser aplicado com cuidado, sendo utilizado como mais um elemento que possa caracterizar uma possível utilização de cláusulas que acabem por limitar a competição.

⁵³⁵ STJ, AgRg na SS .632/DF, Rel. Ministro Antônio De Pádua Ribeiro, Corte Especial, julgado em 06/05/1998, DJ 22/06/1998, p. 1.

⁵³⁶ TCU, Acórdão 1771/2007 – Plenário e Acórdão 1636/2007 - Plenário

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do presente estudo foram sendo pontualmente apresentadas as conclusões que iam sendo obtidas. Nesse momento é oportuno recapitular aquelas mais relevantes ao objeto de estudo.

1. Em que pese a ausência de um conceito uníssono sobre discricionariedade administrativa, na doutrina ela está relacionada com a margem de liberdade conferida por lei ao administrador para conformar a determinação legal à necessidade real, sem violar o direito. Por estar, portanto, diretamente relacionada com uma autorização legal de atuação não pode ser presumida, nem decorre de falhas legais. Além disso, por estar vinculada ao direito encontra as suas limitações tanto na lei quanto nos princípios jurídicos.

Na doutrina brasileira entende-se dentro dessa margem de liberdade e, portanto, confundindo-se com a discricionariedade administrativa, a atuação decorrente da aplicação de conceitos indeterminados, que pela sua indeterminação não seriam passíveis de revisão ampla pelo Judiciário. Todavia, entende-se que essa liberdade somente pode ser considerada existente, nas hipóteses em que, da utilização de conceitos indeterminados, a atuação da administração possa variar de acordo com a situação concreta, do contrário não se estará diante de discricionariedade, mas de mera interpretação, que com aquela não se confunde.

2. O ordenamento jurídico brasileiro optou por um amplo regramento a respeito das licitações e, em especial, a respeito dos requisitos que podem ser exigidos dos licitantes que tenham por intuito contratar com a Administração. Nesse sentido a Constituição não apenas determinou a obrigatoriedade da licitação, como regra, mas também trouxe normas específicas a respeito da habilitação em licitações, estabelecendo os princípios que devem ser obedecidos quando da atuação administrativa. Porém o texto constitucional não se limita a esse contexto. A Constituição determinou que somente se pode exigir dos licitantes requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira indispensáveis a garantir o cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

Essas limitações à discricionariedade administrativa na previsão de requisitos de habilitação se estendem na Lei n. 8.666/93. O texto legal estabelece que os requisitos de habilitação limitam-se a quatro espécies: habilitação jurídica,

regularidade fiscal, qualificação técnica e qualificação econômico-financeira. Também há previsão da exigência de uma declaração de não emprego de menores.

Além disso, a Lei n. 8.666/93 traz um amplo regramento a respeito de cada uma dessas espécies, especificando os documentos referentes a cada uma delas.

3. A partir da análise constitucional verifica-se que foi estabelecida regra restritiva à discricionariedade administrativa para a previsão de requisitos de habilitação em licitações, limitada apenas ao mínimo indispensável.

Em razão de haver na norma constitucional referência apenas a requisitos de qualificação técnica e qualificação econômico-financeira, surge discussão a respeito de se requisitos que não se enquadrem dentre esses seriam constitucionais. Considerando que a regra de restrição ao mínimo indispensável deveria ser observada para a elaboração da legislação sobre licitações, entende-se ainda que os requisitos de habilitação jurídica possam ser considerados indispensáveis, pois aquele que não tem capacidade jurídica não pode assumir obrigações; o mesmo não pode ser dito em relação à regularidade fiscal, pois esta, salvo se de tal monta que seja capaz de criar incapacidade financeira no licitante, não guarda pertinência com a execução da licitação. Além disso, no caso da exceção a incapacidade financeira em razão de débitos não é exclusividade daqueles fiscais, e o seu controle se dá por meio dos requisitos de qualificação econômico-financeira. Em síntese, não se poderia exigir requisitos de habilitação referentes à regularidade fiscal em razão do ordenamento jurídico.

Além disso, a Constituição estabeleceu inúmeros princípios que devem ser observados pela Administração, de modo geral, e que se aplicam às licitações. A Lei de Licitações, por sua vez, repetiu parte dos princípios constitucionais e acrescentou outros.

Diante da vinculação da Administração a essa profusão de princípios seria de se imaginar uma maior restrição à discricionariedade, todavia, a grande quantidade de princípios incidentes sobre a matéria – ao ponto de na própria lei o princípio da igualdade ser mencionado em duas oportunidades no mesmo artigo (o artigo 3º da Lei de Licitações refere o princípio da isonomia e da igualdade) – e a ausência de uma clara delimitação do conteúdo desses princípios dificulta que se construa um sistema de controle da discricionariedade a partir deles. Mesmo assim não pode ser afastada a sua relevância na solução de problemas práticos.

São as regras específicas a respeito da habilitação estabelecidas na Lei n. 8.666/93 que dão os reais contornos da discricionariedade administrativa na matéria, pois são elas que estabelecem os campos em que há uma maior ou menor discricionariedade.

Sem que se repitam todas as limitações que foram verificadas ao longo do estudo é importante salientar o caráter exaustivo da Lei, que veda a criação de exigências nela não previstas, com a exceção daquelas referentes à qualificação técnica e que estejam previstas em lei especial. Por se tratar de um limite máximo, há a discricionariedade para a administração deixar de exigir aqueles documentos que entenda não serem pertinentes.

Também deve ser considerado que nas hipóteses em que a exigência não possa variar de acordo com o objeto da licitação não se pode considerar existente a discricionariedade administrativa. Nesses casos temos mera interpretação de dispositivo legal, em relação à qual o Judiciário tem ampla competência para correção.

4. Os princípios exercem limitação à discricionariedade e, em razão disso, servem como forma de controle da atividade discricionária. Todavia a ausência de uma delimitação conceitual, ou de uma especificação máxima dos fins que devem ser realizáveis dificulta a sua aplicação. Essa dificuldade de aplicação se verifica na jurisprudência que, muitas vezes, aplica os princípios sem que haja a sua delimitação, mas como se dos princípios decorresse um conteúdo implícito. A consequência é que em algumas situações o mesmo princípio justifica posições antagônicas.

Ainda assim, no controle do estabelecimento de requisitos de habilitação em licitações são de extrema valia os princípios da Legalidade, – determinando a observância dos requisitos estabelecidos em lei – da Publicidade, – vedando que sejam exigidos requisitos não expressamente previstos no instrumento convocatório – e da Igualdade. De mesmo modo merecem especial atenção os princípios/postulados da Razoabilidade e Proporcionalidade principalmente na análise das razões que levaram à fixação dos requisitos de habilitação no exercício de competência discricionária.

Além disso, do controle exercido em relação à atividade discricionária da administração no estabelecimento de requisitos de habilitação pode-se afirmar que,

apesar de ser em determinados momentos vacilante, com decisões contraditórias, é possível identificar algumas técnicas de controle comuns.

A primeira delas decorre do Princípio da Legalidade e, principalmente, da estrutura normativa acerca da matéria que restringe as exigências àquelas especificamente previstas, ou não vedadas, em lei. Ou seja, é verificado se dada exigência encontra previsão na legislação.

A segunda delas, que se chamou de controle formal de motivação, e a qual se mostrou mais comum por parte dos Tribunais de Contas, analisa a existência de motivação explícita da Administração a respeito daquelas exigências que tenham cunho discricionário. Assim, por exemplo, a necessidade de existência de motivação para a fixação de um índice econômico a ser cobrado em relação ao balanço das licitantes, a necessidade de motivação a respeito da escolha das parcelas de maior relevância. Diz-se formal, pois a análise apenas verifica a existência de motivação. Estando ausente a motivação entende-se como ilegal a exigência.

A terceira forma de controle decorre da própria motivação apresentada. É por meio dessa forma de controle que se verifica se um requisito estabelecido pela Administração não viola os princípios aos quais deve guardar obediência.

A quarta forma de controle utiliza como premissa a comparação entre licitações de mesmo objeto, já realizadas pela Administração. Trata-se da auto-vinculação da administração. Uma vez que a Administração já estabeleceu discricionariamente para um específico objeto os requisitos que precisam ser exigidos dos licitantes a fim de garantir o cumprimento da execução, a alteração desses requisitos somente pode ser feita se houver uma razão devidamente fundamentada, ou mediante demonstração de que o objeto é diverso. Assim evita-se que os requisitos sejam estabelecidos de maneira arbitrária, evita-se que os requisitos de habilitação sejam escolhidos não de acordo com o objeto, mas de acordo com os licitantes. Essa forma de controle deve ser aplicada com cuidado e não de modo absoluto, cuidando para não desconsiderar eventuais diferenças entre os objetos licitados que justifiquem a adoção de diferentes critérios.

REFERÊNCIAS

- ABREU, João Leitão de. A Discrção Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 17, p. 10-22, jul./set. 1949.
- ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Barcelona: Bosch, 1970. t. 1.
- ALESSI, Renato. **Principi di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffre, 1966.
- ALESSI, Renato. **Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano**. 2. ed. Milão: Giufre, 1958.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudos Constitucionales, 1997.
- ALVIM, Eduardo Arruda; BUENO, Cássio Scarpinella. Fixação de cláusulas editalícias em Licitação: algumas considerações. In: VERRI Jr, Armando;
- TAVOLARO, Luiz Antonio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Licitações e Contratos Administrativos**: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Dispensa de Licitação por Emergência. In: _____. **Comentando as Licitações Públicas**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2002. (Série Grandes Nomes, n. 3)
- ATALIBA, Geraldo. Licitação: Acervo ou cabedal técnico e engenharia. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 8, n. 41/42, p. 127-143, jan./jun. 1977.
- ATALIBA, Geraldo. Princípio constitucional da isonomia – favorecimento de licitante é causa de nulidade – lei que define crime de responsabilidade dos prefeitos – publicidade das licitações. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 4, n. 17, jul./set. 1971.
- AVILA, Humberto. Imposto sobre a Circulação de Mercadorias: ICMS. Substituição Tributária. Base de Cálculo. Pauta Fiscal. Preço Máximo ao Consumidor. Diferença Constante entre o Preço usualmente Praticado e o Preço Constante da Pauta ou o Preço Máximo ao Consumidor Sugerido pelo Fabricante. Exame da

Constitucionalidade. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, v. 123, p. 122-134, dez. 2005.

AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, Ruy. **A Constituição e os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlantida, [1893].

BARROS JUNIOR, Carlos S. Concorrência Pública. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 80, p. 395-403, abr./jun. 1965.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988: arts. 37 a 43. São Paulo: Saraiva, 1992. v.3, t.3.

BAUMGARTEN, Erico. **Direito Administrativo**: Pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Roteiro Prático das Licitações**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 1997.

BONATTO, Hamilton. **Licitações e Contratos de Obras e Serviços de Engenharia**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 out. 2010.

BRASIL. **Decreto nº 73.140, de 9 de novembro de 1973**. Regulamenta as licitações e os contratos, relativos a obras e serviços de engenharia, e dá outras providências. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=73140&tipo_norma=DEC&data=19731109&link=s>. Acesso em: 24 out. 2010.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986**. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm>. Acesso em: 24 out. 2010.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 24 out. 2010.

BRASIL. **Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894**. Completa a organização da Justiça Federal da República (sic). Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=62633>>. Acesso em: 02 set. 2008.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2010.

BRAZ, Petrônio, **Processo de Licitação**: contato administrativo e sanção penal. São Paulo: Livraria de Direito, 1995.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Perfil Constitucional da Licitação**. Curitiba: Znt Editora, 1997.

CABRAL, Armando Henrique Dias. Documentos Exigíveis para Habilitação em Licitações. **Revista da Consultoria Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]**, Porto Alegre, v. 10, n. 27, p. 119-123, 1980.

CABRAL, P. G. T. Veiga. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1859.

CADEMARTORI, Luis Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CAETANO, Marcelo José das Neves Alves. **Manual de Direito Administrativo**. 10. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 1980.

CAMPAZ, Walter. Discricionariedade. **Justitia**, São Paulo, v. 97, p. 139-151, abr./jun. 1977.

CASTRO, José Nilo de; MAYRINKI, Cristina Padovani; NORATO, Ester Camila Gomes. Possibilidade de inclusão de cláusula em edital de licitação, exigindo compatibilidade entre o objeto do contrato social da empresa licitante e o objeto do contrato administrativo sobre o qual versa a licitação (parecer). **Revista Brasileira de Direito Municipal**, Belo Horizonte, v. 7, n. 22, p.85-93, out./dez. 2006.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Do Poder Discricionário. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 101, p. 1-23, jul./set. 1970.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Instituições de Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Freitas Bastos, 1936.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 29, p. 79-108, jun. 1988.

COUTO E SILVA, Almiro do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 179/180. p. 51-67, jan./jun. 1990.

COUTO E SILVA, Almiro do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 93-106, dez. 2003.

COUTO E SILVA, Almiro do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 179/180. p. 51-67, jan./jun. 1990.

COUTO E SILVA, Almiro do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 93-106, dez. 2003.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípio da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 20, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 13-31, dez. 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. 4.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Das Licitações Públicas**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CRUZ, Alcides. **Noções de Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Germano Gundlach & Comp., 1910.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da Licitação**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 5, n. 17, p. 75-96, abr./jun. 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

DIZ, Nelson Nascimento. Licitação: Capacidade técnica. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 5, n. 19, p. 83-89, jan./mar. 1972.

DROMI, Jose Roberto. Contratação Administrativa. **Revista da Consultoria Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]**, Porto Alegre, v. 9, n. 23, p. 27-45, 1979.

ESCOBAR, J. C. Mariense. **Licitação Teoria e Prática**. 3. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ESCOBAR, J. C. Mariense. **Licitação Teoria e Prática**. 4. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

FAGUNDES, M. Seabra. **Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FAGUNDES, M. Seabra. Igualdade dos Licitantes. Critérios de Julgamento. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 10, n. 51/52, p. 45-51, jul./dez. 1979.

FAGUNDES, M. Seabra. Licitação – Formalidade – Evitação da discricionariedade no julgamento. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 19, n. 78, p. 78-79, abr./jun. 1986.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Medida Provisória nº 495/2010: alterações nas licitações e contratos. **Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, v. 9, n. 105, set. 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Direitos dos Licitantes**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

FIORINI, Bartolomé A. **La Discricionalidad en la Administracion Publica**. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1952.

FIORINI, Bartolomé; MATTA Ismael. **Licitacion Publica**: seleccion del contratista estatal. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972.

FLEINER, Fritz. **Derecho Administrativo**. Tradução Sabino A. Gendin. Barcelona: Editorial Labor, 1933.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. A Licitação e seus princípios. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 8, nov./jan. 2006/2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-8-NOVEMBRO-2006-WLADIMIR%20ROCHA.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2011.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. **La Lucha Contra las Inmunidades del Poder**. Madrid: Civitas, 1974.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos: casos e polêmicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GIANNINI, Massimo Severo. **Lezioni di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1950. v. 1.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 4. ed. São paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GUERRA, Sérgio Antônio Silva. Discricionariedade técnica e agências reguladoras. **Marco Regulatório: Revista da AGERS**, Porto Alegre, n. 8, p. 61-71, mar. 2005.

GUTIERREZ, Cristina. **Suspensão de Liminar e de Sentença na Tutela do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 4. ed. São Paulo: Aide, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KLEIN, Aline Lícia. Normas gerais de licitação e leis locais: breves comentários a uma decisão do STF. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n. 3, mai. 2007. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=3&artigo=277>>. Acesso em: 07 jan. 2011.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASO, Enrique Sayagues. **La Licitacion Publica**. Montevideo: Peña e Cia. Editores, 1940.

LEAL, Victor Nunes. **Poder Discricionário e Ação Arbitrária da Administração**. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 14, p. 53-82, out./dez. 1948.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 1954.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Limites conceituais as exigências de capacitação técnico operacional em licitações. **A&c: Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo horizonte, v. 6, n. 24, p.59-86, abr./jun. 2006.

MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Licitação e seus Princípios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. 14. ed. Tradução Dr. Luís Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**: parte geral. Tradução Horácio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Editorial De Palma, 1949. t. 1.

MEDAUAR, Odete. Poder Discricionário da Administração. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 75, n. 610, p. 38-45, ago. 1986.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15. ed. atual. por José Emmanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Fernando Pereira Franchini. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A licitação e os poderes da Comissão Julgadora. **Revista da Consultoria Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]**, Porto Alegre, v. 8, n. 20, p. 95-112, 1978.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Concorrência Pública – Licitação – Limites de Discricionariedade no Julgamento das Propostas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 434-452, jan./mar. 1950.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. 12. tir. São Paulo: Malheiros: 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed., 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Licitação. **Revista da Consultoria Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]**, Porto Alegre, v. 9, n. 23, p. 75-89, 1979.

MENDES, Raul Armando. **Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. atual. aument. São paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 4. ed. ampl. rev. atual. Porto Alegre: Síntese, 2002.

MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio da Eficiência. **Interesse Público**, São Paulo, v. 2, n. 7, p. 65-75, abr./jun. 2000.

MORAES, Alexandre de. Princípio da Eficiência e Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 243, p. 13-28, set./dez. 2006.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Considerações em Torno de Alguns Aspectos Constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 29, n. 113, p. 243-256, jan./mar. 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 6. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

MUKAI, Toshio. **A Empresa Privada na Licitação pública**. São Paulo: Atlas, 2000.

MUKAI, Toshio. **Estatutos Jurídicos de Licitações e Contratos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 5. ed. atual. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

NACIONES Unidas. **Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios con la Guía para su Incorporación Eventual al Derecho Interno**. Nova York: Naciones Unidas, 1995.

NOGUEIRA, José Carlos de Lima Nogueira. Comprovação de Capacidade técnica em licitação de obra pública. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 4, n. 18, p. 131-139, out./dez. 1971.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Ato Administrativo**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PALAVÉRI, Marcelo. **Licitações Públicas**. Belo Horizonte: Forum, 2009.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário**. 10. ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2008.

PEDRA, Anderson Sant'ana. A habilitação técnico-operacional nas licitações públicas e o princípio da razoabilidade. **Interesse Público**, Sapucaia do Sul, v. 8, n. 39, p. 93-108, set./out. 2006.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários á Lei das Licitações e das Contratações da Administração Pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. A MP nº 495 e as alterações na legislação sobre licitações. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n. 42, ago. 2010. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=42&artigo=458>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Teoria dos Actos de Governo**. Coimbra: Coimbra Editora, 1948.

REALE, Miguel. Concorrência Pública. Escolha das Propostas. Controle Jurisdicional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 57, p. 460-466, jul./set. 1959.

REIS, Palhares Moreira. As Licitações no Texto da Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 29, n. 113, p. 257-268, jan./mar. 1992.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.
RIBAS, Antônio Joaquim. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & C, 1866.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Lei das licitações é novamente alterada: a MP nº 495, de 19.7.10. **Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, v. 9, n. 104, ago. 2010.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual Prático das Licitações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual Prático das Licitações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa do Brasil. In: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do Estado de Direito**: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**. Curitiba: Juruá, 2008.

SICCA, Gerson dos Santos. **Discricionabilidade Administrativa. Conceitos indeterminados e aplicação**. Curitiba: Juruá, 2006.

SIMAS, Henrique de Carvalho. **Manual Elementar de Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1987.

SOARES, Mario Nunes. Licitação Nula por Inobservância ao Princípio da Igualdade. **Revista da Consultoria Geral [do Estado do Rio Grande do Sul]**, Porto Alegre, v. 7, n. 18, p. 201-206, 1977.

SOUSA, Antônio Francisco de. **Conceitos Indeterminados em Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari. A habilitação nas licitações e os atestados de capacidade técnico-operacional. In: VERRI Jr, Armando; TAVOLARO, Luiz Antonio; Wambier, Teresa Arruda Alvim; (Org.). **Licitações e Contratos Administrativos**: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TÁCITO, Caio. Licitação: desclassificação - Igualdade entre os licitantes - Nulidade de Licitação. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 13, n. 53/54, p. 90-97, jan./jun. 1980.

TÁCITO, Caio. Poder Vinculado e Poder Discricionário. **Revista de Direito da Procuradoria Geral [Estado da Guanabara]**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 1-7, 1968.

URUGUAI, Visconde do. **Ensaio sobre direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1960.

WEIL, Prosper. **O Direito Administrativo**. Tradução Maria da Glória Rosa Pinto; Revisão e Notas A. J. Pinto Loureiro. Coimbra: Almedina, 1977.