
INFRAERO - LICITAÇÕES REALIZADAS PELA ENTIDADE

Representação

Ministro-Relator Adhemar Paladini Ghisi

Grupo II - Classe VII - Plenário

TC-011.037/99-7

Natureza: Representação

Interessado: Guimarães Castro Engenharia Ltda.

Entidade: Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO

Ementa: Representação contra licitações realizadas pela INFRAERO. Qualificação técnica. Exigência de atestados vinculados à execução de obras anteriores. Diligência. Legalidade da exigência de comprovação de capacitação técnico-operacional que evidencie a aptidão indicada no inciso II do art. 30 da Lei nº 8.666/93. Jurisprudência do Tribunal. Impossibilidade da emissão de atestados, certidões ou declarações que não se refiram a experiências anteriores. Legalidade do procedimento. Conhecimento. Improcedência. Ciência ao interessado e ao presidente da INFRAERO. Arquivamento.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Representação formulada pela empresa Guimarães Castro Engenharia Ltda., nos termos do art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, contra os termos dos Editais das Concorrências nºs 028/DADL/SBBR/98 e 007/CNPA/SBPA/99, no referente às exigências constantes das alíneas “e” e “i”, respectivamente, do item 6.1 dos mencionados Editais.

2.As licitações têm por objeto contratação de obras e serviços de engenharia. No caso da Concorrência nº 028/DADL/SBBR/98 (Aeroporto Internacional de Brasília), contratação para reforma, ampliação e modernização do terminal de passageiros – etapa 4; construção e montagem da subestação de navegação aérea; construção da pista de pouso 11R/29L e respectivas pistas de táxi; nova via de acesso à Base Aérea de Brasília – BABR; pátio de aeronaves 4 – remoto; pátio do terminal de cargas aéreas; pista de táxi “N”; ampliação do pátio principal de estacionamento de aeronaves; e reforço da pista de táxi “Q”. No caso da Concorrência nº 007/CNPA/SBPA/99 (Aeroporto Internacional Salgado Filho, Porto Alegre/RS), para construção do edifício garagem com 8 pavimentos, área de 44.400 m², diâmetro de 84 m e estacionamento descoberto com pavimentação intertravada tipo uni-stein, área de 29.600 m².

3.Insurge-se o interessado contra a exigência de atestados ou certidões de capacidade técnico-operacional da empresa licitante que comprovasse a execução de obras/serviços de características similares às das licitações acima referidas.

4. Traz como suporte ao seu pleito – anulação das licitações e “*devida interpretação do disposto na Decisão nº 767/98 – TCU – Plenário, no sentido de a exigência de capacidade técnico-operacional vincular-se, única e exclusivamente, à comprovação pela licitante da existência de instalações, aparelhamento e pessoal técnico para gerenciar a obra, adequado e disponível para a realização do objeto licitado*” – o entendimento desta Corte exarado no item 8.2.1 da mencionada Decisão, a saber:

“8.2.1. solicite, doravante, atestado de capacitação técnica, tanto do profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido por entidade competente, como das empresas participantes da licitação, com fulcro no inciso I do parágrafo 1º, c/c o inciso II do art. 30 da Lei nº 8.666/93 e artigo nº 37, inciso XXI da Constituição Federal, sem, contudo, vincular este atestado ou declaração à execução de obra anterior;”

5. Argumenta o interessado que a “*solicitação de atestado de capacidade técnico-operacional, nos moldes formulados pelas Concorrências nº 028/98 e 007/99 da INFRAERO, é completamente inócua no que pertine ao objetivo de assegurar que a empresa licitante seja possuidora de conhecimento capaz de dar cumprimento às obrigações assumidas, na medida em que os atestados solicitados refletem uma situação pretérita não significando, por certo, que a licitante ainda possua, no presente, as mesmas condições existentes no passado.*” Além disso, limita a competição, com afronta à própria finalidade da licitação – selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, observado o princípio constitucional da isonomia –, conforme previsto no art. 3º da Lei nº 8.666/93.

6. Sustenta, ainda, que, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, podem ser fixadas exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, sendo que a comprovação da qualificação técnica limita-se ao estabelecido no inciso II e § 1º do art. 30 da Lei nº 8.666/93. Nessa linha, entende que a comprovação de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação limitar-se-ia à aferição da capacidade técnico-profissional e à indicação das instalações, do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação.

7. Por fim, ressalta que a INFRAERO deixou de solicitar, nos Editais em foco, a comprovação dos requisitos acima indicados, relativos à indicação das instalações e do aparelhamento disponíveis para a realização do objeto da licitação, estabelecendo, por outro lado, exigência relacionada à obra pretérita, “*sem nenhum fundamento de cunho legal, objetivo ou prático de eficácia reconhecida*”, com afronta ao art. 30, inciso II, §§ 1º e 5º, da Lei nº 8.666/93.

8. A 3ª SECEX, em primeira instrução, ao analisar as razões apresentadas pelo interessado, bem como os argumentos produzidos pela INFRAERO, quando do exame das impugnações aos Editais, no tocante ao ponto aqui questionado, entendeu que o enfoque deveria recair sobre o descumprimento do entendimento exarado no item 8.2.1 da Decisão nº 767/98 - TCU - Plenário, transcrito no item 4 retro, no que se

refere à ressalva ali contida de não se vincular a solicitação de atestado ou declaração de capacitação técnica à execução de obra anterior. Após citar jurisprudência desta Corte, e considerando a possibilidade de prejuízo aos interesses públicos, por entender que houve comprometimento do certame, da garantia de obtenção do menor preço e da observância ao princípio constitucional da isonomia entre os participantes, ofereceu proposta nos seguintes termos:

“18.1 conhecer da presente representação formulada pela empresa Guimarães Castro Engenharia Ltda., nos termos do art. 113, § 1º da Lei nº 8.666/93, tendo em vista o preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos no art. 213 do Regimento Interno deste Tribunal, para, no mérito, considerá-la procedente;

18.2 com fulcro no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal c/c o art. 45 da Lei nº 8.443/92, assinar o prazo de 15 (quinze) dias, contados da ciência, para que o Presidente da Empresa de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO adote as providências necessárias para o exato cumprimento da lei, promovendo as anulações da Concorrência Pública nº 028/DADL/SBBR/98, destinada à Contratação das Obras e Serviços de Engenharia da Reforma, Ampliação e Modernização do Terminal de Passageiros – Etapa 4, da Construção e Montagem da Subestação de Navegação Aérea, da Construção da Pista de Pouso 11R/29L e respectivas Pistas de Táxi, da nova Via de Acesso à Base Aérea de Brasília – BABR, do Pátio de Aeronaves 4 – Remoto, do Pátio do Terminal de Cargas Aéreas da Pista de Táxi ‘N’, da Ampliação do Pátio Principal de Estacionamento de Aeronaves, e do Reforço da Pista de Táxi ‘Q’, do Aeroporto Internacional de Brasília – DF, e da Concorrência Pública nº 007/CNPA/SBPA/99, para a Contratação das Obras e Serviços de Engenharia para Construção do Edifício Garagem com 8 Pavimentos, área de 44.400 m², diâmetro de 84 m e Estacionamento Descoberto com Pavimentação Intertravada Tipo Uni-Stein, área de 29.600 m² para o Aeroporto Internacional Salgado Filho, em Porto Alegre – RS, por incluírem em seus Editais cláusulas (subitem 6.1, letra ‘e’ e subitem 6.1, letra ‘i’, respectivamente) que impõem aos interessados, para efeito de comprovar a capacidade técnico-operacional, a apresentação de atestados vinculados a realizações de trabalhos anteriores, além da exigência de quantidade mínima vedada pelo art. 30, inciso II, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, cláusulas estas que restringem o caráter competitivo dos certames;

18.3 remeter cópia da Decisão, bem como do Relatório e do Voto que a fundamentarem à interessada e ao Presidente da Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO.”

9. Como medida preliminar ao pronunciamento de mérito, determinei, por meio de Despacho, que fosse ouvido o presidente da INFRAERO acerca da matéria questionada, haja vista a necessidade de ser esclarecido se as exigências eram fundamentais para a comprovação da capacidade técnica das empresas licitantes e pertinentes ao objeto da licitação, em respeito ao princípio da motivação que rege os atos administrativos. Determinei, ainda, que fossem solicitadas informações acerca do estágio dos certames.

10. Em atendimento, o presidente da Empresa juntou as seguintes informações, em síntese:

- valor das obras: R\$ 93.597.446,70 (Brasília) e R\$ 10.407.750,50 (Porto Alegre);

- estágio, em 10/11/99: análise das propostas comerciais, aguardando-se, apenas, julgamento de MS impetrado por licitante para divulgar resultado do julgamento das propostas (Brasília) e julgamento de recursos da fase de habilitação (Porto Alegre);

- a exigência de qualificação técnica das licitantes é pedida com arrimo no art. 30, inciso II, da Lei nº 8.666/93 e no Regulamento de Licitações e Contratos da INFRAERO, bem como na jurisprudência do Tribunal de Contas da União (Decisão nº 395/95 – TCU – Plenário, Decisão nº 412/99 – TCU – Plenário, Decisão nº 767/98 – TCU – Plenário), da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que reconhece a legalidade de tais exigências;

- renomados administrativistas consideram legal a inserção de tal exigência nos editais de licitação;

- há a necessidade de melhor qualificar os interessados em participar das licitações de obras complexas, principalmente as localizadas nos sítios aeroportuários;

- nesses casos, *“a INFRAERO procura, obedecendo os limites legais, cercar-se de um mínimo de cuidado para escolher entre empresas idôneas, considerando-se, neste sentido – idônea – a empresa que possui capacidade para contratar, capacidade para realizar o objeto licitado, e a capacidade financeira para assumir os encargos do contrato”*.

11. Além de transcrever vários exemplos da jurisprudência mencionada, o presidente da INFRAERO fez constar de seu expediente excertos de obras dos administrativistas Roberto Ribeiro Bazilli, Antônio Carlos Cintra do Amaral, Adilson Abreu Dallari e Marçal Justen Filho, todos em reforço ao seu entendimento de que a comprovação de capacidade técnico-operacional pode ser exigida, encontrando seu amparo legal no texto da Lei nº 8.666/93, art. 30, inciso II, bem como no interesse público a ser resguardado.

12. Ao final, registrou novamente seu entendimento de que nenhuma ilegalidade foi constatada nos certames licitatórios em questão, salientando que as concorrências se encontravam na fase final, sendo ambas as obras de extrema importância ao público usuário dos estabelecimentos aeroportuários de Brasília e Porto Alegre. E, ainda, que, desde o momento em que foram colocados em publicidade, os certames tiveram suas disposições criteriosamente analisadas pela INFRAERO, *“ficando acertado ser imperiosa a exigência de aporte gerencial da pessoa jurídica, consubstanciado no atestado técnico-operacional, sob pena de fracasso na futura contratação de empresa que não tenha qualificação – ISSO É FATO INCONTROVERSO, DEVIDAMENTE CONSTATADO EM CONTRATAÇÕES PROBLEMÁTICAS DA INFRAERO QUE NÃO TIVERAM TAL EXIGÊNCIA NA LICITAÇÃO, SE LIMITANDO SOMENTE AO ATESTADO TÉCNICO-PROFISSIONAL”*. Acrescentou que a sustação das licitações em foco, acaso determina-

das por este Tribunal, “*acarretarão imenso prejuízo, em detrimento do interesse público – com a agravante de que ambas as licitações já se encontram na fase final*”. (grifos do original)

13. Apresentadas as informações solicitadas ao presidente da INFRAERO, a 3ª SECEX procedeu à nova instrução, entendendo o AFCE responsável pelo trabalho que não foram indicados os elementos capazes de justificar tecnicamente a necessidade de comprovação pelos licitantes da realização de obras/serviços nas quantidades mínimas fixadas nos editais. Consequentemente, além de não esclarecer a questão suscitadas nos autos, não teria restado demonstrado que a fixação dos requisitos de habilitação técnica “*não maculam os certames por exigências excessivas ou descabidas, em detrimento dos princípios esculpido no art. 3º da Lei nº 8.666/93*”.

14. Como conclusão, a instrução ratifica a proposta anterior (item 8 retro), apresentando, todavia, sugestão alternativa, abaixo transcrita, por entender que a suspensão dos mencionados certames demandaria vários meses para que novos procedimentos atingissem os atuais estágios, com dano para a Administração e para o interesse público:

“20.1 conhecer da representação formulada nos termos do art. 113, § 1º da Lei nº 8.666/93, para considerá-la procedente;

20.2 determinar à Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO que, ao exigir elementos comprobatórios de capacitação técnica, na forma do art. 27, II, c/c o art. 30, II e § 1º, da Lei nº 8.666/93, não vincule os atestados ou certidões à prestação anterior de serviços ou à execução anterior de obras, conforme entendimento jurisprudencial desta Corte firmado por meio da Decisão Plenária nº 767/98;

20.3 fixar o prazo de quinze dias, nos termos do art. 71, IX, da Constituição, c/c os artigos 45 da Lei nº 8.443/92 e 195 do Regimento Interno, para o Presidente da Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO adotar as providências necessárias para o exato cumprimento do disposto nos artigos 30, II e § 1º da Lei nº 8.666/93 e 37, XXI, da Constituição, e adaptar o Regulamento de Licitações e Contratos da INFRAERO e o Edital Padrão para obras e serviços de engenharia à determinação constante do subitem precedente, comunicando-se a este Tribunal sobre o cumprimento da medida;

20.4 encaminhar cópia da Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentarem ao interessado.”

15. O Titular da Unidade Técnica salienta em sua manifestação, no tocante à qualificação técnica do licitante, que “*sua normatização enseja entendimentos divergentes, o que pode dificultar e até mesmo comprometer a adequada aferição da capacidade e da qualificação do licitante para executar o objeto da licitação*”. Prossegue, enfatizando que “*nenhuma regra jurídica, até o presente, conseguiu de forma efetiva e eficaz dar translúcida interpretação aos requisitos que formam a qualificação técnica do licitante*” e, por conseguinte, diante das ponderações apresentadas pelo presidente da INFRAERO, acolhe a proposta alternativa oferecida pela instrução, logo acima transcrita.

É o Relatório.

VOTO

Registro, inicialmente, que a presente Representação, formulada nos termos do art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, merece ser conhecida.

2.No tocante ao mérito da matéria contida na inicial, saliento que já foi objeto de inúmeras deliberações no âmbito desta Corte, tendo suscitado, inclusive, produtivos debates entre os seus membros. Da mesma forma, os doutrinadores enfrentam discussões acerca do tema, não sendo raro evoluções de entendimentos. Percebe-se, logo, que não se trata de tema de tranqüila e mansa jurisprudência como quiseram fazer crer o interessado e o presidente da INFRAERO.

3.Ressalte-se, inclusive, que, na oportunidade em que foi aprovada a Decisão nº 767/98 – TCU – Plenário, sustentei entendimento diverso do que, por fim, constou da referida deliberação. Naquela assentada, submeti ao Colegiado proposta no sentido de que não haveria amparo legal para a exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional, em razão do veto presidencial à alínea “b” do § 1º do art. 30 do projeto de lei, posteriormente convertido na Lei nº 8.666/93. Adicionalmente, defendi que as experiências de uma pessoa jurídica nada mais são do que o acúmulo de conhecimentos adquiridos pelos integrantes de seus quadros de pessoal, bastando, portanto, para assegurar o cumprimento de obrigações assumidas com a Administração, garantida, por certo, a saúde econômico-financeira do licitante capaz de viabilizar a mobilização dos demais recursos e técnicas necessários à consecução da obra/serviço. Todavia, não obstante tal entendimento, contava o Colegiado, na Sessão em que foi prolatada a referida Decisão, com “quorum” qualificado, tendo acolhido o meu posicionamento apenas os Exmos. Srs. Ministros Carlos Átila e Valmir Campelo. Fomos, portanto, votos vencidos, expressamente consignados em Ata.

4.Assim, e considerando que as deliberações do Tribunal emanam de Órgãos Colegiados, não constituindo decisões singulares, passei a adequar, a partir de então, a minha atuação à orientação predominante na Casa. Nessa linha, entendo conveniente aperfeiçoar tal orientação, com o objetivo de que possa ser efetivamente observada pelos órgãos e entidades jurisdicionados. Portanto, assim atuarei no presente Voto, passando, a seguir, a tratar do mérito da questão submetida à apreciação desta Corte.

5.A verificação da qualificação técnica, conforme consta do art. 30 da Lei nº 8.666/93, bem como da econômica, tem por objetivo assegurar que o licitante estará apto a dar cumprimento às obrigações assumidas com a Administração, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, não podendo a sua comprovação ser feita mediante a formulação de exigências desarrazoadas, que comprometam a observância do princípio constitucional da isonomia.

6.Com efeito, na linha defendida pela Decisão nº 767/98 – TCU – Plenário, há que ser entendido que o inciso II do art. 30 da Lei nº 8.666/93 pode ser dividido em duas partes. Uma relativa ao licitante e outra ao pessoal técnico que integra o seu corpo de empregados. A primeira, que cuida da comprovação de aptidão do interessado para o 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 refere-se, pois, no presente caso, à pessoa jurídica. A outra, qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos, dirige-se especificamente aos seus profissionais.

7. Prosseguindo, a limitação contida no § 1º do art. 30 da Lei nº 8.666/93 aplica-se exclusivamente à comprovação da qualificação técnica dos profissionais que se responsabilizarão pelos trabalhos. Por conseguinte, a comprovação de aptidão do interessado, conforme mencionado no item anterior, há que ser exigida e feita com base em parâmetros distintos, de forma a assegurar o cumprimento das obrigações assumidas, na forma estabelecida no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

8. Logo, as exigências de qualificação técnica não estão limitadas à capacitação técnico-profissional. Esta é que deve observar o limite imposto pelo § 1º do art. 30 da Lei.

9. Considerando, pois, que a indicação do pessoal técnico e as exigências da comprovação de sua qualificação são necessárias, porém não suficientes, a habilitar tecnicamente o interessado, cabe identificar a melhor forma de atender aos comandos constitucional e legal que determinam a aferição da capacidade de o licitante cumprir as obrigações assumidas.

10. Retornando ao texto da Lei nº 8.666/93, art. 30, inciso II, a Administração pode solicitar, além da indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com tal objeto. Assim, a forma como tais requisitos devem ser exigidos é que vai demonstrar a observância do disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, no que concerne à limitação das exigências e, conseqüentemente, à observância do princípio da isonomia.

11. Conforme mencionado no Voto Revisor que fundamentou a Decisão nº 767/98 – TCU – Plenário, ao transcrever palavras do Professor Adilson Abreu Dallari acerca da matéria, o veto presidencial à alínea “b” do § 1º do art. 30 do projeto da lei de licitações *“não proíbe o estabelecimento de requisitos de capacitação técnico-operacional, mas sim, retira a limitação específica relativa à exigibilidade de atestados destinados a comprová-la, deixando que a decisão quanto a essa questão fique ao critério da autoridade licitante, que deve decidir quanto ao que for pertinente, diante de cada caso concreto, nos termos do art. 30, II”*. Citando, a seguir, Marçal Justen Filho, concluiu o Relator que a exigência de atestado de capacitação técnica da empresa *“é perfeitamente compatível e amparada legalmente”*.

12. Neste ponto, julgo oportuno retomar o que mencionei no item 2 deste Voto. Os doutrinadores também não têm entendimento pacífico sobre a matéria, não sendo rara a revisão de posicionamento. Esse foi o caso de Marçal Justen Filho, citado por mim e pelo Ministro-Revisor, por ocasião do processo que culminou na Decisão nº 767/98 – TCU – Plenário. Na 5ª edição, revista e ampliada, de sua obra *“Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, e com a Lei federal nº 9.648, de 27 de maio de*

1998)”, Ed. Dialética, passou a considerar pertinente a exigência de qualificação técnico-operacional. Aliás, em longas e cuidadosas considerações, discorreu sobre as razões que o fizeram mudar de entendimento. Por pertinentes e merecedoras de profundas reflexões, permito-me transcrever trechos de seus comentários ao art. 30 da Lei nº 8.666/93:

“... O art. 30 teve sua racionalidade comprometida em virtude desses vetos. Logo, é impossível afirmar com certeza que determinada interpretação é a única (ou melhor) comportada pela regra. Trata-se de uma daquelas hipóteses em que a evolução social (inclusive e especialmente em face da jurisprudência) determinará o conteúdo da disciplina para o tema ...

(...) Em última análise, não se busca apenas a solução objetiva para impasses, mas se percebe a capacidade subjetiva de enfrentá-los e resolvê-los – especialmente quando novos e desconhecidos. Presume-se que a capacidade de resolver problemas é ampliada através da experiência. Aquele que dispõe de conhecimento técnico, de natureza teórica, está preparado para resolver as dificuldades conhecidas e descritas nos livros. Mas estará pouco habilitado para enfrentar o desconhecido, resultado da riqueza das circunstâncias do mundo em que vivemos. O futuro não é mera repetição do passado e a experiência se torna relevante não porque o sujeito já conheceria todos os problemas, mas porque desenvolveu a capacidade de encontrar soluções. Para indicar esse ângulo da questão, pode-se usar a expressão experiência-qualificação.

É evidente que a questão da habilitação na licitação se relaciona com a ‘experiência-qualificação’. Não se trata de investigar se os licitantes seriam titulares de ‘conhecimento técnico’. ...

A exigência de experiência anterior, alicerçada na regra do art. 30, inc. II, da Lei nº 8.666, não se restringe à titularidade de conhecimento técnico para executar o objeto. A disposição autoriza limitar o acesso ao certame apenas aos licitantes titulares de experiência-qualificação.

(...)

Mas experiência-qualificação não apresenta natureza jurídica idêntica à da inteligência. Enquanto essa é qualidade intrínseca do ser humano (ressalvados os fenômenos denominados de ‘inteligência artificial’), a experiência-qualificação pode ser adquirida por organizações empresariais. Não apenas as pessoas físicas, mas também as empresas acumulam potencial para enfrentar e vencer problemas.

Toda a doutrina reconhece que a conjugação de esforços permanente e a interiorização de valores comuns produz organizações estáveis, cuja existência transcende os indivíduos que a integram. ...

(...)

O desempenho profissional e permanente da atividade empresarial conduz ao desenvolvimento de atributos próprios da empresa. Um deles seria sua capacidade de executar satisfatoriamente encargos complexos e difíceis. Pode-se utilizar a expressão ‘capacitação técnica operacional’ para indicar essa modalidade de experiência-qualificação, relacionada com a idéia de empresa. Não se trata de haver

executado individualmente uma certa atividade, produzida pela atuação de um único sujeito. Indica-se a execução de um objeto que pressupõe a conjugação de diferentes fatores econômicos e de uma pluralidade (maior ou menor) de pessoas físicas (e, mesmo, jurídicas). O objeto executado revestia-se de complexidade de ordem a impedir que sua execução se fizesse através da atuação de um sujeito isolado. Portanto, não se tratou de experiência pessoal, individual, profissional. Exigiu-se do sujeito a habilidade de agrupar pessoas, bens e recursos, imprimindo a esse conjunto a organização necessária ao desempenho satisfatório.

(...)

Independentemente da variante que se adote, é inquestionável que a experiência-qualificação apresenta peculiaridades distintas quando caracterizável como qualificação técnica profissional e como qualificação técnica operacional. As diferenças derivam da distinta natureza das duas espécies de sujeito, mas também da diversidade quanto à própria atividade envolvida. A qualificação técnica profissional configura experiência do ser humano no desenvolvimento de sua atividade individual. É atributo pessoal, que acompanha sua atuação no mundo. O ser humano tem existência limitada no tempo, o que acarreta a transitoriedade de seus potenciais.

Já as organizações empresariais transcendem à existência limitada das pessoas físicas que as integram. Sua qualificação para o exercício de certos empreendimentos decorre da estrutura organizacional existente. A substituição de alguns membros da organização pode ser suportada sem modificações mais intensas do perfil da própria instituição. Aliás, a alteração da identidade de alguns sujeitos pode ser totalmente irrelevante para a identidade da organização em si mesma. Portanto, a experiência-qualificação empresarial pode ser mantida, ainda quando o decurso do tempo produza modificação das pessoas físicas vinculadas ao empreendimento.

(...)

... O novo texto que se pretendia consagrar através da Lei nº 8.883 também mereceu o veto presidencial (que consignou a constituição de uma comissão especial para estudo da matéria). Por resultado, tornou-se muito difícil a Administração estabelecer regras adequadas para avaliar a capacitação técnica dos interessados, o que pode representar ampliação do universo de participantes às custas da ampliação do risco de contratos mal-executados e de sérios prejuízos ao interesse público.

(...)

Enfim, lei proibindo providências necessárias a salvaguardar o interesse público seria inconstitucional. Se exigências de capacitação técnico-operacional são indispensáveis para salvaguardar o interesse público, o dispositivo que as proibisse seria incompatível com o princípio da supremacia do interesse público.

Diante disso, deve-se adotar para o art. 30 interpretação conforme a Constituição. A ausência de explícita referência, no art. 30, a requisitos de capacitação técnico-operacional não significa vedação à sua previsão. A cláusula de fechamento contida no § 5º não se aplica à capacitação técnico-operacional, mas a outras exigências.

(...)

Admitir exigência de capacitação técnico-operacional recoloca o problema de limites. Ou seja, se a Administração pode exigir experiência anterior, há alguma restrição à sua liberdade? A discricionariedade da Administração, ao disciplinar o tema, encontraria algum limite?

Observe-se que os vetos presidenciais – que deram origem a todas essas dificuldades – fundaram-se na necessidade de evitar exigências excessivas. ...

Não se pode extrair daí que a supressão de limitações explícitas produziram ausência de limites à discricionariedade administrativa. É claro que os dispositivos vetados não podem ser aplicados, tal como se tivessem existência jurídica. ...

Os dispositivos vetados, ainda que não tenham vigência como lei, servem como parâmetros exemplificativos. O intérprete não está obrigado a adotar limites dessa ordem, mas não pode acolher exigências desproporcionalmente mais elevadas do que as contidas nos dispositivos vetados.

(...)

A Lei proíbe requisitos de quantidades mínimas ou prazos máximos, o que tem que ser interpretado em termos. É claro que a vedação examinada não exclui o dimensionamento numérico da experiência anterior, para fins de fixação da equivalência ao objeto licitado. Ou seja, admite-se exigência de experiência anterior na execução de obras ou serviços similares. Isso envolve uma certa dificuldade, pois a similitude tanto envolve questões ‘qualitativas’ quanto ‘quantitativas’. Pode-se avaliar a experiência anterior quer tendo em vista a natureza (qualitativa) da atividade como também em função das quantidades mínimas ou dos prazos máximos na execução de prestações similares. Existem situações em que o fator quantitativo é relevante, para fins de qualificação técnico-profissional. É inviável reputar que um particular detém qualificação técnica para serviço de trezentas máquinas simplesmente por ser titular de bom desempenho na manutenção de uma única máquina. A Lei consagrou preconceito insustentável, pois a boa execução de quantidades mínimas e (ou) com prazos máximos pode ser a única forma de evidenciação da qualificação técnico-profissional. Seria reprovável a exigência de experiência anterior com quantidades mínimas ou prazos máximos se isso fosse desnecessário para comprovação da qualificação técnica do sujeito, em função das peculiaridades do objeto licitado.

(...)

Vale insistir acerca da inconstitucionalidade de exigências excessivas, no tocante à qualificação técnica. Observe-se que a natureza do requisito é incompatível com disciplina precisa, minuciosa e exaustiva por parte da Lei. É impossível deixar de remeter à avaliação da Administração a fixação de requisitos de habilitação técnica. Essa competência discricionária não pode ser utilizada para frustrar a vontade constitucional de garantir o mais amplo acesso a licitantes, tal como já exposto acima. A Administração apenas está autorizada a estabelecer exigências aptas a evidenciar a execução anterior de objeto similar. Vale dizer, sequer se autoriza exigência de objeto idêntico. ...”

13. Assim, na linha ora defendida pelo administrativista Marçal Justen Filho, que passo a adotar pelos bem fundamentados argumentos, certo é, portanto, que há amparo legal para que se exija comprovação de qualificação técnico-operacional, posição, aliás, conforme anteriormente mencionado, sustentada por esta Corte de Contas. Todavia, cabe discutir a disciplina de tal exigência haja vista que a Decisão nº 767/98 – TCU – Plenário consignou limitação no sentido de não permitir a vinculação de atestados ou declarações à execução de obra anterior.

14. A propósito, a permissão para a exigência de atestados de comprovação de aptidão, aí também compreendida a capacidade técnico-operacional, encontra amparo nos §§ 3º e 4º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, cuja redação contempla:

“§ 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.”

15. Por outro lado, as limitações de tempo ou época ou ainda de locais específicos, mencionadas no § 5º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, encerra controvérsias. Esta Corte, ao prolatar a Decisão nº 767/98 – TCU – Plenário, conforme já mencionado, reafirmou entendimento anterior da Corte no sentido de que pode ser exigida comprovação de capacidade técnico-operacional por meio da exigência de atestados, não sendo permitido, contudo, vincular os atestados ou declarações à execução de obra anterior, atendendo à disposição expressa no referido dispositivo legal. Todavia, há que se refletir sobre tal disciplina.

16. O que se busca por meio de atestados, certidões ou declarações é, inevitavelmente, algo situado em tempo pretérito. Ou seja, não há como se desvincular esses documentos de experiência anterior experimentada pelo licitante. Eles servirão para registrar/reproduzir atos ou fatos conhecidos, capazes de demonstrar, sempre, experiência anterior. Logo, parece paradoxal permitir a exigência de atestados para comprovar capacidade técnico-operacional e, ao mesmo tempo, proibir que se refiram a situações passadas.

17. Nesse aspecto, conforme salientado por Marçal Justen Filho, a comprovação estará sempre relacionada à experiência anterior, nos limites consagrados no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Caberá, assim, ao aplicador da lei fazê-lo, observando que as exigências não poderão ser de tal ordem que superem ou sejam desnecessárias ao objeto pretendido, sob pena de, aí sim, comprometer o princípio da isonomia.

18. Por fim, no tocante ao entendimento da Unidade Técnica de que os itens questionados também englobam ilegalidade relacionada à exigência de quantidades mínimas nos atestados, permito-me discordar. Na verdade, a exemplo do disposto no § 1º, inciso I, e § 2º do art. 30, o atestado pode ser solicitado fazendo referência às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação. Esta é a redação dos itens atacados, não representando, pois, afronta à Lei.

19. Feitas essas extensas considerações acerca do tema apresentado pelo interessado, e considerando a linha jurisprudencial desta Corte de Contas, entendo que a exigência impugnada não representa afronta aos art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, 3º e 30 da Lei nº 8.666/93.

Ante o exposto, dissentindo das manifestações consignadas nos autos, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto ao Colegiado.

DECISÃO Nº 285/2000-TCU - PLENÁRIO¹

1. Processo TC nº 011.037/99-7
2. Classe de Assunto: VII - Representação
3. Interessado: Guimarães Castro Engenharia Ltda.
4. Entidade: Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária -

INFRAERO

Vinculação: Ministério da Defesa

5. Relator: MINISTRO ADHEMAR PALADINI GHISI.

6. Representante do Ministério Público: não atuou

7. Unidade Técnica: 3ª SECEX

8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator,

DECIDE:

8.1. conhecer da presente Representação, formulada nos termos do art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93 para, no mérito, considerá-la improcedente;

8.2. dar ciência da deliberação ora proferida, bem como do Relatório e Voto que a fundamentaram ao interessado e ao presidente da INFRAERO;

8.3. arquivar os autos.

9. Ata nº 13/2000 – Plenário

10. Data da Sessão: 12/04/2000 – Ordinária

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (na Presidência), Adhemar Paladini Ghisi (Relator), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Bento José Bugarin, Valmir Campelo, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues e Guilherme Palmeira.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
na Presidência

ADHEMAR PALADINI GHISI
Ministro-Relator

¹ Publicada no DOU de 04/05/2000.