

A Lei das Licitações

Por **Jô Santucci** | Jornalista

A questão relativa à legalidade de exigência dos atestados de capacitação técnico-operacional, além dos atestados de capacitação técnico-profissional, tem sido alvo de uma considerável batalha jurídico/política travada entre empresários da construção e profissionais integrantes do Sistema Confea/Creas. A controvérsia teve origem no veto presidencial aos Projetos das Leis nº 8.666/93 e 8.883/94, que empregavam a expressão “capacitação técnico-operacional” e estipulavam limite para as exigências a ela relativas. Contudo, os preceitos correspondentes foram, nos dois casos, vetados pelo Presidente da República, com a intenção declarada de circunscrever a comprovação de aptidão à chamada “capacitação técnico-profissional”. Para esclarecer essa questão, conversamos com o advogado Fábio Pacheco, responsável pela área de licitações do CREA-RS

Conselho em Revista – Quais são as implicações do veto presidencial?

Fábio Pacheco – Começaram a existir duas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, inclusive do Tribunal

de Contas da União (TCU), ora com supremacia de uma, ora com supremacia de outra, entendendo a primeira corrente, pelo que restou no texto legal, que só seria exigível a demonstração da capacidade técnico-profissional, e a segunda corrente, em que pese o veto presidencial ao item II, do § 1º, do artigo 30, da Lei nº 8.666/93, que os vetos não teriam produzido o efeito pretendido, já que não ocorrera a eliminação da exigência de atestados de aptidão da própria empresa, que estaria prevista no artigo 30, inciso II, c/c seu § 1º.

CR – Qual é o entendimento do Tribunal de Contas da União?

FP – O TCU unificou o entendimento, através da Decisão nº 285/2000, estabelecendo o entendimento no sentido de ser regular a exigência de ambos os atestados, ou seja, o de capacitação técnico-profissional (em nome do profissional) e o de capacitação técnico-operacional (em nome da empresa). O entendimento dominante dos tribunais também tem sido nesse sentido. Ocorre que se for sedimentada essa interpretação, de que não teria sido afastada totalmente a capacidade técnico-operacional, existirá a dificuldade de prová-la.

CR – Por que isso pode acontecer?

FP – Porque a mesma, segundo a lei, deve ser provada por atestado e atestado só pode ser válido e aceito se for registrado no órgão competente. O CREA, que é o órgão competente para registrar atestados referentes às obras e serviços de engenharia, é um Conselho de profissionais e não

de empresas. Daí porque registra atestados exclusivamente em nome de profissionais. A Resolução nº 317/86 do Confea, incumbido legalmente de regulamentar a Lei nº 5.194/66, estabelece que o acervo técnico de uma empresa seja variável, dependente do acervo técnico dos profissionais que compõem o seu quadro técnico. Se hoje uma empresa tem dez profissionais, o acervo técnico dessa empresa será de dez profissionais; se amanhã ela tiver dois, diminuirá o acervo técnico e ela terá acervo de apenas dois profissionais.

CR – O que diz a lei?

FP – A comprovação de aptidão referida no item II do art. 30, quando se trata de obra ou serviço, conforme o ‘caput’ do §1º, do mesmo artigo, deve ser feita através de atestados “devidamente registrados nas entidades profissionais competentes”, limitadas as exigências à capacitação técnico-profissional. Quer dizer, em se tratando de obra ou serviço (de engenharia), a aptidão será provada exclusivamente através de atestados emitidos em nome de profissionais, tanto que os mesmos devem ser registrados no órgão profissional competente, no caso o CREA. Quando o objeto licitado for diverso, e existir entidade competente para proceder ao registro, aí sim esse tipo de prova poderá ser exigido. A necessidade de se modificar essa interpretação que tem sido dada ao texto legal é urgente, eis que a exigência de atestados em nome de empresas acarreta uma perigosa reserva de mercado, promove uma verdadeira estagnação societária na área de Engenharia. Uma pessoa que é sócia de uma empresa nunca mais vai poder sair dessa empresa – senão ela não vai poder trabalhar com obras públicas – e prejudica o próprio interesse público, na medida em que restringe absolutamente o número de licitantes aptos a contratar com a administração, o que eleva o preço das contratações.

CV – Qual é o trabalho do CREA-RS nesse sentido?

FP – Está envidando todos os esforços para, na defesa dos interesses dos profissionais, buscar a modificação do quadro atual, inicialmente na capital gaúcha, o que tem sido feito através da efetiva participação junto à Comissão de Defesa do Consumidor, Direitos Humanos e Segurança Urbana da Câmara Municipal de Porto Alegre, que

EVELIZE CRISTINA SILVA



Advogado Fábio Pacheco, responsável pela área de Licitações do CREA-RS

Tratando da habilitação, em seu capítulo segundo, seção II, a Lei 8.666/93 - chamada Lei de Licitações, dispõe:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

- I - (...)
- II - qualificação técnica;
- III - (...)
- IV - (...)
- (...)

“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 - (...)
- IV - (...)

§ 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:

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;

- II - (VETADO):
- (...)

§ 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.

- (...).”

está atuando inicialmente perante a Procuradoria Geral do Município (PGM), e pela presença em ações judiciais, na qualidade de assistente de empresas prejudicadas pela interpretação legal.

CR – Quais são as razões pelas quais o CREA-RS não registra atestados em nome de empresas?

FP – O Acervo Técnico, constituído pela soma das Anotações de Responsabilidade Técnica (ARTs – Resolução 317-Confea), esclarece tudo a respeito de uma atividade de engenharia, arquitetura ou agronomia (tipo de atividade, responsável técnico, contratante e contratado, cliente, local, data, valores, etc.) – menos instalações, equipamentos, veículos, etc., com os quais tais atividades foram desenvolvidas. A dificuldade repousa na efetivação da prova da capacitação técnico-operacional. Seguramente, não o será através de Acervo Técnico, primeiro porque este não pertence à empresa, mas ao profissional, que o conduz consigo aonde quer que vá, e, depois, porque, mesmo admitindo-se o uso, pela empresa, do acervo de profissional que tem ou teve a seu serviço, dito acervo se revela imprestável a comprovar aptidão técnico-operacional. É preciso conceituar-se o que seja capacidade técnico-operacional. Se acordarmos que capacidade técnico-profissional diz com a experiência humana, fica mais fácil concluir que a capacidade técnico-operacional diz com a experiência “material”, isto é, das instalações, dos equipamentos, dos veículos, etc. De sorte que, quer por vedação legal, quer por questão prática, acervo não faz a prova almejada pelo citado parágrafo do art. 30 quanto a capacidade técnico-operacional.

CR – Se for vetada a forma pela qual se disciplinaria a concretização da prova da capacidade técnico-operacional, com que meios se fará dita prova?

FP – É esta a pergunta que os doutrinadores estão a nos dever – e aqui se radica a nossa audácia em continuar contrariando tão eminentes juristas, pois, salvo melhor juízo, tal prova é inviável de ser feita, exceto através de um moroso, custoso e inviável processo administrativo ou judicial de conhecimento. São tantas as dificuldades de produção de tal prova que, agora, fica fácil entender o porquê do veto. Com efeito, suponhamos que a empresa licitante, instada a provar que tem capacidade técnico-operacional condizente com a exigível para enfrentar o objeto da licitação, ou seja, que já fez no passado obra semelhante, recorra (não ao acervo técnico, porque, como dito

acima, ilegal e imprestável!) a atestados de seus clientes, daquelas pessoas jurídicas com quem contratou no passado e a quem prestou dito serviço ou obra. Ditos atestados achar-se-iam sob o risco da insegurança quanto à veracidade, no todo ou em parte, ao menos em tese, eis que prova unilateralmente produzida, frágil para requerer o crivo de qualquer ente acreditado, isento, público ou privado, legalmente competente e capaz de lhe aquilatar a legitimidade ou de lhe escancarar nulidades. O cliente pretérito da empresa interessada em comprovar a capacitação técnico-operacional, se assinar o tal atestado, seguramente estará meramente apondo sua assinatura sobre documento elaborado pela própria empresa interessada, já que, por si, não tem condições de saber de que forma ou com que meios materiais foi realizada a obra ou serviço atestado, ou já não lembra mais. Vale dizer, com ou sem tais atestados a Administração, que busca escolher e contratar com empresa idônea e realmente capaz, não contará com a certeza mínima indispensável à conclusão de seu desiderato – ao contrário, portanto, do que ocorre quanto à capacidade técnico-profissional, onde, como visto acima, a segurança deriva da sistemática trazida com a Lei das Licitações, ao conjugar atestado/acervo/registo no CREA como meio de prova.

CR – Por quais outros meios de prova se poderia comprovar experiência anterior em termos de capacidade técnico-operacional ou em que época ou local se ergueu um prédio de x pavimentos e y características, por exemplo?

FP – É possível até se pensar em contratos anteriores ou orçamentos, os quais, em conjunto com atestados atuais, poderiam dar à administração indicativos de estar contratando com empresa que já realizou obra similar à licitada. Todavia, estaria aí se esgotando a eficácia da prova, ou seja, serviria estritamente para provar que a empresa realizou a obra. Só. Mas nada prova com relação aos meios materiais de que se valeu (e, é claro, no passado! Pergunta-se: e, hoje, no presente, dispõe dos mesmos meios? É isto que interessa saber). No entanto, mesmo admitindo-se tal prova, como terá a administração licitante a certeza de que hoje a mesma hipotética empresa ainda detém tais instalações, equipamentos, veículos, etc.? Por estas razões é que preferimos manter o entendimento no sentido de que a Lei nº 8.666/93 oferece outros meios – bem mais eficazes – para averiguação da capacitação técnico-operacional, do que os atestados.