



DANIEL NORONHA SILVA

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA EXIGIBILIDADE DE CAPACITAÇÃO
TÉCNICA EM LICITAÇÕES PÚBLICAS

São Lourenço/MG

2022



DANIEL NORONHA SILVA

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA EXIGIBILIDADE DE CAPACITAÇÃO TÉCNICA EM LICITAÇÕES PÚBLICAS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado pelo aluno Daniel Noronha Silva como requisito para obtenção do título de Bacharel, do Curso de Direito, da Faculdade de São Lourenço.

Orientador: Professor Geraldo Luiz Vianna.

São Lourenço/MG

2022

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA EXIGIBILIDADE DE CAPACITAÇÃO TÉCNICA EM LICITAÇÕES PÚBLICAS

Daniel Noronha Silva¹

Geraldo Luiz Vianna²

RESUMO

O processo para contratações públicas trazido pela constituição federal de 1988, no seu art. 37, XXI, regido pela lei 8.666/93, seguido por leis auxiliares, foi a resposta ao compromisso assumido do desenvolvimento nacional e da livre iniciativa previstos em seus artigos 1º e 3º. Continuando o trabalho do desenvolvimento nacional, foi criada a lei complementar nº 123/06 que abriu novas portas as micro e pequenas empresas no universo das licitações. Ao que denota, pretende a CF/88 o alargue do mercado de licitações para distintas empresas, desburocratizando o sistema de capacitação técnicas no intuito de atrair novas empresas para o ramo. Porém, o que se vê na vigência da lei 8.666/93 são brechas de interpretações e óbices utilizados nas exigências para controle dos Entes Federados tanto por empresas quanto pela própria Administração Pública, para os mais diversos fins que não sejam os constitucionalmente previstos. A lei 14.133/2021 já vigente atualmente é o ponto de referência para o dismantelo do oligarquismo apresentado por vários Entes Federados.

Palavras-chave: Constituição. Licitações. Capacidade técnica.

ABSTRACT

The process for public contracting brought by the Federal Constitution of 1988, in its art. 37, XXI, governed by law 8.666/93, followed by auxiliary laws, was the response to the assumed commitment to national development and free enterprise provided for in its articles 1 and 3. Continuing the work of national development, complementary law nº 123/06 was created, which opened new doors for micro and small companies in the bidding universe. As it denotes, CF/88 intends to expand the bidding market for different companies, reducing bureaucracy in the technical training system in order to attract new companies to the field. However, what is seen in the validity of Law 8.666/93 are gaps in interpretations and obstacles used in the requirements for control of the Federated Entities both by companies and by the Public Administration itself, for the most diverse purposes other than those constitutionally foreseen. Law 14.133/2021, currently in force, is the point of reference for dismantling the oligarchism presented by several Federated Entities.

¹ Bacharelado em Direito pela Faculdade São Lourenço/UNISEPE.

E-mail: daniel020813000@gmail.com

² Mestre em Direito Constitucional, Especialista em Direito Público, Especialista em *Compliance*. Advogado. Docente e Coordenador do curso de Direito da Faculdade São Lourenço/UNISEPE. E-mail: geraldoluzvianna@gmail.com.

Keywords: Constitution. Dids. Technical ability.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, a licitação é o meio determinado pela Constituição Federal pelo qual a Administração Pública, de modo direto, tem para contratar serviços, bem como adquirir suprimentos e materiais, da melhor maneira possível, afim de efetivar a administração do dinheiro público arrecadado. Em meio aos vários objetos de interesse da administração, compreende-se, dos mais modestos aos mais complexos, podendo ser desde um clipe de metal a uma obra da ordem dos bilhões.

Objetivando a pactuação contratual pretendida, a lei 8.666, criada em 1993, e a atual 14.133/21, regulam todo o tramite administrativo para compatibilizar os interesses das partes. Estabelece a referida legislação, dentre outras regras, como o procedimento, a documentação mínima obrigatória e a documentação de crivo deliberativo da administração, ou seja, aqueles que, conforme o caso, podem ser acrescentadas pela própria entidade ou órgão público responsável.

Assim sendo, observa-se o fenômeno da ponderação pelas administrações públicas da capacidade e legalidade, para fim de entender quão capacitada é uma empresa no desempenho do serviço que a administração busca. Porquanto, analisa-se também a fragilidade de entendimentos sobre capacidade técnica que podem pôr em risco a segurança jurídica das contratações públicas no país.

Ante o exposto, o presente artigo tem por finalidade analisar a fragilidade das deliberações administrativa, que são os atestados de capacidade técnica.

Em análise deste, é possível identificar frestas legais que põem a prova a estabilidade das decisões administrativas, face a concorrência voraz do mercado nacional, vez que poderosas empresas com grandes escritórios de advocacia e detendo conhecimento jurídico da área, podem facilmente confrontar e subverter o entendimento da administração e das comissões licitatórias.

O trabalho procura apontar as falhas, e algumas soluções a serem discutidas pela administração quanto a este processo que é de tão alta complexidade e ao mesmo tempo frágil. Fragilidade esta que, se não modificada, poderá desvirtuar os

desígnios constitucionalmente estabelecidos ao instituir a licitação pública como regra para as contratações.

2. ORIGEM DAS LICITAÇÕES

No Brasil, o processo licitatório foi introduzido pelo Decreto nº 2.926 de 14 de maio de 1862, porém, em âmbito federal, este processo só se deu em 1922 com o decreto nº 4.536. Desta forma, alargavam-se os caminhos da democracia, justiça e transparência nos processos de compras governamentais.

Na Constituição de 1988 foi que o processo licitatório ganhou corpo e destaque como ferramenta administrativa. Ganhando *status* constitucional, esse instituto teve repercussão nacional para todo e qualquer ente federado, desde a pequena cidade do interior que comporta 5.000 (cinco mil) habitantes, até as populosas metrópoles.

Assim sendo, a licitação foi uma das conquistas do direito brasileiro decorrentes da CF/88, que trouxe no artigo 37, parágrafo XXI, como regra, a obrigatoriedade da licitação pública:

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. (Brasil. 1988)

Importante marco que regulamentou esta ferramenta trazida pela CF/88, foi a Lei 8.666, criada em 1993, que estabeleceu todo o procedimento a ser adotado para o fim de lograr êxito na contratação da Administração Pública com as empresas particulares. Como vemos na obra de Di Pietro, assim passou-se a ser definida mais corretamente as licitações;

Pela licitação, a Administração abre a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de apresentação de proposta. Quando a Administração convida os interessados pela forma de convocação prevista na lei (edital ou carta-convite), nesse ato convocatório vêm contidas as condições básicas para participar da licitação, bem como as normas a serem observadas no contrato que se tem em vista celebrar; o atendimento à convocação implica a aceitação dessas condições por parte dos interessados. Daí a afirmação segundo a qual o edital é a lei da licitação e, em consequência, a lei do contrato. Nem a Administração pode alterar as condições, nem o particular pode apresentar propostas ou documentação em desacordo com o exigido no ato de convocação, sob pena de desclassificação ou inabilitação, respectivamente. (DI PIETRO, 2020. p. 840)

Os regramentos gerais trazidos pelas leis de licitações são acompanhados por diversas outras leis que, afim de complementar a mesma, foram, e podem ser criadas pelos outros entes para tornar mais objetivo o processo licitatório. É a chamada competência suplementar, que tem a finalidade de observar ao interesse de cada ente na medida de sua necessidade.

Atualmente vigoram no país duas lei de licitações, sendo a lei antiga 8.666/93 e a recém-criada para substitui-la, a lei 14.133/2021, que após 02 (dois) anos de sua publicação assumirá por completo o lugar da que regeu os processos licitatórios desde os anos 90.

3. LICITAÇÕES E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

A Constituição Federal da República, em seus princípios elencados nos artigos 1º e 3º, demonstra a clareza e importância com que trata o desenvolvimento nacional por meio do trabalho e da livre iniciativa. Neste sentido, dispõem os citados dispositivos constitucionais:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

[...]

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

II - Garantir o desenvolvimento nacional;

(Brasil. 1988)

Desta feita, o legislativo, trabalhando para a execução destes princípios e objetivos estabelecidos na Constituição Federal, dentro das licitações públicas, não obstante a existência de uma Lei Geral de Licitações, visando otimizar o processo licitatório, criou em 2002 a lei 10.520/02, que disciplina a modalidade pregão. Esta modalidade de licitação é distinta das então elencadas na lei 8.666, porquanto se faz muito mais célere, e apresenta peculiaridades de rapidez e economicidade.

Define Marçal Justen Filho:

O pregão é aplicável em licitações para a contratação pela Administração Pública de bens e serviços comuns. A definição de bem comum tem evoluído ao longo do tempo. Em princípio, são os bens disponíveis no mercado, com características padronizadas, que podem ser fornecidos satisfatoriamente por um fornecedor qualquer. Não há impedimento a que bens complexos sejam adquiridos mediante pregão. Assim, por exemplo, admite-se o uso do pregão para a aquisição de helicópteros- os quais são reputados como um objeto comum porque as suas configurações são padronizadas. (Marçal Justen Filho. 2013. p.504)

O legislador, resguardando os direitos das pequenas e frágeis empresas, as denominadas MEs (Micro Empresas) e EPPs (Empresas de Pequeno Porte), cria em 2006, a lei complementar 123/2006, que vem para garantir que as beneficiárias tenham chance de competir com as grandes indústrias e fabricantes em todas as áreas deste mercado, desmantelando os resquícios de oligarquias nas contratações públicas.

Relevante se torna observar alguns benefícios mais utilizados, trazidos para a inserção de micro e pequenas empresas no mercado de licitações, com a criação da referida lei complementar, como é o exemplo dos artigos 43, 47 e 48 da Lei 123/06.

Art. 43. As microempresas e as empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista, mesmo que esta apresente alguma restrição.

§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal e trabalhista, será assegurado o prazo de cinco dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para regularização da documentação, para pagamento ou parcelamento do débito e para

emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

(...) (Brasil. 2006)

Restritos a análise da história das licitações no Brasil, é fácil perceber o esforço nacional pela distribuição de renda aos mais vulneráveis, a facilitação ao empreendedorismo e a motivação que é dada para que se faça cumprir com os objetivos constitucionais trazidos pela Magna Carta de 1988. Tudo isso através do processo licitatório brasileiro atualmente vigente.

4. DEFESA DE INTERESSES

Depreende-se que os objetivos constitucionais não são mais os imperialismos de defesa de interesses apenas estatais, mas sim, a ponderação de interesses entre o público e o particular, pendendo mais ao público considerando a coletividade a ser defendida. Assim é a ideia trazida por Borbalo em sua obra “Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, senão vejamos:

“A Lei n. 14.133/2021 dispõe, em capítulo específico, sobre os meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias. Importante!

A consensualidade representa um fenômeno que vem cada vez mais se consolidando no direito público brasileiro. A Administração unilateral vem sendo substituída pela Administração consensual. Corroborar isso a incorporação, na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657/42), de uma cláusula geral de consensualidade (art. 26, conforme redação dada pela Lei n. 13.655/18)9.

Assim, a Lei n. 14.133/2021 prevê, como mecanismo geral, a utilização de meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias baseadas na consensualidade. Observe-se que a Lei n. 8.666/93 não prevê regramento semelhante, embora outras leis publicistas o fizessem, a exemplo das leis dos contratos de concessão (Leis n. 8.987/95 e n. 11.079/04).

Assim, podem ser utilizados, nas contratações públicas, meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, entre os quais os seguintes:

- Conciliação;
- Mediação;
- Comitê de resolução de disputas;
- Arbitragem.

Esses mecanismos aplicam-se a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações." (BORDALO, 2021, p.31)

No princípio da supremacia do interesse público temos de observar o ônus da administração em balizar meio a este dever-poder na defesa do interesse público, ao mesmo tempo em que executa outros princípios de desenvolvimento do Estado. Por este princípio Bandeira de Melo traz as nuances de suas percepções delimitadoras.

"[...] Convém reiterar, e agora com maior detença, considerações dantes feitas, para prevenir inteleccões equivocadas ou desabridas sobre o alcance do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado na esfera administrativa. A saber: as prerrogativas que nesta via exprimem tal supremacia não são manejáveis ao sabor da administração, porquanto esta jamais se dispõe de "poderes" *sic et simpliciter*. Na verdade, o que nela se encontram são "deveres-poderes", como a seguir se aclara. Isso porque a atividade administrativa é desempenho de "função".

Tem-se função apenas quando alguém está assujeitado ao dever de buscar, no interesse de outrem, o atendimento de certa finalidade. Para desincumbir-se de tal dever, o sujeito de função necessita manejar poderes, sem os quais não poderia atender à finalidade que deve perseguir para a satisfação do interesse alheio. Assim, ditos poderes são irrogados, única e exclusivamente, para propiciar o cumprimento do dever a que estão jungidos; ou seja, são conferidos como meios impostergáveis ao preenchimento da finalidade que o exercente de função deverá suprir.

Segue-se que tais poderes são instrumentais: servientes do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolúvelmente atrelados. Logo, aquele que desempenha função tem, na realidade, deveres-poderes. Não "poderes", simplesmente. Nem mesmo satisfaz configura-lo como "poder-dever", nomenclatura divulgada a partir de Santi Romano.

Com efeito, fácil é ver-se que a tônica reside na ideia de dever, não na de "poder". Daí a conveniência de inverter os termos deste binômio para melhor vincar sua fisionomia e exibir com clareza que o poder se subordina ao cumprimento, no interesse alheio, de uma dada finalidade". (Grifo nosso) (Bandeira de Melo. 2015. p. 100 e 101)

Tomando por base o princípio elencado, e, no que diz respeito as licitações, observa-se com clareza a disparidade de poderes civis em contratar quando se fala em tramite processual nas licitações.

A lei de licitações 8.666/93, ao tratar de dirimir controvérsias nas contratações, taxa inúmeros poderes à Administração Pública que são passíveis de discussões. A aplicação do dever-poder no processo licitatório está contida, na

maioria das vezes, nas mãos das comissões de licitação e nos pareceres jurídicos das procuradorias.

Em contrapartida o interesse particular prima, na maioria das vezes, o lucro real acima de qualquer princípio legalmente estabelecidos. Interpretando a lei a seu sabor e na tentativa de eliminar concorrentes e mover a máquina pública para seu sustento, as empresas tentam manipulações nas Administrações para precificar seus produtos o quanto desejarem.

Na tentativa de monopolizar os valores das licitações e eliminar concorrentes, os documentos exigidos no instrumento convocatório tornam-se alvos de inúmeras impugnações, sejam eles; exigidos na lei de licitações ou o tratado neste trabalho; chamados documentos de capacidade técnica.

No Brasil atual existem inúmeras empresas especializadas em licitações públicas, sejam as de comercialização direta com as Administrações ou as especializadas em suporte técnico para as fornecedoras da Administração. Ora pois, um mercado tão vasto como o destacado se faz de especial atenção a inúmeras interpretações legais, porquanto é fonte de muito recurso financeiro para as empresas.

Ao que se coloca, é discutível qual o nível de preparação da Administração Pública para a defesa do interesse público, ponderação do interesse particular, crescimento sustentável e observância dos mais diversos interesses aí envolvidos.

6. EXIGIBILIDADE TÉCNICA

O atestado de capacidade técnica é o principal, mas não único, instrumento chamado a qualificar a empresa licitante. Assim é denominado o documento expedido por pessoa jurídica de direito público ou privado que garanta já ter a empresa, cumprido contrato similar anteriormente. Então, assim define Justen Filho.

A qualificação técnica é a comprovação documental da idoneidade técnica para execução do objeto do contrato licitatório, mediante a demonstração de experiência anterior na execução de contrato similar e da disponibilidade de pessoas e dos equipamentos indispensáveis. (Marçal Justen filho. p. 514)

O já citado art. 37, XXI da Constituição Federal da República, traz em entrelinhas o seguinte entendimento;

(...) somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Brasil. 1988)

E em consonância com o citado dispositivo constitucional a lei 8.666/93 estabelece no artigo 30 os documentos relativos a qualificação técnica. Senão vejamos:

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 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;

(...)

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

§ 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. (Brasil. 1993)

Ao tratar da matéria em que a capacidade técnica é requisito nas licitações públicas atuais, temos que o poderio de deliberação da exigência ou não, do atestado, concentra-se totalmente na comissão de licitação formadora do instrumento convocatório, doravante, o edital de chamamento.

Ora, se no caput do referido artigo 30 encontra-se o imperativo “limitar-se-á”, indaga-se; por qual motivo e baseado em quais instrumentos legais, vê-se todos os dias, instrumentos convocatórios com listas enormes de exigências técnicas para aquisição de objetos encaixados nas licitações de modalidade pregão?

Conforme defendido pelo ilustríssimo jurista Marçal Justen Filho, ao explanar o que seja, e sua aplicabilidade, percebe-se que os atestados de capacidade não devem ser empregados de modo desnecessário.

Outro tema árduo envolve a qualificação técnica, cuja disciplina se sujeita a um dispositivo legal desfigurado por veto presidencial – art. 30 a lei 8.666/1993.

A legislação não proíbe as exigências de qualificação técnica, mas reprime exigências desnecessárias ou inadequadas. A Administração Pública não tem liberdade para impor exigências quando a atividade a ser executada não apresentar complexidade nem envolver graus mais elevados de aperfeiçoamento.

Por outro lado, as exigências quanto à qualificação técnica devem estar previstas de modo expresse no ato convocatório. A qualificação técnica a ser exigida é não apenas aquela teórica, mas também a efetiva, concreta, prática. É a titularidade de condições práticas e reais de execução de contrato. Em vez do exame apenas teórico do exercício da atividade, as exigências se voltam para a efetiva condição prática de desempenhar satisfatoriamente o objeto licitado. (Marçal Justen filho. p.514 e 515)

Como exemplo, tomemos as licitações municipais, as quais em um todo, são as mais volumosas comparadas as outras entidades federadas, porquanto o Brasil tem, em sua extensão territorial, 5.568 municípios. Com destaque para as regiões de Minas Gerais e São Paulo, em que há divergências na requisição do atestado em questão.

Ao analisar as duas regiões, percebe-se a disparidade de entendimentos para a realização de pregões similares. A grande maioria das cidades de São Paulo entende que ao credenciar-se no processo licitatório, presume-se a capacidade técnica da empresa. Já nas cidades de Minas Gerais em sua grande maioria, são exigidos os ditos atestados de capacidade técnica, emitidos por pessoa jurídica de direito público ou privado. Suplementando os atestados, em alguns casos são exigidos mais documentos complementares idôneos sob pena de inabilitação do processo licitatório.

A subjetividade deixada pela lei 8.666 foi a que deu guarida ao desenvolvimento de duas interpretações. A primeira resguarda-se no já citado artigo 37, XXI da CF/88, cumulado ao princípio da boa-fé, que, como destaca Denise de Araújo Capiberibe, foi o princípio demandado pelo direito secularizado, afim de poupar tempo, desburocratizar o processo licitatório e cumprir a Constituição.

“A partir de tal percepção, verificou-se a necessidade de criar novos mecanismos e princípios, mormente no que diz respeito à interpretação dos contratos, visando a atender às novas exigências de tal realidade. Esta profunda transformação alterou a perspectiva sob a qual se entende o Direito Civil, agora considerado sob o ponto de vista constitucional. Ressurgiu então o princípio da boa-fé objetiva que, ao lado do princípio da função social do contrato, se erigiu como principal norte na exegese das relações contratuais. A normatização do princípio da boa-fé objetiva foi formalizada com a edição do Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 4º, inciso III, como linha de interpretação, e também no art. 51, inciso IV, como cláusula geral.

(...)

A boa-fé objetiva veio permear a nova teoria contratual, impondo às partes que se portem de forma honesta, leal e proba, durante todas as fases do contrato. (10 anos do código Civil, aplicação, Acertos, desacertos e novos rumos”. (Denise de Araújo Capiberibe¹. p. 117)

‘

Sendo assim, a capacidade técnica, como já citada por Justen Filho neste trabalho, vai além da capacidade teórica, analisa as condições práticas de execução do contrato sob às penalidade da lei de licitações.

Já a segunda corrente de interpretação considera indispensável a prova contundente da capacidade técnica para o fornecimento do produto a ser adquirido, enrijecendo e burocratizando cada vez mais o processo licitatório. Nesta visão pouco importa a capacidade financeira do licitante, primando mais as técnicas do que o capital de execução do objeto. Quando da observância dos instrumentos convocatórios das diversas regiões do país, é clara a insegurança jurídica instalada.

Ante as duas interpretações, a nova lei tratou de reviver explicitamente nas entrelinhas do positivismo, um dos princípios mais consagrados pela justiça; o da segurança jurídica. Assim contempla-se o disposto no art. 5º, do capítulo II, da lei 14.133/21, que trata dos princípios.

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). (Brasil. 2021)

A nova lei de licitações, 14.133/21, pelas fragilidades apresentadas na lei 8.666/93, tratou também de regulamentar a capacidade técnica de modo mais atencioso. Para tanto, no artigo 67, discorreu todas as possibilidades para esta exigência técnica. Uma das regulamentações que ganha destaque é a prova de capacidade por outros tipos de documentações.

Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a:

I - apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação;

II - certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e

operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do § 3º do art. 88 desta Lei;

[...]

§ 3º Salvo na contratação de obras e serviços de engenharia, as exigências a que se referem os incisos I e II do **caput** deste artigo, a critério da Administração, poderão ser substituídas por outra prova de que o profissional ou a empresa possui conhecimento técnico e experiência prática na execução de serviço de características semelhantes, hipótese em que as provas alternativas aceitáveis deverão ser previstas em regulamento. (Brasil. 2021)

Na criação da lei 14.133/2021, percebe-se com mais clareza as fragilidades que se faz nos dias atuais da lei dos anos 90 que, se persistisse, prejudicaria as demandas deste século no que toca ao desenvolvimento pretendido pela Constituição Federal de 1988.

5. QUALIFICAÇÃO DO FUNCIONALISMO PÚBLICO

Um dos grandes, senão, o principal motor da máquina pública é o funcionalismo público, movendo-a nos rumos à que se destina. Neste grupo diferencia-se os vários cargos, entre eles os políticos e os administrativos. Dentre estes estão os administrativos executores dos processos licitatórios.

Como preceitua Rodrigo Bordalo (2021), os agentes administrativos responsáveis pelo processo licitatório também são instrumentos de fiscalização social quando as leis de seu conhecimento são feridas, não apenas pelo particular, mas também pela Administração Pública.

As contratações públicas devem submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação (TI), além de estarem subordinadas ao controle social.

A nova lei elenca “linhas de defesa” associadas a esses mecanismos de controle, consistentes:

•1ª linha de defesa: integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; (BORDALO, 2021, p.30)

Aos Agentes públicos a sociedade estende sua confiança, visto que recebem treinamentos compatíveis com a função exercida.

Com o advento da nova lei crescerão as responsabilidades destes agentes, já que as comissões de licitação passarão a ser dispensadas nos processos comuns e exigidas nos mais complexos. Então é o que se vê no art. 8º da lei;

Art. 8º A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.

§ 1º O agente de contratação será auxiliado por equipe de apoio e responderá individualmente pelos atos que praticar, salvo quando induzido a erro pela atuação da equipe.

§ 2º Em licitação que envolva bens ou serviços especiais, desde que observados os requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, o agente de contratação poderá ser substituído por comissão de contratação formada por, no mínimo, 3 (três) membros, que responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, ressalvado o membro que expressar posição individual divergente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que houver sido tomada a decisão. (Brasil. 2021)

À primeira vista parece surgir nova fragilidade na lei de licitações, concentrando nas mãos de apenas uma pessoa um processo licitatório, porém no que toca aos atestados de capacidades a lei assegurou de asseverar e delimitar os poderes para às exigências técnicas, tanto da Administração Pública, quanto na prestação desta informação pelo particular.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste contexto os argumentos apresentados e o material analisado foram no intuito de analisar os rumos e objetivos do desenvolvimento nacional no campo da economia entre o público e o particular no segmento das licitações públicas. Buscou-se a reflexão se são aplicados na prática os objetivos estabelecidos constitucionalmente, objetivos estes trazidos como parâmetro para o desenvolvimento de uma sociedade menos desigual.

Com esta análise crítica é de se observar que no final do século XX a realidade nacional vivida era outra. Tanto é que até hoje a CF/88 sofre alterações de

adaptação a realidade vivida. Consoante a isto as leis reguladoras das licitações não poderiam se hermetizar no tempo, sob pena de atraso no desenvolvimento nacional.

O que se percebe é o ajuste social dado pela legislação na forma da nova lei de licitações, qual seja, 14.133/2021, para aperfeiçoamento das diretrizes trazidas pela Constituição Federal de 1988. Onde a Lei 8.666/93 foi se tornando insuficiente a suprir as lacunas apresentadas para o efetivo cumprimento deste ato administrativo tão complexo.

Ao analisar as diversas demandas formais impetradas e os questionamentos trazidos informalmente pelos particulares sobre os atestados de capacidade e a qualificação técnica exigida, pôde se compreender a fragilidade que se tornara a lei 8.666/93, qual ao longo dos anos deu brechas a manipulação da Máquina Pública na defesa se interesses.

O engessamento que se encontrava a antiga lei de licitações no que se refere aos atestados de capacidade encontrou grande óbice para cumprir todos os princípios estabelecidos e ainda engajar os novos que surgira.

Assim, o ponto que se destaca no combate aos abusos de interpretações, de agora em diante, e amparado pela nova lei de licitações e contratos é a busca dos populares para fiscalização dos processos administrativos, denunciando abusos nos desrespeitos a nova lei que se iniciará.

REFERÊNCIAS BIBIOGRÁFICAS

Justen Filho. Marçal Justen Filho. Curso de Direito Administrativo. 9ª ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo-SP. 2013.

Di Pietro. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito administrativo. 33º ed. – Rio de Janeiro. Editora Forense, 2020.

Di Pietro. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito Administrativo. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas. 2010.

Bandeira de Melo. Celso Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. 32ª ed. Malheiros Editora. 2015.

LAMOUNIER, D.; OLIVEIRA, M. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

Desª. Leila Maria. CURSO 10 Anos do código civil - aplicação, acertos, desacertos e novos rumos - RIO DE JANEIRO. Editora Irapuã Araújo. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 20 de nov. de 2022.

Lei Complementar nº. 123/06, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 15.12.2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em: 20 de nov. de 2022.

Senado Federal Praça do Três Poderes s/nº Brasília DF CEP 70165-900 Bibliografia sobre a nova lei de licitações : lei nº 14.133/2021. – Brasília : Senado Federal, Biblioteca, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesos em: 20 de nov. de 2022.