



ARTIGO
24/11/2023

Prova jurídica da aptidão técnica, súmula do TCESP e a nova lei de licitações

* *Alexandre Manir Figueiredo Sarquis*

1. Licitações Brasileiras

Estima-se que cerca de 12% do PIB brasileiro esteja submetido à legislação brasileira de licitações e seja eventualmente posto em disputa de acordo com as determinações ali constantes (<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2022/janeiro/economia-assina-acordo-em-contratacoes-publicas-com-agencia-americana-de-comercio-e-desenvolvimento>). Ainda que o Brasil ocupe atualmente a nona posição entre as economias globais, especificamente no quesito licitação pública, talvez seja a maior praça mundial. Assim se infere seja porque a participação do Estado na economia é relativamente maior no Brasil do que em jurisdições similares, seja porque, apesar de sermos uma federação, temos legislação de contratos unificada, seja porque o dever de licitar é obrigação levada muito a sério pelo legislador nacional. Ignorar a imposição é crime com pena de até oito anos de reclusão, na dicção do art. 337-E do estatuto repressor.

A nova lei 14.133/2021 é, portanto, de extraordinária relevância econômica sob qualquer aspecto. Calha investigar no que ela difere da prática privada ou mesmo da prática pública em outros países. De fato, comprar – ou “procurar”, no verbo de preferência anglo –, para além de ser norma jurídica, é capítulo de estudo da ciência da administração que, nisso, tem um corpo estabilizado de melhores práticas nos livros texto de administração. É um embate entre estruturas de mercado que, com esteio nas forças de que dispõem, tentam prevalecer, buscando preços, condições e qualidade mais favoráveis, em um ambiente de livre e transparente troca de propostas, com desembaraçada manifestação da vontade.

2. Habilitação

Na busca por assegurar o poder de mercado de cada empresa, cabe aos compradores se abastecerem previamente com informações a respeito do preço justo, dos requisitos para execução contratual, da reputação dos proponentes, e, depois, fazer com que a intenção de contratar seja de conhecimento do maior número de interessados. Nesses termos, a subsequente formação do contrato se dará imbuída na boa-fé dos agentes e na presunção de simetria de informações. A licitação pública, a despeito de estar imersa nesse ambiente de



ARTIGO
24/11/2023

negócios, a todo momento é pressionada pelo inescrutinável interesse público, que força a adoção de regras limitadoras da liberdade econômica.

Muito desse condicionamento se concentra na etapa conhecida como Habilitação, ensejo processual apto a alijar pessoas interessadas no contrato, mas legalmente afastadas. No caso brasileiro, é um momento extraordinariamente controverso e amiúde judicializado, rendendo farta produção jurisprudencial. Não há registro especial na literatura que permita concluir que seja assim em outras jurisdições.

Dos vários aspectos investigados na habilitação, o foco deste artigo será a chamada habilitação técnica (art. 62, II da nova lei, art. 27, II da Lei 8666/1993).

3. Direito Comparado

Na legislação americana (“*Federal Acquisition Regulation*” – FAR) - que lá se aplica somente à União -, há o capítulo 6 (“*competitive requirements*”) com alguma ideia de exclusão ou “*short-listing*”. As disposições gravitam a estipulação de quotas (“*set asides*”), por exemplo, para veteranos de guerra ou para igualdade de gênero, bem como com outras circunstâncias em que é legítimo negar ingresso ao procedimento (“*[conditions] other than full and open competition*” <https://www.acquisition.gov/far/part-6>). Entre estas últimas, apenas esporadicamente menciona-se aptidão técnica.

O normativo da União Europeia (Diretiva 201/24/UE <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0024>), que em certas passagens se assemelha muito à Lei 8666/1993, trata do assunto na seção 3 (seleção dos participantes e adjudicação dos contratos), mais especificamente ao artigo 57 (motivos de exclusão). Nesse normativo percebe-se que a grande preocupação da habilitação é assegurar que as contrapartes não tenham qualquer envolvimento na prática de certos crimes, tais como sonegação, terrorismo e lavagem de dinheiro. A aptidão técnica, por sua vez, aparece na alínea “g” do item 4: “as autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir um operador económico da participação num procedimento de contratação [...] Se o operador económico tiver acusado deficiências significativas ou persistentes na execução de um requisito essencial no âmbito de um contrato público anterior, um anterior contrato com uma autoridade adjudicante ou um anterior contrato de concessão, tendo tal facto conduzido à rescisão antecipada desse anterior contrato, à condenação por danos ou a outras sanções comparáveis”.

Já na Lei de Compras Governamentais da República Popular da China (<https://www.audit.gov.cn/n6/n36/n10084378/c10241260/part/10241576.pdf>), o assunto aparece no capítulo 2 (“partes das compras governamentais”, em tradução livre) e, mais especificamente, no item 3 do art. 22 (“Os fornecedores que participam em atividades de



ARTIGO
24/11/2023

contratação pública devem [...] possuir o equipamento necessário e capacidade técnica profissional para executar o contrato”, em tradução livre).

Esse breve recorte da experiência internacional permite ilustrar que embora exista a habilitação como instituto da legislação estrangeira, nela, a exigência de prova técnica é livremente regulada, sem imposição de um especial meio de prova ou de requisitos substantivos, legando o pormenor à normativo inferior ou às disposições do edital.

4. Habilitação Técnica até a Lei 14133/2021

No Brasil por muito tempo também foi assim, perceba a redação do art. 25, §2º, 2 do Decreto-Lei 2300/1986: “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”. À época, entretanto, pairava a crítica de excessiva margem de discricionariedade conferida à administração e à equipe de licitações em tema, como visto, caro à liberdade econômica na formação dos contratos.

O tema adensou-se com o advento da Lei 8666/1993 que, no assunto, consolidou uma redação que atendeu a pleitos das agremiações profissionais atuantes principalmente durante a tramitação ocorrida na Câmara. Assinale-se que o autor do projeto, Deputado Luis Roberto Ponte, figura proeminente de grande relevância para as muitas melhorias que vieram, é engenheiro de formação e foi professor da escola de engenharia da URGs.

A redação originalmente aprovada no Congresso Nacional era:

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

[...]

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;

[...]

§ 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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3336



ARTIGO
24/11/2023

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.

[...] redação original da Lei 8666/1993, posteriormente vetada, g.n.

Distinguiram-se dois plexos na prova de aptidão: i) aquele da empresa (alínea “b”), apto a provar se a empresa – essa abstração jurídica congregadora de pessoas, processos e recursos - logra demonstrar juridicamente que envergou projetos de vulto similar, permitida a quota de 50%; e ii) aquele do profissional de engenharia (alínea “a”) que, com sua capacidade intelectual, demonstra juridicamente dominar técnicas construtivas, limitadas às parcelas de maior relevância e valor significativo, mas vedada a estipulação de quantidade.

A capacidade profissional não permitia exigir um determinado tamanho de contrato, mas uma determinada técnica de engenharia subjacente. Já a capacidade operacional não permitia divisão em parcelas, mas um tamanho de obra, permitido o somatório do que já houvera sido contratado.

Ter construído obras de arte especiais que totalizem vão igual ou maior a 50% daquele correspondente à obra posta em disputa: capacidade técnico-operacional. Ter construído algo em que foi empregada a técnica de engenharia civil conhecida como protensão: capacidade técnica-profissional. A primeira, embora realizada por engenheiros de uma determinada empresa, é da empresa. A segunda, embora realizada por uma determinada empresa de engenharia, é dos profissionais que assumiram a responsabilidade técnica perante o conselho. Em verdade, há uma bicorrespondência evidente. A cada um, corresponde outro e vice-versa.

5. Controvérsia e Consolidação da Capacidade Operacional

A disposição como veio vazada originalmente, entretanto, enfrentou resistência em meio ao principal conselho de classe – o sistema CONFEA-CREA. Perceba que o §1º incumbiu as entidades profissionais para certificar a documentação probatória. O Confea, embora tivesse, desde 1966, a competência de autorizar as empresas de engenharia a funcionar (art. 59 e s/s da Lei 5964/1966), sempre pautou sua ação fiscalizatória sobre os profissionais de engenharia, últimos



ARTIGO
24/11/2023

detentores da capacidade intelectual aprendida, protegida por lei e outorgada pela instituição de ensino superior. Ao receber a alçada legal para dizer a respeito da aptidão, surgiu a dúvida.

Se a aptidão é intelectual do engenheiro, a empresa não a tem, e os profissionais podem, pela troca de emprego, arrastar consigo a habilitação para contratar com a administração pública. Se a aptidão é operacional da empresa, sobrevivendo sua extinção, cessa a habilitação de pleno direito, ainda que os mesmos profissionais e os mesmos equipamentos eventualmente se reúnam sob designação diversa. Cada qual soluciona alguns problemas ao tempo em que cria outros.

Enfim, a pressão por restringir a prova de aptidão à pessoa natural habilitada do conselho acabou por prevalecer na avaliação do veto presidencial.

"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 preços 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 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 definidos 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." Mensagem de Veto 335/1993

Persistiam as vozes dos proprietários de empresas de engenharia. Em 1994, houve outra tentativa de introduzir a aptidão técnica operacional, por meio da Lei 8883/1994, na redação que segue:

Art. 30.

.....



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3336



ARTIGO
24/11/2023

§ 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 - 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 às 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. Redação da Lei 8883/1994 para o art. 30 da Lei 8666/1993, posteriormente vetada

Novamente, a Presidência da República houve por bem vetar o inciso II do dispositivo (note que o §1º e o inciso I parafrazearam o que já havia), mas desta vez encurtando razões: "O texto reproduz aquele que foi objeto de veto, quando da sanção de Lei nº 8.666, de 1993, o que não permite seja agora sancionado, tendo em vista o disposto no art. 66, § 4º da Constituição Federal" (Mensagem de Veto 436/1994). Vale lembrar que, à época, o primeiro veto não havia ainda sido apreciado.

Talvez a norma tenha propiciado a fragmentação das empresas de engenharia, uma vez que, em sendo a aptidão apenas do profissional engenheiro, fazia sentido que as Anotações de Responsabilidade se realizassem em nome do engenheiro proprietário, amalgamando capacidade profissional e operacional e multiplicando o número de empresas.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3336



ARTIGO
24/11/2023

Isso não impediu, entretanto, que o “atestado de capacidade operacional” ingressasse em definitivo no cenário das licitações públicas brasileiras, provando, assim, extraordinária resiliência e mesmo uma imunidade à intenção de vetá-lo. O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCESP, à impressão de que o inciso II do caput do art. 30 não teria impedido a exigência, editou verbete específico sobre o tema no acervo de sua súmula em 2005, tal era o grau de adoção do instituto nas concorrências paulistas.

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**. (TC-A-029268/026/05 DOE de 20/12/2005)

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. (TC-A-029268/026/05 DOE de 20/12/2005)

O Tribunal de Contas da União – TCU também decidiu similarmente, embora em termos ligeiramente diversos quanto às “parcelas de maior relevância”, em enunciado adotado no ano de 2011.

SÚMULA TCU 263: Para a comprovação da **capacidade técnico-operacional** das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às **parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado**, é legal a **exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes**, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado. (Acórdão 32/2011-Plenário)

À míngua de supedâneo legal suficiente, emergiram estas e outras diferenças, bem como diversas formas de comprovação: Anotações de Responsabilidade (Resolução CONFEA 1025/2009), Registros de Responsabilidade, no caso do Conselho de Arquitetura e Urbanismo, Certidões de Acervo e Atestados.



6. Habilitação Técnica na Nova Lei 14133/2021

Posta a cena, chegamos ao núcleo deste artigo: os desafios impostos pela nova redação, veiculada pela nova lei de licitações, que se tornará a única via aplicável a partir de janeiro de 2024. Assim ficou regulado o tema:

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;

[...]

§ 1º A exigência de atestados será restrita às parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação, assim consideradas as que tenham valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação.

§ 2º Observado o disposto no caput e no § 1º deste artigo, será admitida a exigência de atestados com quantidades mínimas de até 50% (cinquenta por cento) das parcelas de que trata o referido parágrafo, vedadas limitações de tempo e de locais específicos relativas aos atestados.

§ 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.

[...]

§ 12. Na documentação de que trata o inciso I do caput deste artigo, não serão admitidos atestados de responsabilidade técnica de profissionais que, na forma de regulamento, tenham dado causa à aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do caput do art. 156 desta Lei em decorrência de orientação proposta, de prescrição técnica ou de qualquer ato profissional de sua responsabilidade.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3336



ARTIGO
24/11/2023

Parece ser possível divisar as seguintes inovações: i) fica definitivamente positivada a qualificação técnica operacional (inciso II), ao lado da técnica profissional (inciso I), sem receio de veto que, desta vez, não sobreveio; ii) o profissional deve exibir anotação de responsabilidade de seu conselho para a prova de obra ou serviço “similar”; iii) a empreiteira deve exibir certidão do conselho de classe para a prova de serviço “similar de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior”; iv) o critério maior relevância ou valor significativo, fica restrito a parcelas que exibam valor igual ou superior a 4% do quanto posto em disputa; v) o critério de “até 50%” do que é posto em disputa, passa a ser apurado para cada parcela considerada e também é aplicado a ambos; vi) se da contratação invocada como prova de aptidão resultou apenas impedimento (art. 156, III) ou inidoneidade (art. 156, IV) pelo órgão tomador, há repercussões administrativas para o profissional, pois embora não possa mais ser empregado como prova de capacidade profissional (§12), não ocorre contágio da prova de capacidade operacional da pessoa jurídica; vii) o conjunto normativo todo é mais adequado ao sistema CONFE/CREA/CAU (§3º), admissíveis outros meios de prova fora da engenharia; e viii) a possibilidade de exigir quantidades mínimas de até 50% do quanto licitado passa a se aplicar tanto para a capacidade técnica operacional quanto para a profissional.

Certamente trata-se de avanço e de consolidação da prática. Ouso elaborar três considerações.

A primeira é a nomenclatura “atestado”. No sistema CONFEA/CREA, o “atestado” é chamado anotação (ART), no sistema CAU, trata-se do “registro” (RRT) e, pesquisados algumas outras entidades (CRN, CRF, CRMV), não se encontra a expressão “atestado”. Poderíamos entender que o documento a que o dispositivo se refere é o traslado do quanto consta em registro, mas o sistema ainda assim chama o documento “ART”. De outra mão, esse parece não ser o documento mais adequado a prova pretendida, que deveria dar lugar à Certidão de Acervo Técnico (CAT). A CAT é consolidada paulatinamente ao longo da vida profissional e somente após a conclusão dos contratos de engenharia. Portanto, é título mais consentâneo com a ideia de aptidão pré-existente. São expressões consagradas pela lei e que, portanto, poderiam ter sido transportadas para o estatuto de licitações, em minha opinião.

A segunda é que a sutil diferença entre as locuções empregadas nos incisos I e II pode dar azo a uma série de distrações jurisprudenciais que, por vezes, são percebidas como caprichosas, mas fundam-se em real diferença vernacular que – acredito – nunca deveria ter existido. Profissionais provam “executar obra ou serviço de características semelhantes”, empresas provam “executar serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior”. Se a parcela que busca prova é uma empreitada – uma obra – então caberia tão somente a prova de capacidade profissional? Parece não ser esse a vontade da norma, mesmo porque se é a articulação de fatores de produção que se deseja provar a aptidão, tanto mais adequado que remonte à empreiteira e não ao profissional.

A expressão de “complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior”, a par de parecer reintroduzir subjetividade repelida pelos advogados de licitação, parece ser reiteração



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3336



ARTIGO
24/11/2023

bem-vinda. Reiteração posto que já constava ao art. 30, §3º da Lei 8666/93 e bem-vinda porque há certa resistência por parte das equipes de licitação que não gostam da atribuição de ingressar no mérito técnico da documentação comprobatória. Há enunciado sumular do TCE/SP que parece dar guarida justamente a essa linha interpretativa (Súmula 30). Vale dizer: se pede-se prova de remoção de solos moles e a certidão exibida versar sobre remoção de solo lodoso – que além de mole, apresenta outras particularidades e dificuldades – deveria ser prontamente aceito.

A terceira consideração é a marca numérica de 4% do valor estimado como empecilho jurídico para a exigência de prova de capacidade técnica. Em obras muito complexas, pode haver muitas e muitas páginas de requisitos e a planilha orçamentária pode se apresentar correspondentemente fragmentada. Imagine que nenhum dos itens alcance o patamar de 4% do valor total da obra. Nesse panorama seria impossível a exigência de qualquer prova de aptidão técnica? Teríamos uma disputa entre entrantes no mercado. Muito pelo contrário, em planilhas dotadas de itens de valores muito uniformes – pense 20 itens, em que cada um tem valor aproximado de 5% do total – seria possível a exigência de atestados para todos eles.

Há a possibilidade de que a prevaleça a interpretação segundo a qual a expressão “assim consideradas as que tenham valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação” faça referência apenas à expressão “valor significativo do objeto da licitação” e não à expressão “maior relevância”. Aí teríamos novamente a subjetividade que a edição do dispositivo almejou afastar. Nada afastará, portanto, o bom senso no desenho do requisito que será lançado no edital que deve ser relevante tecnologicamente e materialmente.

7. Desdobramentos

De plano o CONFEA já manifestou adesão às alterações promovidas pela lei e mencionadas acima, revogando o normativo anterior (Resolução 1025 de 30 de outubro de 2009) e editando a Resolução 1137/2023, que possibilita a emissão tanto da Certidão de Acervo Técnico-Profissional – CAT, quanto da emissão da Certidão de Acervo Operacional – CAO.

Art. 1º Fixar os procedimentos necessários ao registro, baixa, cancelamento e anulação da Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, ao registro do atestado emitido por pessoa física e jurídica contratante e à emissão da Certidão de Acervo Técnico-Profissional - CAT e à emissão da Certidão de Acervo Operacional - CAO, bem como aprovar os modelos de ART, de CAT e de CAO, o Requerimento de ART e Acervo Técnico, o Requerimento de Acervo Operacional e os dados mínimos para registro do atestado que constituem os Anexos I, II, III, IV, V e VI desta resolução, respectivamente. Resolução CONFEA 1137/2023



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3336



ARTIGO
24/11/2023

Paulatinamente veremos alterações também nas disposições dos editais. Quanto à exigência da CAO na prova de capacidade operacional, embora o prazo de 120 dias conferido pela resolução do CONFEA para adaptação tecnológica dos CREAs, que já deveriam estar em condições de emitir os novos documentos (art. 73 da resolução), parece não se tratar ainda de procedimento integralmente implementado. De qualquer forma, obras realizadas antes de agosto de 2023 (data em que a resolução passou a ser integralmente aplicável), ainda seriam comprováveis por meio do atestado quanto à capacidade operacional e, quanto à profissional, pela CAT anexada ou não ao atestado. Os editais devem estar atentos a isso.

Outra questão a ponderar é que possivelmente as CAOs não serão específicas o suficiente quanto aos quantitativos executados e às tecnologias empregadas, aspecto relevante para a decisão habilitatória. Assim se conclui porque os arts 53 e seguinte da resolução esclarecem que o insumo para as certidões se encontrará nas ARTs, notoriamente precárias em detalhamento. Dessa forma, os atestados ou notas fiscais que detalham os registros do acervo podem continuar a ser peça fundamental da habilitação técnica.

Quando à separação do que poderia ser direcionado à prova de capacidade técnica operacional e do que poderia ser direcionado à prova de capacidade técnica profissional, parece ter havido consolidação, minimizando tais diferenças. Imagino que um mesmo contrato de engenharia poderia até mesmo suscitar dois fenômenos habilitatórios: um para a empreiteira e outro para o engenheiro. Por óbvio, tal funcionaria para aumento da competição, se o edital veiculasse exigência alternativa, ou seja, prova de capacidade técnica profissional ou operacional. Nesse sentido, admitir-se ia ou uma CAT ou uma CAO para a prova da aptidão. Se o engenheiro responsável em uma empreiteira é contratado por outra, a aptidão se desdobra em duas: a empreiteira de origem a tem, sob o aspecto operacional, e o engenheiro na empreiteira de destino a tem, sob o aspecto profissional. Um outro cuidado a observar nos futuros editais é cuidar para que as parcelas eleitas para a qualificação apresentem valor superior a 4% do orçamento estimativo e relevância técnica suficiente.

Resta agora repensar os enunciados 23 e 24 do TCESP e 263 do TCU, para ponderar se melhor deveriam ser cancelados, revisados ou mantidos. No caso do enunciado 23 do TCESP, a nova lei parece ter permitida a imposição de quantitativos mínimos também na prova de capacidade técnica profissional, o que tornaria a parte final de sua redação relativamente inadequada. No caso do enunciado 24 do TCESP, embora formidavelmente visionário, em sua parte final permite percentuais de 60% ou até maiores, enquanto a Lei veio a encerrar o percentual em 50%, inadmitindo-se o excesso.

Por fim, no caso do enunciado 263 do TCU, há duas incongruências com a nova lei e uma ponderação. A primeira é que em meio a disposições voltadas para a aptidão técnica operacional, menciona a expressão “obra” que, como dito antes, somente ocorre na aptidão técnica profissional. Segundo que refere relevância técnica “e” valor significativo, usando o conectivo aditivo ao invés do alternativo “ou”, escolhido pela redação do legislador. A



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3336



ARTIGO
24/11/2023

observação a fazer aqui é o que já se mencionou antes: parece-me que a falta da expressão “obra” na aptidão operacional não quer significar exclusão, e parece-me que o conectivo “ou” da lei deve ser pensado com parcimônia. Esses argumentos talvez redundem em uma manutenção do enunciado, a ser considerado à luz da nova lei.

Por fim, é de se assinalar o quanto decidido no âmbito do TC 16935/989/23, Conselheiro Relator Marco Aurélio Bertaiolli, em que se questionou licitação realizada sob o paradigma da nova lei de licitações e em que houve questionamento da exigência de prova técnica-operacional (“E-Indevida imposição de prova de capacidade técnico-operacional por meio de certidão(ões)”). No âmbito da instrução processual, houve menção à nova resolução do CONFEA (Chefia de ATJ, evento 62.2), acolhida pelo relator que consignou na parte dispositiva da decisão “Concilie a requisição de prova de capacidade técnico-operacional ao artigo 67, inciso II, da Lei nº 14.133/2021”.

8. Conclusões

Mesmo dentro do estreito recorte a que nos propusemos, não se abordou o potencial subcontratado (art. 67, 9º) que permite a apresentação do mesmo documento comprobatório por mais de um licitante, a habilitação técnica em consórcios (art. 67, §10), novo pormenor existente na nova lei, nem a exceção do pessoal já comprometido (art. 67, 8º), dispositivo que, apesar de silente tanto quanto à consequência da eventual sobrecarga dos recursos, quanto à qual seria o percentual a partir do qual se autorizaria a presunção, já constava de forma análoga na Lei anterior (art. 31, §4º) com questionamentos similares.

Quanto ao que investigamos, alinhavamos algumas conclusões.

O extraordinário pormenor a que chegou a legislação brasileira quanto à prova de capacidade técnica em licitações, incluindo a atribuição de responsabilidades para o maior sistema profissional do mundo – CONFEA/CREA e CAU – é ímpar na experiência comparada. Nada obstante, a habilitação técnica existe em outros Estados, bem como é dotada de intuito similar.

A nova Lei reconheceu em definitivo a qualificação de capacidade operacional e entregou ao Conselho a responsabilidade pela certificação. A emissão dessas Certidões de Acervo Operacional - CAO, entretanto, ainda não parece ter entrado em produção, seja por tempo necessário para implementação burocrática e tecnológica, seja em virtude de haver expressivo acervo pré-existente. Quanto aos fatos técnicos cuja conclusão antecedeu o marco da Resolução 1137/2023, parece razoável poderem ser comprovados pelos mesmos meios da época, por meio do atestado depositado no Conselho.

Houve uma aproximação dos conceitos de aptidão profissional e de aptidão operacional, que se exigem em até 50% do quanto existente na planilha de orçamento estimativo, e desde que cada uma dessas parcelas eleitas constitua no mínimo 4% do total, aceito ademais o somatório de



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3336



ARTIGO
24/11/2023

documentos, salvo na hipótese de serviços contínuos (art. 67, §5º). Essa aproximação pode abrir a janela para que se reconheça a capacidade tanto no profissional de engenharia quanto na empreiteira de engenharia, nos termos que define, bem como torna necessário repensar a jurisprudência.

*** Alexandre Manir Figueiredo Sarquis é Auditor-Substituto de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP)**