
DIRECIONAMENTO DE LICITAÇÕES PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E MECANISMOS DE CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE

Juliana Luisa Scheibler¹
Matheus Rocha Faganello²

RESUMO

A licitação, procedimento previsto no ordenamento jurídico para a Administração Pública eleger a proposta mais vantajosa ao fim proposto, por vezes é utilizada de forma fraudulenta, por meio do direcionamento da licitação, possibilitado especialmente quando do estabelecimento discricionário de critérios de habilitação. A discricionariedade da Administração Pública no procedimento licitatório é admitida na fase de elaboração do edital, especialmente na definição dos requisitos de habilitação dos licitantes. Após a publicação do edital, a atuação da Administração fica condicionada ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Neste trabalho, procurou-se identificar os limites da discricionariedade da Administração Pública na definição de requisitos de habilitação de licitantes em procedimentos licitatórios regidos pela Lei 8.666/93 e os mecanismos de controle da discricionariedade na definição destes requisitos utilizados pelo Tribunal de Contas da União (TCU) com vistas a evitar uma atuação desvirtuada da Administração e o consequente direcionamento da licitação.

Palavras-chave: Licitações; Discricionariedade; Controle da Administração Pública.

¹ Mestre em Desenvolvimento Rural pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, graduada em Agronomia pela Universidade Federal de Santa Maria e graduanda em direito pela FADERGS.

² Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande dos Sul, pós-graduado em Processo Civil pela ABDPC e graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor de Direito da FADERGS.

ABSTRACT

The public bidding procedure, established in law for Public Administration elect the best proposal in order to celebrate a contract, sometimes is fraudulently used, by means of the guidance of the bid, made possible especially when the discretionary establishment of eligibility criteria. The discretion of the Public Administration in the public bidding procedure is admitted until the public notice to bid comes public, particularly in defining the qualification establishment of bidders. After the publication of the notice, the Administration's performance is subject to the principle of adherence to the bid public notice. In this paper, we tried to identify the limits of discretion of Public Administration in the definition of bidders qualification requirements in bidding procedures governed by Law 8.666/93 and the mechanisms to control the discretion in defining these requirements used by the Court of the Union (TCU) in order to avoid a distorted action of the Administration and the consequent direction of the bid.

Keywords: Public Bidding Procedure, Discretionary, Control of Public Administration.

1 INTRODUÇÃO

A licitação é o mecanismo adotado pela Administração Pública para fazer a escolha daqueles com quem irá contratar. Este procedimento visa escolher, dentre as propostas apresentadas, aquela que melhor atenderá ao fim proposto (objeto da licitação). Este instituto está previsto na Constituição Federal e foi regulamentado pela Lei 8.666/93.

A licitação pode ser dividida em duas fases: uma interna e outra externa. Fica evidenciado que o direcionamento de licitações se dá essencialmente na fase interna, na qual a Administração possui maior discricionariedade de atuação, pois, após a publicação do edital, marco que dá início à fase externa, a atuação da Administração fica condicionada ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Apesar do procedimento licitatório possuir um rito e sobre ele incidirem diversos controles, ainda se verifica o direcionamento da licitação, principalmente como resultado da atuação discricionária da Administração pela

inclusão de requisitos de habilitação, características do produto ou de critérios de julgamento que orientem para a contratação de licitante pré-determinado.

Neste trabalho, procura-se analisar os limites da discricionariedade da Administração Pública em procedimentos licitatórios regidos pela Lei 8.666/93 e identificar o controle da discricionariedade na definição de requisitos de habilitação dos licitantes. Para isso, efetuou-se pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial de acórdãos do Tribunal de Contas da União (TCU).

2 O PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: LEGALIDADE E PODER DISCRICIONÁRIO

Tendo em vista que a Administração Pública possui prerrogativas de interesse público, o que lhe confere supremacia sobre o particular, a limitação dos poderes da Administração Pública pela lei impede atuação abusiva e arbitrária dos seus agentes (DI PIETRO, 2012, p. 61).

O princípio basilar do direito administrativo é o princípio da legalidade, que vincula a administração às leis existentes e a submete ao controle jurisdicional para exame da observância das leis no exercício da sua competência (MAURER, 2006, p. 121). Conforme Maurer (2006, 140), “a vinculação do direito torna as autoridades administrativas órgãos efetuidores da lei, e, com isso aplicadores do direito.”

Maurer (2006, 140) considera que as “*Normas jurídicas* são ordenações condicionalmente formuladas. Se um fato concreto realiza o tipo de uma lei, deve valer a consequência jurídica legalmente prevista”. Assim, as normas jurídicas são constituídas do tipo e da consequência jurídica, numa relação *se, então* (se o tipo está realizado então acontece a consequência jurídica).

O poder discricionário concerne ao lado da consequência jurídica de uma regulação legal. Ele está então dado, quando a administração, na realização de um tipo legal, pode escolher entre modos de conduta distintos. A lei não liga ao tipo *uma* consequência (como na administração legalmente vinculada), mas autoriza a administração para ela própria determinar a

conseqüência jurídica, em que lhe são oferecidas duas ou mais possibilidades ou lhe é destinado um certo âmbito de atuação. (MAURER, 2006, p. 143).

A atuação dos agentes públicos está vinculada à lei; no entanto, em alguns casos, existe um espaço de deliberação e atuação permitido pela própria lei. Couto e Silva (1990, p. 51) consideram que a atividade pública está submissa a uma “rede ou malha legal” não homogênea que, às vezes, é composta por fios tão estreitos que não permitem aos agentes públicos espaços de atuação; já em outras, os fios são mais frouxos, permitindo maior liberdade de atuação.

Diz-se que no primeiro caso, quando a lei não deixa opção de atuação, que se está diante de um poder vinculado da Administração Pública. Já no segundo caso, quando a lei permite que o agente público, diante do caso concreto, tenha certa liberdade de decisão, diz-se que se está diante de um poder discricionário da Administração.

Esse poder de escolha que, dentro dos limites legalmente estabelecidos, tem o agente do Estado entre duas ou mais alternativas, na realização da ação estatal, é que se chama poder discricionário. Poder discricionário é poder, mas poder sob a lei e que só será válida e legitimamente exercido dentro da área cujas fronteiras a lei demarca. O poder ilimitado é arbítrio, noção que briga com a de Estado de Direito e com o princípio da legalidade que é dela decorrente. (COUTO; SILVA, 1971, p. 99).

O poder discricionário da Administração é limitado, principalmente quanto à competência, à forma e à finalidade. Assim, a atuação da Administração deve se dar nos limites estabelecidos pela lei para que não seja arbitrária (DI PIETRO, 2012, p. 62).

Acerca do poder discricionário e a possibilidade de revisão jurisdicional da atuação discricionária da Administração, Maurer (2006, p. 142) considera que:

A vinculação à lei pode [...] ser estreita; mas ela também pode ser frouxa, enquanto à administração, por concessão de poder discricionário, permanece um espaço de atuação ou, por determinação de conceitos jurídicos indeterminados, é admitido

um espaço de apreciação. [...] O afrouxamento da vinculação à lei afrouxa também o controle judicial administrativo, uma vez que os tribunais administrativos *somente* podem revisar a *juridicidade* da atuação administrativa. À medida que compete à administração um espaço de poder discricionário ou de apreciação, *ela* tem o direito à “última decisão”.

Desta forma, a análise jurisdicional dos atos discricionários pode ser feita para verificar se a Administração atuou em conformidade com as leis, ou seja, em consonância com o princípio da legalidade, mas não deve adentrar na análise do mérito do ato administrativo, pois este compete à Administração.

Ao analisar a constitucionalização do Direito Administrativo brasileiro, Di Pietro (2012, p. 39) entende que esta:

[...] produziu reflexos intensos sobre o *princípio da legalidade* (que resultou consideravelmente ampliado) e a *discricionariedade* (que resultou consideravelmente reduzida”, principalmente pela “constitucionalização de valores e princípios, que passaram a orientar a atuação dos três Poderes do Estado.

Neste sentido, Di Pietro (2012, p. 38) considera que a Administração Pública “não está mais submetida apenas à lei, em sentido formal, mas a todos os princípios que consagram valores expressos ou implícitos na constituição, relacionados com liberdade, igualdade, segurança, desenvolvimento, bem-estar e justiça.”

2.2 DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Quando se trata de poder discricionário, diante de um caso concreto, a lei oferece opções à Administração Pública que, para realizar sua escolha, deve levar em conta critérios de oportunidade e conveniência e visar o atendimento do interesse público e a obtenção de determinado fim. Neste sentido, Couto e Silva (1990, p. 51) explana que:

Ao fixarem as leis as diferentes competências dos órgãos do Estado, se muitas vezes indicam com exatidão milimétrica qual deverá ser a conduta do agente público, em numerosíssimas outras lhes outorgam considerável faixa de liberdade, a qual pode consistir não só na faculdade de praticar ou de deixar de praticar

certo ato, como também no poder, dentro dos limites legais, de escolher no rol das providências possíveis aquela que lhe parecer mais adequada à situação concreta.

Para Meirelles (2005, p. 169), os fins não são discricionários; estão previstos na lei. Discricionários são os meios e modos de administrar.

Ainda, com relação à justificativa para que o legislador permita que a lei transfira à Administração Pública poder discricionário, Meirelles (2005, p. 168) entende que:

A discricionariedade administrativa encontra fundamento e justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar a cada passo e para os quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções, ou, pelo menos, a mais vantajosa para cada caso ocorrente.

Assim, a Administração Pública encontra espaços de atuação que permitem que ela consiga atender à finalidade imposta pela lei e atingir o interesse público.

Mello (2012, p. 48) trata da discricionariedade diante do caso concreto – para ele, diante do caso concreto, a discricionariedade do administrador deve levá-lo à melhor escolha. O autor aponta a existência de elementos valorativos, que diante do caso concreto evidenciam diferenças entre as opções que a Administração dispõe, tornando uma melhor do que a outra e possibilitando dar soluções mais justas. Neste sentido, considera que:

Discricionariedade [...] é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. (MELLO, 2012, p. 48).

Para Medauar (2015, p. 137), “o poder discricionário se sujeita não só às normas específicas para cada situação, mas a uma rede de princípios que

asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo.” Assim, a discricionariedade caracteriza-se:

[...] por um poder de escolha entre soluções diversas, todas igualmente válidas para o ordenamento. Com base em habilitação legal, explícita ou implícita, a autoridade administrativa tem livre escolha para adotar ou não determinados atos, para fixar o conteúdo dos atos, para seguir este ou aquele modo de adotar o ato, na esfera da margem livre. Nessa margem, o ordenamento fica indiferente quanto à predeterminação legislativa do conteúdo da decisão. (MEDAUAR, 2015, p. 137).

Evidencia-se, deste modo, que a discricionariedade está prevista no ordenamento jurídico com vistas a possibilitar à Administração Pública dar resposta às complexas situações do dia a dia, para as quais nem sempre é possível que o legislador preveja todas as alternativas.

3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA EM LICITAÇÕES

A discricionariedade da Administração Pública nas licitações verifica-se essencialmente na fase interna da licitação, quando da elaboração do edital, pois, após a publicação deste, a conduta da Administração fica limitada pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ou seja, está vinculada às normas e às condições do edital.

Um dos primeiros momentos em que se observa a discricionariedade administrativa na fase interna da licitação é quando a Administração define a modalidade e o tipo de licitação. Outro momento importante na elaboração do edital e talvez aquele no qual a Administração mais se utiliza do seu poder discricionário corresponde à etapa de estabelecimento dos critérios de habilitação, que é o foco deste estudo.

Nesta etapa, a Administração, para escolher o licitante, promove uma discriminação entre estes. Para não correr o risco de afrontar o princípio da igualdade, esta discriminação deve ser feita com base em critérios objetivos apresentados no instrumento convocatório.

Sobre esta possibilidade de distinção, Mello (2014, p. 17) esclarece que:

[...] as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.

Desta forma, cumpre esclarecer que a discricionariedade da Administração deve ser considerada no estabelecimento dos critérios de habilitação (onde deve ser considerado o fim a ser alcançado) e não na escolha do licitante.

Justen Filho (2012, p. 299) classifica as condições de habilitação em gerais (contidas no texto da lei e obrigatórias a toda e qualquer licitação) e específicas (fixadas pela administração em função das características da contratação de uma licitação específica).

Pereira Junior (2003, p. 323) considera que:

A Administração deverá formular as exigências de habilitação preliminar que, segundo a natureza do objeto por licitar e do grau de complexidade ou especialização de sua execução, forem reputadas como indicadores seguros de que o licitante reúne condições para bem e fielmente realizar tal objeto, nos termos do contrato, caso lhe seja adjudicado.

A previsão legal dos requisitos de habilitação encontra-se estabelecida no art. 37, XXI, da CF/88 e nos arts. 27 a 32 da Lei 8.666/93.

A Constituição Federal traz uma contenção à discricionariedade da Administração em estabelecer critérios de habilitação dos licitantes, pois restringe as exigências de qualificação técnica e econômica àquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Outra limitação foi estabelecida na Lei 8.666/93, art. 27, ao dispor que para a habilitação nas licitações será exigido dos interessados, exclusivamente, documentação relativa à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. Desta forma, não cabe à Administração estabelecer critérios acima ou aquém dos exigidos, pelo menos sem que para isso haja motivação expressa.

O legislador, na elaboração da lei de licitações e contratos, faz uso de expressões como “consistirá” e “limitar-se-á”:

[...] as cabeças dos arts. 28 e 29 (habilitação jurídica e regularidade fiscal) fazem uso do modo verbal “consistirá”, o que significa que a prova dessas duas aptidões só estará completa com a presença de todos os documentos elencados naqueles artigos, conforme o caso (quer dizer, conforme se trate de pessoa física ou jurídica); a falta ou a irregularidade de qualquer desses documentos acarreta a inabilitação.

As cabeças dos arts. 30 e 31 (qualificação técnica e econômico financeira) fazem uso do modo verbal “limitar-se-á”, o que significa que, em cada caso, o respectivo ato convocatório não poderá exigir documentos além daqueles mencionados nos artigos, que demarcam o limite máximo de exigência, mas poderá deixar de exigir os documentos que, mesmo ali referidos, considerar desnecessários para aferir as qualificações técnica e econômico-financeira satisfatórias, porque bastarão à execução das futuras obrigações que se imporão ao licitante que surtir vencedor do torneio. (PEREIRA JÚNIOR, 2003, p. 323).

Verifica-se que tanto o dispositivo constitucional quanto a regulamentação infraconstitucional apresentam um rol máximo de requisitos passíveis de serem exigidos para a comprovação da habilitação dos licitantes.

A seguir, apresentam-se os critérios de habilitação previstos nos dispositivos legais e busca-se identificar onde a Administração possui maior discricionariedade de atuação.

3.1 DISCRICIONARIEDADE NO ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS DE HABILITAÇÃO JURÍDICA

Os critérios de habilitação jurídica estão previstos no art. 28 da Lei 8.666/93 e constituem “comprovação de existência de fato e da regular disponibilidade para exercício das faculdades jurídicas” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 306). Os requisitos de habilitação jurídica são obrigatórios a todos os licitantes, devem ser apresentados em todas as licitações e não permitem margem de discricionariedade à Administração ao estabelecê-los.

Há certa discussão quanto à necessidade do objeto social ser compatível com o objeto da licitação. Justen Filho (2012, p. 308-309) considera que não

há óbices à atuação das pessoas jurídicas fora do limite do objeto social, exceto quando houver regras específicas sobre o exercício de determinada atividade. Ainda conforme o autor, a compatibilidade do objeto social com a natureza da atividade lícita está relacionada à qualificação técnica, pois se a pessoa jurídica puder comprovar sua experiência e capacidade técnica para o desempenho de determinada atividade, a ausência desta no seu objeto social não seria empecilho a sua habilitação.

3.2 DISCRICIONARIEDADE NO ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS DE REGULARIDADE FISCAL

A documentação necessária à comprovação da regularidade fiscal está prevista no art. 30 da Lei 8.666/93. Justen Filho (2012, p. 312) considera que “A exigência de regularidade fiscal representa forma indireta de reprovar a infração às leis fiscais”, mas não pode ser considerada uma exigência inválida. A invalidade só se configuraria se inviabilizasse completamente o exercício da atividade empresarial, o que não ocorre ao se limitar a contratação de empresas com irregularidades fiscais com a Administração Pública.

Surgem algumas dúvidas quanto à possibilidade da Administração exigir comprovação no cadastro de contribuintes estadual ou municipal. No entanto, conforme Justen Filho (2012, p. 311), “o dispositivo deve ser interpretado no sentido de que a natureza da atividade a ser desenvolvida no curso da contratação é que determinará a inscrição cadastral”.

Quanto às exigências contidas no art. 29, incisos III e IV, salienta-se que se referem à comprovação de regularidade fiscal e não de quitação junto às Fazendas Federal, Estadual e Municipal, à Seguridade Social (INSS) e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). No entanto, a decisão de como deve ser comprovada a quitação fica a critério da Administração – resultado da discricionariedade que lhe é atribuída – e deve ser expressa no edital de forma a não deixar dúvidas quanto ao documento a ser apresentado.³

³ Justen Filho (2012, p. 317) afirma que “É imperioso que o ato convocatório determine a exata extensão da interpretação adotada para ‘regularidade fiscal’ e indique os tributos acerca dos quais será exigida a documentação probatória da regularidade.”

3.3 DISCRICIONARIEDADE NO ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

A qualificação técnica “[...] consiste no domínio de conhecimentos e habilidades teóricas e práticas para execução do objeto a ser contratado” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 322). As exigências de qualificação técnica estão previstas no art. 30 da Lei 8.666/93 e são, dentre os requisitos de habilitação previstos, aquelas nas quais a Administração possui maior margem de discricionariedade ao estabelecê-las, pois seria impossível ao legislador prever todas as possibilidades, já que os requisitos de qualificação técnica são determinados para cada caso, tendo em vista o objeto da licitação.⁴

Para o TCU:

As exigências de qualificação técnica servem para que a Administração obtenha informações a respeito de serviços já executados pelos licitantes, as quais permitam inferir sobre a capacidade de a licitante cumprir os compromissos estabelecidos no futuro contrato.⁵

Estas exigências são limitadas pela Constituição, que prevê que devem se ater àquelas indispensáveis, evitando exigências meramente formais e desmesuradas que restringem a participação dos licitantes. Também há a incidência de limitações apontadas pela doutrina e pelo TCU, algumas das quais são apresentadas abaixo.

3.3.1 REGISTRO OU INSCRIÇÃO NA ENTIDADE PROFISSIONAL COMPETENTE (INCISO I)

Neste caso, afasta-se a discricionariedade da Administração Pública, pois a exigência só pode ser aplicada “se e quando houver uma lei restringindo o livre exercício de atividades”. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 323). Além disso,

⁴ De acordo com Justen Filho (2012, p. 322), “Ao definir o objeto a ser contratado, a Administração Pública está implicitamente delimitando a qualificação técnica que deverão apresentar os eventuais interessados em participar da licitação.”

⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 489/2012**. Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Processo nº TC-008.486/2011-5. Ata nº 7/2012. Brasília, DF, Sessão de 7/3/2012.

deve se limitar ao conselho que fiscalize a atividade básica ou o serviço preponderante da licitação, conforme posicionamento do TCU.⁶

3.3.2 COMPROVAÇÃO DE APTIDÃO TÉCNICA PARA O DESEMPENHO (INCISO II)

De acordo com Justen Filho (2012, p. 324), “essa aptidão pode derivar de inúmeros fatores, tais como o domínio de técnicas específicas, a existência de pessoal especializado, a disponibilidade de equipamentos apropriados e assim por diante” e normalmente tem maior pertinência quando se trata de licitação para obras ou serviços, já que nestes casos “a satisfatoriedade da prestação deriva da habilidade do particular em executá-la.”

A comprovação de experiência anterior deve ser compatível com o objeto da licitação. Neste sentido, o TCU considera que as exigências da fase de habilitação técnica devem assegurar proporcionalidade entre o objeto do certame e a experiência exigida dos licitantes, não sendo razoável exigir comprovação de capacidade em quantitativos superiores aos do objeto da licitação.⁷

Acerca da aptidão técnica, são pertinentes alguns comentários sobre as interpretações e discussões existentes. A comprovação de experiência anterior será feita pela apresentação de atestados e um dos primeiros pontos discutidos refere-se ao fato da lei 8.666/93 estabelecer que os atestados serão fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, o que exclui a possibilidade da experiência ser atestada por pessoa natural ou entidades destituídas de personalidade autônoma.

Justen Filho (2012, p. 331) critica esta restrição imposta pela lei, pois, para ele, “[...] o problema fundamental reside na execução anterior de certa atividade – não está na qualidade do sujeito em face de quem ela foi desenvolvida.”

⁶BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 2769/2014**. Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Processo nºTC 005.550/2014-9. Ata nº 40/2014. Brasília, DF, Sessão de 15/10/2014.

⁷BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 93/2015**. Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Processo nº TC-032.357/2014-1. Ata nº 2/2015. Brasília, DF, Sessão de 28/1/2015.

O segundo ponto a ser destacado refere-se ao registro dos atestados nas entidades profissionais competentes. Deve ser considerado que nem todas as categorias profissionais possuem obrigatoriedade de registro da sua atuação em entidades profissionais. Desta forma, a exigência de registro deve ficar limitada às categorias profissionais que o tem como obrigação, como é o exemplo dos engenheiros que devem registrar suas atividades junto ao CREA.⁸

Com relação à capacitação técnica profissional prevista no art. 30, §1º, inciso I da lei 8.666/93, deve ser avaliada inicialmente à disposição de que o licitante deve possuir profissionais em seu quadro permanente.⁹

Para as empresas, em muitas situações não é vantajoso manter um profissional com vínculo permanente (ou seja, fazendo parte de seu quadro permanente) apenas para participar de licitação. Para a Administração Pública importa que a empresa possua profissional em condições de desempenhar sua atividade na execução do futuro contrato e por isto é suficiente a existência de contrato de prestação de serviços (JUSTEN FILHO, 2012, p. 333).

Ainda com relação à capacitação técnica profissional, a legislação prevê que os atestados serão solicitados em relação às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação. No §2º do art. 30, a lei 8.666/93 outorga à Administração discricionariedade para o estabelecimento das parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo.

Também é vedada à Administração a possibilidade de exigência de quantitativos mínimos, locais ou prazos máximos para a solicitação de atestados de capacitação técnica profissional. Justen Filho (2012, p. 331) considera que estas exigências só podem ser admitidas se forem essenciais à execução do objeto ou retratarem alguma dificuldade peculiar.

Outro ponto amplamente discutido refere-se à possibilidade e aos limites de requisitos de comprovação de capacitação técnica operacional.¹⁰ Os

⁸Justen Filho (2012, p. 334) considera inclusive ser esta exigência restrita aos profissionais da engenharia e que “[...] não há cabimento em subordinar a prova do exercício de um serviço (que não caracterize atividade de engenharia) ao registro da declaração no órgão de fiscalização.”

⁹Para Justen Filho (2012, p. 332.), “A capacitação técnica profissional consiste em o licitante dispor, em seus “quadros permanentes” de profissionais titulares de experiência anterior na execução de objeto similar ao licitado.”

¹⁰Justen Filho (2012, p. 326) a define como “O desempenho profissional e permanente da atividade

dispositivos contidos na lei 8.666/93 que tratavam dos limites das exigências de capacitação técnica operacional foram vetados, mas o fundamento para sua exigência, que está contida no inciso II do caput do art. 30, foi mantido (SUNDFELD, 1999, p. 107). Desta forma, são válidas as exigências de capacitação técnica operacional.

Com relação à possibilidade de estipulação de quantitativos mínimos e prazos máximos para verificação da capacidade técnica operacional, é admitida mesmo que tenha havido o veto. A este respeito, Sundfeld considera que a demonstração da capacidade técnica operacional deve ser feita considerando obras com dimensão compatível com a da obra ora licitada. No entanto, pondera o autor que somente podem ser exigidos atestados referentes às parcelas de maior relevância técnica e valor significativo (SUNDFELD, 1999, p. 119).

Esta posição também é adotada pelo TCU:

A exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, para fins de atestar a capacidade técnico-operacional, deve guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto e recair, simultaneamente, sobre as parcelas de maior relevância e valor significativo.¹¹

Ainda conforme o TCU, de regra, os quantitativos mínimos exigidos não devem ultrapassar 50% do previsto no orçamento base, salvo em condições especiais e devidamente justificados no processo de licitação. Assim, da mesma forma que ocorre com a comprovação de capacitação técnica profissional, a Administração Pública possui discricionariedade para estabelecer os

empresarial conduz ao desenvolvimento de atributos próprios da empresa. Um deles seria sua capacidade de executar encargos complexos e difíceis.” De forma complementar, cabe trazer o exposto por Sundfeld (1999, p. 101): “a simples reunião caótica de profissionais, mesmo altamente especializados, não oferece garantia de que a empresa seja capaz de operar eficientemente, pois nada diz quanto a sua estrutura administrativa, seus métodos organizacionais, seus processos internos de controle de qualidade, o entrosamento da equipe etc. Daí a necessidade de saber se a licitante, além de contar com engenheiros *individualmente* habilitados, dispõe de um *conjunto* de qualidades fazendo com que opere de modo eficaz”.

¹¹BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 244/2015**. Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Processo nº TC 029.920/2014-0. Ata nº 5/2015. Brasília, DF, Sessão de 11/2/2015.

requisitos, mas deve limitar-se ao que prega o texto constitucional e exigir o mínimo possível. Caso a Administração venha a fazer exigências maiores, deve motivar a sua escolha (JUSTEN FILHO, 2012, p. 330).

A exigência acerca de instalações, equipamento e pessoal especializado (§ 6º) na fase de habilitação pode ser atendida por meio de uma declaração formal do licitante de que dispõe dos itens solicitados e deve ser inserida no edital em termos genéricos e despersonalizados. É vedada exigência que individualize bens que já sejam do licitante e que estejam em determinado local, para evitar o direcionamento da licitação e possibilitar apenas a algumas determinadas empresas a sua participação no certame (PEREIRA JÚNIOR, 2003, p. 360).

3.4 DISCRICIONARIEDADE NO ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

A relação da documentação possível de ser exigida pela Administração a título de qualificação econômico-financeira está relacionada no art. 31, da lei 8.666/93. Justen Filho (2012, p. 341) considera que “a qualificação econômico-financeira corresponde à disponibilidade de recursos econômico-financeiros para a satisfatória execução do objeto da contratação.”

O dispositivo legal evidencia em seu texto algumas possibilidades de atuação discricionária da Administração no estabelecimento de requisitos de habilitação econômico-financeira pela utilização das expressões “limitada a 1% (um por cento)” (art. 31, III), “poderá estabelecer” (art. 31, §2º) e “poderá ser exigida” (art. 31, §4º).

Um dos pontos que merece destaque quanto à possibilidade de atuação discricionária da Administração corresponde à escolha de índices contábeis que servirão para comprovar a boa situação financeira da empresa. Como o dispositivo não define quais serão os índices adotados, resta à Administração defini-los discricionariamente. No entanto, conforme leciona Pereira Junior (2003, p. 374):

A escolha dos índices de aferição da situação financeira dos habilitantes deverá estar exposta e fundamentada no processo administrativo da licitação, do qual resultará o texto do edital. Este

refletirá o exame e conseqüente definição de natureza técnica, transmitindo à Comissão elementos bastante para o julgamento objetivo da matéria.

As razões da escolha (incluindo menção às fontes de consulta, sobretudo revistas especializadas) devem guardar nexos causal com a índole do objeto e o grau de dificuldade ou complexidade de sua execução, a fim de que se cumpra o mandamento constitucional de serem formuladas tão somente exigências necessárias a garantir o cumprimento das obrigações que se venham a avengear.

Desta forma, a escolha dos índices deve levar em conta parâmetros técnicos e estar sempre justificada, para evitar que sirvam ao propósito de direcionar a licitação.

4 CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE

O controle da atividade da Administração, quando se trata de poder vinculado, é amplo, podendo o Judiciário analisar o ato sem restrições para verificar sua adequação à lei. No entanto, quando se está diante de poder discricionário, o exame do ato deve respeitar os limites da discricionariedade. O Judiciário não pode invadir a esfera reservada pela lei à atuação da Administração, sob pena de infringir o princípio da separação dos poderes.

Para se falar em controle da discricionariedade, primeiro é preciso falar dos limites da discricionariedade que, segundo Di Pietro, “definem a esfera dentro da qual a Administração pode decidir livremente, segundo seus próprios critérios, inapreciáveis pelo Poder Judiciário”. (DI PIETRO, 2012, p. 148).

Para Couto e Silva (1990, p. 61):

Os limites do poder discricionário são os traçados na lei que o instituiu ou os que resultam da *ratio legis* e do fim geral de utilidade pública, bem como das normas e princípios constitucionais conformadores da ação do Estado.

Dentro desses limites jurídicos estende-se a área de livre apreciação da Administração Pública, guiada pelos critérios da conveniência e oportunidade. É o território do mérito de ato administrativo, em que não é dado intrometer-se o Judiciário.

A doutrina, de forma ampla, tem entendido que o judiciário não pode adentrar na análise do mérito do ato discricionário, ou seja, não pode verificar a conveniência e a oportunidade do ato. Para Medauar (2015, p. 137):

A margem livre sobre a qual incide a escolha inerente à discricionariedade corresponde à noção de *mérito administrativo*. O *mérito administrativo* expressa o juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, juízo esse efetuado pela autoridade à qual se conferiu o poder discricionário.

Acerca do mérito, Mello (2012, p. 38) conceitua:

Mérito é o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.

Os atos administrativos possuem alguns elementos constitutivos, dos quais cabe destacar a finalidade e o motivo. O motivo, de acordo com Mello (2012, p. 86), “é a situação de direito ou de fato que autoriza ou exige a prática do ato.” A falta de motivo invalida o ato administrativo. Já a finalidade do ato, conforme Di Pietro (2015, p. 252), “é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato.” A finalidade do ato possui previsão legislativa (está na lei). Se a finalidade não for atendida, acarretará a ilegalidade do ato por desvio de poder.

Ao tratar sobre desvio de poder e mérito do ato administrativo, Mello (2012, p. 82) considera que “O ‘mérito’ do ato administrativo não pode ser mais que o círculo de liberdade indispensável para avaliar, no caso concreto, o que é conveniente e oportuno à luz do escopo da lei. Nunca será liberdade para decidir em dissonância com este escopo.”¹²

¹² O autor considera ainda, que “[...] extrapolam o mérito e maculam o ato de ilegitimidade os critérios que o agente adote para decidir-se que não tenham sido idoneamente orientados para atingir o fim legal. É o que se passa naqueles: (a) contaminados por intuítos pessoais – pois a lei está a serviço da coletividade e não do agente; (b) correspondentes a outra regra de competência, distinta da exercitada – pois à lei não são indiferentes os meios utilizados; (c) que revelam opção desarrazoada – pois a lei não confere liberdade para providências absurdas; (d) que exprimem medidas incoerentes: 1. com os fatos sobre os quais o agente deveria exercer seu juízo; 2. com as premissas que o ato deu por estabelecidas; 3. com decisões tomadas em casos idênticos, contemporâneos ou sucessivos – pois a lei não sufraga ilogismos, nem perseguições, favoritismos, discriminações gratuitas à face da lei, nem soluções aleatórias; (e) que incidem em

Conforme Enterría (1962, p. 168), quando começa a ser observado que há elementos regulamentares do poder discricionário, que dizem respeito à extensão do poder e à competência para exercê-lo, já que a extensão do poder não pode ser totalmente indeterminada, há uma redução no dogma da impossibilidade de revisão do mérito do ato administrativo. O controle dos atos administrativos decorre não apenas pela verificação da legalidade, mas também em face dos outros princípios que emanam da Constituição e de normativos infraconstitucionais.

Para definir os limites do poder discricionário, Couto e Silva (1990, p. 66) consideram que há uma:

multiplicidade de elementos que devem ser levados em conta: o fim perseguido pela lei; os princípios e regras constitucionais; os princípios fundamentais do direito administrativo; a proporcionalidade entre o ato administrativo e o fato que o determinou, etc. O espaço que restar, após a consideração desses variados fatores, será o poder discricionário dos agentes administrativos.

Aliteratura apresenta como mecanismos de controle da discricionariedade os princípios, a autovinculação e a motivação.

4.1 CONTROLE PELOS PRINCÍPIOS

Como já evidenciado ao longo do texto, uma das formas de controle da discricionariedade se dá pela aplicação dos princípios constitucionais e infraconstitucionais que pautam a atuação da Administração Pública. Para Enterría (1962, p. 77), a Administração possui atuação vinculada à lei e aos

desproporcionalidade do ato em relação aos fatos – pois a lei não endossa medidas que excedem ao necessário para atingimento de seu fim.

Em todos estes casos, a autoridade haverá desbordado o “mérito” do ato, evadindo-se ao campo de liberdade que lhe assistia, ou seja, terá ultrapassado a sua esfera discricionária para invadir setor proibido. O ato será ilegítimo e o Poder Judiciário deverá fulminá-lo, pois estará colhendo, a talho de foice, conduta ofensiva ao direito, que de modo algum poderá ser havida como insindicável, pena de considerar-se o direito como a mais inconseqüente das normações e a mais rúptil e quebradiça das garantias.” (MELLO, 2012. p. 82-83).

princípios gerais do Direito. Logo, não pode apoiar-se no poder discricionário para justificar uma agressão administrativa ao ordenamento jurídico.

Di Pietro (2012, p. 161) considera que a discricionariedade da Administração é limitada pelos princípios, pois, quando para determinada situação a lei deixa opções, a escolha deve observar os princípios gerais do direito.

Freitas (2009, p. 22) considera que a atuação da Administração só será legítima se observados os princípios constitucionais, e a discricionariedade só pode ser utilizada quando houver justificativa que abarque boas razões de fato e de direito. Desta forma, a boa administração pública compreende o dever de cumprir todos os princípios constitucionais.

A Constituição Federal de 1988 traz expresso no art. 37, *caput*, os seguintes princípios da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Para Freitas (2009, p. 29):

o ato administrativo precisa estar em sintonia direta com o plexo de princípios constitucionais, não apenas com as regras, o que engrandece a missão do controle: a liberdade do administrador não há de ser apenas política, mas constitucionalmente defensável.

Di Pietro (2015, P. 97) assinala que, aliados aos princípios constitucionais, a Administração Pública também se submete a princípios previstos em outros dispositivos legais, como por exemplo, a Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal), a Lei nº 8.666/93 (licitações e contratos) e a Lei nº 8.987/95 (concessão e permissão de serviço público). Muitas vezes há uma imprecisão conceitual quando da aplicação dos princípios, que são utilizados sem que haja uma correlação entre seu conceito e a situação em análise.

4.2 CONTROLE PELA AUTOVINCULAÇÃO

A Administração Pública por vezes depara-se com situações idênticas para as quais a solução pode ser tomada de forma discricionária. Nestas situações, há um entendimento por parte da doutrina de que, se a Administração decide reiteradamente da mesma forma, esta conduta deve se tornar o padrão para resolução de demandas similares futuras.

Maurer (2001, p. 52), ao tratar dos limites da discricionariedade, considera a submissão desta aos princípios administrativos, com ênfase ao princípio da igualdade. Para o autor, “uma prática administrativa uniforme prolongada conduz, sobre o princípio da igualdade, para a autovinculação e limita, com isso, o espaço de poder discricionário.”

A autovinculação, desta forma, é reconhecida como uma forma de controle e de diminuição da discricionariedade no caso concreto, impedindo “*atuações caprichosas de agentes públicos ou alterações repentinas no padrão decisório do Poder Público.*” (MODESTO, 2010, p. 2).

Couto e Silva (1990, p. 61) consideram que:

Hipótese interessante de modificação dos limites do poder discricionário, ou até mesmo de sua eliminação, é aquela em que, apesar de a lei haver instituído o poder discricionário, a uniformidade da conduta dos agentes públicos provoca a incidência de princípios constitucionais, como o da igualdade ou o da segurança jurídica ou boa-fé.

Percebe-se que o controle da discricionariedade pela autovinculação aproxima-se de um controle pelos princípios, pois a justificativa para a manutenção de um mesmo comportamento invoca os princípios da igualdade, segurança jurídica, boa-fé, impessoalidade.

Modesto (2010, p. 2) considera que:

em face do *princípio da igualdade, da boa fé e da segurança jurídica*, a reiteração de um mesmo modo de decidir em casos concretos impõe que o mesmo padrão seja adotado nas demandas futuras de mesma natureza, salvo *motivação especial*, fundada em *alteração das circunstâncias e na necessidade de reformar o atendimento anterior em face do interesse público.*

No entanto, a autovinculação não impede que a Administração modifique o seu padrão decisório, desde que devidamente motivado. Neste sentido, Modesto (2010, p. 4) salienta que a Administração “*deve motivar a mudança de rota*, justificar não apenas a decisão concreta, mas a própria alteração de critério de critério decisório, *afastando qualquer suspeita de atuação caprichosa ou contrária aos padrões éticos da boa-fé.*”

4.3 CONTROLE PELA MOTIVAÇÃO

A motivação corresponde à exposição dos fatos e do direito que fundamentam a prática do ato e permitem a verificação de legitimidade do ato (DI PIETRO, 2015, p. 254). Para Mello (2012, p. 99), a motivação é a exposição, por parte da Administração, das razões que justificam o ato. Mello (2012, p. 100) explana que:

A autoridade necessita referir não apenas a base legal em que se quer estribada mas também os fatos ou circunstâncias sobre os quais se apóia e, quando houver discricção, a relação de pertinência lógica entre seu supedâneo fático e a medida tomada, de maneira a se poder compreender sua idoneidade para lograr a finalidade legal. A motivação é, pois a justificativa do ato.

Se o ato não for motivado, não há possibilidade de verificar a sua legitimidade e correção. Conforme Di Pietro (2015, p. 115), a doutrina e a jurisprudência atuais já indicam que a obrigatoriedade de motivação abrange tanto atos vinculados quanto discricionários, “porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.”

Meirelles (2005, p. 153) partilha desta ideia de obrigação do agente apresentar a motivação para o ato tanto na atuação vinculada quanto discricionária, sob pena do ato ser inválido ou invalidável. Salienta-se, ainda, que não só a falta da motivação é causa de invalidade do ato. A motivação apresentada deve permitir “que se confira, nos casos em que o agente disponha de alguma discricção (seja sobre que aspecto for), se a decisão foi adequada, proporcional ao demandado para cumprir a finalidade pública específica que deveria atender ante o escopo legal” (MELLO, 2012, p. 101).

A motivação do ato administrativo reduz a possibilidade de arbitrariedades do agente público e garante que a conduta destes possa ser controlada pelo cidadão e pelos órgãos fiscalizadores. Além disso, a motivação permite vislumbrar se o ato administrativo cumpre os requisitos e a forma estipulada pela lei, bem como se atende ao fim a que se propõe.

5 CRITÉRIOS UTILIZADOS PELO TCU PARA O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE EM LICITAÇÕES

A análise da jurisprudência do TCU aponta para alguns critérios de controle da discricionariedade da Administração no estabelecimento dos requisitos de habilitação, que são abordados nesta seção.

5.1. PRINCÍPIOS

O TCU, no exercício das atividades de fiscalização dos atos administrativos, utiliza, dentre outras formas de controle, os princípios constitucionais e infraconstitucionais. A seguir são apresentados alguns dos princípios utilizados pelo TCU no controle da discricionariedade da Administração em licitações.

5.1.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Na acepção clássica, o princípio da legalidade considerava a submissão da Administração à lei (a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite), o que conferia uma garantia de controle do poder da Administração frente ao administrado. Medauar (2015, p. 149) enuncia que a ideia de legalidade evoluiu, mas manteve “o sentido de poder objetivado pela submissão da Administração à legalidade e o sentido de garantia, certeza e limitação do poder”.

Em função do princípio da legalidade, a Administração deve obedecer às normas legais, que incluem, além das leis formais, os preceitos decorrentes do Estado Democrático de Direito, os fundamentos e princípios de base constitucional e as normas editadas por ela (MEDAUAR, 2015, 150). Ainda, esta nova compreensão do sentido do Princípio da legalidade proíbe a Administração de editar atos ou adotar medidas contrárias às normas do ordenamento jurídico (MEDAUAR, 2015, 151).

Quanto ao controle jurisdicional dos atos discricionários pelo princípio da legalidade, Di Pietro (2012, p. 148) assevera que o judiciário pode examinar o mérito do ato para verificar se a Administração não ultrapassou os limites

da discricionabilidade estabelecidos na lei que a outorgou. Desta forma, o ato discricionário está sujeito ao controle jurisdicional de legalidade, inclusive no que se refere à análise da conveniência e oportunidade da Administração.

Este princípio é aplicado em larga escala pelo TCU para aferir a adequação dos critérios de habilitação fixados pela Administração à lei. Verifica-se sua aplicação em situações em que são fixados critérios de forma discricionária quando não há esta previsão e em que a Administração estabelece critérios que extrapolam os limites fixados pela lei (afrenta ao dispositivo constitucional, que estabelece que serão fixados os critérios mínimos indispensáveis).

Como já destacado anteriormente, as exigências de qualificação técnica devem se limitar ao estritamente necessário. No acórdão AC-2406-14/15-2¹³, o TCU analisa a existência de possíveis irregularidades em pregão eletrônico, entre as quais a exigência de que o atestado de comprovação de capacidade técnica seja acompanhado de cópia de contrato e das respectivas notas fiscais, bem como quanto às exigências relativas a declarações de fornecedores.

Estas exigências são excessivas e em suas recomendações o TCU considera que “[...] há limites legais que devem ser observados pela Administração na fase de habilitação, notadamente quanto à qualificação técnica. Dessa forma, interpretações restritivas, no presente caso, são preferíveis, já que a própria norma impõe parâmetros estreitos.” Além disso, indica que “[...] exigências de qualificação técnica dever ser limitadas, focar no que for estritamente necessário e somente inserir requisitos indispensáveis, de modo a assegurar a maior participação possível de eventuais interessados no certame.”

O Acórdão AC-1301-19/15-P¹⁴ analisa, dentre outras condutas, o estabelecimento da obrigatoriedade de visita técnica ao local das obras sob pena de inabilitação dos licitantes. A este respeito, a Lei 8.666/1993, em seu art. 30, inciso III, considera que a documentação relativa à qualificação técnica deve-se limitar à comprovação de que o licitante recebeu todas as informações

¹³BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 2406/2015**. Plenário. Relatora: Ministra Ana Arraes. Processo nº TC 004.939/2015-8. Ata nº 14/2015. Brasília, DF, Sessão de 12/5/2015.

¹⁴BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 1301/2015**. Plenário. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti. Processo nº TC-005.374/2015-4. Ata nº 19/2015. Brasília, DF, Sessão de 27/5/2015.

e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação. A visita somente poderia ser exigida se imprescindível à execução do objeto e deve ser devidamente justificada no edital. Assim, esta exigência é excessiva e afronta o princípio da legalidade.

No acórdão AC-1446-21/15-P¹⁵, o TCU apurou a solicitação de requisito de qualificação econômico-financeira (Certidão de Protesto de Título) não previsto no rol de documentos previstos no art. 31 da Lei 8.666/1993. Este procedimento da Administração contraria o princípio da legalidade, pois o rol de requisitos de qualificação econômico-financeira apresentado na lei de licitações e contratos corresponde a um limite máximo de exigência, sendo vedado à Administração fazer exigências além da previsão legal.

5.1.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

O princípio da impessoalidade visa impedir que fatores subjetivos motivem e sejam os fins das atividades administrativas, atendendo a interesses pessoais em detrimento do interesse da coletividade. (MEDAUAR, 2015, p. 152). O princípio da impessoalidade visa impedir que interesses pessoais sejam sobrepostos ao interesse público, em prejuízo a toda coletividade. Observa-se a aplicação deste princípio no controle da discricionariedade administrativa no âmbito de licitações com vistas a coibir o direcionamento por meio da contratação de licitante que possua vínculo de parentesco com o responsável pela licitação.

No acórdão AC-3153-52/11-P¹⁶, o TCU analisa duas licitações do mesmo órgão, para as quais foi escolhida a modalidade convite, estando entre os licitantes convidados um parente por afinidade. Este licitante foi o contratado, sendo que em uma das licitações (concessão de área na Funasa para exploração de um restaurante/lanchonete) foi o único concorrente a comparecer. Estas situações apontam para o favorecimento de uma empresa específica, em afronta ao princípio da impessoalidade.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 1446/2015**. Plenário. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti. Processo nº TC-005.320/2015-1. Ata nº 21/2015. Brasília, DF, Sessão de 10/6/2015.

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 3153/2011**. Plenário. Relator: Ministro José Jorge. Processo nº TC 020.515/2007-5. Ata nº 52/2011. Brasília, DF, Sessão de 30/11/2011.

Nos casos em que há a contratação de licitante que possui algum vínculo com o responsável pela licitação, o princípio da impessoalidade é frequentemente aplicado aliado ao da moralidade, como, por exemplo, nos acórdãos AC-0607-08/11-P¹⁷, AC-3117-30/08-2¹⁸ e AC-2057-29/14-P¹⁹.

5.1.3 PRINCÍPIO DA MORALIDADE

O princípio da moralidade avalia a conduta do agente, para verificar se busca alcançar os objetivos de interesse público a que se propõe (DI PIETRO, 2012, p. 174). Ávila (2009, p. 96) considera que constitui violação a este princípio “a conduta adotada sem parâmetros objetivos e baseada na vontade individual do agente e o ato praticado sem a consideração da expectativa criada pela Administração”.

Verifica-se sua aplicação conjunta com o princípio da impessoalidade em diversos acórdãos em que o TCU identificou a participação de licitantes que possuíam vínculos de parentesco com os responsáveis pela licitação ou em licitações nas quais servidores do órgão responsável eram sócios da empresa licitante.

Uma das questões que se aponta é que a conduta não necessariamente precisa estar vedada na lei para afrontar o princípio da moralidade. No acórdão AC-1941-25/13-P²⁰, o TCU considera que:

A despeito de não haver, na Lei nº 8.666/1993, vedação expressa de contratação, pela Administração, de empresas pertencentes a parentes de gestores públicos envolvidos no processo, a jurisprudência desta Corte tem se firmado no sentido de

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 607/2011**. Plenário. Relator: Ministro-Substituto André Luís de Carvalho. Processo nº TC 002.128/2008-1. Ata nº 8/2011. Brasília, DF, Sessão de 16/3/2011.

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 3117/2008**. Segunda Câmara. Relator: Auditor André Luís de Carvalho. Processo nº TC-008.276/2007-3. Ata nº 30/2008. Brasília, DF, Sessão de 26/8/2008.

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 2057/2014**. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Processo nº TC 046.143/2012-2. Ata nº 29/2014. Brasília, DF, Sessão de 6/8/2014.

²⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 1941/2013**. Plenário. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Processo nº TC-025.582/2011-9. Ata nº 25/2013. Brasília, DF, Sessão de 24/7/2013.

considerar que há um evidente e indesejado conflito de interesses e que há violação dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade.

O Acórdão AC-1620-23/13-P²¹ trata do caso de um servidor que era sócio-proprietário de várias empresas contratadas por órgão da Administração com o qual possuía vínculo. Neste caso, ao atacar a afronta ao princípio da moralidade, o TCU considera que, independente do fato de saber se os servidores possuíam ou não informações privilegiadas, o processo apresentava-se viciado. O próprio fato de admitir entre os licitantes a participação de servidores já constitui afronta ao princípio da moralidade.

5.1.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O princípio da publicidade trata da obrigatoriedade da Administração de dar visibilidade e transparência a seus atos. Permite aos administrados e aos órgãos de controle acesso à informação e conhecimento das condutas e, desta forma, possibilita o controle da Administração.

O princípio da publicidade no âmbito das licitações deve permitir ampla divulgação de todas as informações e favorecer a ampla concorrência. A omissão de cláusulas no edital, a falta de publicação do edital ou a não publicação de modificações que possam afetar a elaboração das propostas, a competitividade ou as condições de participação de algum licitante são ofensivas a este princípio.

No Acórdão TC AC-1608-25/15-P²², um dos itens tratados pelo TCU consiste na modificação de requisito de qualificação técnica (solicitação de desconsideração das parcelas de maior relevância para comprovação de capacidade técnico-operacional previstas no edital pelo fato dos itens não constarem nas planilhas de orçamento). Neste caso, o TCU recomenda que ocorra a republicação do edital de licitação e a consequente reabertura de

²¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 1620/2013**. Plenário. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Processo nº TC 008.608/2006-7. Ata nº 23/2013. Brasília, DF, Sessão de 26/6/2013.

²² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 1608/2015**. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Processo nº TC 015.696/2011-1. Ata nº 25/2015. Brasília, DF, Sessão de 1/7/2015.

prazo para apresentação de novas propostas mesmo na situação em que tenha sido excluída exigência de qualificação técnica e todos os licitantes tenham sido individualmente comunicados da modificação.

Neste mesmo sentido, o Acórdão AC-0702-09/14-P²³ analisa a alteração do objeto do pregão sem a devida republicação do edital e orienta para a republicação e reabertura de prazo.

5.1.5 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Para Medauar (2015, p. 161), “o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população.” A aplicação deste princípio no controle da discricionariedade em licitações pode ser verificado no acórdão AC-0520-04/15-2²⁴, no qual o TCU utiliza a terminação economicidade para referir-se a ele.

No acórdão supra mencionado, foi estabelecido um critério quanto à distância máxima entre o órgão licitante e a empresa licitante (oficina mecânica). Este critério pode representar restrição ao caráter competitivo da licitação, pois limita a participação apenas de licitantes que possuam estabelecimento no raio da distância estabelecida. A Administração para empregar o critério de distância máxima considerou que a remessa de veículos a oficinas mecânicas demanda gastos com combustíveis e mão de obra com motoristas.

Após a análise, o TCU considerou que o critério pode ser utilizado desde que represente solução que garanta a economicidade desejada e não represente restrições desnecessárias ao caráter competitivo da licitação (o gestor ao planejar a licitação deve ponderar os fatores para chegar à esta solução).

²³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 702/2014**. Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Processo nº TC 018.901/2013-1. Ata nº 9/2014. Brasília, DF, Sessão de 26/3/2014.

²⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 520/2015**. Segunda Câmara. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Processo nº TC 000.548/2015-4. Ata nº 4/2015. Brasília, DF, Sessão de 24/2/2015.

5.1.6 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade prevê que todos aqueles atingidos pelo cumprimento de determinada lei devem receber tratamento igual, pois situações equivalentes não devem ser tratadas de forma diversa. Este princípio veda tratamento desuniforme às pessoas (MELLO, 2014, p.10).

O princípio da igualdade, também chamado de isonomia, veda discriminações entre os participantes da licitação. É um dos princípios basilares do processo licitatório e evita que haja o favorecimento de alguns licitantes em detrimento de outros. Uma das formas de favorecimento se dá pela indicação de marcas que, embora vedada, por vezes ainda ocorre em licitações. Nos Acórdãos AC-0520-15/05-P²⁵ e AC-1987-28/14-P²⁶, o TCU indica que os editais não devem fazer referência à marca, nem ao fabricante do produto para não violarem o princípio da isonomia.

No acórdão AC-1656-27/15-P²⁷, o TCU analisa um edital para aquisição de um imóvel pelo CREA/SP, no qual há um detalhamento excessivo do imóvel a ser adquirido evidenciando o direcionamento da contratação. No caso em tela, as características do imóvel conduziam para a aquisição de um imóvel determinado, impedindo que outros fossem ofertados em iguais condições, contrariamente ao que dispõe o princípio da igualdade.

O acórdão AC-2383-35/14-P²⁸, que trata da análise de aquisição de fragmentadoras de papel pela Caixa, evidencia a ocorrência de direcionamento da licitação pelo estabelecimento de características restritivas no edital. Tendo em vista que a conduta afronta o caráter competitivo e o princípio da igualdade, o TCU recomendou que a Caixa identificasse um conjunto representativo desses modelos antes de elaborar as especificações técnicas e a cotação de

²⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 520/2005**. Plenário. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Processo nº TC 000.236/2005-5. Ata nº 15/2015. Brasília, DF, Sessão de 4/5/2005.

²⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 1987/2014**. Plenário. Relatora: Ministra Ana Arraes. Processo nº TC010.158/2014-6. Ata nº 28/2014. Brasília, DF, Sessão de 30/7/2014.

²⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 1656/2015**. Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Processo nº TC035.902/2011-6. Ata nº 27/2015. Brasília, DF, Sessão de 8/7/2015.

²⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 2383/2014**. Plenário. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Processo nº TC 022.991/2013-1. Ata nº 35/2014. Brasília, DF, Sessão de 10/9/2014.

preços, com vistas a evitar o direcionamento da licitação para marca ou modelo específico devido ao detalhamento excessivo das características do produto.

5.1.7 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Ávila (2009, p. 152-160) considera que a razoabilidade (que ele classifica como um postulado) possui três sentidos: a harmonização da norma geral com o caso individual (equidade), a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação (congruência) e a equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona (equivalência). Uma das aplicações encontrada foi no controle de exigências de habilitação técnica muito acima das necessárias.

No Acórdão AC-0656-10/13-P²⁹, o TCU observou que:

à luz do edital, as inabilitações da empresa foram legais, contudo constatou que houve falha no projeto básico e na elaboração do edital que não relacionou os itens de maior relevância e valor significativo fazendo com que a comissão de licitação interpretasse de forma literal o subitem 4.1.4, letra, “b” do edital, ou seja, exigisse a qualificação técnica para todos os elementos da obra.

Consta ainda no referido Acórdão que, “Embora seja possível exigir dos licitantes a comprovação de aptidão técnica, não é razoável nem proporcional que essa exigência se estenda a todos os serviços presentes na planilha de quantidades e preços da obra.”

5.2.8 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade pressupõe o exame, no caso concreto, da adequação (possibilidade da medida concreta lavar a realização da finalidade), da necessidade (a medida em tela é menos restritiva aos direitos do que outras que poderiam ser aplicadas para atingir a finalidade) e da proporcionalidade em sentido estrito (a finalidade pública justifica a restrição) (ÁVILA, 2009, p. 162-163).

²⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 656/2013**. Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Processo nº TC 007.292/2011-2. Ata nº 10/2013. Brasília, DF, Sessão de 27/3/2013.

No acórdão AC-0032-01/03-1³⁰, a proporcionalidade foi utilizada na análise da motivação apresentada pelo responsável pela licitação. O TCU acordou que quanto às exigências de comprovação de capacidade técnica prescindem de motivação e demonstração técnica de que os parâmetros fixados são necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado e não representam restrição do caráter competitivo do certame.

5.2 MOTIVAÇÃO

A motivação tem sido amplamente utilizada pelo TCU em seus acórdãos como forma de controle da discricionariedade da Administração. Um dos problemas apontados pelo TCU refere-se à falta de motivação. Nos Acórdãos AC-0489-07/12³¹ e AC-1417-29/08-P³² fica evidenciada a necessidade da Administração motivar nos editais de licitação a inclusão, como critério de habilitação, da exigência de comprovação para capacidade técnica profissional ou operacional. O TCU orienta que a Administração registre os motivos dessa exigência expressa publicamente e demonstre objetivamente que os parâmetros fixados, inclusive os concernentes aos quantitativos mínimos, são adequados, necessários, imprescindíveis e pertinentes à certificação do *knowhow* para execução do objeto licitado.

No acórdão AC-0402-07/08-P³³, o TCU, dentre os pontos, analisou o índice contábil exigido das licitantes e considerou insuficiente a justificativa apresentada pelo responsável no processo administrativo da licitação. O TCU acordou que deve haver motivação, com exposição explícita quanto ao próprio índice, sua gradação e fórmula de cálculo.

³⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 32/2003**. Primeira Câmara. Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa. Processo nº TC 007.358/2002-5. Ata nº 01/2003. Brasília, DF, Sessão de 28/01/2003.

³¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 489/2012**. Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Processo nº TC 008.486/2011-5. Ata nº 7/2012. Brasília, DF, Sessão de 7/3/2012.

³² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 1417/2008**. Plenário. Relator: Ministro Augusto Sherman. Processo nº TC 007.535/2005-6. Ata nº 29/2008. Brasília, DF, Sessão de 23/7/2008.

³³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 402/2008**. Plenário. Relator: Ministro Guilherme Palmeira. Processo nº TC 013.577/2006-0. Ata nº 7/2008. Brasília, DF, Sessão de 12/3/2008.

No acórdão AC-0032-01/03-1³⁴, o TCU determinou que, nas licitações realizadas com recursos públicos federais, para a inclusão de exigência de comprovação de capacidade técnica (profissional e operacional) previstas no art. 30 da Lei 8.666/93, devem ser apresentados no processo administrativo da licitação os motivos desta exigência, demonstrando tecnicamente que os parâmetros fixados são necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado, assegurando-se de que a exigência não implica restrição do caráter competitivo do certame.

Verifica-se que o TCU, ao exercer o controle pela motivação, o faz de duas formas: verificando se a Administração motivou o estabelecimento discricionário de determinado requisito de habilitação e se este é razoável, pertinente e está de acordo com o fim previsto. Neste último caso, a análise do TCU entra no mérito do ato administrativo.

5.3 AUTOVINCULAÇÃO

A utilização pelo TCU da autovinculação como forma de controle da discricionariedade administrativa no estabelecimento de critérios de habilitação em licitações pode ser verificada nos acórdãos TC-010.798/2007-5 e TC-004.719/2007-6. O acórdão AC-1636-34/07-P³⁵ trata de uma representação apresentada pela Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União (Secob/TCU) sobre possíveis irregularidades contidas no edital de Concorrência nº 28/2007, conduzida pelo Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes (DNIT), cujo objeto são obras na Rodovia BR-262/MG.

Um dos itens questionados pelo TCU refere-se à:

Exigência de experiência anterior para habilitação técnico-profissional e técnico-operacional em 12 itens que respondem, individualmente, por menos de 1 % do valor da obra e 10 itens que

³⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 32/2003**. Primeira Câmara. Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa. Processo nº TC 007.358/2002-5. Ata nº 01/2003. Brasília, DF, Sessão de 28/01/2003.

³⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 1636/2007**. Plenário. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Processo nº TC 010.798/2007-5. Ata nº 34/2007. Brasília, DF, Sessão de 15/08/2007.

respondem entre 1 % e 3 % da obra, não sendo parcelas de maior valor significativo, restringindo a competitividade do certame, em afronta aos arts. 3º, § 1º e 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666 de 21/6/1993, e ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

O Ministro Relator vale-se da autovinculação para demonstrar que as exigências contidas no edital são desarrazoadas e que a Administração não manteve um padrão de conduta para situações idênticas. Foi feito um comparativo das exigências constantes no edital em análise com aquelas constantes no edital nº 10/2007 (BR-020/CE) que versa sobre obra semelhante.

O Relator considera que “Outro argumento que mostra que as alegações do DNIT são infundadas é a incoerência na escolha de parcelas relevantes quando se comparam alguns de seus próprios editais.” e que:

Vê-se, claramente, que o DNIT não conta sequer com uma coerência interna para decidir quais serviços devem ser passíveis de exigência de experiência anterior. Tais exigências são inseridas nos editais sem qualquer justificativa, ao livre alvedrio da pessoa que as insere, e sem qualquer revisão.

O Relator salienta ainda que “É importante se destacar que a liberdade demasiada em se escolher os serviços passíveis de exigência de capacitação técnica é uma grande facilitadora de direcionamento de licitações.”

O acórdão AC-1771-36/07-P³⁶ trata de representação, com pedido de adoção de medida cautelar, formulada pela empresa MPD Engenharia Ltda., acerca de possíveis irregularidades na Concorrência 001/2007, promovida pela ECT-DR/ES para contratar a obra de construção do centro de Tratamento de Cartas e Encomendas de Vitória/ES. Neste caso, o TCU valeu-se da autovinculação para demonstrar a excessividade da exigência de quantidades mínimas para a comprovação de qualificação técnica, comparando as exigências feitas no edital da Concorrência 001/2007 (ECT-DR/ES) com as exigências da licitação promovida pela Diretoria Regional da ECT em Mato Grosso para a construção do Centro de Tratamento de Cartas e Encomendas de

³⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 1771/2007**. Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Processo nº TC 004.719/2007-6. Ata nº 36/2007. Brasília, DF, Sessão de 29/8/2007.

Cuiabá – MT. O Ministro Relator salienta que as obras possuem características e quantidades quase coincidentes e, ao comparar as quantidades de serviços exigidos para a qualificação técnica, verificou que:

3.11 Na obra de Mato Grosso, as quantidades de serviços exigidas para a comprovação da qualificação técnica corresponderam, em média, a 41% das quantidades previstas. Na obra do Espírito Santo, essa relação representa 69%. Como se observa, para a construção do Centro de Tratamento de Cartas e Encomendas, a ECT-DR/ES exigiu dos licitantes e responsáveis técnicos a comprovação de 70% de quantidade de serviços a mais que a ECT-DR/MT.

3.12 Conseqüentemente, na licitação promovida pela Diretoria Regional de Mato Grosso, 7 empresas apresentaram propostas, tendo sido 5 delas habilitadas (fl. 78 do anexo 1), enquanto na concorrência do Espírito Santo, apenas 2 empresas participaram do certame, não sendo nenhuma delas inabilitadas. Conclui-se, portanto, que as quantidades mínimas exigidas no edital da concorrência tratada nestes autos foram excessivas, constituindo-se em exigências de despropositado rigor.

Ainda que sem a referência expressa à autovinculação da administração, claramente foi esta utilizada como critério para limitação da atuação administrativa.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto fica claro que a discricionariedade da Administração encontra limites, não podendo ser exercida de forma livre e sem critérios. Constatou-se a possibilidade de controle dos atos discricionários da Administração pela aplicação de princípios, pela motivação e pela autovinculação.

No controle pelos princípios, deve ser considerado que os requisitos de habilitação fixados devem respeitar os princípios constitucionais e infraconstitucionais para que sejam considerados válidos.

O controle da motivação verifica se a Administração justificou o estabelecimento discricionário de determinado requisito de habilitação e se este é razoável, pertinente e está de acordo com o fim previsto. A motivação

permite que a legalidade de determinada escolha seja verificada e que o controle por parte da sociedade e dos órgãos de controle.

O controle também pode se dar pela autovinculação, que decorre do princípio da igualdade, propiciando comparação de licitações para objetos iguais (se determinados critérios forem estabelecidos discricionariamente pela Administração, alterações em licitações posteriores devem ser justificadas).

Apesar de reconhecer que os atos discricionários possuem papel importante para que a Administração Pública possa atender ao interesse público nas situações em que ao legislador não foi possível prever todas as possibilidades, considera-se necessário que sejam estabelecidos critérios de controle destes atos para evitar que condutas como o direcionamento de licitações sejam evitadas. De forma alguma se trata de adentrar na esfera de atuação de outro poder. Trata-se apenas de resguardar o interesse público e garantir a efetivação dos direitos aos administrados.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul] - RPGE**. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 1971 (Semestral). Disponível em: <http://www.pge.rs.gov.br/upload/revista_pge_57_sup.pdf>. Acesso em 25 de maio de 2015.

COUTO E SILVA, Almiro do. PODER DISCRICIONÁRIO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 179/180, p. 51-67, jan./jun. 1990. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?url=http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46170/44329&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ei=oINkVdjalYKNNom9grAP&ved=0CBkQFjABOAO&usq=AFQjCNGBdGVp9lcl-UaahkPkapocMr213Q>>. Acesso em: 25 de maio de 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria S. Z. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ENTERRÍA, Eduardo García de. La lucha contra las inmunidades del poder em el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). **Revista de Administración Pública**, Madri, n. 38, p. 159-205, Mayo/ Agosto 1962.

FREITAS, Juarez. **Discricionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: (atualizados de acordo com a Lei Federal n. 12.349/2010). 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MAURER, Hartmut. Vinculação à lei, poder discricionário e conceitos jurídicos indeterminados. In: _____. **Elementos de direito Administrativo alemão**. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. (Tradução de Luís Afonso Heck). Barueri, SP: Manole, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico doPrincípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública. **REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, nº 24, outubro/novembro/dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-24-OUTUBRO-2010-PAULO-MODESTO.pdf>> Acesso em: 19 de maio de 2015.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Habilitação nas licitações e os atestados de capacidade técnico operacional. In: VERRI JR., Armando; TAVOLARO, Luiz Antônio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.) **Licitações e contratos administrativos: temas atuais e controvertidos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 99- 122.

Recebido em 16/12/2015

Aceito para publicação: 18/12/2015