

HABILITAÇÃO NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

Legal qualification in public bids: an analysis of juridical and constitutional's optics

Carmen Iêda Carneiro Boaventura¹

Resumo: Considerando a previsão constitucional sobre a habilitação nas licitações, e diante das disposições trazidas pelas Leis nº 14.133/21 e nº 13.303/2016, cumpre elucidar, como objetivo geral de pesquisa, a (des)necessidade de exigir todos os documentos de habilitação previstos em lei, nos instrumentos convocatórios. Os objetivos específicos se inserem na abordagem de alguns dos dispositivos presentes em duas legislações sobre a temática (Lei nº 14.133/2016 e Lei nº 13.303/2016), abordando as suas principais regras e a necessária observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, quando da análise dos requisitos de habilitação, nos Editais. A metodologia é de caráter bibliográfico e documental, com foco na doutrina de grandes autores e na jurisprudência do Tribunal de Contas da União. É necessário entender, a título de conclusão, sobre a desnecessidade da exigência de todo o rol de documentos exigidos por lei, com base na normativa constitucional e na fundamentação doutrinária aventada.

Palavras-chave: Constituição Federal. Lei nº 14.133/21. Lei nº 13.303/2016. Habilitação.

Abstract: Considering the constitutional dispositions about legal qualification on bids and considering the normative dispositives of Law nº 14.133/21 and Law nº 13.303/16, it is important to elucidate, as general goal of this research, the (un)necessity of requiring habilitation documents in convocatory instruments. The research problematic inserts itself through this question: is it really necessary to require, in the composition of convocatory instruments, all the documents legally mentioned? Specific goals are exposed analysis of some legal dispositions on the two most important laws about this thematic (Law nº 14.133/2016 and Law nº 13.303/2016), clarifying, in this sense, their principle rules through the optics of proportionality and reasonability. Research methodology is bibliographical and documental, through the expositions of doctrine, as well as through the juridical decisions from Brazil's Tribunal de Contas da União (TCU). Results points to the unnecessary of requiring all documents legally provided, based on constitutional law and mentioned juridical doctrine.

¹ Advogada e consultora jurídica há 14 anos. Especialista em Direito Administrativo e em Licitações e Contratos Administrativos. Coautora dos livros “Licitações e Contratos Administrativos na Lei 14.133/21 Aspectos Gerais” – Ed. Negócios Públicos, 2022; “Direito Administrativo Sancionador nas estatais” Ed. CEEJ, 2023; e “Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Estudos em homenagem ao professor Ronny Charles Lopes de Torres” – Editora Juspodivm, 2024. Membro da Comissão de Estudos em Licitações e Contratos da OAB/BA. Professora da Pós Graduação em Licitações e Contratos do CERS, Palestrante e autora de artigos jurídicos. E-mail: carmen.carneiro@gmail.com

Keywords: Federal Constitution. Law nº 14.133/21. Law nº 13.303/2016. Legal Qualification.

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Como regra geral, a exigência da documentação de habilitação de empresas licitantes é a forma utilizada nas contratações públicas, com o fito de verificar a aptidão do licitante em celebrar um contrato administrativo que atenda ao interesse público. Nesse sentido, a Lei nº 14.133/21 trouxe diversas regras relativas à habilitação, definindo-a como o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação. A referida legislação classifica a habilitação da seguinte forma: a) jurídica; b) técnica, c) fiscal, social e trabalhista e d) IV – econômico-financeira².

Importante destacar que o rol de documentos de habilitação exigidos em lei ordinária não deve ser fator de restrição à competitividade no mercado, e muito menos, que a exigência seja realizada de maneira arbitrária e formalista. Inadmissível é a exigência de documentos de habilitação desatrelada à pretensão contratual, à finalidade do que se pretende alcançar com a realização do procedimento licitatório – é o que se percebe, após a análise documental e bibliográfica.

O objetivo geral do presente artigo é elucidar a (des)necessidade de exigir todos os documentos de habilitação previstos em lei, nos instrumentos convocatórios. Os objetivos específicos se inserem na abordagem de alguns dos dispositivos presentes em duas legislações sobre a temática (Lei nº 14.133/2016 e Lei nº 13.303/2016), abordando as suas principais regras e a necessária observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, quando da análise dos requisitos de habilitação, nos Editais.

No primeiro tópico, será abordada a habilitação sob a ótica constitucional, trazendo conceitos e balizas necessárias a respeito das exigências de documentos quando da elaboração do instrumento convocatório.

No segundo tópico, serão trazidas as disposições da Lei nº 14.133/21 a respeito da habilitação, destacando seus principais pontos, bem como as exigências necessárias para os editais.

² Previsão do art. 62 da Lei nº 14.133/21.

No terceiro tópico, serão elencadas as disposições atinentes à Lei nº 13.303/2016, especificamente no que tange à exigência da habilitação, traçando um paralelo com a previsão constitucional.

Após, serão apresentadas as considerações finais, destacando a importância da análise da exigência de documentos de habilitação em face dos objetos contratuais e da finalidade constitucionalmente estabelecida para a própria temática de pesquisa. Nesse momento, será destacada, a necessária ponderação por parte do agente público, em cada caso concreto, sobre quais os documentos de habilitação devem ser exigidos de acordo com a pretensão contratual, solicitando apenas o que for indispensável ao cumprimento das obrigações, evitando a inclusão de exigências desnecessárias, que possam limitar a livre concorrência entre os licitantes e dificultar a obtenção da proposta mais vantajosa para o Erário Público.

1. A HABILITAÇÃO SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

O principal fundamento para a exigência de documentos de habilitação refere-se à necessidade da Administração Pública de se certificar sobre a capacidade/aptidão do fornecedor para atender o interesse público. Em outros termos, essa avaliação se dá com a finalidade de aferir se a empresa licitante é capaz de executar o objeto pretendido. É importante mencionar que, entretanto, esses requisitos de habilitação devem ser apenas os necessários à garantia do cumprimento das obrigações, consoante determinação constitucional. É o que prevê o artigo 37, inciso XXI, da Carta Magna (Brasil, 1988), *litteris* (grifos pela autora):

Art. 37 (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, *o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*

Depreende-se da citação constitucional que, quando houver realização de procedimento licitatório, a Administração Pública deve exigir apenas aqueles documentos que forem estritamente necessários ao cumprimento das obrigações. Tal disposição é de extrema importância e deve ser aplicada a qualquer contratação, seja nas modalidades de licitação insculpidas na Lei nº 14.133/21 (Brasil, 2021), quanto na Lei das Estatais, a Lei nº 13.303/2016 (Brasil, 2016).

Nesse mister, é necessário que os agentes públicos, envolvidos no processo de contratação, observem a relação existente entre os documentos de habilitação exigidos no

diploma editalício e o objeto contratual que está sendo licitado. Isso porque, deve existir um nexo entre a exigência de determinado documento no instrumento convocatório e o objeto que se pretende contratar. Caso não haja qualquer relação entre eles, deve haver afastamento da exigência, em atendimento à previsão constitucional (Brasil, 1988).

Válido destacar que, muito embora a fase de habilitação seja exigida no Edital, é na fase preparatória que são definidas as condições e requisitos necessários para a participação dos licitantes (Torres, 2023, p.387). Inclusive, o art. 18, inciso IX, da Lei nº 14.133/21³ (Brasil, 2021), dispõe que a fase preparatória deve abordar, dentre outros elementos, a motivação circunstanciada das condições do edital, tal como a justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e a qualificação econômico-financeira. O artigo 25, *caput*, da referida lei (Brasil, 2021), menciona que a habilitação deverá estar presente no bojo do instrumento convocatório:

Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.

Assim, uma vez presentes os requisitos de habilitação em Edital, torna-se necessário que as empresas licitantes os apresentem para que sejam habilitados regularmente no certame. Daí a importância de que, na etapa preparatória, os agentes públicos devem selecionar os documentos efetivamente necessários e indispensáveis ao cumprimento contratual.

Saliente-se que inadmissível se torna a exigência desarrazoada de documentos além dos previstos na Lei nº 14.133/21 (Brasil, 2021). Inclusive, já existem diversos acórdãos do Tribunal de Contas da União⁴ com base na legislação pretérita, nesse sentido, contra o excesso de rigor diante das exigências dos documentos de habilitação, o que reforça a importância de prestigiar a ampla competitividade entre os licitantes na obtenção da proposta mais vantajosa para o Erário.

³ Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos (...) IX - a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio;

⁴ TCU – Acórdão 2375/2006, 2ª Câmara, Rel. Ubiratan Aguiar; Acórdão 992/2007, 1ª Câmara, Rel. Marcos Bemquerer; Acórdão 800/2008, Plenário, Rel. Guilherme Palmeira.

A exigência cada vez maior de documentos de habilitação incongruentes e que não estejam relacionados ao objeto contratual possibilitam a restrição da participação de um número maior de empresas em determinada licitação. A realidade prática demonstra que fornecedores, muitas vezes, deixam de participar do certame pela ausência e/ou pendência de algum documento solicitado em Edital. Nesse sentido, ressalta Torres (2023, p. 387) (grifos da autora):

Importante firmar que os requisitos de habilitação são critérios relativos, que têm como objetivo a análise de inidoneidade do licitante e da sua aptidão para o cumprimento do contrato. *Quando ultrapassam esse vetor, passam a desestimular a competitividade, gerando sua disfunção.*

Assim é que o agente público possui discricionariedade na sua atuação, porém, deve agir com cautela quando da exigência de documentos de habilitação, para não incorrer em violação de diversos princípios, dentre eles, o da ampla competitividade entre os licitantes, além de não alcançar a finalidade precípua de toda licitação, que é a obtenção de uma proposta mais vantajosa para o Erário Público.

Justen Filho (2023, p. 816) (grifos da autora) defende, acertadamente, que se o agente público não consegue comprovar a real necessidade e uma justificativa plausível para as exigências habilitatórias, estará infringindo a Constituição Federal:

Logo, sempre que for questionada acerca da inadequação ou da excessividade das exigências, a Administração terá de comprovar que adotou o mínimo possível. *Se não for possível comprovar que a dimensão adotada envolvia esse mínimo, a Constituição terá sido infringida.* Se a Administração não dispuser de dados técnicos que justifiquem a caracterização da exigência como indispensável (mínima) seu ato será inválido.

É perceptível que a Lei nº 14.133/2021 (Brasil, 2021) traz um rol de documentos de habilitação similar ao da Lei nº 8.666/93 (Brasil, 1993), atualmente revogada, repetindo o arcabouço burocrático exigido. Importante que cada ente federativo possa, no exercício da sua autonomia administrativa e em sua competência, estabelecer os critérios de habilitação em cada certame. Isto porque a previsão constitucional estabelece que só devem ser exigidos aqueles documentos que sejam indispensáveis ao cumprimento das obrigações. Assim, faz-se necessário que cada órgão possa se adequar à sua realidade, de acordo com a referida pretensão contratual, em cada caso concreto, evitando, assim, exigências de documentos desnecessários que acabam por limitar a ampla competitividade.

Di Pietro (2007, p. 363), no mesmo sentido, adverte que as exigências que não são indispensáveis ao cumprimento das obrigações provocam procedimentos formalistas e burocráticos:

Essa e outras exigências, que não são indispensáveis ao cumprimento das obrigações contribuem para tornar o procedimento da licitação ainda mais formalista e burocrático,

desvirtuando os objetivos da licitação e infringindo o inciso XXI do artigo 37 da Constituição.

Justen Filho (2023, p. 814) (grifos da autora) salienta que é preciso ponderar quais os documentos de habilitação serão exigidos em um determinado procedimento licitatório, destacando a importante finalidade da licitação no que diz respeito à seleção da proposta mais vantajosa:

[...] a Administração necessita tanto de segurança quanto de vantajosidade em suas contratações. A finalidade da licitação é selecionar a proposta com a qualidade adequada, pelo menor preço possível. A conjugação de ambos os valores conduz à necessidade de ponderação nas exigências de habilitação. Não é correto, por isso, estabelecer soluções extremadas. É indispensável estabelecer requisitos de participação, cuja eliminação seria desastrosa. *Mas tais requisitos devem ser restritos ao mínimo necessário para assegurar a obtenção de uma prestação adequadamente executada.* (grifou-se)

A exigência dos documentos de habilitação para verificação da aptidão da empresa licitante deve estar diretamente ligada às características do objeto da contratação. Se um objeto possui uma especificação simples, sem maiores complexidades no que diz respeito à execução, menores devem ser as exigências habilitatórias. Por outro lado, se o objeto demanda uma maior complexidade em suas especificações e em relação ao método de execução, deve o agente público ser mais criterioso na exigência do rol de documentos, ficando adstrito a exigir apenas às condições indispensáveis ao cumprimento das obrigações contratuais.

Saliente-se que, a própria Lei nº 14.133/21 (Brasil, 2021) dispensa a apresentação de documentos, no todo ou em parte, nos seguintes casos: [1] nas contratações para entrega imediata; [2] nas contratações em valores inferiores a ¼ (um quarto) do limite para dispensa de licitação para compras em geral; e [3] nas contratações de produto para pesquisa e desenvolvimento até o valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais)⁵. Nesses casos, o legislador reconhece que, em objetos que não possuem valores tão altos, não há necessidade de tanto rigor na exigência de documentos de habilitação, pois supõe-se que a contratação não é robusta a ponto de justificar maiores exigências. Ademais, muito embora muitos agentes públicos não tenham essa percepção, inexistente imposição legal de que um Edital deve conter todas as exigências descritas nos artigos 63 a 70 da Lei nº 14.133/21 (Brasil, 2021).

Justen Filho (2023, p. 812) destaca que, inclusive, o elenco previsto nesses dispositivos deve ser considerado o máximo, e não o mínimo:

⁵ Previsão do art. 70, inciso III da Lei nº 14.133/21. Valor atualizado pelo Decreto nº 11.871, de 29 de dezembro de 2023 (Brasil, 2023): R\$ 359.436,08 (trezentos e cinquenta e nove mil quatrocentos e trinta e seis reais e oito centavos).

O elenco dos artigos 63 a 70 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos.

E ainda, nesse mesmo sentido é o entendimento de Niebuhr (2023, p. 746), destacando que o termo “indispensável” previsto no artigo 37, inciso XXI (Brasil, 1998) deve ser avaliado através de exigências que sejam realmente úteis, necessárias e pertinentes:

Pondera-se, no entanto, que o vocábulo *indispensável*, utilizado pelo constituinte, não deve ser interpretado em tom absoluto. Ele deve ser lido no sentido de que as exigências a serem feitas em habilitação sejam úteis, necessárias, relevantes ou pertinentes; que a Administração vise o mínimo necessário de exigências, não o máximo. A tendência é sempre a de simplificar, a de exigir o mínimo de documentos necessários, para ampliar a disputa, dando concreção ao princípio da competitividade.

Importante lembrar, ainda, que as microempresas e as empresas de pequeno porte, amparadas pela Lei Complementar nº 123/2006 (Brasil, 2006), possuem benefícios específicos no que tange à participação em licitações, principalmente no que diz respeito à apresentação de documentos de habilitação. Essas empresas podem participar do certame, mesmo com pendências relativas à regularidade fiscal e trabalhista, podendo regularizá-las apenas na fase de assinatura contratual, conforme previsão dos artigos 42 e 43 da referida Lei (Brasil, 2021). A própria Lei nº 14.133/21⁶ (*ibid.*) dispõe que serão exigidos os documentos relativos à regularidade fiscal, em qualquer caso, somente em momento posterior ao julgamento das propostas, e apenas do licitante mais bem classificado.

Os requisitos de habilitação devem, portanto, ser bem delineados na etapa preparatória do macroprocesso de contratação, de maneira que o agente público possa exigir, de maneira motivada, em cada caso concreto, quais as razões que levaram a exigir as condições de habilitação, sob pena de violação à determinação constitucional e à própria lei nº 14.133/21 (*idem*).

2. HABILITAÇÃO NA LEI Nº 14.133/21

2.1 Considerações iniciais

A Lei nº 14.133/21 (Brasil, 2021) trata sobre o tema da habilitação de maneira similar aos diplomas pretéritos, no sentido de elencar o rol de documentos necessários a comprovar a aptidão do licitante ao cumprimento do contrato, conforme mencionado

⁶ Art. 63. Na fase de habilitação das licitações serão observadas as seguintes disposições: (...) III - serão exigidos os documentos relativos à regularidade fiscal, em qualquer caso, somente em momento posterior ao julgamento das propostas, e apenas do licitante mais bem classificado.

alhores. O art. 62 (idem) menciona que a habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, dividindo-se em: a) jurídica; b) técnica; c) fiscal, social e trabalhista; e; e) econômico-financeira.

Importar perceber que, antes mesmo de tratar sobre a classificação adotada para fins de habilitação, a Lei (Brasil, 2021) elenca a habilitação enquanto fase do processo licitatório:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência: I - preparatória; II - de divulgação do edital de licitação; III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso; IV - de julgamento; V - de habilitação; VI - recursal; VII - de homologação.

§ 1º A fase referida no inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder as fases referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no edital de licitação.

Assim, percebe-se que a norma prevê um rito ordinário ou tradicional, quando a habilitação ocorre após o julgamento das propostas, mas prevê também a possibilidade de inversão de fases, em que a habilitação ocorre primeiro. Nessa hipótese, o agente público deverá motivar essa opção e prever essa regra expressamente no instrumento convocatório, para que inclusive, os licitantes conheçam de que forma ocorrerá o certame.

Trata-se de decisão discricionária (Justen Filho, 2023, p. 815) e a doutrina entende que essa opção deve ser bem fundamentada, com o cuidado de não prejudicar a celeridade processual e o bom andamento do certame. Inclusive, para fins de etapa recursal, a escolha pela inversão de fases pode trazer consequências polêmicas em um certame⁷.

Um detalhe que vale ser destacado é que o tópico da habilitação na Lei nº 14.133/21 (Brasil, 2021) traz disposições alocadas em momentos diferentes na norma, por exemplo: as declarações exigidas constam nos artigos 63, inciso I; art. 63, § 3º; art. 67, VI; art. 69, § 1º (*ibid.*). Assim, quando da análise e leitura da lei, percebe-se que o mesmo tema pode ser tratado em diferentes dispositivos.

2.2 Previsões específicas da Lei nº 14.133/21 sobre o tema

O artigo 63 (Brasil, 2021) traz algumas disposições que devem ser observadas na fase de habilitação, como por exemplo, a possibilidade da exigência da declaração de que os licitantes atendem aos requisitos de habilitação, respondendo pela veracidade das

⁷ Para aprofundamento do tema a respeito da fase recursal, inclusive sobre a hipótese de inversão de fases, recomenda-se a leitura do artigo: A Fase Recursal na Nova Lei de Licitações | Uma Análise Comparativa com as Leis nº 8.666/93, 10.520/2002 e 12.462/2011 Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/a-fase-recursal-na-nova-lei-de-licitacoes-uma-analise-comparativa-com-as-leis-n-8-666-93-10-520-2002-e-12-462-2011/>. Acesso em: 30.08.24.

informações prestadas. Interessante notar que o texto da lei menciona a expressão “poderá” constituindo a ideia de faculdade e não de obrigatoriedade:

Art. 63. Na fase de habilitação das licitações serão observadas as seguintes disposições:

I - poderá ser exigida dos licitantes a declaração de que atendem aos requisitos de habilitação, e o declarante responderá pela veracidade das informações prestadas, na forma da lei;

Interessante destacar que a exigência de declaração de que atende aos requisitos de habilitação, prevista no inciso I desse artigo (*ibid.*), constitui excesso de formalidade, pois, se uma empresa participa do certame, já se pressupõe que cumpre todos os requisitos de habilitação definidos em Edital. Inclusive, destaque-se, se a empresa licitante decide participar da licitação, em qualquer modalidade, e há a apresentação de documentação falsa, ela estará suscetível a processo de responsabilização, tanto na esfera administrativa, quanto na penal⁸, tornando essa exigência, portanto, desnecessária. Nesse mesmo sentido é o entendimento de Joel Niebuhr (2021, p. 149):

[...] a exigência é desnecessária e constitui um formalismo excessivo, na medida em que pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório o licitante, ao participar do certame, tem ciência de todos os requisitos do edital e pressupõe-se que ele cumpre as exigências de habilitação. Se o licitante apresentar algum documento com informação falsa, estará sujeito às sanções e penalidades previstas, sem prejuízo de incidir em algum tipo penal.

O inciso II do referido artigo de lei (Brasil, 2021) menciona que será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento. É cediço que a nova lei de licitações estabelece em seu art. 17 (*idem*) que a regra geral é a avaliação das propostas e posteriormente, dos documentos de habilitação, visando trazer maior celeridade ao processo. E nesta hipótese do inciso II do art. 63 da nova Lei (*ibidem*), o comando é de que apenas será analisada a documentação do licitante declarado vencedor, deixando claro que não será necessária a análise dos documentos de habilitação dos demais licitantes que participaram da disputa (como antes funcionavam as modalidades regidas pela Lei nº 8.666/93, atualmente revogada). Tal situação apenas ocorrerá, excepcionalmente, quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento, e deve ser aplicável a quaisquer das modalidades previstas na nova lei⁹.

Já o inciso III do artigo 63 (Brasil, 2021) dispõe que os documentos relativos à regularidade fiscal somente serão exigidos em momento posterior ao julgamento das propostas, e apenas do licitante mais bem classificado. O inciso IV do artigo 63 (Brasil,

⁸ É importante destacar que, com a vigência da Lei 14.133/2021 (Brasil, 2021) a partir do dia 1º de abril de 2021, os crimes da Lei nº 8.666/93 (Brasil, 1993) foram revogados e os crimes previstos na Lei nº 14.133/2021 (Brasil, 2021) foram acrescentados ao Código Penal (Brasil, 1940) – é a previsão do art. 178 da Lei nº 14.133/2021 (Brasil, 2021).

⁹ As modalidades de licitação estão previstas no art. 28 da Lei nº 14.133/2021.

2021) menciona a exigência relativa à declaração por parte do licitante de que cumpre as exigências de reserva de cargos para pessoa com deficiência e para reabilitado da Previdência Social, previstas em lei e em outras normas específicas. E, o § 1º do mesmo artigo (Brasil, 2021), por sua vez, traz a necessidade de que o edital deverá prever cláusula que exija dos licitantes, sob pena de desclassificação, declaração de que suas propostas econômicas compreendem a integralidade dos custos para atendimento dos direitos trabalhistas assegurados na Constituição Federal, nas leis trabalhistas, nas normas infralegais, nas convenções coletivas de trabalho e nos termos de ajustamento de conduta vigentes na data de entrega das propostas.

Os §2º ao §4º do artigo 63 (Brasil, 2021) trazem disposições a respeito da vistoria técnica, tema inspirado, principalmente, nos acórdãos do Tribunal de Contas da União¹⁰. O ministro Benjamin Zymler (2021), inclusive, rememora que tanto a doutrina quanto a jurisprudência são fontes do Direito e inspiram novas leis, como é possível perceber do seguinte substrato:

[...] a prática administrativa, a jurisprudência e a doutrina se mostram como fontes importantes de revelação do direito, que se inicia na lei, por dedução, mas se materializa sempre a partir de um caso concreto, numa espiral indutiva de crescente construção de sentidos. Os diversos ciclos interpretativos acabam inspirando novas leis, que, por sua vez, seguirão o mesmo processo de revelação de sentido, a partir da aplicação prática, da jurisprudência e da doutrina, até a próxima alteração normativa. A nova lei de licitações incorporou vários institutos e procedimentos que foram manejados, inicialmente, na jurisprudência do TCU.

O tema envolvendo vistoria técnica diz respeito ao conhecimento, por parte da empresa licitante, das condições técnicas e do local onde ocorrerá a prestação de serviço. Como é cediço, a regra geral é de que não se pode exigir vistoria técnica nos instrumentos convocatórios como condição de participação nem de habilitação no certame, de acordo, inclusive, com diversos acórdãos do Tribunal de Contas da União¹¹.

Assim, a lei menciona que, quando for imprescindível a realização da vistoria em virtude do objeto a ser contratado, o edital poderá prever que o licitante o faça, mas com a ressalva de que deve haver a possibilidade de substituição por declaração de que tem conhecimento a respeito das condições do local. Essa disposição da lei (Brasil, 2021) permite que um número maior de empresas participe do certame, com a redação similar ao texto do Acórdão nº 2.939/2018 do Plenário do Tribunal de Contas da União.

Quando o licitante optar por realizar a vistoria prévia, deverá ser disponibilizado agendamento de horários diferentes entre os licitantes (previsão do § 4º) (Brasil, 2021),

¹⁰ Acórdãos nºs 234/2015, 802/2016 e 2.361/2018, todos do Plenário.

¹¹ Acórdão 110/2012-P, 785/2012-P, 655/2016 -Plenário e 4968/2011- 2ª Câmara, todos do Tribunal de Contas da União.

sem imposição de determinações de horários e/ou critérios específicos que possam restringir a realização da vistoria em determinado local e/ou a determinado licitante, de acordo com os princípios da transparência e da ampla competitividade. Principalmente em certames eletrônicos, a vistoria *in loco* prejudica o anonimato entre os competidores (Torres, 2023, p. 388), o que pode facilitar o conluio entre os participantes, fato esse que deve ser rechaçado na prática licitatória.

O art. 64 (Brasil, 2021) define, de forma direta e objetiva, que não será possível substituir ou apresentar documentos novos após a entrega dos documentos de habilitação, explicando que tal conduta será permitida, tão somente, em sede de diligência. Aponta também, o referido dispositivo, duas situações possíveis: [1] o caso em que a complementação é de documento preexistente e necessário para apurar fatos existentes à época da abertura do certame; e [2] a situação em que a apresentação dos novos documentos é realizada para atualizar documentos vincendos após a data de recebimento das propostas.

Nesse ponto, convém trazer à baila o Acórdão nº 1.211/2021 do Tribunal de Contas da União¹² (grifos da autora):

[...] o pregoeiro, durante as fases de julgamento das propostas e/ou habilitação, deve sanear eventuais erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, nos termos dos arts. 8º, inciso XII, alínea “h”; 17, inciso VI; e 47 do Decreto 10.024/2019; sendo que a vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e/ou da proposta, por equívoco ou falha, *o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro*.

Sob a ótica desse julgado, é aberta a discussão na doutrina a respeito da possibilidade de aceitação de documentos de habilitação pré-existent, mas que, por equívoco ou falha, não foram juntados no momento adequado. Sobre esse quesito, Angelina Leonez, Carmen Boaventura e Victor Amorim (Leonez, Boaventura, Amorim; 2021) (grifos da autora), rememorando a disposição contida na Lei nº 14.133/21 (Brasil, 2021), apontam que:

[...] há que se reconhecer, conforme expressa dicção do caput e do inciso I do art. 64 da NLL, que a juntada “posterior” de documento, no contexto de averiguação das condições de habilitação do licitante, *somente seria possível “em sede de diligência”*, o que pressupõe um comando decisório por parte do agente de contratação decorrente de uma avaliação antecedente da documentação habilitatória então apresentada. Ou seja, *será o agente de contratação quem avaliará os pressupostos concretos de incidência da possibilidade prevista no art. 64, I, da NLL, de modo que o “documento novo” será produzido ou apresentado como resultado de uma diligência reputada como cabível e necessária pela Administração*.

¹² TCU, Acórdão nº 1.211/2021, do Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Data de julgamento: 26.05.2021.

Recomenda-se que, em cada caso concreto, o edital determine, de maneira clara e em consonância à lei, as regras relativas aos documentos de habilitação, notadamente, em relação ao momento de apresentação desses documentos, quando da realização das licitações.

O § 1º do artigo 64 (Brasil, 2021) dispõe sobre a possibilidade de sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, como atribuição da comissão de licitação, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, de acordo com os princípios da publicidade e da transparência. Interessante destacar que esse é o único momento, no escopo da Lei nº 14.133/2021 (Brasil, 2021), em que há menção à expressão “comissão de licitação”, ao invés do termo “comissão de contratação”, denominação essa criada pela própria Lei (Brasil, 2021).

O § 2º do artigo 64 (Brasil, 2021) menciona que, quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento e já tiver sido encerrada, não caberá exclusão de licitante por motivo relacionado à habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento. Essa disposição destaca a importância do momento processual para inabilitação do licitante, em que não se admite a inabilitação *a posteriori*, ou seja, quando a fase já estiver sido encerrada. Tal hipótese é admitida, excepcionalmente, em caso de fato superveniente ou só conhecido após o julgamento. Essa situação permite uma maior segurança jurídica por parte da empresa licitante, pois, caso seja inabilitada de maneira arbitrária ou no momento processual inadequado, poderá se utilizar de mecanismos jurídicos para a defesa e tutela dos seus direitos no certame¹³.

O art. 65 da referida lei (Brasil, 2021) dispõe que as condições de habilitação, ou seja, a forma e os documentos solicitados deverão estar dispostos no instrumento convocatório, compondo as demais regras editalícias. Há menção expressa no § 1º (idem) de que as empresas criadas no exercício financeiro da licitação (empresas recém-constituídas) também deverão atender a todas as exigências da habilitação e no que se refere à qualificação econômico-financeira, ficarão autorizadas a substituir os demonstrativos contábeis pelo balanço de abertura.

O § 2º do dispositivo legal em exame (Brasil, 2021) estabelece - seguindo a tendência legislativa de procedimentos eletrônicos, conforme prevê o artigo 12, inciso VI (*ibid.*), onde os atos deverão ser preferencialmente digitais - que a habilitação poderá ser

¹³ Vide art. 165 da Lei 14.133/2021 (Brasil, 2021) que trata a respeito do recurso e do pedido de reconsideração.

realizada por processo eletrônico de comunicação a distância, conforme previsão em regulamento.

Os artigos 66 a 69 da lei mencionada (Brasil, 2021) tratam especificamente sobre os documentos exigidos, com as seguintes categorias elencadas pelo art. 62 da mesma legislação (idem): a) jurídica; b) técnica; c) fiscal, social e trabalhista; e e) econômico-financeira. Cumpre, nesse momento, abordar os principais destaques presentes nos dispositivos supracitados.

2.2.1 A habilitação jurídica

O artigo 66 (Brasil, 2021) trata da habilitação jurídica, prevista no art. 62, inciso I, e demonstra que apenas deve ser exigida documentação que comprove a existência jurídica da pessoa e, dependendo do caso concreto, quando for cabível, é possível a exigência de autorização para o exercício da atividade a ser contratada. Não há, portanto, um rol de documentos específico, previstos nesse dispositivo, para o cumprimento da exigência da habilitação jurídica nas licitações.

A primeira parte da redação do artigo 66 mencionado (Brasil, 2021) é similar à redação do artigo 58, inciso I, da Lei nº 13.303/2016 (Brasil, 2016), em que não há rol exaustivo para definição de habilitação jurídica. Na Lei nº 13.303/2016 (idem) não há indicação taxativa de documentos, permitindo que, em cada caso concreto, o edital possa determinar os parâmetros de habilitação jurídica para identificar a capacidade do licitante no atendimento do objeto contratual, conforme será exposto no tópico 3 deste artigo.

Importa pontuar que os documentos solicitados no artigo 66 (Brasil, 2021) podem ser entendidos, por exemplo, pelo Contrato Social das empresas, que deve ser acompanhado com as alterações realizadas, salvo se o licitante apresentar alteração consolidada (NIEBUHR, 2021, p. 758). Na análise da habilitação jurídica convém que o agente público avalie se as atividades desenvolvidas pela empresa estão compatíveis com o objeto da licitação. Inclusive, o entendimento do Tribunal de Contas da União é no sentido de que os contratos sociais das empresas devam guardar relação com o objeto que irá fornecer para a Administração Pública.¹⁴

É válido salientar que a habilitação jurídica tem o condão de comprovar que a empresa licitante é capaz de cumprir as obrigações previstas no instrumento convocatório, e, também, de evitar que empresas irresponsáveis, conhecidas como empresas “de fachada” e inidôneas, participem dos processos de licitação. Nesse aspecto, é necessário

¹⁴ TCU. Acórdão 934/2005 – 2ª Câmara.

entender que, muito embora não haja um rol específico de documentação exigida no artigo 66 da referida lei (Brasil, 2021) é necessário ponderar quais documentos serão exigidos em Edital, em cumprimento à determinação constitucional do artigo 37, inciso XXI (Brasil, 1988).

2.2.2 A habilitação técnica

Nesse artigo 67 (Brasil, 2021), (grifos da autora), o legislador optou por definir, expressamente, os documentos que devem ser exigidos relativamente à qualificação técnica, deixando claro que a documentação deve ser restrita àquele rol de incisos indicados:

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

Após, classifica a qualificação técnica em dois ramos: [1] a qualificação técnico-profissional – ligada à aptidão dos profissionais integrantes do corpo técnico da empresa –; e [2] a qualificação técnico-operacional – relativa à capacidade da empresa propriamente dita (atividade empresarial). Em 6 (seis) incisos, o dispositivo legislativo em comento determina quais documentos devem ser exigidos em Edital, os quais serão elucidados a seguir.

O primeiro inciso diz respeito à necessidade de apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, como, por exemplo, o CREA - Conselho Regional de Engenharia e Agronomia. Além disso, é mencionado que, dependendo do caso concreto, poderá haver a exigência de profissional detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação. Assim, faz-se necessária a análise de cada caso para verificação da necessidade ou não de inclusão dessa exigência em Edital.

Ressalte-se que, nesse aspecto, não serão admitidos atestados de responsabilidade técnica de profissionais que, na forma de regulamento, tenham dado causa à aplicação das sanções de impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade, previstas nos incisos III e IV do caput do art. 156 da Lei (Brasil, 2021), em decorrência de orientação proposta de prescrição técnica ou de qualquer ato profissional de sua responsabilidade – é a previsão do § 12º (*ibid.*).

O inciso II do artigo 67 (Brasil, 2021) refere-se a certidões ou atestados que devem ser emitidos pelo Conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem capacidade operacional para a execução de serviços similares, com complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior. Também se refere, o supracitado inciso, aos documentos comprobatórios emitidos na forma do § 3º do art. 88

dessa Lei (Brasil, 2021) – relativo ao Registro cadastral do licitante. Esses atestados servem para comprovar que a empresa licitante possui a capacidade operacional de fornecer o bem ou prestar o serviço, dependendo da contratação. É através deles que o licitante irá demonstrar que já prestou serviço similar ou superior em outra oportunidade, por exemplo.

Ainda sobre os incisos I e II do artigo 67 (Brasil, 2021) é relevante mencionar a previsão do seu § 3º, onde há a disposição de que, a critério da Administração, com previsão em regulamento, os documentos previstos nos incisos referidos poderão ser substituídos por outra prova de que o profissional ou a empresa possui conhecimento técnico e experiência prática na execução de serviço de características semelhantes, ressalvada a contratação de obras e serviços de engenharia.

O inciso III do artigo 67 (Brasil, 2021), por sua vez, refere-se à indicação do pessoal técnico, das instalações e do aparelhamento adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada membro da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos.

Os incisos IV e V do artigo 67 (Brasil, 2021) dispõem de situações que precisam ser avaliadas no caso concreto para que sejam exigidas, como a prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial e o registro ou inscrição na entidade profissional competente. Significa dizer que, não deve ser exigida, em toda contratação, o registro em entidade profissional competente, e é solicitada em alguns Editais, na prática, de forma obrigatória. A lei manifesta, expressamente, que a exigência deve ser verificada de acordo com o caso, avaliadas as condições, e se for realmente necessária à contratação de determinado objeto ou prestação de serviço, que deve estar vinculado ao Conselho profissional competente. O TCU¹⁵, inclusive, tem entendido que, para a exigência de registro no conselho competente, deve a atividade assim o exigir, sendo fiscalizada por este.

Ademais, já existe jurisprudência do referido Tribunal¹⁶ no sentido de que é irregular a exigência de que o atestado de capacidade técnico-operacional da empresa participante de licitação seja registrado ou averbado no CREA, cabendo tal exigência apenas para fins de qualificação técnico-profissional.

¹⁵ Acórdão 2769/2014- Plenário. Relator Ministro Bruno Dantas, 15/10/2014.

¹⁶ Acórdão 3.094/2020 – Plenário Tribunal de Contas da União. (Representação, Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman).

O inciso VI do artigo 67 (Brasil, 2021), por fim, menciona a declaração de que o licitante tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação.

Percebe-se que, diferentemente da habilitação jurídica, onde não há um rol de documentos específicos, para a habilitação técnica a lei elenca os documentos necessários, porém menciona que deve o agente público se restringir a exigir àqueles indicados no artigo 67 (Brasil, 2021). Essa disposição perpassa pelo fundamento constitucional de que só devem ser exigidos aqueles documentos que sejam indispensáveis ao cumprimento das obrigações, bem como na exigência mínima e não máxima de documentos de habilitação nas licitações.

2.2.3 A habilitação fiscal, social e trabalhista

O artigo 68 (Brasil, 2021) trata da habilitação fiscal, social e trabalhista que deve ser aferida de acordo com os requisitos definidos nos incisos I a VI do referido artigo. Esse artigo de lei descreve o rol de documentos aptos a comprovar a habilitação fiscal, social e trabalhista da empresa licitante:

Art. 68. As habilitações fiscal, social e trabalhista serão aferidas mediante a verificação dos seguintes requisitos:

I - a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

II - a inscrição no cadastro de contribuintes estadual e/ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - a regularidade perante a Fazenda federal, estadual e/ou municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - a regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, que demonstre cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;

V - a regularidade perante a Justiça do Trabalho;

VI - o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

O inciso I do artigo 68 (Brasil, 2021) menciona a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) no caso de licitante pessoa física ou no caso de pessoa jurídica, o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ). No inciso II do artigo 68 (Brasil, 2021), há a citação da inscrição no cadastro de contribuintes estadual e/ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual. O inciso III do artigo 68 (Brasil, 2021), por sua vez, destaca a regularidade perante a Fazenda federal, a estadual e/ou a municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei (idem).

Um aspecto interessante a ser observado, nos incisos II e III do artigo 68 (Brasil, 2021), é a expressão “inscrição no cadastro de contribuintes estadual e/ou municipal” e “regularidade perante a Fazenda federal, estadual e/ou municipal”, respectivamente.

Diferentemente da previsão do art. 29, incisos II e III, da Lei 8.666/93 (Brasil, 1993), que estabelecia a “prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal” e “prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal” respectivamente, a Lei nº 14.133/2021 (Brasil, 2021) atualiza e esclarece essa informação, no sentido de que, dependendo do objeto contratual e da esfera federativa que está realizando o certame, se faz sentido ou não essa exigência nos instrumentos convocatórios.

A prova de regularidade deve ter pertinência em relação ao objeto que está sendo licitado, evitando inclusive abusos, com a exigência de tributos que não guardam efetiva relação com o objeto. Ademais, é válido salientar que essas exigências devem respeitar os limites constitucionais do art. 37, inciso XXI da Constituição Federal (Brasil, 1988) e, também, se restringir a tributos relativos à Fazenda interessada, que tenham relação com a atividade contratada (Torres, 2023, p. 404).

Importante ponderar que os incisos do artigo 68 (Brasil, 2021) mencionam “regularidade” e não quitação de débitos. Assim, não há que se falar em exigir da empresa licitante a apresentação de certidão de quitação de todos os eventuais débitos existentes com o Fisco. É cediço que as empresas podem participar das licitações com a apresentação de certidões positivas com efeitos de negativa, quando, por exemplo, seu débito está com a exigibilidade suspensa, ou com débito em parcelamento.

Assim, a exigência se deve à regularidade e não propriamente à quitação total dos tributos, inclusive existindo entendimento já estabelecido na Súmula 283 do Tribunal de Contas da União, *litteris*: “Para fim de habilitação, a Administração Pública não deve exigir dos licitantes a apresentação de certidão de quitação de obrigações fiscais, e sim prova de sua regularidade”.

Outro ponto que é interessante destacar diz respeito à exigência das certidões em todas as contratações. Não se deve exigir, em toda e qualquer certame, todas as certidões, haja vista previsão constitucional sobre o tema (art. 37, inciso XXI) (Brasil, 1988). As certidões, como forma de habilitação fiscal, devem ser exigidas de acordo com a pretensão contratual, ao objeto que se pretende adquirir.

Não há falar-se em exigência robusta de certidões para contratações de menor valor, por exemplo, ou que não exigem necessariamente tais comprovações, pois acabam por limitar a competitividade entre os licitantes e, por consequência, dificultar a obtenção da proposta mais vantajosa. Nessa linha de raciocínio, nos certames em que a exigência

de certidões não está relacionada ao objeto contratual e não possui a motivação necessária para serem exigidas dos licitantes, não devem fazer parte do instrumento convocatório.

2.2.4 A habilitação econômico-financeira

A redação do art. 69 da Lei (Brasil, 2021), (grifos da autora) trata sobre a habilitação econômico-financeira do licitante, para que seja demonstrada a capacidade econômica da empresa para fins licitatórios:

Art. 69. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e *será restrita à apresentação da seguinte documentação*:
I - balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais;

II - certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

É perceptível que desde o seu início, o texto dispõe que a documentação está restrita às disposições relativas aos incisos I e II do art. 69 da Lei (Brasil, 2021), que se referem ao balanço patrimonial e à certidão negativa de falências, ficando vedada, portanto, a exigência de outros documentos, além desses.

Ademais, a comprovação da habilitação econômico-financeira deve ser feita de maneira objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital e devidamente justificados.

Importante destacar que, diferentemente da Lei nº 8.666/93 (Brasil, 1993), a nova Lei de licitações (Brasil, 2021) traz a exigência de balanços patrimoniais relativos aos 2 (dois) últimos exercícios sociais. Alcântara e Torres (2024, p.2)¹⁷ (grifos da autora) pontuam que, em algumas situações, essa determinação pode ser ineficiente:

Embora a intenção da lei seja válida, a exigência de demonstrações contábeis dos dois últimos exercícios sociais pode se revelar *ineficiente e até prejudicial* em certos casos. Empresas em fase de crescimento, que apresentam bons resultados no último exercício social analisado, podem ser excluídas do processo licitatório se tiverem enfrentado dificuldades financeiras no exercício anterior. Essa situação pode ocorrer por diversos motivos, incluindo crises econômicas, investimentos significativos em expansão ou reestruturações internas.

Os referidos autores concluem (Alcântara e Torres) (2024, p.6), acertadamente, que é preciso equilibrar a segurança financeira com a realidade de mercado, de modo que a Administração possa contratar com os melhores fornecedores:

A aferição isolada de índices contábeis extraídos dos 2 exercícios sociais, para fins de inabilitação, pode ser ineficiente ao afastar empresas em crescimento que apresentam bons resultados no último exercício. (...) Adotar medidas que equilibrem a necessidade de segurança financeira com a realidade dinâmica do mercado é essencial para que a

¹⁷ ALCÂNTARA. Marcus; TORRES. Ronny Charles Lopes de. Lei N. 14.133/2021 E A Exigência De Balanço Patrimonial Dos 2 (Dois) Últimos Exercícios Sociais: Uma Análise Crítica. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/lei-n-14-133-2021-e-a-exigencia-de-balanco-patrimonial-dos-2-dois-ultimos-exercicios-sociais-uma-analise-critica/> Acesso em: 30.08.24.

administração pública possa contar com os melhores fornecedores, promovendo a eficiência e a inovação nos serviços prestados à sociedade.

É preciso entender que os parâmetros de exigência de documentos de qualificação econômico-financeira também estão adstritos à previsão constitucional do art. 37, inciso XXI (Brasil, 1988). Nesse sentido, a exigência de dois últimos exercícios sociais em todas as licitações pode não ser razoável, é preciso ponderar em cada caso concreto, a real necessidade, de acordo com o objeto que se pretende contratar.

3. Habilitação na Lei nº 13.303/2016

A Lei nº 13.303/2016 (Brasil, 2016), que trata do Estatuto Jurídico das Empresas Públicas e das Sociedades de Economia Mista, denominadas de “Empresas Estatais”, inaugura um cenário bem mais flexível que a Lei nº 8.666/93 (Brasil, 1993), atualmente revogada, e, também da lei nº 14.133/21 (Brasil, 2021), por vários aspectos. O principal é aquele que se refere ao formato da exigência da apresentação dos documentos de habilitação, previstos no artigo 58 do referido diploma (Brasil, 2016):

Art. 58. A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros: I - exigência da apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte do licitante; II - qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório; III - capacidade econômica e financeira; IV - recolhimento de quantia a título de adiantamento, tratando-se de licitações em que se utilize como critério de julgamento a maior oferta de preço.

Depreende-se da leitura do dispositivo acima que, diferentemente da previsão da Lei nº 14.133/21 (Brasil, 2021), em que se elenca um rol de documentos e certidões que devem ser apresentadas pelos fornecedores para participação de uma determinada licitação, a Lei nº 13.303/2016 (Brasil, 2016), de forma inovadora, apenas direciona os critérios ou parâmetros de habilitação que devem ser ponderados pelo agente público, quando da seleção da proposta mais vantajosa. Não há, na legislação em comento, menção a documentos e/ou a certidões específicas que devem ser apresentados pela empresa que deseja participar de um certame em uma empresa estatal.

Tal disposição possibilita uma maior discricionariedade do agente público, de forma que ele possa construir, de forma motivada, as exigências necessárias em seu instrumento convocatório, sem necessariamente estabelecer certidões, de maneira rígida, como contempla o elenco dos artigos 62 a 70 da Lei nº 14.133/21 (Brasil, 2021), evitando, inclusive, a restrição de competitividade entre os licitantes. Conforme descrito no tópico 1 deste artigo, o verdadeiro objetivo da exigência de habilitação nos procedimentos licitatórios é verificar a aptidão do fornecedor no fiel cumprimento da execução contratual, seja na entrega de bens, ou na prestação de serviços. Assim, não cabe exigir

documentos de forma taxativa, de maneira a restringir o mercado, mas, ao contrário, de definir parâmetros razoáveis, de modo a alcançar o interesse público, como fez, claramente, a Lei nº 13.303/2016 (Brasil, 2016).

Nesse diapasão, é válido lembrar que não há liberdade do fornecedor em apresentar os documentos que entender necessários em uma licitação em uma empresa estatal, o que existe é uma maior liberdade que o agente público da estatal tem em estabelecer seus parâmetros habilitatórios relacionados ao objeto que pretende adquirir. Barcelos e Torres (2020, p. 463) consideram que:

A “omissão” não confere liberdade ao licitante para apresentar os documentos que entenda adequados a demonstrar sua habilitação. A liberdade foi conferida à estatal, que poderá definir os critérios para aferição dos parâmetros de habilitação, respeitados os limites legais e constitucionais, de forma eficiente e especificamente adequada ao objeto da licitação.

Ademais, é interessante destacar que a Lei nº 13.303/2016 (Brasil, 2016) criou uma margem de liberdade ao agente público na definição dos parâmetros habilitatórios em cada licitação, porém, é necessário que esses critérios estejam previstos no Regulamento de cada estatal. Nessa linha de pensamento, Bragagnoli (2019, p. 176) observa:

[...] muito embora a Lei das Estatais tenha deixado que cada estatal exija condições de habilitações que entender pertinente de acordo com cada objeto licitado, os critérios minimamente aceitáveis devem ser previstos no Regulamento, inclusive servindo como padronização básica dos documentos exigidos. O que não impede, outrossim, que casos especiais, em razão das peculiaridades do objeto licitado, comportem a exigência de documentos de habilitação não previstos inicialmente no Regulamento, desde que devidamente justificada nos autos do processo administrativo do procedimento licitatório.

Saliente-se que a Lei nº 13.303/2016 (Brasil, 2016) não inclui, entre os requisitos de habilitação, as regularidades fiscal e trabalhista, os quais eram exigidos durante a vigência da Lei nº 8.666/93 (Brasil, 1993) e que continuam sendo requisitados pela Lei nº 14.133/21 (Brasil, 2021). Sobre esse aspecto, é imperioso verificar o Regulamento de cada estatal, para então avaliar os critérios de habilitação, em cada certame.

Muito embora não exista a exigência de certidão de regularidade fiscal e trabalhista como parâmetro de habilitação prevista na Lei nº 13.303/2016 (Brasil, 2016), a estatal pode, no bojo do seu contrato, exigir essa regularidade, para fins de execução contratual. Nesse sentido, Barcelos e Torres (2020, p. 461) asseveram:

Conforme também já explicado, isso não impede, contudo, que o contrato defina como regra de execução contratual a apresentação de comprovantes ou certidões que demonstrem a regularidade fiscal e a regularidade trabalhista, com o intuito de evitar eventual responsabilização solidária ou subsidiária, como fazem as demais empresas privadas. Mais eficiente, entretanto, parece ser a realização de uma adequada fiscalização e gestão contratual, que realize a retenção e recolhimento dos tributos devidos, antes do pagamento (nos termos da legislação, para evitar a responsabilização solidária) bem como fiscalize o mensal pagamento dos valores devidos aos trabalhadores (no caso da terceirização dos serviços com dedicação exclusiva de mão de obra), evitando, nos termos alinhados pelo STF, o risco de responsabilização subsidiária.

Ressalte-se, ainda, que, a exigência de documentos de habilitação deve estar umbilicalmente ligada à previsão constitucional, sendo indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, conforme dispõe o art. 37, inciso XXI, da Carta Magna (Brasil, 1988). Assim, a análise da Lei nº 13.303/2016 (Brasil, 2016) também deve estar alinhada com a previsão constitucional.

É possível concluir que a Lei nº 13.303/2016 (Brasil, 2016) foi extremamente feliz quando criou um cenário de parâmetros habilitatórios em suas licitações. Inegável é o avanço da Lei nº 13.303/2016 (idem) quando comparado com a Lei nº 8.666/93 (Brasil, 1993), atualmente revogada, e com a própria Lei nº 14.133/21 (Brasil, 2021), notadamente, no quesito habilitação. Assim, cabe ao agente público ponderar suas ações no sentido de aproveitar essa margem de liberdade conferida pelo legislador, de modo a solicitar, apenas e tão somente, documentos necessários ao atendimento da pretensão contratual, ampliando a competitividade no certame, ao invés de restringir o mercado com a exigência de documentações, puramente formalistas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, pretendeu-se analisar sobre a exigência dos documentos de habilitação dos fornecedores nas licitações diante da necessária relação com o objeto contratual, abordando disposições atinentes à Constituição Federal (Brasil, 1988), à Lei nº 14.133/21 (Brasil, 2021) e à Lei das Estatais – a Lei nº 13.303/2016 (Brasil, 2016). Em todos esses diplomas normativos há citação da temática envolvendo contratações públicas e o tema da habilitação.

A Carta Magna, como documento Maior, situada no topo da pirâmide do ordenamento jurídico brasileiro, prevê que as exigências de habilitação devem ser aquelas indispensáveis ao cumprimento das obrigações, conforme se depreende do seu art.37, inciso XXI. Cabe ao agente público, envolvido nas contratações públicas, atuar de forma razoável e proporcional quando do estabelecimento de cláusulas habilitatórias em seus editais.

Na Lei nº 14.133/21 (Brasil, 2021), consta um rol robusto de documentos e certidões que devem ser exigidos em um procedimento licitatório, conforme se verifica em seus artigos 62 a 70 (Brasil, 2021). Trata-se de uma previsão rígida e que pode provocar restrição à ampla competitividade entre os licitantes, uma vez que eles deixam

de participar do certame em razão da ausência de determinado documento exigido no instrumento convocatório.

A Lei das Estatais (Brasil, 2016), por fim, inaugurando um panorama extremamente flexível do ponto de vista normativo, estabeleceu parâmetros habilitatórios distintos da Lei 8.666/93 (Brasil, 1993) e, também, da Lei nº 14.133/21 (Brasil, 2021) - não há o elenco, de forma taxativa, de documentos e certidões. Trouxe, ao contrário, através do seu art. 58 (Brasil, 2016), parâmetros de habilitação como um direcionamento, para que o gestor defina, através da sua margem de discricionariedade, quais documentos podem ser solicitados em determinada contratação, de forma que ela esteja sempre relacionada à sua pretensão contratual e à disposição constitucional de estabelecer os parâmetros indispensáveis ao cumprimento das obrigações.

É necessário pontuar também que, não há indicação, na referida legislação, de que, em todo instrumento convocatório, deva inexistir exigências voltadas aos documentos de habilitação. O que se defende é o correto alinhamento e adequação da exigência de determinado documento habilitatório, em consonância com o objeto e a pretensão contratual. Isso significa dizer que o agente público, envolvido no processo de contratação pública, pode analisar as especificações do objeto, a necessidade da Administração Pública, para que, então, possa ponderar quais exigências serão necessárias em Edital, evitando a inclusão de cláusulas desnecessárias, desarrazoadas, e que acabam por restringir uma maior participação de empresas interessadas em fornecer bens e prestar serviços.

Não há como definir um modelo padrão de exigências relativas aos documentos de habilitação. É absolutamente necessário que o agente público possa analisar, em cada caso concreto, qual a solução mais razoável, a fim de atender ao interesse público. Diante da análise conjunta entre leis, doutrina e jurisprudência sobre a matéria, é possível concluir que os documentos de habilitação devem ser exigidos de acordo com o objeto que se pretende contratar, solicitando apenas o que for indispensável ao cumprimento das obrigações, conforme previsão constitucional, afastando exigências habilitatórias estritamente formalistas e burocráticas.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA. Marcus; TORRES. Ronny Charles Lopes de. Lei n. 14.133/2021 e a exigência de balanço patrimonial dos 2 (dois) últimos exercícios sociais: uma análise

crítica. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/lei-n-14-133-2021-e-a-exigencia-de-balanco-patrimonial-dos-2-dois-ultimos-exercicios-sociais-uma-analise-critica/> Acesso em: 30 ago.24.

BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Licitações e Contratos nas Empresas Estatais: Regime licitatório e contratual da Lei 13.303/2016. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

BRAGAGNOLI. Renila Lacerda. Lei n.º 13.303/2016: reflexões pontuais sobre a Lei das Estatais. Curitiba: Editora JML, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 06 set. 2024.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 06 set. 2024.

BRASIL. Decreto nº 11.871, de 29 de dezembro de 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/d11871.htm Acesso em: 06 set. 2024.

BRASIL. Lei Complementar nº 123/2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm Acesso em: 06 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.133/2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm Acesso em: 06 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.303/2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm Acesso em: 06 set. 2024.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 2a. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.

LEONEZ. Angelina; BOAVENTURA. Carmen Iêda Carneiro; AMORIM. Victor Aguiar Jardim de. A “nova” sistemática do pregão eletrônico na lei nº 14.133/2021: uma análise sobre o procedimento de habilitação. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/a-nova->

sistematica-do-pregao-eletronico-na-lei-no-14-133-2021-uma-analise-sobre-o-procedimento-de-habilitacao/ Acesso em: 29/08/2024.

NIEBUHR. Joel de Menezes et al. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021.

NIEBUHR. Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

TORRES. Ronny Charles Lopes de. Leis de Licitações Públicas Comentadas. São Paulo: Juspodivm, 2023, 14ª ed.

ZYMLER. Benjamin; ALVES. Francisco Sérgio Maia. A nova Lei de Licitações como sedimentação da jurisprudência do TCU. Revista Consultor Jurídico, 5 de abril de 2021. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2021-abr-05/opinio-lei-licitacoes-jurisprudencia-tcu#:~:text=A%20nova%20Lei%20de%20Licita%C3%A7%C3%B5es%20como%20sedimenta%C3%A7%C3%A3o%20da%20jurisprud%C3%Aancia%20do%20TCU&text=Como%20%C3%A9%20de%20conhecimento%20geral,feira%20\(1%C2%BA%2F4\).](https://www.conjur.com.br/2021-abr-05/opinio-lei-licitacoes-jurisprudencia-tcu#:~:text=A%20nova%20Lei%20de%20Licita%C3%A7%C3%B5es%20como%20sedimenta%C3%A7%C3%A3o%20da%20jurisprud%C3%Aancia%20do%20TCU&text=Como%20%C3%A9%20de%20conhecimento%20geral,feira%20(1%C2%BA%2F4).)

Acesso em: 29.08.2024.