

ASPECTOS JURÍDICOS E OPERACIONAIS DA PRÉ-QUALIFICAÇÃO

SIDNEY BITTENCOURT

1. INTRODUÇÃO: O QUE REALMENTE SERIA A TAL “PRÉ-QUALIFICAÇÃO”?

O art. nº 114 da Lei nº 8.666/93, compondo parte do Capítulo VI – “Das Disposições Finais e Transitórias”, informa que toda a sistemática instituída no Estatuto das Licitações brasileiro não se constitui como fator inibidor da feitura de uma “pré-qualificação” de licitantes nas concorrências, todas as vezes que o objeto pretendido pela Administração “recomende” uma análise mais criteriosa da qualificação técnica dos que se interessem a atendê-la.

Os parágrafos que dão forma ao dispositivo determinam que o procedimento da pré-qualificação só deverá ocorrer após uma proposta da autoridade competente, com a aprovação da autoridade imediatamente superior, com observação:

- a) das exigências relativas à modalidade de licitação concorrência;
- b) à convocação de interessados; e
- c) ao procedimento e à análise documental.

O assunto, obviamente, merece um cuidado especial na interpretação, visando a sua perfeita aplicação. Primeiro, considerando a sua péssima posição topográfica. Se o tema é qualificação, nada mais coerente que fosse ele tratado na parte do diploma referente a fase externa da licitação, notadamente na Seção II – da Habilitação, através de artigo específico.¹ Depois, por inexistir explicação no corpo da Lei quanto a verdadeira acepção do termo. O que seria, realmente, a pré-qualificação? É claro e evidente que o próprio nome já é bastante significativo, sendo fácil concluir que trata-se de uma verificação documental prévia. Mas como? De que forma? Quais os procedimentos posteriores, isto é, feita a pré-qualificação, como se consumaria a verdadeira pretensão da Administração, qual seja, a contratação para a execução do objeto? Nada, nenhuma linha no texto legal há sobre isso.

Preliminarmente, convém chamar a atenção que os termos “qualificação” e “habilitação”, em Sede licitatória, se equivalem. Daí, a expressão mais apropriada e coerente seria “pré-habilitação”, mas isso, confesso, já seria um pouco de filigrana deste que escreve estas linhas.

Nesse procedimento, é claro, não há apresentação de propostas, de vez que essas só serão apresentadas pelos “pré-qualificados” (ou “pré-habilitados”) que participarão de licitação posterior. Dessa maneira, na apreciação dos documentos na pré-qualificação há de

¹ Jessé Torres Pereira Junior, magistrado e professor, também critica o posicionamento do dispositivo, sugerindo, entretanto, que o mesmo fosse posicionado na parte da lei trata da concorrência, ou seja, nos artigos 22, 23 e 39 (“Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública”, 3ª edição, Editora Renovar, pág. 633).

se avaliar tão-somente as habilitações técnica e financeira, além de requisitos corriqueiros referentes as capacidades jurídica e de regularidade fiscal.

É de se evitar confundir a “pré-qualificação” com a “habilitação preliminar” que ocorre nas concorrências comuns, porquanto, conforme lição precisa de Hely Lopes Meirelles, a habilitação preliminar ocorre em cada concorrência, enquanto que a pré-qualificação existe para todas as concorrências de um evento certo, que pode exigir uma única ou sucessivas concorrências.²

2. DO PROCEDIMENTO

Conforme esclarece o Estatuto, a pré-qualificação deve ser adotada em objetos de alta complexidade técnica.

O primeiro passo do procedimento é, portanto, a análise do objeto, com o auxílio de técnicos – da Administração ou não, se a situação assim impuser –, de modo que o agente público responsável certifique-se da alta especialização, como fator preponderante para garantir a plena execução do objeto pretendido ou, como avalia Marcos Juruena Villela Souto, que possa comprometer a continuidade de serviços públicos essenciais.³

Constatada a alta complexidade de objeto, segue-se o ato de comunicação à autoridade administrativa hierarquicamente superior, para aprovação formal, que será encartada obrigatoriamente no processo.

Verifica-se, assim, que o ato de instituir a pré-qualificação não se enquadra naqueles de apreciação discricionária do Administrador Público, pois o seu perfazimento só ocorre em face de reais peculiaridades técnicas, comprováveis por intermédio de laudos, pareceres e/ou estudos de profissionais especialistas no assunto envolvido.⁴

Posteriormente, e nomeada a Comissão de Licitação⁵, com a concomitante elaboração do edital de concorrência.⁶

Uma questão que ocorre, diz respeito aos requisitos de qualificação. Seria possível a exigência de requisitos outros que não fossem apenas aqueles listados nos arts. 30 e 31 do Estatuto (artigos que tratam da habilitação normal nas concorrências comuns)?

² Meirelles, Hely Lopes, “Licitação e Contrato Administrativo”, 9ª. edição, Editora Revista dos Tribunais, pág. 84.

³ “Licitações & Contratos Administrativos – Lei nº 8.666, de 21-06-93 (Comentada) - Doutrina”, 3ª. edição, Editora Adcoas/Esplanada, pág. 397.

⁴ Marçal Justen Filho entende que o tema envolve uma apreciação discricionária, ressalvando, no entanto, que não é admissível quando a licitação não versar sobre objeto que apresente peculiaridades (“Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, Editora Dialética, 7ª. edição, pág. 665).

⁵ Não há óbice da Comissão Permanente atuar por uma pré-qualificação. Entretanto, como se trata de procedimento especial, buscando um objeto também especial, normalmente é nomeada uma Comissão Especial.

⁶ Apesar de ser praxe a feitura do edital pela Comissão de Licitação, essa não é uma prática absoluta, de vez de, em termos legais, não fazer essa tarefa parte das incumbências da Comissão.

A resposta à indagação não é nada fácil. Numa leitura rápida do dispositivo que rege o assunto (o art. 114, mote deste estudo) não se vislumbra a autorização legal. Uma releitura mais criteriosa, no entanto, desvendará exatamente o contrário. A finalidade da pré-qualificação não é – nem nunca poderia ser – apenas prejudicar e selecionar possíveis contratados, pois, é claro, busca algo mais, por isso atrela a instauração do processo a objetos cuja a análise mais detida de qualificação técnica dos interessados seja recomendável.

Conseqüentemente, deverão os requisitos ser plenamente adequados aos casos, podendo superar, se necessário, aqueles que a Lei enumera nos arts. 30 e 31.

Como bem obtempera Marçal Filho, o controle sobre estes requisitos deverá seguir o princípio geral da pertinência e da necessidade. “Mas a própria razão de ser da adoção da pré-qualificação conduz à admissibilidade de uma investigação aprofundada a cerca da capacitação real dos licitantes para executar o objeto da licitação”.⁷

Ocorrendo, a posteriori, a fase externa do procedimento licitatório, com seguimento de passos idênticos ao da concorrência comum, com avaliação, divulgação do resultado, fase recursal e homologação.

Não há, entretanto, o ato de adjudicação, de vez que a pré-qualificação antecede a licitação propriamente dita, não ensejando, com isso, adjudicação alguma, já que não gera direito a contratação.

A pré-qualificação, estranhamente muito pouco adotada nas contratações governamentais, apesar da obrigatoriedade que o Estatuto impõe – o que nos leva a crer que os órgãos de controle estão fazendo vista grossa nesse particular – tem sido utilizada constantemente, com enorme êxito, nas privatizações e nas concessões de serviços públicos, avaliando detalhadamente os diversos consórcios que se apresentam nessas situações, sendo também por demais utilizada nas licitações internacionais com financiamento concedido por organismo internacional de que o Brasil faça parte ou por agência estrangeira de cooperação (BIRD – Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento, entre outros).

As vantagens da adoção da pré-qualificação são inúmeras, notadamente porque há o afastamento das enormes polêmicas referentes a idoneidade dos licitantes, que, como é sabido, traz imensos transtornos para a Administração, notadamente tornando-a morosa. O Poder Público precisa utilizar todas as ferramentas para alcançar a agilidade necessária para bem eficientemente – princípio constitucional – atender ao interesse da coletividade. A pré-qualificação é uma ferramenta que a Lei oferece (e obriga o uso). É necessário, portanto, que os governantes observem essa trilha, alcançando, assim, uma contratação rápida e de boa qualidade.

Os críticos de plantão da Lei 8666 vivem a contestá-la, tecendo linhas e linhas sobre os seus pontos fracos, entendendo que ela é demasiadamente “pesada”, complexa, causadora de contestações que engessam as ações da Administração. No entanto, quando o

⁷ Obra citada, pág. 665.

texto legal é bom, apresentando um instrumento que agiliza e facilita o atendimento ao princípio da eficiência, poucos se utilizam dele.⁸

Durma-se com um barulho desse!

⁸ O administrativista Benedicto de Tolosa Filho não compactua com a tese de que a Lei nº 8.666/93 é ruim, tendo já tecido diversos comentários, em artigos, seminários, livros e cursos, elogiosos, entendendo, como nós, que basta pequenos acertos para a regra legal atender plenamente a sua finalidade.