

**Ministério das Cidades**  
**Secretaria Nacional da Habitação**

**Programa Brasileiro da Qualidade e  
Produtividade do Hábitat - PBQP-H**

**Projeto BRA/00/043**

**Estudo sobre a validade de Exigência de qualificação de empresas, com  
origem em vinculação a programas de qualidade, no processo de licitação,  
com ênfase na fase de habilitação , em dois módulos:**

**Módulo I - Estudo de casos de licitações consistente em pesquisar os processos de  
licitações que envolvem vinculação com programas de qualidade (PBQP-H e outros  
programas estaduais, eventualmente; delimitando os resultados obtidos, existência de ação  
judicial e de decisões na justiça transitada em julgado);**

**Módulo II -Parecer Jurídico de suporte à adoção de qualificação de empresas como  
critério para habilitação em licitações (Estudo sobre a validade de "Exigência de  
qualificação de empresas, com origem em vinculação a programas de qualidade, no processo  
de licitação, com ênfase na fase de habilitação").**

**Equipe técnica: Cristiane Derani**

São Paulo, 12 de abril de 2005

APOIO



REALIZAÇÃO



Ministério  
das Cidades



# **EXIGÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO DE EMPRESAS, COM ORIGEM EM VINCULAÇÃO A PROGRAMAS DE QUALIDADE, NO PROCESSO DE LICITAÇÃO**

## **1. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO ADMINISTRATIVO E DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.**

O Direito Administrativo possui como objeto o exercício da função administrativa do Estado. Este foco abrange<sup>1</sup>:

- 1) O estudo do *sujeito* que exerce a função pública, ou seja a administração pública centralizada e descentralizada;
- 2) O estudo dos *órgãos* jurídicos através dos quais se desenvolve a atividade administrativa, com suas competências, hierarquia, delegações etc;
- 3) O estudo dos *agentes* que atuam nestes órgãos.

Segundo Hely Lopes Meirelles<sup>2</sup>, além dos elementos acima mencionados, o conceito de Direito Administrativo, no Brasil, englobaria, através de um conjunto ordenado de princípios, o estudo das *atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado*.

A amplitude de tal conceito permite ao Direito Administrativo reger todas as atividades da Administração Pública, em suas três áreas de atuação, ou seja, no âmbito do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Isto porque o ato administrativo não se desnatura pelo fato de ser praticado por este ou aquele Poder, desde que praticado no exercício da administração dos respectivos serviços, bens ou pessoal<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cf. GORDILLO, Augustin. *Tratado de Derecho Administrativo*, Parte General, Tomo I, p. V – 2. Editora Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires. 2000.

<sup>2</sup> *In Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 22.<sup>a</sup> edição atualizada, p. 29

<sup>3</sup> Idem.

De outro lado, o Direito Administrativo, enquanto conjunto de princípios e normas tendentes a reger a atividade da Administração Pública, serve também como quadro limite para a sua atuação, com vistas principalmente à proteção do particular contra seus desvios e abusos.

Desta maneira, resumem-se tais escopos na definição apresentada por Gordillo, de que o Direito Administrativo é “la rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta”<sup>4</sup>.

Dentre as inúmeras atividades da Administração Pública regidas pelo Direito Administrativo está a de contratar, que engloba tanto a alienação de parcelas do patrimônio público, quanto a aquisição de bens e serviços essenciais à consecução de suas finalidades. Incluem-se nesta categoria tanto os bens e serviços destinados ao consumo da própria Administração, quanto aqueles incorporados aos atos praticados aos administrados.

#### **- Contrato Administrativo**

A contratação administrativa, necessariamente, deve ser materializada em instrumento contratual com contornos legais e principiologia próprios: o contrato administrativo.

No Brasil, a Constituição Federal estabelece no inciso XXI, do artigo 37:

*“Ressalvados os casos previstos na legislação, as obras, serviços, compras e alienações [feitas pela Administração Pública] serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure a 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 permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”*

A legislação infraconstitucional que trata da disciplina do procedimento licitatório, inclusive das hipóteses de sua dispensa ou inexigibilidade é a lei 8666/93, epigrafada como instituidora de normas de normas de licitação e contratos da Administração Pública.

---

<sup>4</sup> *Op. cit.*, p. V – 28.

Deste modo, o contrato administrativo deve ser necessariamente precedido, via de regra, de licitação.

Para Hely Lopes Meirelles<sup>5</sup>, *licitação* é:

“Procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os administrados, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de influência e moralidade dos negócios administrativos.”

A isto Eros Grau acresce ser a licitação *procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia*<sup>6</sup>.

A licitação possui dupla finalidade, a obtenção de contrato mais vantajoso para a Administração e a proteção dos direitos dos possíveis contratados.

Tais misteres são obtidos através da aplicação dos princípios que devem reger todo o procedimento licitatório, dentre os quais o da isonomia, da moralidade e da impessoalidade.

Por contrato mais vantajoso para a Administração deve-se entender aquele que atenda ao binômio custo mínimo/qualidade máxima, tanto em relação aos produtos a serem adquiridos, quanto aos serviços a serem tomados.

#### **- Conteúdo e fases da Licitação**

A licitação há que ser um procedimento formal vinculado tanto às prescrições legais que a regem em todas as fases, quanto aos demais comandos normativos a ela relacionados, inclusive as constantes no edital ou convite, que complementam as normas superiores, tendo em vista a licitação a que se refere<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> *Op. cit.*, p. 247.

<sup>6</sup> GRAU, Eros Roberto. *Licitação e Contrato Administrativo (Estudos sobre a interpretação da Lei)*. São Paulo, Malheiros, 1995, p. 14.

<sup>7</sup> Cf. Hely Lopes Meirelles, *op. cit.* p. 248.

Quanto à isonomia, ou igualdade entre os licitantes, é ela o princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais<sup>8</sup>.

Contudo, tal princípio não deve ser interpretado no intuito de não se poder estabelecer requisitos mínimos para a participação no certame, tanto no edital quanto no convite, uma vez que a Administração pode e deve fixá-los sempre que necessário à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou serviço (ou bem a ser adquirido), à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público.

Isto inclusive vem ao encontro ao princípio da vinculação ao edital, elemento básico de toda a licitação. É dizer, o edital é a *lei interna da licitação*<sup>9</sup>. É através dele que a Administração leva ao conhecimento do público em geral a abertura da concorrência ou da tomada de preços, fixa as condições de sua realização e convoca os interessados à apresentação de suas propostas.<sup>10</sup>

As indicações do edital e seus anexos consubstanciam a vontade da Administração sobre a obra, a compra, a alienação ou o serviço desejado pelo Poder Público e orientam os interessados no preparo das propostas, sendo as suas cláusulas os indicadores de requisitos para a fase de habilitação dos licitantes, os documentos a apresentar, a forma e as bases das propostas, o critério de julgamento, os fatores a considerar e as condições do futuro contrato a ser firmado com o melhor proponente<sup>11</sup>.

A *fase de habilitação*, ou fase de qualificação do proponente, é caracterizada pelo reconhecimento, por parte da Comissão de Licitação ou órgão que lhe seja legalmente assemelhado, do preenchimento dos requisitos exigidos para licitar. Ou seja, é o reconhecimento de que aquele licitante *pode* fazer parte do certame<sup>12</sup>.

É que, embora haja interesse da Administração no comparecimento do maior número possível de licitantes, o exame das propostas, fase posterior à habilitação, restringe-se apenas àquelas que realmente possam ser aceitas, *em razão da pessoa do proponente*. Isto porque a Administração só pode contratar com quem tenha *qualificação para licitar*, ou seja, o interessado que, além da

---

<sup>8</sup> Idem.

<sup>9</sup> Idem, p. 249.

<sup>10</sup> Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo. Malheiros. 11.ª edição, p. 102.

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> Ibidem.

regularidade com o Fisco, demonstre possuir *capacidade jurídica* para o ajuste; *condições técnicas* para executar o objeto da licitação; *idoneidade financeira* para assumir e cumprir os encargos e responsabilidades do contrato<sup>13</sup>.

Conforme já mencionado, em todas as modalidades de licitação - inclusive naquelas onde pode ser feita de forma genérica e elementar - a habilitação é fase distinta da de análise e julgamento das propostas, constituindo-se em procedimento vestibular onde será analisada única e simplesmente a adequação dos licitantes às exigências legais e editalícias. Aliás, não é outra razão que proposta e habilitação compõem jogos de documentos a serem apresentados em envelopes separados, devidamente lacrados. Somente aqueles considerados habilitados, prosseguem no certame, passando-se à fase seguinte de apreciação e julgamento das propostas.

O *julgamento das propostas* é o ato pelo qual se confrontam as ofertas, classificam-se os proponentes e escolhe-se o vencedor, a quem deverá ser adjudicado o objeto da licitação, para o subsequente contrato com a Administração.

Tal julgamento não é discricionário. É, também ele, vinculado ao critério que for fixado pela Administração no edital, levando-se em conta, no interesse do serviço público, os fatores *qualidade, rendimento, preço, condições de pagamento, prazos e outros pertinentes à licitação, indicados no edital ou no convite*. É isto a que se denomina *julgamento objetivo*, estabelecido pelos artigos 3.º e 45, da Lei 8666/93<sup>14</sup>.

Estas são as breves considerações, a título de introdução e delimitação do quadro teórico, sobre o qual será discorrido o parecer. O que passo a fazer a seguir.

## **2. DA POSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE CERTIFICADOS DE ADEQUAÇÃO TÉCNICA E DE QUALIDADE, EMITIDOS POR INSTITUIÇÕES OFICIAIS, EM PROCESSO LICITATÓRIO**

### **- Interesse Público e Legalidade**

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação, *op. cit.*, p. 121.

O Estado age fundado no interesse público. Diversamente com o que ocorre com a iniciativa privada, os administradores públicos não agem porque querem, em nome de interesse próprio, mas atuam orientados para a consecução do interesse público.

Tal interesse constitui-se em princípio de direito, que rege a atuação do Estado e é indisponível. Sua realização está na construção de uma sociedade mais satisfeita e integrada.

Para acerto do correto sentido da expressão “interesse público” - inerente ao processo licitatório - e à conseqüente delimitação do alcance do princípio de sua indisponibilidade, é necessário frisar que esta expressão não se refere a um impreciso interesse do Estado. Trata-se do interesse do público.

“Interesse público é o interesse dos indivíduos em sociedade, no que concerne a sua inserção e convivência social. Interesse da coletividade é o mesmo que dizer interesse público, quando o espaço público é organizado em razão da existência coletiva. Somente o Estado democrático de direito tem a aptidão de fazer do espaço público um espaço de desenvolvimento livre do cidadão, portanto a equivalência público/coletividade só é possível com esta específica forma de ação política estatal”<sup>15</sup>.

Ligado à realização do interesse público está o Estado Brasileiro, Estado do bem-estar social segundo a ótica Constitucional. Essa prerrogativa é exercida através do planejamento e do desenvolvimento econômico e social.

O Estado, neste diapasão, através da autoridade administrativa, a bem do interesse público, amparando as diversas necessidades da sociedade, utiliza produtos, serviços e patrimônio de terceiros, alcançando-os por meio de licitação, conforme impõe a norma constitucional.

O meio pelo qual o Poder Público realiza tal atividade é a Licitação, atividade administrativa estabelecida pelo inciso XXI, do art. 37, da Constituição Federal, que estabelece literalmente:

“Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de

<sup>15</sup> Derani, Cristiane – Privatização e Serviços Públicos – As ações do Estado na produção econômica. São Paulo, Max Limonad, 2002, p. 46.

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.”(grifei)

A regulamentação e disciplina deste comando constitucional são feitas pela legislação infraconstitucional, principalmente pelas leis n.º 8.666/93 e 10.520/2002.

Contudo, dentro da moldura assim construída, está a discricionariedade do administrador, que a exerce no sentido de adequar a necessidade dos bens e serviços a serem adquiridos pelo Poder Público às regras e princípios gerais traçados pelo ordenamento nacional.

Tal discricionariedade, é bem que se diga, deve ser graduada de modo a não autorizar o arbítrio e o alvitre do administrador, em extrapolação aos limites legais da atuação licitatória, nem tampouco o engessamento da atividade administrativa, limitada a contentar-se com a análise pura e simples do critério do menor preço, situação que lhe imporá produtos de qualquer qualidade, em virtude da interpretação descontextualizada e fria da *mens legis*.

A licitação existe para balizar a atividade de aquisição de bens e serviços pelo Poder Público através dos princípios da impessoalidade, da moralidade, da eficiência, da legalidade, da isonomia, bem como aplicando a equação da melhor relação custo/benefício. É necessário, não obstante, que não se analise tudo pela mesma lupa, quando se há de verificar os limites da atuação discricionária do administrador.

A legalidade é o selo que deve cancelar toda a atividade pública, bem como o são a moralidade, a impessoalidade e a isonomia. Contudo, quando se estabelece que a Administração Pública, num certame licitatório deve tratar isonomicamente os participantes, tal determinação refere-se ao tratamento a ser-lhes dispensado durante todo processo de apresentação, análise e julgamento das propostas, não necessariamente à verificação de sua adequação formal às condições editalícias.

Pela licitação, a Administração abre aos interessados habilitados, que apresentem condições de realização do serviço ou fornecimento dos produtos buscados pelo Estado, a possibilidade de

contratar com ela. Estas condições, fixadas no instrumento convocatório, são pressupostos mínimos necessários, que deve deter aquele agente econômico interessado a fornecer para o Estado.

A necessidade da Administração Pública de contratar exige, um esclarecimento prévio das razões deste contrato e o interesse público que se quer ver preenchido. Em função destes pressupostos, é estabelecido um padrão a ser seguido para os interessados em contratar, e qualquer um que o detiver terá o direito de participar do processo licitatório. A exposição prévia e genérica dos elementos que devem caracterizar os sujeitos interessados para habilitar-se no processo licitatório materializa o princípio da isonomia, em que todos aqueles que detêm as condições preestabelecidas adquirem o direito de participar e de estabelecer contrato com a Administração Pública.

A isonomia tomada em seu sentido concreto é o tratamento igual para iguais e desigual para desiguais. Se assim não fosse, se não se estabelecesse um patamar mínimo de igualdade para competir, não seria isonomia propriamente dita, mas uma enganosa competição onde ganhadores e perdedores já estariam determinados pelas distintas condições e preparos que detivessem.

Com o princípio da isonomia garantido de maneira concreta, pelo estabelecimento de um conjunto mínimo de condições que todos os concorrentes devem ter, é possível chegar-se à realização dos demais princípios da licitação, como o da eficiência e o da realização do melhor negócio.

### **- Vantagem Pública**

A licitação deposita na competição o móbil para o devido atendimento do interesse público. Ocorre que somente compete aquele que tem a devida competência, ou seja, somente os agentes econômicos que estejam concretamente capacitados para a realização do objeto da licitação<sup>16</sup>. Uma licitação em que a expertise é detida por apenas um ou alguns poucos, embora formalmente possa contar com ampla participação, não há competição. A competição ocorre entre equivalentes e possíveis adversários. Não é definida pela quantidade mas pela semelhança entre os partícipes. Quanto mais aproximadas forem as características de cada partícipe – montante de capital, expertise técnica, experiência – maior as condições de competição e, por conseguinte, mais rica a possibilidade de escolha da Administração.

---

<sup>16</sup> GRAU, E. Licitação e Contrato Administrativo. São Paulo, Malheiros, 1995, p.14.

*“A licitação está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso – o melhor negócio – e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração.”<sup>17</sup>(grifei)*

O processo de Licitação deve gerar uma ‘vantagem pública’. Isto é, o dispêndio de tempo e recursos para garantir a publicidade, a impessoalidade, a isonomia na escolha do sujeito que contratará com a Administração justifica-se porque, ao final, espera-se que o contrato firmado traga um mais amplo preenchimento do interesse público, pelo fato de se conseguir revelar a opção que trará mais vantagem ao ente público contratante. A obtenção de vantagem no sentido público não tem o mesmo sentido privado do agente econômico para quem vantagem é lucro.

Vantagem é a melhor satisfação do interesse público no preenchimento do contrato administrativo, obtida com a escolha do melhor sujeito contratado, mais apto para gerar o melhor produto sob o menor custo. Um produto de qualidade, por exemplo, é uma vantagem e para alcançá-la é necessário assegurar a capacidade, o preparo dos candidatos a contratar em realizar este produto com qualidade.

Dispõe o art. 3º. da Lei de Licitações:

*“A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.*

Vantagem para a Administração Pública relaciona-se à melhor atividade administrativa prestada para a coletividade, pelo mais legítimo e eficiente meio. E nesta condição não está

---

<sup>17</sup> Ibidem.

depositado apenas o critério do “menor preço”, necessário à proteção do Erário, mas, também, o da qualidade dos produtos e serviços, o da sua adequação técnica, o da verificação da habilitação ou capacitação do fornecedor, entre outros que visem a assegurar a incolumidade da coletividade quando o objeto da licitação for-lhe disponibilizado pela Administração Pública.

Desta forma, a “vantagem” que deve estar presente na licitação, conforme encerra a doutrina e a Lei, consiste na forma concreta de atendimento pleno - ou melhor possível - do *interesse público*. É, aliás, a realização deste interesse a causa da existência do *processo licitatório*.

Para essa realização, aplica-se à licitação a noção econômica do custo-benefício: sopesa-se a vantagem visada (*benefício indisponível*, pois “consiste” no próprio interesse público) e o seu custo, através de um critério de economicidade (o preço deve ser o menor possível), desde que atendido o padrão mínimo de qualidade/técnica do bem, para que a licitação possa surtir os efeitos esperados.

O contrário seria o mesmo que invalidar e desmotivar esse processo, o que corresponde à inaceitável desvirtuação do *interesse público*.

É nesse sentido que se manifesta Marçal Justen Filho:

“[ ]...a vantagem não se relaciona apenas e exclusivamente com a questão financeira. O Estado necessita receber prestações satisfatórias, de qualidade adequada. De nada serviria ao Estado pagar valor irrisório, para receber objeto imprestável. Muitas vezes, a vantagem técnica apresenta relevância tamanha que o Estado tem de deixar a preocupação financeira em segundo plano.

*Como regra, a vantagem da contratação se traduz em benefícios financeiros ou técnicos. Por isso, os critérios de julgamento das licitações obedecem, basicamente, a critérios de valor econômico e de qualidade técnica.”*<sup>18</sup>

Em toda licitação, deve-se atentar e discernir qual o *objetivo* buscado pela sociedade através do ato que é dirigido pelo Estado (representante do povo). Qualidade na prestação do serviço,

<sup>18</sup> Justen Filho, M. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo. Dialética, 1998, p.60.

condições técnicas mais apuradas para realizá-lo, por exemplo, representam uma relevante vantagem para a Administração.

Tratando-se de licitação para reforma/manutenção/construção civil, contratada pela Administração, busca-se atender ao direito à moradia, ou à outra necessidade funcional (construir-se hospitais, escolas, repartições públicas, ruas e estradas etc.). Busca-se, ainda, manter ou regenerar patrimônio público (edifícios, praças, ruas etc). Tais construções visam a atender diversos tipos de demandas sociais. Constituem geralmente obrigação-fim, constando do instrumento convocatório para a licitação da obra (p. ex., “construir uma escola, entregando-a pronta à Administração”; “reformular um prédio público”, etc.)

#### **- A Vantagem pela Qualidade**

Interessa ao credor imediato, a Administração, tanto o resultado em si como a manutenção deste resultado, seu prolongamento no tempo, em função do bem - produto ou serviço - durável, como são o imóvel, suas acessões e os serviços prestados para recuperação/manutenção. Tal interesse *qualitativo* da prestação, por parte da Administração, é legítimo, à medida que a qualidade mínima esperada<sup>19</sup>/tratada forma o conteúdo ou essência da prestação, sendo plenamente exigível.

Qualidade do produto se conquista com a qualidade da prestação. Para que a pretensão da Administração por qualidade e durabilidade seja satisfeita, a qualidade do sujeito é condição essencial. Sua devida escolha minimiza o risco da Administração Pública perante o resultado do contrato administrativo. Por isto, o detalhamento em edital cada vez mais preciso e mais minucioso em termos de característica dos concorrentes, como a exigência de certificação de sistemas de gestão de qualidade, é um referencial de segurança para o ente da Administração.

---

<sup>19</sup> “O princípio da padronização impõe que as compras de materiais, equipamentos e gêneros de uso comum na Administração se realizem mediante especificações uniformes que, dentre outras coisas, busquem compatibilizar a técnica com o desempenho e igualar as condições de manutenção e assistência técnica, como prescreve o art. 15, I, da Lei 8.666/93.”

As especificações para a licitação de compras equivalem ao projeto-base exigido para obras e serviços, devendo atender também às prescrições cabíveis do art. 12, em especial aos requisitos *segurança, funcionalidade, adequação ao interesse público e normas técnicas adequadas*” (MEIRELLES, Hely Lopes, *Licitação e Contrato Administrativo*, 11ª ed, São Paulo, Malheiros, 1996, pp.56).

Natural é pensar, então, na padronização a partir de um nível qualitativo mínimo aceitável, qual seja, aquele estipulado pelos entes e programas oficiais competentes para controle, como o PBQP-H. Padronização estatal que não respeite tais programas, ainda que apenas para viger “dentro” da máquina estatal, é o mesmo que torná-los mortos, desprestigiando e desautorizando os atos estatais que os criaram, servindo de mau exemplo à sociedade e desincentivando o cumprimento de normas sobre padrões mínimos de qualidade.

A sociedade, coletivamente, enquanto representada pela Administração, durante o processo licitatório e antes da contratação, possui “expectativa de direito”, com relação à prestação que venha a ser devida por contratante vencedor na licitação. Ora, quem tem uma expectativa de direito é, potencialmente, credor, e, tratando-se, no caso, de representação da coletividade pela Administração, nada é mais correto do que entender que, eventual prestação assumida pelo licitante deve corresponder ao interesse da sociedade.

A Administração existe para a sociedade e deve agir no interesse desta. Tal interesse consiste na realização de direitos sociais gerais (em sentido lato), como o direito à moradia, à utilização da estrutura pública ampla (a pública por definição e a que tem essa origem e depois é passada ao particular) etc. A qualidade dessa estrutura, assim como das ações prestadas no seu bojo, guardam estrita relevância com a tecnicidade e qualidade adequadas do arsenal físico imóvel que a compõe (prédios públicos, casas populares etc.).

Tanto assim o é, que o art. 12, da Lei 8.666/93, impõe que se considere, nos projetos básicos e executivos de obras e serviços, principalmente, os requisitos da segurança, economia na execução, conservação e operação (melhor relação custo-benefício – segurança) e a adoção de normas técnicas adequadas.

O Estado, enquanto realizador do interesse público, age dentro da legalidade. É necessário compreender esta expressão em toda sua amplitude. Não se refere ela apenas às disposições legais de comando e controle, às regras de agir ou “*Tatbestand*” – disposições textuais relativas a condutas.

A lei contém outras disposições que são conformadoras das ações, como os princípios, as diretrizes e finalidades. Nesses casos, a administração submete-se à lei, mas para conformar as ações que ela pratica, e somente dentro desta conformidade de valores é que estará dentro do princípio da legalidade. Assim, mesmo que não haja disposição expressa para uma conduta realizada, não significa que a conduta por si seja permitida ou proibida, a administração pode e deve realizar condutas que não estejam previstas especificamente em lei. Contudo, esta atitude não significa agir ao alvedrio da lei, mas, certamente, observá-la, no que concerne aos princípios a serem obedecidos na prática administrativa. Neste contexto, deve-se interpretar o já referido art. 3º. da Lei 8.666 de 21.06.93. Os princípios ali elencados devem ter sua aplicação coordenada regida pela proporcionalidade.

De todo exposto, conclui-se que a exigência de adequação às normas de qualidade, comprovada pela participação dos licitantes em programas oficiais de qualidade é uma demanda que aflora do conteúdo da Lei de Licitações, enraíza-se nos seus princípios, assim como é decorrente de suas exigências específicas de comprovação de aptidão, desempenho e competência.

Desde 1962, aliás, a preocupação em exigir-se dos agentes econômicos adequação às normas técnicas já se fazia sentir por meio da Lei Federal 4.150, de 21.11.62, que textualmente obriga as obras, serviços e compras da Administração centralizada, descentralizada e delegada, abrangendo as entidades públicas estatais e autárquicas como, também, as paraestatais e os serviços concedidos ou subvencionados pela União, à sujeição às normas técnicas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, exigindo-se o mesmo para as compras realizadas pela Administração. Esta norma não foi revogada, e, portanto, aplica-se às licitações, complementando a Lei n.º 8.666/93. Sobre isto já se posicionava o mestre Hely Lopes Meirelles que expressava ser indispensável a adoção das *normas técnicas adequadas* de saúde e segurança do trabalho, como determina a Lei n.º 8.666/93, art.12, VI, o que equivale a dizer que ficam subordinadas às *normas técnicas brasileiras* e, não as havendo, aplicam-se as *internacionais*, e até mesmo as de outros países. Prossegue o esclarecimento do mestre:

“A obrigatoriedade da observância das normas técnicas já está determinada por vários Estados, podendo-se indicar: São Paulo (Lei 6.544/89, art. 10, VII, e Decreto 20.739, de 3.9.51); Rio Grande do Sul (Decreto 3.093, de 7.8.52); Pernambuco (Decreto 632, de 20.9.61); Bahia (Lei 4.660/86).”<sup>20</sup> (grifei)

É dizer, é obrigatório, em processos de licitação, o critério de adequação do objeto da licitação aos padrões legais de normas técnicas. Analogicamente, sem qualquer prejuízo à Administração, em perfeito atendimento ao Interesse Público, o que é explicitamente exigido para o produto vendido, pode e deve ser empregado para o modo de prestação do serviço contratado. O produto deve ter qualidade técnica, assim como a empresa prestadora de serviço deve apresentar, por atestado de instituição reconhecida, a acreditação necessária ao desempenho com qualidade de sua atividade.

<sup>20</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, *Licitação e Contrato Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 11ªed., 1996, pp. 43.

A Administração Pública quando adquire para si determinado produto ou serviço, torna-se consumidora, e portanto tem os mesmos direitos perante seus fornecedores, sendo evidente a inserção das normas protetivas do consumidor nas exigências contempladas dentro do procedimento de licitação.

Complementarmente, no processo de licitação aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor relativo aos produtos e serviços ofertado . Nesta norma, art. 39, inciso VI, há a vedação ao fornecedor de produtos e serviços de:

“colocar no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes, ou, se normas específicas não existirem pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO”.

Em atitude preventiva, afastando o potencial vício em relação ao resultado do serviço prestado, inclusive por um princípio de economicidade, é facultado à Administração Pública o uso de seu poder de triagem, acrescentando nos requisitos para habilitação da empresa candidata à prestação de serviços, comprovação de sua dedicação à qualidade dos seus processos.

Concluindo, o Estado ao criar mecanismos de combate à não-conformidade intencional, ao estabelecer um campo de acreditação de sistemas da qualidade de empresas, e fazendo refletir estes mecanismos no ato licitatório, cumpre a Constituição, a Lei n ° 8.666/93, o Código de Defesa do Consumidor e, com isto, concretiza o interesse público provendo o bem-estar social, ordenando o desenvolvimento das atividades econômicas, colocando-as na senda da construção da existência digna e da justiça social.

### **3. DO PROGRAMA BRASILEIRO DA QUALIDADE E PRODUTIVIDADE DO HABITAT.**

O Programa Brasileiro da Qualidade e Produtividade do Habitat – PBQP-H, foi instituído pela Portaria nº 134, de 18 de dezembro de 1998, do Governo Federal, tendo por objetivo básico:

*“apoiar o esforço brasileiro de modernidade e promover a qualidade e produtividade do setor da construção habitacional, com vistas a aumentar a competitividade de bens e serviços por ele produzidos”*<sup>21</sup>.

Este programa responde aos deveres constitucionais da União, dentre os quais o de elaborar e executar planos de desenvolvimento econômico e social (art. 21, IX, CF/88)<sup>22</sup>, bem como de instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação (art. 21, XX, CF/88)<sup>23</sup>.

O Estado Brasileiro configura-se na Constituição como Estado do bem-estar social, Estado redistribuidor de riquezas na sociedade, tendo como uma de suas funções ordenar o desenvolvimento das atividades econômicas, colocando-as na senda da construção da existência digna e da justiça social (art. 170, *caput*, CF/88)<sup>24</sup>. Esta atividade do Estado é exercida por meio do planejamento, da regulação e da fiscalização (art. 174, CF/88)<sup>25</sup>.

Para a concretização destes deveres constitucionais, são editadas normas de direito econômico. Do ponto de vista subjetivo, estas normas são destinadas à Administração Pública e aos agentes econômicos privados, seja atribuindo-lhes poderes, seja conferindo-lhes deveres. Em termos objetivos, o conteúdo de tais normas visa a realizar os princípios da Ordem Econômica Constitucional, tais como livre iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, entre outros.

A estatuição de programas e a definição de diretrizes e finalidades a serem alcançadas pela administração por normas jurídicas configuram um tipo de norma que incide diretamente no comportamento político do Estado: são as “normas políticas”.

<sup>21</sup>Conforme item 1 do Anexo da Portaria nº 134/98.

<sup>22</sup> “Art. 21. Compete à União :

IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;”

<sup>23</sup> “XX – instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;”

<sup>24</sup> “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...).”

<sup>25</sup> “Art. 174. Como agente normativo regulador da atividade econômica , o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

O conteúdo da “norma política” é o de definição e orientação do complexo de práticas políticas a serem realizadas pela Administração Pública. Nelas são apontados deveres e resultados esperados, finalidades e meios. Este tipo de norma tem a tarefa de desenhar um específico complexo de programas e finalidades como tarefa da administração pública.

As normas políticas expressam o princípio da cooperação<sup>26</sup>, imanente ao Estado Social. Pelo princípio da cooperação, é definido um espaço público para a ação concertada entre setor privado e administração pública.

Estas normas destinadas a organizar a atividade econômica não se contentam em dirigir secamente o mercado. Ao mesmo tempo em que sintetizam o reconhecimento de que as atividades econômicas não podem ser deixadas ao puro ajuste das relações de mercado, adotam a racionalidade do mercado, que é transmitida pelos agentes econômicos chamados à construção dos objetivos da norma.

Para a realização das normas políticas, a racionalidade do mercado é confrontada com os princípios de interesse da coletividade, num processo de contraposição e negociação, pois é nesta ‘ação comunicativa’ que é possível a efetividade dos preceitos dos textos normativos<sup>27</sup>.

Enfim, o princípio da cooperação orienta a atuação do moderno Estado Social. Neste Estado, a Ação Concertada torna-se paradigma, pois decisões políticas não são imposições de um setor institucionalizado do Estado, mas devem ser resultantes de discussões com os setores envolvidos da sociedade civil, extraíndo-se uma posição de consenso, isto é, ajustada.

---

<sup>26</sup> Princípio da cooperação “é um princípio de orientação do desenvolvimento político, por meio do qual se pretende uma maior composição das forças sociais.” (...) “O princípio da cooperação informa uma atuação conjunta do Estado e sociedade, na escolha de prioridades e nos processos decisórios. Ele está na base dos instrumentos normativos criados com objetivos de aumento da informação e de ampliação de participação [da sociedade civil] nos processos de decisões da política ambiental, bem como de estabilidade no relacionamento entre liberdade individual e necessidade social.” (...) “Pode-se dizer que o princípio da cooperação é resultado de uma divisão de funções [entre Estado e sociedade civil] dentro da ordem econômica fundada nas relações de mercado.” Derani, Cristiane, *Direito Ambiental Econômico*. 2.ed. São Paulo, Max Limonad, 2001, pp. 161-2.

<sup>27</sup> “O conceito de “ação comunicativa” de Jürgen Habermas traz consigo a compreensão lingüística como mecanismo da coordenação da ação e implica também na submissão dos atores, que orientam suas ações em pretensões de validade, à imediata relevância na construção e manutenção da ordem social. A tensão entre facticidade e validade existente na linguagem reproduz-se na integração comunicativa do indivíduo, e nela deve ser eliminada, pois parte-se da premissa de que a linguagem é a fonte primária de toda integração social” (Derani, Cristiane, *Direito Ambiental Econômico*, 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, 2001, p. 55).

Tais normas políticas que atuam sobre o mercado, por atingirem a livre negociação dos seus agentes, são contrapoderes ao poder econômico exercido no mercado. Ao mesmo tempo, são normas de estímulo a participações e discussões, num foro público, entre os agentes econômicos envolvidos. Além disto, são normas de organização e de procedimento, que viabilizam os processos de efetivação de objetivos.

Em resumo, duas são as formas de imposição do programa normativo na norma política: pela interferência direta das decisões do Estado sobre a atividade econômica; e pela mediação num foro público dos diversos interesses que cercam os agentes econômicos, garantindo a articulação dos interesses e a solução dos conflitos entre sujeitos econômicos produtores e consumidores, a fim de reorientar as práticas econômicas existentes, colocando-as no trilho dos objetivos públicos prescritos pela ordem econômica constitucional, consistente no desenvolvimento econômico e melhoria do bem-estar da coletividade.

No primeiro caso, o Estado atua como contrapoder, compensando o poder econômico existente no mercado. No segundo caso, o Estado atua como moderador, orientador, divulgador, implementador, coordenador dos objetivos imediatos com demais finalidades sociais e como solucionador de conflitos.

Concluindo, a Portaria nº 134/98 é uma norma política, emitida pelo Poder Público Federal, o qual tem o dever constitucional de planejar o desenvolvimento econômico e social, a ele competindo instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, além do poder constitucional para regular a atividade econômica.

Referida política ganha maior amplitude ao ser prevista pela primeira vez no Plano Plurianual para o período de 2000/2003 e, posteriormente, pelo Plano Plurianual 2004/2007 “Brasil de Todos – participação e inclusão”.

O PPA 2004/2007 traz o Programa Brasileiro da Qualidade e Produtividade do Habitat, definindo o seu objetivo: “Elevar os patamares da qualidade e produtividade da construção civil, por meio da criação e implantação de mecanismos de modernização tecnológica e gerencial, contribuindo para ampliar o acesso à moradia para a população de menor renda”. Define cinco ações para o PBQP-H: melhoria da qualidade e da produtividade de materiais, componentes, serviços e obras; implantação do Sistema Nacional de Aprovação Técnica; apoio a projetos de assistência técnica e à autoconstrução e ao mutirão; gestão e administração do programa; cooperação para formação e requalificação de profissionais da construção civil.

É pertinente sublinhar que a normatização do PBQP-H enquadra-se no ramo do direito econômico, pois se destina a organizar o desenvolvimento de determinadas atividades econômicas, visando ao desenvolvimento da atividade econômica nacional e à melhoria do bem-estar da população, por meio de imposição de um complexo de deveres de ação<sup>28</sup> ao Estado e aos agentes econômicos produtores e consumidores.

A Portaria nº 134/98 atribui deveres a sujeitos públicos e privados. Esta imposição responde ao preceito constitucional do parágrafo único do art. 1º. da CF, que afirma: “*todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”. (grifei)

Ademais, é uma característica das normas de direito econômico o comprometimento do agente econômico, que deve reorientar suas atividades em função das finalidades e dos programas prescritos em norma jurídica.

### **- Sujeitos do PBQP-H**

A Portaria define os sujeitos que integram ou possam vir a integrar o PBQP-H. Estes passam a ter o dever legal de buscar a realização dos objetivos do Programa, isto é, a portaria ministerial compromete tais sujeitos com o dever de realização das diretrizes previstas também por essa norma.

Ficam os sujeitos, então, vinculados ao conteúdo da norma jurídica, não podendo transigir sobre as obrigações ali determinadas. São atores do PBQP-H, dependendo deles a constituição e implementação do Programa, podendo ser identificados como os sujeitos ativos da norma e do Programa, desde que tenham formulado sua adesão ao Programa.

São eles os sujeitos públicos e privados que se distribuem em diferentes funções:

---

<sup>28</sup> “O direito é concebido na sua relação com a economia como um instrumento de sua efetivação e, ao mesmo tempo, como meio de direcionamento da mesma. O direito econômico como garantidor das relações econômicas apresenta os meios de realização da atividade econômica pelos seus sujeitos bem como regulamenta a relação entre eles. Como direcionador da atividade econômica, produz seus efeitos tanto num nível macroeconômico quanto na área mais imediata das atividades dos sujeitos. No cumprimento deste seu papel orientador da atividade econômica, atua o direito perseguindo duas finalidades gerais: por um lado defende os valores básicos do direito, expostos nos princípios constitucionais de liberdade, igualdade de oportunidades e justiça social; por outro, dispõe sobre objetivos de política e prática econômica, perseguindo principalmente eficiência da economia.”(Derani, C. Privatização e Serviços Públicos,opus. cit., p. 64).

- os sujeitos públicos competentes pela regulação: Ministério das Cidades, INMETRO, ABNT;

- os sujeitos públicos responsáveis pela, execução: órgãos da administração pública federal, estadual e municipal;

- os sujeitos públicos que atuam na fiscalização do programa, por competência própria ou específica: Secretaria de Direito Econômico – SDE -, Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC –, ambos do Ministério da Justiça);

- os sujeitos privados que, pela sua atividade e/ou sua adesão expressa voluntária ao Programa, são responsáveis pela sua realização. Os sujeitos privados poderão ser propriamente agentes econômicos do setor ou suas associações representativas, assim como sujeitos privados que atuam profissionalmente no campo técnico de avaliação de qualidade, como as entidades de terceira parte (laboratórios, organismos de certificação credenciados). São sujeitos privados as associações civis de proteção do consumidor que venham a contribuir internamente com o Programa.

Pelo panorama traçado, pode-se verificar que é o Poder Público quem executa, isto é, movimenta o PBQP-H, ainda que com a participação de outras entidades. Ele é o móvel do Programa. O setor privado, em sua atividade produtiva, realiza a atividade fim, a produção dentro de padrões de qualidade.

O item 9 do Anexo da Portaria nº 134 define que a adesão do setor privado ao PBQP-H é voluntária. Dispõe também que a participação de agentes da cadeia produtiva do setor privado dar-se-á pelo seu ingresso por meio de Programas Setoriais da Qualidade.

A adesão do agente da cadeia produtiva do setor privado formaliza-se mediante uma proposta de criação de um Programa Setorial da Qualidade submetido à aprovação das Coordenações Nacionais e Geral – definidas no item 4 do Anexo da Portaria nº134. Uma vez escolhida a adesão, obriga-se o agente privado a obedecer às decisões de qualidade construídas pelo programa.

A Portaria nº 134/98 define forma de atuação do setor público, diretamente no interior do programa. Prevê, também, a extensão da atividade fiscalizadora dos agentes públicos de direito econômico no cumprimento dos objetivos do Programa, impondo a promoção da isonomia competitiva, o cumprimento das normas técnicas existentes e de estímulo à ampla divulgação e respeito ao Código de Defesa do Consumidor.

Em síntese, prevê essa norma o dever de ação do poder público e dos agentes econômicos privados na concretização dos princípios constitucionais da Ordem Econômica.

Além dos sujeitos privados ativos objetivamente obrigados pela norma do PBQP-H, existem aqueles sujeitos passivos que são os destinatários das normas de direito econômico em geral e que, portanto, deverão obedecer ao disposto pelo direito e terão, em contrapartida, o poder de requerer do Estado e/ou dos demais sujeitos obrigados a observância da referida norma. São eles os agentes econômicos, produtores e consumidores indeterminados.

Para alcançar os objetivos do Programa presentes na Portaria supracitada, assim como no PPA 2004/2007, são estabelecidas, no mesmo Anexo da Portaria nº 134/98, diretrizes que deverão ser seguidas pelo poder público e pelos agentes privados envolvidos no programa, tais como:

*“I – atuação integrada do poder público e parceria entre agentes públicos e privados;*

*II- descentralização e desburocratização de procedimentos, de modo a respeitar as diversas realidades regionais;*

*IV- estímulo à implementação de programas evolutivos de aperfeiçoamento da qualidade e aumento da produtividade por parte dos participantes do programa;”*

Além das diretrizes, a Portaria define objetivos específicos do programa a serem buscados, tanto pelos sujeitos partícipes diretos definidos pelo programa (sujeitos ativos), como pelos agentes econômicos que desenvolvem atividades econômicas relacionadas com o ramo abraçado pelo programa, destinatários da norma (sujeitos passivos).

Esses objetivos estão voltados à garantia de qualidade de projetos, obras, materiais e sistemas construtivos, consistentes nas seguintes ações diretas: fomento do desenvolvimento e implementação de instrumentos e mecanismos de garantia de qualidade; criação de programas específicos para qualidade de mão-de-obra, aperfeiçoamento da estrutura de elaboração e difusão de normas técnicas; coleta e disponibilização de informações do setor e do PBQP-H; estímulo ao inter-relacionamento entre agentes do setor; apoio à introdução de novas tecnologias; articulação internacional; e universalização do acesso à moradia.

Em resumo, no que concerne à estrutura normativa do PBQP-H, em termos de objetivos e sujeitos envolvidos, é de se verificar que se tem seguido a ideologia própria do moderno Estado Social. A estrutura composta por agentes públicos e privados, seguindo o princípio da cooperação, atende ao caráter do Estado Brasileiro prescrito na CF e afina-se com a nova movimentação do

Estado Social, que, após a crise fiscal, opta pela divisão de seus deveres com os sujeitos privados, reservando, todavia, para si, o poder de coordenação e repressão.

Assim, junto com a Coordenação Geral exercida na Secretaria Nacional de Habitação no Ministério das Cidades, atuam nas Coordenações Nacionais, Estaduais e/ou Regionais representantes de entidades do setor, isto é, entidades associativas dos agentes econômicos. Tem-se, também, no mesmo quadro administrativo, a participação de um Grupo de Assessoramento Técnico, composto por técnicos de reconhecido saber na área de qualidade e produtividade na construção.

Uma vez ingressos oficialmente no programa, estes agentes privados contam com os poderes estabelecidos em texto normativo e com os mesmos deveres e obrigações próprios do servidor público, inclusive para efeitos penais. O agente privado, exercendo função pública, é um servidor público e, portanto, sujeito às mesmas penalidades impostas ao servidor público que exerce função pública em razão de ingresso em carreira pública.

Concluindo, os agentes que aderiram ao Programa, definidos pela Portaria n ° 134, de 18 de dezembro de 1998 do Governo Federal, obrigam-se a realizar as diretrizes e buscar os objetivos ali explicitados, não se situando no campo da vontade individual a razão da realização de tais objetivos, mas sim no campo do dever legal a ser cumprido.

A atribuição de função pública aos agentes privados para reordenar o mercado provocou uma discussão política, na qual se contrapõe, de um lado, o excesso de burocratização do Estado Social acompanhada pela crise fiscal e, de outro, a descentralização das atividades pelo exercício de atividade reguladora pelo setor privado. O agente privado que integra uma função pública é “publicizado” em seus deveres, sujeitando-se, inclusive, a sanções pelo eventual descumprimento. Com isto, limitam-se as críticas feitas ao ingresso do setor privado na atividade pública, como “privatização das atividades públicas”<sup>29</sup>. De fato, se o ingresso do setor privado na atividade pública

---

<sup>29</sup> Existe uma crescente atuação do Estado para assegurar a produção social e as condições de reprodução, com uma organização fora do tradicional enquadramento de competências e caminhos da administração pública, que se torna mais flexível e aberta à inclusão dos recursos de negociação das empresas privadas e dos elementos de mercado como um todo. Torna-se, assim, uma atuação mais desburocratizada, com maior consciência do custo e com maior eficiência. Conforme: Scharmer, Eckart; Wollmann, Hellmut, Die “Auslagerung” öffentlicher Aufgaben zwischen gemeinen Nutzen und privaten Gewinn : Am Beispiel der Einsetzung von Sanierungsträgern. In: Gessner, Volkmar; Winter, Gerd (hrsg.), *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft*, Opladen, Westdeutscher, 1982.

vai resultar na privatização do Estado ou vai refletir uma publicização do agente privado depende das competências outorgadas e da forma como o setor privado vincula-se à atividade pública.

Contudo, é indispensável considerar que os interessados em maior eficiência e desenvolvimento da atividade econômica são os próprios agentes econômicos, que poderão de maneira rápida e satisfatória contribuir na concretização das finalidades e diretrizes prescritas pelo Programa.

Em síntese, a participação do setor privado no interior do PBQP-H, com poderes e deveres, assim como a atribuição de poderes aos agentes privados para requererem o ajustamento dos agentes econômicos produtores às novas regulamentações, correspondem ao exercício social do controle do desenvolvimento da atividade econômica, e estão plenamente conforme ao ordenamento jurídico brasileiro.

O item 9 do Anexo da Portaria nº 134/98 define a forma de participação de agentes do setor privado no Programa como sendo por meio dos Programas Setoriais da Qualidade, que se desenvolvem assessorados por um corpo técnico hábil a avaliar, dentro do Programa Brasileiro da Qualidade e Produtividade do Habitat, a adequação e o cumprimento de normas estabelecidas pelo Programa.

A instituição constituída por este corpo técnico, e que mantém independência em relação ao fornecedor e ao cliente, não tendo, portanto, interesse na comercialização dos produtos envolvidos na avaliação da conformidade, denomina-se *entidade de terceira parte*.

A entidade de terceira parte integra os Programas Setoriais, exercendo atividade fiscalizadora em termos de qualidade e produtividade dos agentes econômicos. Esta atividade corresponde ao objetivo primeiro do Programa, que é o de “*promover a qualidade e produtividade do setor da construção habitacional, com vistas a aumentar a competitividade de bens e serviços por ele produzidos*”<sup>30</sup>.

Uma entidade de terceira parte é composta por um corpo técnico especialmente habilitado para avaliar o cumprimento de fornecedores às normas técnicas dos produtos fabricados. É ela quem deverá atestar a conformidade da produção do agente econômico, condição para este participar do PBQP-H, esta atividade se dá como exercício de uma função pública, sujeitando-se portanto aos encargos e sanções correspondentes a tal “status”.

---

<sup>30</sup> Portaria 134/98.

Segundo bem coloca Jean Calais–Auloy:

*“O qualificativo “conforme”, aplicado a um produto ou a um serviço, pode ter vários sentidos. Em um primeiro sentido, trata-se da conformidade do produto ou do serviço a regras imperativas. Em um segundo sentido, de sua conformidade às normas e usos profissionais. Em um terceiro sentido, de sua conformidade ao contrato”.*

Nas relações entre fornecedor e consumidor, o sentido de conformidade engloba estes três, posto que os produtos e serviços devem estar conformes à “expectativa legítima dos consumidores”.

*“A expectativa legítima se aprecia em função de diversos fatores, em que os principais são: a natureza do produto ou do serviço, sua destinação, as regras, normas e usos que lhes dizem respeito, o estado da técnica, as informações dadas pelos fabricantes, vendedores e prestadores, as estipulações do contrato”<sup>31</sup>.*

As medidas para assegurar a conformidade de serviços e produtos são: regulamentação dos produtos e serviços; e normalização dos produtos e serviços. A primeira consiste em disposições jurídicas sobre os produtos e serviços; a segunda trata de disposições técnicas.

Verifica-se o respeito à regulamentação jurídica pelo preenchimento do comando dado pela regra de direito. Para verificação da conformidade técnica, são necessários olhos habilitados para a observação técnica, que atestem competentemente o preenchimento da norma. Estes olhos são as entidades de terceira parte que se destacam como auxiliares para esclarecimento da sociedade e especificamente do consumidor. No direito brasileiro, esta atividade é ainda mais relevante porque faz da entidade de terceira parte um verdadeiro auxiliar da justiça, na medida em que o desrespeito à normalização técnica implica uma infração à ordem jurídica, como dispõe desde 1951 a Lei n ° 1.521 que impõe o atendimento às normas oficiais e que é retomada no texto do Código de Defesa do Consumidor.

---

<sup>31</sup> Calais-Auloy, Jean; Steinmetz, Frank. *Droit de la consommation*. 5 ed. Paris, Dalloz, 2000, p. 219.

Recentemente foi aprovado pela Portaria do Ministério das Cidades n ° 118 de 15 de março de 2005 o regimento geral do Sistema de Avaliação de Conformidade das Empresas de Serviços e Obras da Construção Civil – SiAC no âmbito do PBQP-H. Este documento traz um detalhamento do processo de certificação de empresas da construção civil no interior do Programa, uma série de inovações, em especial no processo evolutivo que é característica própria ao PBQP-H.

O SiAC tem especificidades distintivas expostas em seu regimento. Possui caráter nacional, aplicando-se a todas as esferas da administração pública. É marcado pelo respeito às diferentes condições técnicas e financeiras das empresas, expressas no caráter evolutivo dos requisitos dos referenciais normativos, com níveis progressivos de avaliação de conformidade, segundo os quais os sistemas de gestão da qualidade das empresas são avaliados e classificados. Mais do que um foro para a certificação, o PBQP-H cria um ambiente para auxiliar o preparo das empresas a fim de que obtenham o nível de avaliação de qualidade almejado, sendo um sistema pro-ativo e não apenas avaliativo. Definindo graus de certificação, atende à diversidade da demanda e das possibilidades de preparo das empresas, tal flexibilidade responde às diferentes necessidades regionais e à diversidade de escopo existente na construção civil. Não é de menor importância o princípio do primado do interesse público, construído pela idoneidade dos agentes de acreditação. Também, cabe juntar a publicidade dos resultados e dos procedimentos, outros elementos essenciais deste Sistema que integra o PBQP-H.

Os Organismos de Certificação Credenciados - OCCs são os sujeitos habilitados para a averiguação dos sistemas de qualidades das empresas e seu atendimento a um ou mais escopos. Eles integram os sujeitos ativos do PBQP-H, atuando na fiscalização das ações internas das empresas em função da construção dos seus sistemas de qualidade.

É muito importante destacar o processo evolutivo do Programa. Com a Declaração de Adesão ao PBQP-H e de conformidade, a empresa pode iniciar pelo referencial normativo Nível “D”, obedecendo ao padrão disponibilizado pelo PBQP-H em sua página de internet. Sob o signo da boa fé, a empresa presta as informações, e passa ao compromisso de ajuste paulatino às normas de qualidade. A auto-declaração é um passo significativo no atendimento ao processo evolutivo, representando ao mesmo tempo respeito aos diferentes estágios técnicos das empresas, assim como observando sua missão pró-ativa integradora, onde o objetivo da certificação é a evolução da qualidade das empresas e não a criação de um campo de exclusividade.

O direito precisa transformar-se em realidade eficiente, no interesse coletivo e também no individual, expressa Carlos Maximiliano<sup>32</sup>. Continua o autor: “isto se dá, ou mediante a atividade dos particulares no sentido de cumprir a lei, ou pela ação, espontânea ou provocada, dos tribunais contra as violações das normas expressas, e até mesmo contra as simples tentativas de iludir ou desprezitar dispositivos escritos ou consuetudinários”. Sem dúvida, esta filosofia conduz a ação compartilhada entre setor público e privado que conduz o Programa Brasileiro da Qualidade e Produtividade do Habitat.

#### **4. O PBQP-H NO PROCESSO DE LICITAÇÃO**

Para que o consumidor tenha confiança no mercado, é necessária a construção de uma rede de fiscalização e imposição normativa eficiente, capaz de regular a produção, a distribuição e o produto, seja do ponto de vista do comportamento entre os fornecedores, seja no que concerne à relação fornecedor–consumidor. O primeiro aspecto é tratado pelas disposições relativas à defesa da concorrência, repressão ao abuso do poder econômico e concorrência desleal. O segundo aspecto é tratado pelas normas de defesa do consumidor, que buscam um equilíbrio na relação fornecedor-consumidor, construindo o que a doutrina brasileira tem chamado de Teoria da Qualidade<sup>33</sup>.

*“Isto significa que ao fornecedor, no mercado de consumo, a lei impõe um dever de qualidade dos produtos e serviços que presta. Descumprido este dever, surgirão efeitos contratuais (inadimplemento contratual ou ônus de suportar os efeitos da garantia por vício) e extracontratuais (obrigação de substituir o bem viciado, mesmo que não haja vínculo contratual, de reparar os danos causados pelo produto ou serviço defeituoso). A teoria da qualidade se bifurcaria, no sistema do CDC, na exigência de qualidade-adequação e de qualidade-segurança, segundo o que razoavelmente se pode esperar dos produtos e dos serviços. Nesse sentido haveriam vícios de qualidade por*

<sup>32</sup> Maximiliano, Carlos, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, p.6.

<sup>33</sup> Idem, p.579.

*inadequação (arts. 18 e ss.) e vícios de qualidade por insegurança (arts. 12 a 17) do CDC.*<sup>34</sup>

Um exemplo de vício da qualidade dentro da construção civil se daria quando um tubo ou conexão é fabricado desatendendo os padrões definidos pela ABNT. Na questão de serviços, a qualidade integrada dos sistemas produtivos – a qualidade de mão-de-obra, a gestão dos serviços - é fundamental para garantir a qualidade do produto. O afastamento da ocorrência de vício da qualidade é uma decorrência da produção com qualidade em todas as suas fases.

As atitudes que não correspondam à produção com qualidade podem acarretar dois tipos de vícios reprimidos pelo Código de Defesa do Consumidor:

- vício de qualidade por inadequação, pois o produto fora das especificações normativas se torna impróprio para o uso proposto;
- vício de qualidade por insegurança, quando o uso deste produto fora das normas técnicas causa danos à saúde, ao meio ambiente etc.

A nocividade de um produto está diretamente ligada ao atendimento dos requisitos de qualidade do mesmo, o descuido da qualidade pelo não atendimento a normas de fabricação, a não observância ao uso de material adequado, a imperícia nas variadas etapas de produção, o descuido com a gestão dos serviços de uma forma geral, podem vir a acarretar não somente produtos inadequados ao consumo, como também, produtos nocivos à vida ou à saúde do consumidor.

Esta lesão, dependendo do produto ou do uso deste produto, pode ultrapassar a pessoa do consumidor, estendendo-se a um grupo de pessoas ou a uma comunidade. Afinal, como já apresentado anteriormente, a defesa do mercado nacional (patrimônio nacional) e a defesa da Ordem econômica (finalidade de construir a dignidade da existência) encontram-se contidas na defesa do consumidor - ação de construção da cidadania (art. 5º, XXXII, CF).

O Poder Público, enquanto agente promotor do bem estar e do bem comum de sua coletividade – inclusive como portador de responsabilidade civil objetiva - não pode ficar alheio à questão da qualidade e da segurança (em todos os sentidos) dos produtos e serviços que adquire e lhe disponibiliza, ainda que após processamento ou de forma indireta.

---

<sup>34</sup> Marques, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 4ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p.579.

Essa preocupação, que se impõe presente desde o nascedouro da relação de propriedade do bem ou da tomada do serviço, que é o processo de licitação, encontra permissão e balizamento na legislação que emoldura, sem engessar, tal atividade.

Em vários dispositivos, a Lei n.º 8666/93 aponta como vetores da atuação administrativa a possibilidade de indicar a qualidade do produto. A Administração tem o dever de indicar o objeto pretendido na licitação, inclusive definindo as características necessárias à qualidade satisfatória deste objeto. Para tanto é válido, inclusive, o estabelecimento de características próprias ao prestador de serviços, como, por exemplo, a exigência de certificação dos sistemas de gestão da qualidade do prestador de serviços. O que não se admite é a restrição injustificada, porque afeta o princípio basilar da licitação, qual seja o da isonomia entre os interessados<sup>35</sup>.

Desta forma, não há que se cogitar na proibição do estabelecimento de padrões de qualidade em relação a produtos e serviços a serem adquiridos pelo Poder Público, tampouco em relação à avaliação da conformidade de seu sistema de gestão da qualidade. O que não se pode é transformar a discricionariedade em arbítrio, nem em discriminação para favorecimentos.

## **5. LICITAÇÃO, QUALIDADE E JURISPRUDÊNCIA**

Apesar de alguns julgados significativos apontarem pela possibilidade de exigência de certificado de qualidade em licitação na fase de habilitação, não se pode propriamente falar da formação de uma jurisprudência. Para isto é necessário uma certa quantidade de julgados em tribunais superiores ( Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal).

Cabe aqui trazer uma observação sobre os Tribunais de Contas, pois há também duas manifestações que merecem alguma observação.

Embora com o nome de Tribunal estes órgãos não fazem parte do poder judiciário. São órgãos de fiscalização. O Tribunal de Contas tem por objetivo, nos termos da Constituição, a apreciação das contas do Chefe do Poder Executivo, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, a apreciação da legalidade dos atos de admissões de pessoal, bem como o julgamento

---

<sup>35</sup> Cf. parecer do Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes.

das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos. Suas decisões são dirigidas à Administração para que imediatamente venha corrigir seus atos. Ele apenas exerce um julgamento técnico de contas. Não tem função jurisdicional, pois não dirime conflito. Não lhe cabe sustar a realização de contrato, mas representar para que o executivo realize as correções necessárias.

Por não ser um poder judicante instituído para dirimir conflitos, suas decisões não formam o que se chama de jurisprudência. Esta se caracteriza pela sequencia de julgados relativos à relacionamentos conflituosos entre sujeitos privados ou públicos, seguindo um procedimento especial com o devido processo legal e o contraditório. Todavia, vale assinalar as decisões, a fim de registrar um devido humor do órgão auxiliar do controle externo da fiscalização contábil, financeira e orçamentaria.

Em decisão ordinária de 24 de abril de 2003, com base na representação n. 04/02 do Ministério Público propondo a uniformização da jurisprudência deste Tribunal sobre a exigência do Certificado de Adesão ao Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade no Habitat – PBQP-h como requisito de qualificação técnica em editais de licitação no âmbito do Distrito Federal, posicionou-se o Tribunal de Contas do Distrito Federal pelo seguinte:

*“considerar procedente a exigência de adesão ao Programa Brasileiro da Qualidade e Produtividade no Habitat no Distrito Federal – PBQP-H – em editais de licitação da Administração distrital, cujo objeto predominante seja a execução de obras e reformas em edificações, como uma das formas de qualificação admitidas pelo inciso II do artigo 30 da Lei n.º 8.66/93, considerando, em consequência, improcedente a representação apresentada às fls. 55; c) alertar a Coordenação do PBQP-H no Distrito Federal de que o caráter evolutivo do Programa deve oportunizar às empresas tempo suficiente para proceder as adaptações necessárias a cada nível de certificação previsto, de forma a garantir ampla participação de interessados qualificados em licitações. (Decisão n. 1876/2003).*

O Tribunal de contas do Estado de São em processo TC-A- 037.755/026/99 analisando o decreto estadual n.º 41.377 de 25 de novembro de 1996 que implantou a exigência, no Estado de São Paulo, de certificado QUALIHAB para a participação nas licitações, na fase de habilitação.

A posição da consultoria é de que a exigência daquela certificação “afrenta o disposto na legislação federal sobre licitação no que tange às normas gerais de competência da União, de acordo com o disposto no art 22, XXVII (...)”. “Aduz que o referido Decreto institui direito novo

afrontando a lei de licitações, em seu art. 3 e § 1º., e também o art. 37, XXI da Constituição Federal (...)"

Não obstante, este parecer foi contestado pela Procuradoria da Fazenda Estadual, que entendeu ser a exigência de Qualihab um *“procedimento lícito e coerente com o interesse público. Não possui nenhum caráter restritivo, pois o procedimento de certificação é aberto a todos os que desejarem participar de qualquer licitação com aquele objetivo específico (...)*”.

Em seu parecer o Procurador Chefe da Fazenda do Estado à colação decisão judicial proferida em sede de mandado de segurança pela 9ª. Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, entendendo legal a exigência.

Diante da diversidade de opiniões a decisão dos órgãos de instrução do TCE-SP foi no sentido da ilegalidade do decreto.

A decisão do referido órgão é pela não exigência de Qualihab na fase de habilitação, *“tolerando-se sua exigência para a fase de classificação, nos certames licitatórios”*.

Cabe destacar que, na motivação de seu voto, menciona a existência do PBQP-H, e da diferença de seu funcionamento, que se mostraria mais isonômico, pois tem nível federal, e não se equipara ao sistema ISO (como ocorre com o Qualihab).

Analisando estes dois posicionamentos deve se atentar para algumas distinções fundamentais.

a) a decisão de São Paulo não se refere ao PBQP-H e inclusive destaca que este Programa é fundamentalmente distinto do programa paulista Qualihab. Portanto, não há de se falar em posição contrária do TCE-SP à exigência de PBQP- H.

b) a decisão de São Paulo, não foi unânime e contou com manifestações abalizadas como a da Procuradoria da Fazenda do Estado de São Paulo, que busca respaldo em decisão judicial favorável à exigência de certificado de qualidade em fase de habilitação na Licitação

c) o questionamento constitucional ao Qualihab está sobretudo na questão da competência normativa. Não poderia o estado impor modificações no processo licitatório, pois esta competência é privativa da União com base no art. 22 XXVII

Art. 22 Compete privativamente à União legislar sobre XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais

da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Portanto, não se pode aplicar este questionamento ao PBQP\_H que é de âmbito Federal.

Concluindo, das duas posições dos Tribunais de Contas dos estados de São Paulo e Distrito Federal não podem ser chamadas de jurisprudência. Trata-se de parecer técnico para orientação da Administração Pública, ou seja, não tem vinculação *erga omnes*, sendo indiferente para efeito deste parecer a sua consideração ou não.

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, em conhecido aresto decidiu favoravelmente sobre a imposição de parâmetros de qualidade em edital de licitação.

“STJ – REsp 172232 – SP – 1.ª T – Rel. Min. José Delgado – DJU 21.09.1998 – p.68 “CF.37, XXI. **ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – INTERPRETAÇÃO DO ART. 30, II, § 1.º, DA LEI 8666/93.** 1. Não se comete violação ao art. 30, II, da Lei 8666/93, quando, em procedimento licitatório, exige-se comprovação, em nome da empresa proponente, de atestados técnicos emitidos por operadores de telefonia no Brasil de execução, no país, em qualquer tempo, de serviço de implantação de cabos telefônicos classe I e C, em período consecutivo de 24 meses, no volume mínimo de 60.000 h x h, devidamente certificados pela entidade profissional competente. 2. “o exame do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, em sua parte final, referente a ‘ exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações’ revela que o propósito alijetivado é oferecer iguais oportunidades de contratação com o poder público, não a todo e qualquer interessado indiscriminadamente, mas, sim, apenas a quem possa evidenciar que efetivamente dispõe das condições para executar aquilo a que se propõe”(Adilson Dallari). 3. Mandado de segurança

denegado em primeiro e segundo graus. 4. Recurso especial improvido.” (grifei)

O acórdão transcrito é emblemático e marca a forte tendência da jurisprudência em aceitar e mesmo prestigiar os elementos identificadores da qualidade do sujeito licitante bem como do produto ofertado.

O PBQP – H atua buscando elevar o nível de qualidade dos produtos e das empresas da construção civil. É um programa de adesão voluntária instituído pelo Governo Federal, para segurança e satisfação do consumidor, onde se inclui a Administração Pública. Com a participação neste programa oficial de gestão da qualidade de produtos, serviços e obras, há um ganho que se multiplica por toda cadeia produtiva, até o consumidor final.

Os ideais do PBQP-H que estão especificados na Portaria n ° 134/98 e no PPA 2004/2007 coadunam-se com os princípios da Lei de Licitações, que busca a economicidade com relação de melhor serviço pelo preço mais razoável, onde a qualificação técnica, como o conjunto de requisitos profissionais que devem ser apresentados pelo licitante para a execução do objeto da licitação imposta pela lei deve ser interpretada de maneira conseqüente ao caso específico. Portanto, é perfeitamente legítimo afirmar que equivale à elemento identificador de qualificação técnica a certificação por instituição oficialmente habilitada.

A referida lei divide a qualificação técnica em genérica (identificada pelo registro profissional), específica (definida por atestado de desempenho anterior e pela existência de aparelhamento e pessoal adequados à execução do objeto da licitação) e operativa (apresentada pela demonstração de disponibilidade de recursos materiais e humanos adequados, necessários à execução do objeto da licitação)<sup>36</sup>.

Pode a Administração, e é lícito que o faça, dentro de seu poder diretivo e discricionário, visando ao interesse público, verificar não só a capacidade técnico-formal do licitante, isto é, o seu registro profissional e a apresentação de documentos comprobatórios da sua capacidade de realização de um determinado serviço como, também, deve a Administração buscar comprovar a capacidade técnica efetiva de execução, conhecida como *capacidade operativa real* ou *capacidade*

---

<sup>36</sup> Cf. WEISS, Fernando Antonio Bonadio, em parecer apresentado perante a Secretaria Municipal de Obras, do Município do Rio de Janeiro, em relação ao Programa Municipal de Qualidade em Obras Pavimentação, Obras de Arte Especiais e Obras de Drenagem Urbana.

*técnico-operacional*. Neste sentido, é relevante a certificação dos processos de atuação da empresa que fornece um elemento a mais para esperar a qualidade do produto do contrato administrativo. É mais uma ferramenta importante de aptidão técnica.

Ainda que tenha sido apostado veto à alínea b, do § 1.º, do art. 30, da Lei 8.666/93, a capacidade técnico-operacional continua a ser exigida nas licitações. O dispositivo vetado impunha limitações a tal exigência e sua retirada do texto legal deixou a critério da entidade licitante estabelecer, em cada caso, as exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações<sup>37</sup>.

E é exatamente o exercício legal desta discricionariedade que garante a eficácia final do processo de licitação, que mira à prestação de um serviço, ou ao fornecimento de um produto, que direta ou indiretamente deverá refletir em benefício para a sociedade. Diretamente, se o produto ou serviço tiver de ser entregue pela Administração à sociedade, indiretamente através da sua aplicação na melhoria da eficiência do serviço público, como no caso da reforma de determinado imóvel, construção de rede de saneamento, etc.

É pertinente citar decisão do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, nos autos 1504/98, de lavra da MM. Juíza da 4.ª Vara da Fazenda Pública da Capital:

“A lei de licitações existe para impor os certames quando necessário fornecimento de bens e serviços ao poder público (em conceito muito abrangente). Esses certames, para que tenham sucesso – garantir o melhor fornecimento, pelo menor preço – devem ser universais, isto é, abertos ao maior número possível de interessados.

Veja-se bem, não aberto a todo e qualquer interessado, mas ao maior número possível. Porque possível? Por que o menor preço não é o único critério de escolha exigível, possível ou necessário. Mais do que isso, é necessário que o poder público se garanta de riscos derivados da incompetência de seus fornecedores. Não há nenhum mistério nisto. É o que faz qualquer um de nós. Exemplo, bem rasteiro, é o da feira. Podemos escolher o produto de qualquer qualidade, pagaremos por isso. Podemos deixar para ir à feira no fim do dia,

---

<sup>37</sup> WEISS, op. cit.

escolhendo sobras de má qualidade, pagaremos mais barato. A virtude está no meio, exceto casos especiais.

(...) É que o fornecimento ao poder público deve ter alguma, mínima, qualidade. Trata-se, no caso em exame, da construção de casas populares. No mínimo, a administração terá de saber a respeito da qualidade das construções, e terá de saber a respeito da possibilidade de cumprimento do contrato pelo licitante.

Em outras palavras, o menor preço é critério de desempate. Desempate entre interessados que pretendem e possam participar da licitação. Qualidade de serviço e possibilidade de realizá-lo são, desarte, pressupostos para o fornecimento do preço.

Afinal, não há o menor sentido em contratar aquele que oferece o menor preço, mas é incapaz de adimplir o contrato. Por isso afirma-se que a fase de habilitação está em estreita ligação com a execução contratual (Cf. Carlos Ari Sunfeld, licitação e contratos administrativos, Malheiros, SP, 1995, p.112}.

(...) Estes requisitos, atinentes à qualidade dos serviços e bens fornecidos e da capacidade da interessada em prestá-los, não podem ser previstos em lei. Esta impossibilidade é constatada pelo simples expediente de imaginarmos quais seriam esses requisitos, para abranger a generalidade dos fornecimentos necessários. Por isso são os requisitos legais meramente exemplificativos.

Verifica-se, então, que a exigência de demonstração em programa de qualidade, além de legalmente possível, deve, por outro lado, ser entendida como um verdadeiro esforço da administração pública no aprimoramento das suas contratações, com o aproveitamento das conquistas da sociedade, no que há de

mais significativo na evolução de processos, métodos, tecnologias, qualidade de materiais.”

É bastante ilustrativa a relação identificada por esta decisão entre qualidade do serviço e condições para realizá-lo. Um serviço de qualidade requer uma comprovação da prestadora de que pode efetivamente realizá-lo dentro da qualidade esperada.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo;

“é inquestionável assistir ao promotor do certame licitatório certa margem de liberdade para estabelecer, no edital, padrões mínimos de idoneidade financeira e técnica, condições de ingresso no certame e à disputa do objeto licitado. Por sem dúvida quadra-lhe fixar os parâmetros necessários, a bem da firmeza e segurança que devem presidir a relação jurídica ulterior a ser firmada com o vitorioso. Este asserto não pode ser posto em causa. É indubitoso que a matéria comporta juízo discricionário para gabaritar o nível de exigência”<sup>38</sup>.

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho:

“A sumariedade da disciplina legal, sobre o tema (da exigência de capacitação técnica em Compras), não retrata proibição de constarem requisitos de capacitação técnica nos instrumentos convocatórios de licitação para compras. Aplicam-se os princípios acima expostos (Capacitação técnica real, capacitação técnico-profissional em obras e serviços) e qualquer excesso ou inadequação produzem a invalidade do instrumento convocatório. Os limites e proibições atinentes a obras e

---

<sup>38</sup>In LICITAÇÃO, São Paulo, RT, 1985.

serviços podem ser aplicados, supletivamente, no caso de compras.”<sup>39</sup>

E arremata:

“O conteúdo e a extensão da qualificação técnica dependem diretamente do objeto da licitação. 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.

Mas não basta essa delimitação implícita.

As exigências quanto à qualificação técnica devem estar previstas de modo expreso.

Para tanto, a Administração deverá verificar os requisitos para o desempenho das atividades que constituirão encargo do sujeito contratado.

(...) Alude-se, nessa linha, à qualificação técnica real. Significa que a qualificação técnica a ser investigada é não apenas aquela teórica, mas também a efetiva, concreta, prática. É a titularidade de condições práticas e reais de execução do contrato.

Em vez de exame teórico do exercício da atividade, as exigências se voltam para a efetiva condição prática de desempenhar satisfatoriamente o objeto licitado.”<sup>40</sup>

É necessário frisar que ao exigir a certificação de adequação técnica, a Administração Pública, além de zelar pela efetividade do objeto da licitação, cumpre seu papel de bem cuidar do patrimônio público e da coletividade.

---

<sup>39</sup> Ops. Cit.

<sup>40</sup> Idem.

Por isso, o não atendimento ao requisito de comprovação de adequação técnica dos produtos ou serviços não só desacredita, pela ausência de confiabilidade e segurança, a proposta apresentada, ainda que contenha porventura o menor preço do certame, como também inabilita o licitante à própria licitação, pela desconformidade editalícia.

O licitante que não atenda às especificações técnicas e que não as comprove de maneira efetiva torna-se desigual perante os iguais que atendem a todas as exigências do instrumento convocatório, devendo, portanto, ser excluído da etapa de verificação financeira das propostas.

A ausência da certificação, por certo, não impede a participação na licitação, ou a sua inscrição no cadastro geral de fornecedores do Poder Público. Contudo, uma vez exigida a comprovação de adequação dos produtos ou serviços licitados às normas e especificações técnicas e a sua certificação, não pode o concorrente, convidado ou voluntário, que a este requisito não atender ser considerado habilitado a concorrer. Trata-se, aqui sim, do exercício incisivo do princípio da isonomia, não em relação ao licitante desconforme, mas aos demais que atenderam integralmente às exigências do edital.

Pelo exposto, conclui-se que, embora não haja previsão expressa de possibilidade de exigência de adoção de sistema de qualidade por empresa licitante para a prestação de serviços e obras, a definição de critérios públicos de acreditação, visando à melhoria da construção civil, coaduna-se com o sistema de licitação e contratos administrativos regulados pela Lei n ° 8.666/93.

O PBQP-H é um programa de incentivo à atividade econômica na cadeia produtiva da construção civil, com qualidade. A adoção do PBQP-H para as compras públicas e seus contratos é fundamental para o desenvolvimento e credibilidade do Programa, posto que o Poder Público é um ‘consumidor’ de grande envergadura, e tem forte influência no mercado pelo uso de seu poder de compra e de contratação. Os efeitos de seus contratos atingem toda a sociedade. De fato, a referência à adesão de empresas ao Programa para a habilitação em processo de licitação, demonstra a harmonia entre os programas públicos e sua execução.

É o parecer.

**CRISTIANE DERANI**

Professora Associada da Faculdade de Direito  
Universidade de São Paulo.



Sumário dos casos discutidos (módulo I):

## **ESTADO DE SÃO PAULO**

CASO QUALIHAB – MANDADO DE SEGURANÇA 1504/98 – MC CONSTRUÇÕES LTDA x COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO CDHU - A CDHU EXIGIU A CERTIFICAÇÃO DOS MATERIAIS PELO QUALIHAB – **JULGADO IMPROCEDENTE, NO SENTIDO DE QUE A ADMINISTRAÇÃO PODE EXIGIR A CERTIFICAÇÃO.**

## **TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**

TC-A- 037.755/026/99

## **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO – PROGRAMA MUNICIPAL DE QUALIDADE EM OBRAS DE PAVIMENTAÇÃO, OBRAS DE ARTE ESPECIAIS E OBRAS DE DRENAGEM URBANA.

## **TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL**

VOTO FAVORÁVEL, EM UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO, À EXIGÊNCIA DE ADESÃO A PROGRAMAS DE QUALIDADE DE PRODUTOS, COMO REQUISITO PARA A PARTICIPAÇÃO. ESTA DECISÃO FOI TOMADA EM FUNÇÃO DE REPRESENTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL JUNTO AO TRIBUNAL, PROPONDO A UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA SOBRE A EXIGÊNCIA DE CERTIFICADO DE ADESÃO AO PBQP-H, COMO REQUISITO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA EM EDITAIS DE LICITAÇÃO.

## **DISTRITO FEDERAL**

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA, EM MANDADO DE SEGURANÇA DA 2.<sup>a</sup> VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE BRASÍLIA – DF, QUE REVOGOU LIMINAR, CONCEDIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA PARA SUSPENDER PROCESSO DE LICITAÇÃO EM QUE SE EXIGIA A CERTIFICAÇÃO DE ADESÃO A PROGRAMA DE QUALIDADE.

This document was created with Win2PDF available at <http://www.daneprairie.com>.  
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.