

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC

PRÓ-REITORIA DE ADMINISTRAÇÃO - PROAD

DEPARTAMENTO DE LICITAÇÕES - DPL

RESUMO

TEMA: PRÉ-QUALIFICAÇÃO/PROCEDIMENTOS AUXILIARES

Edição 01

Outubro/2014

Ricardo da Silveira Porto

A PRÉ-QUALIFICAÇÃO COMO PROCEDIMENTO AUXILIAR DAS LICITAÇÕES DO RDC (LEI 12.462/2011)

1. Introdução

Sobre o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), pode-se dizer que foram os importantes eventos esportivos que o Brasil vai sediar que iniciaram o debate sobre a necessidade de se promover um câmbio nos procedimentos licitatórios, especialmente no que se refere aos dispositivos da vetusta e atual Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93). Uma causa bastante significativa neste aspecto consiste na certeza de que esta regra não dá cabo de lançar soluções a contento aos problemas atuais. Sua defasagem é considerada notória. Dessa forma, como dito, esta responsabilidade em sediar eventos de repercussão mundial fez que se repensasse as formas de contratação pública tradicionais, ao ponto de se concluir pela imprescindibilidade de se modificar o regime licitatório tradicional, apresentando-se outro modelo, que foca em resolver os problemas destes acontecimentos esportivos.

Há, no limiar do seu manancial de regras, uma conjunção de boas técnicas constantes nos outros modelos licitatórios, agregando-se, ao texto legal, outras soluções já apontadas pela doutrina e pela jurisprudência, principalmente do Tribunal de Contas da União (TCU). Dessa maneira, o RDC tem por escopo, em essência, romper com o anacrônico modelo licitatório então vigente, viabilizando boas práticas que intentam conseguir dar maior celeridade aos procedimentos licitatórios, combater eventuais fraudes nesta seara, permitir a eficiência na viabilização das obras e nos serviços públicos tão necessários à nação etc.

Logo, pode-se dizer que o regime em pauta é uma tentativa de perfazer um câmbio na conjuntura que se processa atualmente. Há a necessidade de que se perceba que estas “inovações” trazidas por este prematuro regime muito refletem práticas já desenvolvidas por organismos estatais, por pessoas jurídicas de direito privado da Administração Pública indireta ou por organismos internacionais. E assim, o RDC passa a positivar as práticas já popularizadas no limiar da própria nação brasileira.

Aliás, logo no seu nascedouro, o RDC sofreu duras críticas da comunidade como um todo, tais como: acusaram-no de ser um regime casuístico, ou de que geraria licitações inseguras etc. Contudo, hoje, estas vozes silenciaram-se ao ponto de, mais recentemente, defender-se que ele será uma espécie de “balão de ensaio” para o futuro “Código de Licitações Públicas”, que daria cabo de sistematizar todo o manancial de leis na matéria. Mas é importante ter em

mente que o RDC nem de longe pode substituir a Lei nº 8.666/93, apesar de se ter uma tendência em expandi-lo a outros temas, tendo em vista que tem produzido resultados muito satisfatórios.

Temos certeza de que o modelo atual deverá ser cada vez mais debatido. E a partir dessa verdade é que se deve visualizar o RDC, ou seja, analisado como uma nova modalidade que visa a trazer inéditas soluções à área de licitações e de contratos. E estas incursões inserem-se em um modelo gerencial de Administração. Temos a certeza de que ainda há muito que se debater sobre o tema e, para tanto, deve-se dar os devidos passos neste sentido.

Talvez a melhor inovação da Lei 12.462 seja a pré-qualificação, disciplinada no art. 30 como um dos procedimentos auxiliares das licitações. Algumas das soluções já eram praticadas antes da edição do diploma. Mas outras permitem enfrentar alguns dos problemas muito importantes e merecem ser generalizadas para o âmbito das contratações públicas em geral.

Nesse resumo em específico, concentrar-nos-emos em analisar um instituto trazido à tona com bastante profusão pelo RDC: o regime da pré-qualificação, sendo este uma ferramenta destacada no que se refere aos ditos procedimentos auxiliares, o qual tem revelado debates que vão desde a sua concepção, até a sua implementação.

2. Conceituação

A pré-qualificação permanente consiste em uma decisão administrativa de que um determinado licitante preenche requisitos genéricos e (ou) específicos de habilitação ou que um certo objeto apresenta qualidade mínima satisfatória para atender à necessidade administrativa. Essa decisão deve ser precedida do devido procedimento administrativo e fundar-se em critérios objetivos predeterminados. A pré-qualificação produz efeitos para um número indeterminado de casos concretos. No âmbito de licitações e contratações futuras, serão considerados vinculantes os efeitos da decisão de pré-qualificação. Em alguns casos, a licitação posterior poderá ser restrita aos pré-qualificados.

A pré-qualificação pode fazer-se numa dimensão subjetiva ou em um prisma objetivo. A pré-qualificação subjetiva envolve o potencial fornecedor (art. 30, inc. I, da Lei 12.462), enquanto a pré-qualificação objetiva refere-se a bem ou serviço (art. 30, inc. II).

3. A pré-qualificação e o cadastro

A análise dos documentos de habilitação, por vezes, gera um encargo muito grande à comissão de licitação, especialmente quando estão concorrendo muitos interessados, e os documentos apresentados exigem uma análise técnica complexa e apurada. Assim, esta fase do procedimento torna-se sensível e, não raras vezes, alvo de recursos administrativos e de contendas judiciais.

Com o fito de justamente permitir a desburocratização do procedimento, o legislador entendeu por bem antecipar esta fase, permitindo que esta pré-qualificação possa ser utilizada para várias licitações. Veja que, em um único momento, qualificam-se os interessados que, caso habilitados, estão aptos a participar de vários certames públicos pertinentes a esta pré-qualificação. Assim, antecipa-se a fase de habilitação, filtrando as empresas ou os bens que estão aptos a participarem de concorrências futuras. Em resumo, após o devido processo, pautado por critérios predeterminados e objetivos, tendo por meta qualificar certas pessoas ou objetos, para efeito para futuros e indeterminados certames. Em termos sintéticos, a pré-qualificação permanente é um ato administrativo com a presença de critérios objetivos de julgamento, precedida de um devido processo legal.

Note que este procedimento auxiliar se desvincula de um procedimento específico, porque pode ser aplicada a vários certames que se sucederão. Além disso, importante notar que este procedimento auxiliar não dispensa o respeito aos direitos fundamentais e aos princípios administrativos.

Imagine o caso de a Administração precisar, por certo período, de determinados materiais de construção. Ela faria a habilitação prévia dos interessados ou dos bens de que necessita. Assim, em aquisições posteriores, dispensar-se-ia esta fase, gerando uma economia significativa de recursos e de tempo.

A vantagem auferida com este procedimento centra-se na agilidade e na celeridade implementadas, porque a decisão sobre os requisitos da qualificação não atravança qualquer procedimento licitatório, tendo em vista que correm em apartado, sem atrelamento de um ao outro. Além disso, tem-se tempo para decidir sobre eventual impugnação, sem a pressão de concluir o julgamento que atrasa o procedimento da licitação. Da mesma forma, a pré-qualificação evita decisões contraditórias, porque se aplica de modo uniforme a vários procedimentos. Por outro lado, impede, igualmente, a perda de atualidade dos documentos, bem como a necessidade de ter de juntá-los novamente quando da assinatura do contrato, o que elimina sensíveis custos aos licitantes. De todo modo, a aplicação da pré-qualificação permanente também não pode ser generalizada. Há certas licitações que são específicas e possuem peculiaridades, o que foge do escopo do instituto em comento.

A partir desse procedimento auxiliar geram-se, como produto final, dois efeitos:

(a) Declaratório: enuncia-se que determinado sujeito preenche os requisitos gerais e/ou específicos (a depender do que for fixado pela Administração Pública neste sentido), ou que certo bem atende a um dado grau de qualidade;

(b) Constitutivo: o particular fica habilitado para outros certames no que se refere aos requisitos da pré-qualificação, ou um produto é declarado satisfatório, não se podendo questionar e estas condicionantes em licitações que se sucedem.

Como produto final, será fornecido certificado aos pré-qualificados, renovável sempre que o registro for atualizado. Contudo, os dados do certificado devem apresentar, sempre, a maior atualidade possível, tanto que o referido documento somente poderá ter validade por no máximo um ano. Contudo, o Decreto federal nº 7.581/99 estabeleceu outra restrição: a validade da pré-qualificação de fornecedores não será superior ao prazo de validade dos documentos apresentados pelos interessados – parágrafo único do art. 82.

Tal procedimento auxiliar não é um mecanismo novo, porque já outrora consagrado na Lei nº 8.666/93, art. 114, e tem por meta justamente desburocratizar uma das fases mais complexas do procedimento licitatório: a habilitação. O procedimento de pré-qualificação constante na lei geral de licitações é muito semelhante ao instituto inserido no regime diferenciado. Tanto que a publicidade de ambos muito se assemelha.

Mas os institutos disciplinados nestes dois diplomas normativos (lei geral e RDC) não se confundem. A primeira diferença pode ser estabelecida quando se visualiza que o instituto da pré-qualificação, previsto no art. 114, da Lei nº 8.666/93, está atrelado exclusivamente à modalidade de concorrência, enquanto que aquele, previsto no art. 30, da Lei nº 12.462/11, liga-se a qualquer procedimento e, por isso, apresenta a natureza de ser “permanente”.

Na mesma medida, a pré-qualificação permanente disciplinada no RDC possui outras diferenças para com aquela, de mesmo nome, inserida na Lei Geral de Licitações e Contratos. O referido art. 114 trata de uma qualificação prévia a ser efetivada para uma licitação específica, a ser focada nos requisitos de ordem eminentemente técnica. Já a Lei nº 12.462/11 (art. 30, incisos I e II) permite a antecipação da qualificação não para uma disputa específica, mas para variados procedimentos que possa tomar por base a habilitação

antecipada. Com isso, intenta-se impor uma análise mais detida sobre estas condicionantes, porque avança a uma análise não só de requisitos técnicos, mas, igualmente, relativos à qualidade do licitante ou de um bem.

De outro lado, a pré-qualificação não se confunde com o cadastramento e com o catálogo de padronização (dispostos pela própria Lei nº 12.462/11). A primeira é anterior aos institutos em questão, porque visa a avaliar o comportamento do mercado, ou seja, perceber como ele reage a um eventual certame público, bem como podem ser colhidos valiosos dados às futuras contratações a serem realizadas. É um importante passo para a coleta de informações técnicas de produtos, p. ex., não adquiridos usualmente pela Administração Pública. Dependendo do resultado da pré-qualificação, pode-se optar, inclusive, pela contratação direta, porque se percebeu, no caso, que não há potencialidade nenhuma para eventual disputa. Ou, ainda, neste caso, os órgãos estatais podem modelar as exigências, alterando-as, a fim de permitir uma menor restrição à competitividade.

Dessa forma, a grande vantagem do instituto constante no regime diferenciado consiste no fato de que a pré-qualificação permanente, como o nome já diz, estar aberta de maneira perene, ou seja, sem prazo fixo, para todos aqueles que possuem interesse na qualificação antecipada. Já os certames em geral possuem prazo determinado para a qualificação dos interessados.

Uma medida importante tomada pelo § 1º do art. 30 consiste em deixar a pré-qualificação permanentemente aberta para a inscrição dos eventuais interessados. Contudo, ela terá validade de até um ano, podendo ser atualizada a qualquer tempo (§ 5º). Assim, a empresa interessada tem sua pré-qualificação garantida por até doze meses, salvo se o prazo de validade dos documentos expirar em data anterior.

Outro dispositivo interessante consta do § 4º do art. 30, porque se permite que a pré-qualificação seja feita de maneira parcial. Significa dizer que o ente estatal, p. ex., pode identificar aqueles requisitos mais complexos, mais tormentosos nas habilitações e perfazer esta qualificação de modo prévio. Então, as outras condições de habilitação serão analisadas em cada certame que se processará.

Ao final do processo de pré-qualificação, emite-se um certificado àquele que logrou êxito em cumprir com as determinações necessárias, até porque a decisão sobre a habilitação, já realizada pelo procedimento auxiliar, não será mais discutida no limiar do certame. Este documento poderá ser renovado a cada nova pré-qualificação, dado que os certificados possuem, sempre, um prazo definido de validade.

No entanto, impõe-se que o interessado informe ao Poder Público as alterações que ocorram na sua qualificação, como, p. ex., no caso de se modificar o seu quadro de técnicos etc. Da decisão que defere ou nega o pedido de qualificação antecipada, cabe recurso no prazo de cinco dias, cujo início se dá a partir da intimação da decisão ou da ata que acolha ou indefira o pedido – art. 45, inciso II, alínea "a" da Lei nº 12.462/11.

A pré-qualificação será convocada de maneira discricionária pela Administração Pública, sempre que esta julgar conveniente. No caso, o ato de convocação explicitará as exigências de qualificação técnica ou de aceitação de bens, conforme a situação. Neste caso, tal ato deverá deter as seguintes formalidades:

(a) publicação de extrato do instrumento convocatório no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, conforme o caso, sem prejuízo da possibilidade de publicação de extrato em jornal diário de grande circulação; e

(b) divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado de publicidade de licitações ou sítio mantido pelo órgão ou entidade.

Da decisão acerca da pré-qualificação cabe recurso no prazo de cinco dias úteis, contado a partir da data da intimação ou da lavratura da ata do ato que defira ou indefira pedido de interessados.

4. A pré-qualificação do art. 114 da Lei 8.666

A pré-qualificação do art. 30 da Lei 12.462 não se confunde com aquela do art. 114 da Lei 8.666. Há uma distinção fundamental. Na Lei 8.666, a pré-qualificação envolve especificamente uma única licitação. Trata-se de um procedimento destinado a reduzir o universo de competição para um determinado contrato. Já a pré-qualificação da Lei 12.462 apresenta essa natureza “permanente”. Ou seja, pode ser aplicada para uma série indeterminada de licitações.

Comparativo da pré-qualificação diante das legislações diferenciadas:

Art. 114, Lei nº 8.666/93	Art. 30, Lei nº 12.462/11
Pré-qualificação efetivada para uma licitação específica	Pré-qualificação efetivada para uma ou mais licitações
Analisa-se apenas os requisitos técnicos	Analisa-se os requisitos técnicos e relativos à qualidade do bem

5. A utilidade diferenciada: a qualificação técnica

A pré-qualificação permanente subjetiva relaciona-se com a qualificação técnica disciplinada pelo art. 30 da Lei 8.666. Assim inferir da própria definição prevista no art. 30, inc. I, da Lei 12.462, que alude à comprovação das condições de habilitação para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra “nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos”.

Em termos gerais, a qualificação técnica apresenta elevada dose de complexidade quando envolver o requisito previsto no art. 30, inc. II, da Lei 8.666. Ali se disciplinam as figuras da qualificação técnico - profissional e da qualificação técnico- operacional. Cabe ao interessado promover a

apresentação de documentação comprobatória da experiência anterior na execução de objeto similar, da existência em seus quadros permanentes de pessoal qualificado e da disponibilidade de equipamentos.

A pré-qualificação subjetiva permite à Administração estabelecer certos requisitos genéricos no tocante ao desempenho técnico, de modo a obter uma relação de sujeitos em condições satisfatórias de idoneidade.

É admissível, porém, que a pré-qualificação envolva informações específicas e diferenciadas. Cabe à Administração identificar os requisitos de habilitação relevantes para uma série de contratações similares. Assim, por exemplo, suponha-se que muitos contratos de obra pública envolvam a comprovação da qualificação técnica no tocante à execução de serviços de concreto "protendido". Pode-se admitir que se preveja que a pré-qualificação para essa categoria de licitações envolverá esse tema. Cada um dos potenciais interessados submeterá à Administração Pública a documentação probatória correspondente. Haverá o exame e a decisão, que produzirá efeitos para todas as licitações pertinentes.

6. A pré-qualificação objetiva

A pré-qualificação permanente objetiva apresenta um cunho inovador muito mais significativo e a sua previsão é relevante especialmente em vista de algumas distorções decorrentes da sistemática do pregão.

Ao longo dos últimos anos, um dos problemas mais marcantes da Administração Pública envolve as amostras do produto ofertado pelo licitante. A temática das amostras nunca apresentou maior relevância, antes da disseminação do pregão. Depois da generalização dessa modalidade licitatória, o exame de amostras tornou-se uma prática comum. Tal decorre da incerteza sobre a identidade e os atributos de qualidade do produto ofertado pelo licitante.

Então, a Administração é constrangida a examinar amostras de cada bem oferecido, de modo a desclassificar a proposta que não compreenda um produto compatível com o mínimo de qualidade exigido.

Mas o exame de amostras não é suficiente para eliminar contratações problemáticas. Assim se passa porque, em primeiro lugar, nem sempre existem padrões objetivos satisfatórios para análise das amostras. A Administração acaba sendo obrigada a eleger os produtos de certa marca como padrão de qualidade, por exemplo.

Em segundo lugar, existe o risco de que a execução da prestação envolva produtos de qualidade distinta daqueles apresentados como amostras. Isso constitui, em última análise, uma modalidade de inadimplemento contratual, cuja avaliação é problemática em face da necessidade de se recuperar a amostra examinada e os dados atinentes à sua avaliação.

A pré-qualificação objetiva permite à Administração identificar os produtos e serviços cuja qualidade é satisfatória. Isso apresenta uma natureza excludente

relativamente aos demais produtos. Portanto e para fins de licitação, haverá dois conjuntos distintos de produtos. Há aqueles que estão pré-qualificados, o que envolve a presunção absoluta de que apresentam qualidade satisfatória. E há os produtos não pré-qualificados, os quais podem ou não apresentar qualidade adequada.

Em tais casos, a Administração Pública não necessitará promover a verificação da qualidade mínima do produto pré-qualificado no âmbito das licitações realizadas. Esse exame já terá sido realizado no curso do procedimento de pré-qualificação objetiva. Assim, a Administração poderá adquirir aquele produto com tranquilidade e sem necessidade de maior investigação relativamente a seus atributos.

7. A restrição da participação aos pré-qualificados

A pré-qualificação poderá ser utilizada com efeitos similares ao de um cadastro. Nesse caso, a participação no certame estará aberta a todos os interessados, apenas que os pré-qualificados terão uma situação mais favorável—eis que já existirá uma decisão administrativa reconhecendo o preenchimento de determinados requisitos de habilitação ou a qualidade mínima do objeto. No entanto, o art. 30, § 2º, da Lei 12.462, faculta a possibilidade de que o certame seja restrito apenas aos pré-qualificados.

A restrição de participação apenas aos pré-qualificados apresenta vantagens muito relevantes para a Administração. Quando essa solução for adotada, será desnecessário promover no âmbito da licitação a análise dos requisitos de habilitação pertinentes e (ou) a avaliação da qualidade mínima dos produtos. Em outras palavras, será possível adotar um procedimento administrativo centrado exclusivamente na disputa pelo preço. Isso propiciará ganhos marcantes de tempo, redução de conflitos e contratações muito mais seguras. Afinal, haverá uma margem muito mais intensa de certeza quanto à idoneidade do sujeito e (ou) à qualidade do produto.

Alguém poderia pretender que a restrição do certame apenas aos pré-qualificados configuraria indevida restrição à amplitude da competição, incompatível com o princípio da isonomia. Mas essa argumentação somente apresentaria procedência nos casos de desnaturação da pré-qualificação.

O ponto fundamental reside em que os requisitos de pré-qualificação são precisamente os mesmos exigidos para a habilitação ou para a aceitação de um produto no curso de uma licitação. Portanto, a pré-qualificação não cria um acréscimo no tocante às exigências autorizadas e exigidas legalmente para assegurar que a Administração Pública realize uma contratação adequada e satisfatória. A única peculiaridade, mesmo quando a licitação for restrita apenas aos pré-qualificados, reside em que a decisão sobre a habilitação ou a qualidade dos produtos será produzida antes de uma licitação específica e

apresentará cunho geral para uma série indeterminada de certames com objeto similar.

Em qualquer caso, o problema reside na infração ao princípio da proporcionalidade. Será inválido, em qualquer licitação, exigir requisitos de qualificação técnica excessivos, inúteis ou violadores de garantias constitucionais. O mesmo se passará no tocante à pré-qualificação.

Estabelecer requisitos de pré-qualificação dissocia dos da necessidade da Administração Pública infringe a Constituição. Em outras palavras, o problema não está em restringir a participação na licitação aos pré-qualificados, mas subordinar a pré-qualificação a requisitos que violem a proporcionalidade.

8. O risco da elevação de preços

Existe o risco de que a adoção da pré-qualificação acarrete a elevação dos preços desembolsados pela Administração. Isso pode envolver uma redução de vantagens meramente aparente, mas também pode produzir efetivos prejuízos para os entes estatais.

O prejuízo aparente ocorrerá nos casos em que a pré-qualificação produzir o afastamento de licitantes inidôneos e prevenir a contratação para o fornecimento de objetos imprestáveis. Sem a pré-qualificação, a Administração obteria preços mais reduzidos, sem que isso representasse uma efetiva vantagem. O preço mais reduzido conduziria a uma contratação ruinosa. Uma das vantagens da pré-qualificação reside precisamente nesse ponto: evitar a participação de licitantes inidôneos e excluir a oferta de produtos destituídos de qualidade mínima.

No entanto, a pré-qualificação pode conduzir a uma circunscrição marcante no universo de licitantes, a ponto de mitigar a competição e conduzir à elevação de preços. Para combater essa possibilidade é imperioso que os requisitos de pré-qualificação sejam os mínimos necessários a garantir a satisfação das necessidades da Administração Pública e que o procedimento de pré-qualificação seja destituído de burocracias e impedimentos. Deve-se modelar a pré-qualificação de modo a assegurar o maior número possível de competidores.

9. A questão da regulamentação

A implantação dos sistemas de pré-qualificação depende da edição de normas complementares. Alguns dos temas se enquadram na competência discricionária da autoridade encarregada de conduzir as licitações e contratações. Todos os temas que se enquadrem no âmbito dos requisitos de habilitação e da definição dos atributos de qualidade mínima exigível dos produtos ofertados estão compreendidos nessa competência. No entanto, isso não significa que a sistemática da pré-qualificação possa ser integralmente

implementada sem a edição de normas regulamentares, de competência do Chefe do Poder Executivo.

Existem alguns pontos essenciais potencialmente aptos a gerar efeitos restritivos de direitos de um número indeterminado de sujeitos. A Lei 12.462 autorizou essa solução, mas a sua implementação depende de regras complementares, de nível regulamentar.

Em primeiro lugar, é indispensável definir o procedimento propriamente dito para promover a pré-qualificação. É evidente o descabimento de decisões não antecedidas de um processo administrativo que assegure a participação de todos os possíveis interessados, com observância do contraditório e da ampla defesa, inclusive para o efeito de assegurar o direito de impugnação a terceiros. Portanto, são necessárias normas gerais regulamentando o procedimento.

Em segundo lugar, é necessário regulamentar as hipóteses em que se admitirá a restrição da participação no certame apenas aos sujeitos ou aos objetos pré-qualificados. Aliás, o art. 30, § 2º, da Lei 12.462 expressamente exige a regulamentação. Isso envolve estabelecer as hipóteses em que será admissível a pré-qualificação, o procedimento a ser adotado para determinar essa admissibilidade, a determinação dos requisitos de implementação da pré-qualificação, as características das hipóteses em que será cabível restringir a participação na licitação apenas aos pré-qualificados. Em terceiro lugar, é indispensável estabelecer o procedimento para a extinção da pré-qualificação em virtude de eventos supervenientes.

10. A fundamentação legal

LEI Nº 12.462, DE 4 DE AGOSTO DE 2011.

Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

(...)

Subseção III

Dos Procedimentos Auxiliares das Licitações no Âmbito do RDC

Art. 29. São procedimentos auxiliares das licitações regidas pelo disposto nesta Lei:

I - pré-qualificação permanente;

II - cadastramento;

III - sistema de registro de preços; e

IV - catálogo eletrônico de padronização.

Parágrafo único. Os procedimentos de que trata o caput deste artigo obedecerão a critérios claros e objetivos definidos em regulamento.

Art. 30. Considera-se pré-qualificação permanente o procedimento anterior à licitação destinado a identificar:

I - fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos; e

II - bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública.

§ 1º O procedimento de pré-qualificação ficará permanentemente aberto para a inscrição dos eventuais interessados.

§ 2º A administração pública poderá realizar licitação restrita aos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento.

§ 3º A pré-qualificação poderá ser efetuada nos grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores.

§ 4º A pré-qualificação poderá ser parcial ou total, contendo alguns ou todos os requisitos de habilitação ou técnicos necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes.

§ 5º A pré-qualificação terá validade de 1 (um) ano, no máximo, podendo ser atualizada a qualquer tempo.

Art. 31. Os registros cadastrais poderão ser mantidos para efeito de habilitação dos inscritos em procedimentos licitatórios e serão válidos por 1 (um) ano, no máximo, podendo ser atualizados a qualquer tempo.

§ 1º Os registros cadastrais serão amplamente divulgados e ficarão permanentemente abertos para a inscrição de interessados.

§ 2º Os inscritos serão admitidos segundo requisitos previstos em regulamento.

§ 3º A atuação do licitante no cumprimento de obrigações assumidas será anotada no respectivo registro cadastral.

§ 4º A qualquer tempo poderá ser alterado, suspenso ou cancelado o registro do inscrito que deixar de satisfazer as exigências de habilitação ou as estabelecidas para admissão cadastral.

Art. 32. O Sistema de Registro de Preços, especificamente destinado às licitações de que trata esta Lei, reger-se-á pelo disposto em regulamento.

§ 1º Poderá aderir ao sistema referido no caput deste artigo qualquer órgão ou entidade responsável pela execução das atividades contempladas no art. 1º desta Lei.

§ 2º O registro de preços observará, entre outras, as seguintes condições:

I - efetivação prévia de ampla pesquisa de mercado;

II - seleção de acordo com os procedimentos previstos em regulamento;

III - desenvolvimento obrigatório de rotina de controle e atualização periódicos dos preços registrados;

IV - definição da validade do registro; e

V - inclusão, na respectiva ata, do registro dos licitantes que aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais ao do licitante vencedor na sequência da classificação do certame, assim como dos licitantes que mantiverem suas propostas originais.

§ 3º A existência de preços registrados não obriga a administração pública a firmar os contratos que deles poderão advir, sendo facultada a realização de licitação específica, assegurada ao licitante registrado preferência em igualdade de condições.

Art. 33. O catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras consiste em sistema informatizado, de gerenciamento centralizado, destinado a permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela administração pública que estarão disponíveis para a realização de licitação.

Parágrafo único. O catálogo referido no caput deste artigo poderá ser utilizado em licitações cujo critério de julgamento seja a oferta de menor preço ou de maior desconto e conterá toda a documentação e procedimentos da fase interna da licitação, assim como as especificações dos respectivos objetos, conforme disposto em regulamento.

11. Objeto da Pré-qualificação

Para o RDC, considera-se pré-qualificação permanente o procedimento anterior à licitação, destinado a identificar duas coisas (art. 30, “caput” e incisos I e II):

(a) Pré-qualificação subjetiva (art. 30, inciso I): visa a habilitar fornecedores que reúnam condições de qualificação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos. Cabe aqui uma ressalva no sentido de que o art. 80, inciso I, do Decreto federal nº 7.581/11, restringiu os requisitos de habilitação permanente aos meramente técnicos, fazendo, assim, uma restrição em relação à Lei nº 12.461/11 (de hierarquia superior). Além disso, os requisitos da pré-qualificação subjetiva não podem destoar daqueles catalogados no art. 30, da Lei nº 8.666/93 – requisitos de qualificação técnica; e

(b) Pré-qualificação objetiva (art. 30, inciso II): visa a qualificar bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública. Na

pré-qualificação objetiva confere-se ao beneficiado uma espécie de certificado de qualificação de determinado produto.

Percebe-se, assim, que a pré-qualificação subjetiva e objetiva têm por meta identificar pessoas ou bens que possam satisfazer as necessidades da Administração Pública que se farão incidentes de maneira sucessiva (permanente), nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos. Destaca-se que se pode qualificar um interessado que forneça determinado bem, ou um bem entregue por vários interessados. Intenta-se, assim, gerar efeitos em certames licitatórios ou contratações administrativas futuras.

A pré-qualificação objetiva vem a resolver um problema encontrado no procedimento do pregão, porque, neste âmbito, tinha de se exigir amostras, e isto atravancava o procedimento. Assim, antecipa-se este processo por meio do instituto ora comentado. Claro que admitimos a possibilidade de que este tipo de pré-qualificação seja feito sem amostras, mas o usual seria o contrário, ou seja, requerer a prova. Além disso, este tipo específico de procedimento auxiliar será aplicado exclusivamente nas licitações para efetivar contratos de compra. Sendo assim, não poderá ser utilizado para os casos de contratos de serviços ou de obra.

A avaliação feita na pré-qualificação objetiva deve ser aprofundada, devendo ser específica, ou seja, deve-se conhecê-lo em concreto, e não em abstrato, por meio de avaliações teóricas. Bem por isso que dificilmente se conseguirá escapar de experimentações ou da apreciação de amostras. O mero recebimento de documentos de qualidade, na maioria das vezes, não se mostrará útil à pré-qualificação objetiva.

É bom que se destaque que aqueles sujeitos que foram sancionados pelo Poder Público em momento anterior e, por conta disto, estão impedidos de contratar com os entes estatais, também não poderão participar da pré-qualificação. Seria ilógico habilitar previamente um sujeito que está proibido de contratar com a Administração Pública.

Destaca-se que a pré-qualificação subjetiva não pode ser confundida com a figura do cadastramento – conforme já antecipamos logo no início da exposição deste tópico. Este último instituto nada mais é do que um banco de dados que indica as condições de habilitação de um futuro interessado em contratar com o Poder Público. Já o primeiro procedimento auxiliar vai além, porque reconhece, de maneira formal, que o interessado possui os requisitos de qualificação técnica, ofertando-lhe, pois, a titularidade de um direito subjetivo neste sentido. Percebe-se, assim, que a pré-qualificação possui uma decisão administrativa muito mais densa e qualificada do que o cadastramento, ou seja, uma carga decisória bem mais concreta. Então, há, aqui, uma avaliação da qualidade dos documentos, o que no primeiro não se percebe. No cadastramento, somente se tem um depósito, ou seja, um arquivamento dos documentos necessários, para não se precisar apresentá-los a qualquer procedimento no qual o fornecedor venha a participar.

Além disso, pode-se dizer que a pré-qualificação subjetiva pode estabelecer grupos ou segmentos de fornecedores. Exemplificando, pode-se dividir a qualificação para quem constrói vinte quilômetros de rodovia e outra para quem faz cem quilômetros, porque a habilitação, nestes dois casos, será diferente. Assim, poderá se ter um grau de segmentação de acordo com os diversos níveis de complexidade do objeto a ser contratado.

Ainda, podemos classificar a pré-qualificação em total ou parcial, aplicável apenas à modalidade de pré-qualificação subjetiva.

(a) Pré-qualificação total: é exigida a habilitação prévia de todos os requisitos de ordem técnica;

(b) Pré-qualificação parcial: a Administração Pública pode exigir apenas parte dos requisitos de habilitação. Neste caso, haverá um direcionamento para quais especificidades se quer qualificar previamente.

De acordo com aquilo que foi visto, a pré-qualificação pode ser total ou parcial. No último caso, poderá estar restrita a alguns requisitos de habilitação. É o caso do art. 80, do Decreto nº 7.581/11, porque optou por restringir a qualificação dos interessados apenas no que se refere aos requisitos de ordem técnica. Sendo assim, em âmbito federal, não se poderão exigir outros requisitos que não aqueles previstos no referido ato normativo. Aqui, podemos dizer que não se exorbitou do poder normativo infralegal, porque a própria lei permite que a Administração Pública restrinja os requisitos no caso de qualificação prévia. Então, a União, de maneira discricionária, optou por assim fazer a todas as licitações que correrem pelas regras do regime diferenciado e se utilizarem do procedimento auxiliar em análise.

Segundo depreendemos do § 4º do art. 30 da Lei nº 12.462/11, pode-se previamente qualificar um sujeito “[...] parcial ou total, contendo alguns ou todos os requisitos de habilitação ou técnicos necessários à contratação.”. O § 1º do art. 80 do Decreto federal nº 7.581/11 possui redação um pouco diversa: “A pré-qualificação poderá ser parcial ou total, contendo alguns ou todos os requisitos de habilitação técnica necessários à contratação (...)”.

Em verdade, consideramos que o dispositivo infralegal corrigiu a legislação, ou seja, promoveu uma verdadeira interpretação autêntica – ainda que seja uma providência de discutível constitucionalidade. Passou-se a reconhecer, assim, que a alteração acabou por referendar que essa regra se aplica apenas à pré-qualificação subjetiva, porque a autoridade licitante pode querer qualificar todas ou parte das condições de qualificação técnica dos interessados. E assim posto, acabou por excluir, de quebra, a pré-qualificação de objetos.

12. Licitações restritas

Deve-se ter atenção ao disposto no art. 30, § 2º, da Lei nº 12.462/11, porque ele permite que a licitação seja restrita aos pré-qualificados, conforme determine o regulamento. Neste caso, deve ser promovida uma ampla e intensa divulgação, para que outros interessados não se surpreendam com a publicação de um edital cujo certame seja restrito aos interessados.

Cabe referir que as licitações restritas já eram admitidas em outras áreas. Basta visualizar aquilo que dispõe o art. 3º, § 12, da Lei nº 8.666/93, o qual permite que as licitações para a implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação poderão ser adstritas a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei no 10.176, de 11 de janeiro de 2001. Sem contar que o art. 48, inciso I, da Lei

Complementar nº 123/06, permite que certos certames admitam apenas microempresas e empresas de pequeno porte. Deve ficar claro que este procedimento não se presta a qualificar produtos pouco complexos. Ao contrário, deve ser focado em objetos que detenham bastante complexidade.

Importa perceber que, no caso de se restringir o certame somente àqueles pré-qualificados, já no edital de qualificação prévia se deveria indicar esta intenção, a fim de garantir a isonomia. Até porque, neste momento, deve-se fazer menção aos montantes e às estimativas de contratação no instrumento convocatório, bem como aos prazos para qualificação e ingresso na competição. Nesse caso, não se admitiriam interessados outros que não participaram da pré-qualificação. Do contrário, este procedimento se transformaria em um cadastro. Outro ponto a ser destacado: deve se cuidar para não se violar o princípio da proporcionalidade ao se exigir dos participantes, no caso, requisitos excessivos.

Assim, para que a dita restrição aos participantes seja possível, é necessário que, cumulativamente, congreguem-se todos esses requisitos:

(a) que a convocação para a pré-qualificação discrimine que as futuras licitações serão restritas aos pré-qualificados;

(b) que na convocação mencionada no item “a” conste estimativa de quantitativos mínimos que a Administração Pública pretende adquirir ou contratar nos próximos doze meses;

(c) que a pré-qualificação seja total, ou seja, que contenha todos os requisitos de habilitação técnica necessários à contratação;

(d) que a pré-qualificação seja amplamente divulgada;

(e) que esteja permanentemente aberta aos interessados, obrigando-se a unidade por ele responsável a proceder, no mínimo anualmente, a chamamento público para a atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados;

(f) que só possam participar da licitação restrita os pré-qualificados que, na data da publicação do respectivo instrumento convocatório:

(f1) já tenham apresentado a documentação exigida para a pré-qualificação, ainda que o tal pedido seja deferido posteriormente; e

(f2) estejam regularmente cadastrados.

No caso de realização de licitação restrita, a Administração Pública deverá enviar convite por meio eletrônico a todos os pré-qualificados no respectivo segmento. Tal missiva não exclui a obrigação de atendimento aos requisitos de publicidade do instrumento convocatório (art. 86, §§ 3º e 4º, do Decreto federal nº 7.581/11).

O ente estatal contratante deverá indicar, no instrumento convocatório, os quantitativos mínimos a serem adquiridos. Tal situação leva a crer que não precisaria indicar os quantitativos máximos. Esta não é a melhor solução, porque prejudica a economicidade do certame. Sabe-se, de antemão, que

quanto maior o montante de um produto ou de um serviço licitado, menor tende a ser o preço a ser pago por ele. Significa dizer que, se um edital previu a aquisição de dada quantidade de um produto e, posteriormente, compra-se o dobro dela, estar-se-á correndo o risco de se originar, em razão da perda de economia de escala, uma desvantagem desmedida ao Poder Público.

Além disso, quando a pré-qualificação se der somente sobre bens, não se teria como perfazer licitação restrita àqueles qualificados antecipadamente, pelo simples motivo de que não se identificou, neste caso, licitantes em potencial. Enfim, tinha-se a intenção de qualificar tecnicamente produtos, independentemente de quem os fornecessem. Daí porque qualquer restrição relativa a fornecedores torna-se irrazoável. De outro lado, também não se poderia restringir a licitação somente quanto a bens pré-qualificados, porque, nesse caso, não há previsão legal. Concluindo: quando se está diante de uma pré-qualificação objetiva, não há que se falar em licitação restrita.

Note que, nesse caso, a competitividade ficaria altamente limitada, impedindo que outros participantes possam acessar o certame. Esta crítica é minimizada pelo fato de que a pré-qualificação está permanentemente aberta, sendo que, em momento anterior, as empresas poderiam a qualquer tempo ter buscado sua qualificação. Contudo, essa figura jurídica, mesmo já efetivada, não gera direito adquirido àqueles já habilitados. O Poder Público pode optar pela realização do certame, na hipótese em que se verifique existir potencial para uma ampla competição¹⁹. Assim, os qualificados possuem mera expectativa de direito.

Dessa forma, o art. 30, da Lei nº 12.462/11, mostra-se como uma disposição interessante, mas a ser aplicada com parcimônia, porque, como visto, prevê a possibilidade de se perfazerem licitações restritas a determinado segmento de fornecedores. De imediato poder-se-ia pensar que se trata de típico caso de medida normativa que viola um elemento nuclear das licitações: a competitividade. Contudo, como todo o princípio, ele deve ser ponderado para com os demais incidentes à espécie, não podendo ser tomado como absoluto ou mesmo concebido sem a devida ponderação. O que se quer dizer é que a competitividade pode sim ser relativizada (restringida) em determinadas situações e para se atingir outros bens jurídicos, quiçá mais relevantes. E justamente estes são os fundamentos que dão base às licitações restritas.

O risco que a dita restrição pode gerar é muito mais pragmático do que jurídico. Consiste no fato de que os licitantes já pré-qualificados, sabedores que o certame se limitará a eles, venham a formar, entre si, um conchavo e, p. ex., dar cabo de combinar preços. Veja que, neste caso, a pré-qualificação pode servir de verdadeira “arena” para que os interessados selecionados atuem em conluio, frustrando os princípios da seleção da melhor proposta, com o direcionamento ou rateio do objeto licitatório. Sabe-se que qualquer arranjo que traga a público antecipadamente quem são os participantes aumenta a chance de conluio.

13. Leituras importantes a serem realizadas

Neste tópico, destaco algumas leituras já realizadas e que muito auxiliam no entendimento da matéria, a qual pode ser muito útil na realidade das contratações e aquisições da Instituição.

<http://pt.slideshare.net/kleperlavor/prqualificaoapresentao-rd-cprequalificaoslideshare>

Destaca-se esta apresentação de autoria do Servidor do DPL, Alfredo Kleper Chaves Lavor, que é bastante rica nesta temática aqui em resumo.

<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-28-NOVEMBRO-2011-MAR%C7AL-JUSTEN-FILHO.pdf>

<http://jus.com.br/artigos/21119/comentarios-sobre-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas/2>

<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/busca?q=LICITA%C3%87%C3%83O.+PR%C3%89-QUALIFICA%C3%87%C3%83O>

<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/dnit-fara-pre-qualificacao-de-empiteira-em-licitacao>

Caso prático realizado.

http://www.ans.gov.br/portaI/upload/transparencia/transparencia_licitacoes/EditaI_Pre-Qualificacao_01.2005.pdf

Modelo de edital.

14. Conclusão

Assim como tantas outras inovações produzidas nos últimos anos em direito administrativo, o *Regime Diferenciado de Contratação* necessita de um período de maturação. Apesar disso, sem sombra de dúvidas, ganha, hoje, um papel protagonista no cenário nacional. Aquele que seria um regime jurídico de contratações transitório e relegado a desaparecer juntamente com a entrega da última medalha dos Jogos Olímpicos de 2016, cresce e toma espaço nas relações mais triviais das contratações públicas.

Os procedimentos auxiliares não são institutos autônomos ou satisfativos, mas sim, afetos a melhorar a dinâmica dos demais procedimentos ou reduzir sua complexidade. Servem, portanto, aos outros ritos, porque não produzem, por si mesmos, um resultado útil à Administração Pública ou para o interessado particular. Contudo, não se pode dizer que eles não terão efeitos próprios no âmbito do RDC, podendo, inclusive, sofrer o pertinente contencioso administrativo, porque inúmeras decisões podem ali ser praticadas. O que se quer dizer, em resumo, é que tais procedimentos servirão a outros, não conservando a devida autonomia.

Assim, a fim de dar sistematicidade a tudo o que aqui se expôs, podemos resumir nossas conclusões nos seguintes tópicos:

- Os procedimentos auxiliares são ferramentas jurídicas que visam a auxiliar o administrador público nas contratações administrativas, primando pela celeridade e pela eficiência. São mecanismos alternativos a viabilizar as licitações públicas de maneira mais ágil e efetiva. Eles conservam sua autonomia em relação ao RDC;
- São definidos como procedimentos auxiliares no RDC: a pré-qualificação permanente, o cadastramento, o sistema de registro de preços e o catálogo eletrônico de padronização;
- A pré-qualificação consiste na antecipação da fase de habilitação, momento em que se qualificam pessoas ou bens para que possam participar de várias licitações. Em um único momento, habilitam-se os interessados que estão aptos a participar de vários certames públicos pertinentes a esta pré-qualificação. É um ato administrativo com a presença de critérios objetivos de julgamento, precedida de um devido processo legal;
- O RDC permitiu que também aqui se exigisse amostra de bem ou de produto;

- Ao final, emite-se um certificado àquele que foi declarado habilitado antecipadamente. Este certificado terá um determinado prazo de validade, que, quando expirado, poderá ser renovado;
- Da decisão acerca da pré-qualificação cabe recurso no prazo de cinco dias úteis, contado a partir da data da intimação ou da lavratura da ata do ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessados;
- A pré-qualificação pode ser subjetiva visa a habilitar fornecedores que reúnam condições de qualificação exigidas para contratações futuras;
- A pré-qualificação objetiva visa a qualificar bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública. A pré-qualificação subjetiva pode estabelecer grupos ou segmentos de fornecedores;
- O procedimento auxiliar objetivo será aplicado exclusivamente nas licitações para efetivar contratos de compra. Sendo assim, não poderá ser utilizado para os casos de contratos de serviços ou de obra;
- Ainda, a pré-qualificação pode ser total (quando se exige a comprovação de todos os requisitos de ordem técnica) ou parcial (momento em que se reclamam apenas parte das condições ligadas à habilitação);
- O RDC permite que a licitação esteja restrita aos pré-qualificados;
- Caso se opte por este cerceamento, deve-se, antes, promover a divulgação ampla da pré-qualificação;
- Quando se realizar a licitação restrita, a administração pública deve enviar convite por meio eletrônico a todos os pré-qualificados no respectivo segmento.

A pré-qualificação é um mecanismo útil para tornar o procedimento licitatório mais expedito e rápido, além de ampliar a segurança contratual da Administração Pública. No entanto, a sua adoção deve ser acompanhada com toda a atenção para evitar desvios e abusos.