



THIAGO MARRARA

Professor de Direito Administrativo da USP (FDRP). Livre-docente pela USP (FD). Doutor pela Universidade de Munique (LMU). Editor da Revista Digital de Direito Administrativo da USP (RDDA). Consultor especializado em Direito Administrativo, regulatório e urbanístico.

A fase de habilitação na licitação: o que mudou com a Lei nº 14.133/2021?

SUMÁRIO

- 1.** Introdução
 - 2.** Habilitar para salvar o contrato ou para salvar o mundo?
 - 3.** A habilitação e seus perigos
 - 4.** Habilitação na nova lei: evolução ou retrocesso?
 - 5.** Válvulas de escape: dispensa e mitigação da habilitação
 - 6.** Conclusão
- Bibliografia

1. Introdução

Avaliar é verificar o valor de algo. Qualquer avaliação que se preze depende da compreensão prévia das finalidades a que se presta o objeto avaliado e de comparações com alternativas. Por exemplo, muitos dizem por aí que o Congresso brasileiro exagera na criação de normas gerais sobre licitações. Para confirmar essa tese de hipernormatização, deveríamos ao menos levar em conta o papel das normas gerais dentro do contexto nacional e como se comportam sistemas estrangeiros com semelhante modelo de contratação.

A mesma lógica se emprega em avaliações sobre as opções do legislador quanto ao processo licitatório e suas fases, como a habilitação. Para entender o que mudou na Lei nº 14.133/2021 e se as novidades legais representam avanços ou retrocessos, é imprescindível recordar as finalidades da habilitação e como a legislação tratou do tema ao longo das últimas décadas. Esses são, em breves linhas, os objetivos que este breve artigo persegue.

2. Habilitar para salvar o contrato ou para salvar o mundo?

O sistema de contratações públicas persegue dois objetivos centrais que não variam significativamente mundo afora. De um lado, opera para evitar que o Estado obste a livre concorrência e a livre-iniciativa. Se a Administração Pública estivesse livre para contratar sem processos objetivos de seleção, seria facilmente manipulada por agentes públicos influentes para beneficiar fornecedores que com eles mantêm relações políticas, comerciais, sentimentais ou eleitorais. Contrataria bens, serviços e obras não por seu bom preço, por suas qualidades ou características inovadoras, mas sim pelos interesses subjetivos dos agentes públicos e empresários envolvidos nas negociações. Transformaria a competição por produtos e

serviços em uma competição por quem mais bajula e agrada o Estado e suas autoridades. Por esses e outros problemas, não é difícil concluir que licitar é fundamental para concretizar princípios da ordem econômica. Ao estabelecer regras claras, objetivas e transparentes de contratação, a legislação permite que qualquer um possa competir de modo justo pela celebração do contrato administrativo.

O sistema de contratações públicas persegue dois objetivos centrais que não variam significativamente mundo afora.

De outro lado, o sistema de contratação pública, manejado no geral por meio de licitações, destina-se a promover a vantajosidade. Esse conceito aceita definições inúmeras por força de variáveis que levam em conta o tempo e os sujeitos envolvidos. Em sentido contratual mais imediatista, a vantajosidade impõe a busca da melhor proposta à luz dos critérios empregados no julgamento de cada situação. A depender do critério utilizado, ela se encontrará no maior desconto, no mesmo preço ou na melhor técnica, etc. Se mudarmos, porém, o parâmetro temporal considerado, a conclusão será outra.

Em longo prazo, a vantajosidade como a contratação mais adequada será aquela que considera o preço na licitação, juntamente com os riscos de má-execução contratual e os custos do ciclo de vida do produto ou serviço contratado.¹ Se extrapolarmos esse cenário ainda mais, a vantajosidade indicará a seleção da proposta capaz de maximizar os benefícios a todos os atores direta ou indiretamente afetados pelo contrato, como os usuários de serviços públicos, os servidores, etc.

¹ A respeito dessas perspectivas da vantajosidade, cf. DIPIETRO; MARRARA, 2022, p. 10 e 11.

Aqui, a vantajosidade se aproximará do desenvolvimento sustentável.

A despeito da aceção preferida, fato é que a licitação constitui ferramenta de concretização dos princípios da ordem econômica e da vantajosidade contratual. Daí facilmente se conclui que julgar as propostas dos licitantes apenas à luz de seus aspectos comerciais não basta. Verificar simplesmente quem oferta o menor preço, o maior desconto ou a melhor técnica pode até gerar algum benefício ao ente contratante num primeiro momento, mas não permitirá que a Administração Pública celebre bom negócio em perspectiva temporal e subjetiva mais abrangente.

É nesse contexto que se insere a fase de habilitação, realizada antes ou depois da fase de julgamento.² Embora a legislação brasileira tenha expandido e confundido seu escopo ao longo dos anos, na essência, trata-se de fase licitatória destinada a verificar se o potencial contratado terá condições de entregar o que prometeu, ou seja, de executar as obrigações pactuadas de forma satisfatória até a conclusão bem-sucedida do contrato.

A habilitação serve para impedir que o Estado selecione e direcione recursos a pessoa incapaz de honrar o contrato administrativo, seja por suas deficiências para lidar com a complexidade técnica das obrigações, seja por ausência de recursos econômicos para se manter ao longo da execução, seja por não dispor de requisitos jurídicos básicos para operar. Ao assegurar a presença dessas capacidades executórias, a habilitação desponta como ferramenta de tutela dos princípios da eficiência administrativa (na sua faceta de efetividade

2. A Lei nº 8.666 impunha a realização da habilitação antes do julgamento. No entanto, esse modelo estava associado ao aumento do grau de litigiosidade nas licitações e, igualmente, a custos mais altos para a condução do processo administrativo licitatório. Assim, corretamente, a Lei nº 14.133/2021 prevê que a habilitação ocorrerá, em regra, após o julgamento e apenas quanto ao licitante que tiver apresentado a melhor proposta. Excepcionalmente e mediante motivação, permite a inversão de fases para que a habilitação anteceda o julgamento (art. 17, § 1º).

da ação estatal contratualizada) e da moralidade administrativa.

3. A habilitação e seus perigos

Embora justificável pelos objetivos examinados, na prática, a habilitação revela alguns inconvenientes. A uma, costuma ser bastante burocratizante e custosa, pois envolve a entrega de numerosos documentos e o cumprimento de requisitos nem sempre simples. Isso pode não apenas alongar o trâmite de contratação como torná-lo dispendioso para particulares e para a Administração. A duas, o legislador muitas vezes esquece o escopo originário da habilitação e a expande de forma irrefletida. Ao se ampliar, essa fase, custosa por natureza, tende a gerar dois efeitos nocivos preocupantes e, em última instância, capazes de comprometer finalidades maiores do sistema de contratação pública.

O primeiro efeito nocivo consiste na redução do número de agentes econômicos em condições de respeitar os requisitos de habilitação e, por conseguinte, de participar com reais chances de sucesso do sistema de contratação pública. É preciso recordar que, no Brasil, cerca de 99% do empresariado é composto de microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP). Quanto menor o agente econômico, maior o impacto relativo da burocracia sobre o funcionamento e menor sua capacidade institucional de lidar com ela. Isso mostra que a forma de normatização da habilitação está atrelada diretamente à atratividade da contratação. O aumento de exigências, nesse contexto, é inversamente proporcional ao estímulo à competitividade.³

3. Por esse motivo, torna-se imprescindível observar a razoabilidade nos requisitos de habilitação, como aponta a Súmula nº 272 do TCU: “no edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato”. Cf. AMORIM, 2021, p. 169.

O segundo efeito nocivo consiste no aumento dos preços cobrados pelos agentes econômicos em contratos administrativos. O valor exigido por um bem, serviço ou obra é resultado de muitos fatores, como a concorrência no polo da oferta, os riscos oriundos da execução obrigacional e os custos dela decorrentes. Ora, ao elevar custos de participação no certame, a habilitação afeta dois desses fatores: reduz a concorrência na oferta, pois afasta competidores sem estrutura para lidar com a burocracia, e aumenta proporcionalmente os custos da contratação com o Estado. Por conseguinte, a burocratização da habilitação induz os agentes econômicos a desejar preços maiores e, ao fazê-lo, prejudica a vantajosidade.

4. Habilitação na nova lei: evolução ou retrocesso?

Entendidas as funções da habilitação no sistema de contratação pública e os impactos nocivos que a burocratização dessa fase licitatória acarreta para a competitividade e para a vantajosidade, resta verificar como a nova Lei de Licitações de 2021 (NLL) lidou com o assunto. A Lei nº 14.133/2021 respeita a função originária da habilitação? Ela a burocratiza ou facilita? Quais as ferramentas que ela oferece ao órgão contratante para mitigar os efeitos nocivos da habilitação? O quadro comparativo da legislação brasileira em perspectiva histórica, a seguir apresentado, é capaz de apontar respostas para as duas primeiras indagações. Vejamos:

Quadro comparativo: habilitação na legislação brasileira

DL Nº 200/1967 (ART. 131)	DL Nº 2.300/1986 (ART. 25)	LEI Nº 8.666/1993 (ART. 27)	LEI Nº 14.133/2021 (ART. 62)
<i>Personalidade jurídica</i>	Capacidade jurídica	Habilitação jurídica	Jurídica
<i>Capacidade técnica</i>	Capacidade técnica	Qualificação técnica	Qualificação técnico-profissional e técnico-operacional
<i>Idoneidade financeira</i>	Idoneidade financeira	Qualificação econômico-financeira	Habilitação econômico-financeira
	<i>Regularidade fiscal</i>	Regularidade fiscal e trabalhista (incluída pela Lei nº 12.440 de 2011)	Habilitação fiscal, social e trabalhista (agora embute o cumprimento do art. 7º, inciso XXXIII)
		Cumprimento do art. 7º, inciso XXXIII, CF	
			<i>Vagas para deficientes e reabilitados da previdência social</i>

Fonte: elaboração própria.

As informações do quadro falam por si só. Do Decreto-Lei de 1967 até a Lei nº 14.133 de 2021, os requisitos de habilitação se expandiram de maneira contínua e incontestável. De início, circunscreviam-se à capacidade de execução contratual, tratando dos requisitos jurídicos, técnicos e financeiros do licitante. Ao longo do tempo, novas exigências se agregaram, como a regularidade fiscal, a trabalhista,

a social, incluindo a necessidade de observância de regras de trabalho de menores e reserva de vagas para deficientes e reabilitados da previdência social.

Esses dados permitem concluir que a NLL seguiu a tendência legislativa das últimas décadas e se afastou da finalidade estrita da habilitação, consistente, originariamente, na mera verificação da capacidade de execução do contrato. Hoje, a fase em

questão é mais abrangente, burocrática e custosa que nas leis anteriores, pois assume contornos de verdadeiro controle da atuação do contratado no mercado. Coloca-se nas mãos do agente de contratação fazer verificações que não guardam relação direta com a capacidade de execução contratual e, a rigor, caberiam a órgãos especializados de fiscalização tributária, social e trabalhista.

É possível que esse modelo de habilitação expandida desempenhe papel favorável à promoção do desenvolvimento sustentável e da moralidade administrativa. Porém, é certo que aumentará ainda mais os efeitos nocivos da habilitação sobre a competitividade e a vantajosidade em sentido contratual. Multiplicará, igualmente, as tarefas dos agentes públicos responsáveis pelas contratações por lhes atribuir funções que nem sempre compatibilizam-se com suas habilidades principais e com a estrutura institucional dos órgãos em que atuam. Para o Estado, no geral, essas implicações equivalerão a mais custos e a mais demora na contratação.

Em face dessa constatação sobre o modelo de habilitação expandida, cumpre discutir, para aprimoramentos futuros, se o Brasil não deveria (i) seguir um caminho mais próximo ao da antiga legislação nacional, deixando para outras autoridades públicas a fiscalização de aspectos extracontratuais da vida do licitante, de modo a tornar a contratação mais simples, barata e acessível; ou, alternativamente, (ii) acompanhar o modelo mais claro da União Europeia, em que aspectos relacionados à regularidade fiscal, ao combate à corrupção, ao terrorismo e a outros temas socialmente relevantes aparecem no processo de contratação pública como “causas de exclusão” obrigatória ou facultativas de licitantes,⁴ não como parte da habilitação, já que não se trata exatamente de verificação da capacidade de execução contratual.

5. Válvulas de escape: dispensa e mitigação da habilitação

Até que alguma mudança legislativa sobrevenha, será inevitável conviver e lidar com o modelo de habilitação expandida que a NLL adota. Para contornar certos malefícios oriundos desse modelo, o agente público necessitará (i) ter em vista as estratégias que a lei lhe oferece de dispensa de habilitação ou de mitigação de seus efeitos nocivos e (ii) empregá-los, sempre que possível, em favor da maior competitividade, vantajosidade e eficiência da contratação.

Em termos técnicos, na nova lei, os efeitos nocivos da habilitação podem ser mitigados pelo emprego de ferramentas, como:

1. A *pré-qualificação*, espécie de procedimento auxiliar que se destina à pré-seleção contínua de licitantes que reúnam condições de habilitação para participar de futura licitação ou de licitação vinculada a programas de obras ou de serviços objetivamente definidos (art. 80, inciso I, NLL). Além de permitir que o interessado se submeta a inúmeras tentativas e organize sua documentação com mais facilidade ao longo do tempo, a pré-qualificação ainda lhe beneficia com o direito de participar de eventual licitação restrita (art. 80, § 10, NLL).

2. O *registro cadastral unificado* (RCU), espécie de procedimento auxiliar que já constava da Lei nº 8.666/1993, mas agora é remodelado como registro disponível de forma contínua no PNCP e que deflagra efeitos para o Brasil todo, impedindo exigências de registros complementares estaduais e locais (art. 87, § 2º, NLL). Além disso, o RCU pode ser utilizado em pré-qualificação e gerar o benefício de participação em licitação restrita (art. 87, § 3º, NLL).

3. O *adiamento da habilitação* para depois do julgamento como regra geral, de modo a se exigir a apresentação dos documentos somente do vencedor (art. 63, inciso II, NLL). Embora se permita, de modo excepcional e motivado, a realização da habilitação pré-julgamento, a regularidade

⁴. A respeito, BURGI, 2016, p. 181-186, e MARRARA, 2016.

fiscal necessariamente será verificada depois dele (art. 63, inciso III, NLL).

4. A *flexibilização do formalismo*, de modo que a Administração pode: (i) após a entrega dos documentos, abrir diligência para complementação de informações e para atualização de documentos de validade expirada após a entrega da proposta (art. 64, *caput*, NLL) e (ii) sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação (art. 64, § 1º, NLL). Como meio favorável à flexibilização, também cabe realçar o permissivo da habilitação mediante processo eletrônico de comunicação a distância (art. 65, § 2º) e a aceitação da documentação em original, por cópia ou qualquer outro meio expressamente admitido pela Administração (art. 70, inciso I) – regra proveniente da legislação passada.

5. A *aceitação de provas equivalentes*, por exemplo, no tocante ao conhecimento e experiência prática de profissionais para sua qualificação técnica (art. 67, §§ 3º, 4º e 5º) ou em relação às exigências de regularidade fiscal, social e trabalhista (art. 68, § 1º). A aceitação de equivalente também se estende de maneira salutar a empresas estrangeiras que não funcionem no país (art. 70, parágrafo único, NLL).

6. O *empréstimo de documentação*, por exemplo, na qualificação técnica, pelo uso de atestados do potencial subcontratado ou uso relativo de atestado emitido anteriormente em favor de consórcio do qual o licitante tenha feito parte (art. 67, §§ 9º e 10).

Para além dessas técnicas de mitigação dos efeitos nocivos da habilitação para a Administração ou para os licitantes, em parte repetidas da legislação passada, a nova lei contém previsões de dispensa de habilitação, ou seja, regras que permitem ou exigem afastar essa fase, quer por sua incompatibilidade com a forma de contratação, quer para facilitá-la.

O assunto não é novo. A Lei nº 8.666/1993 previa dispensa de habilitação e, arrisco afirmar, de modo

até mais abrangente que a nova lei. Seu art. 32, § 1º, afirmava que a documentação de habilitação era dispensável, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta-entrega e leilão. Já o § 7º permitia a dispensa parcial ou total da documentação para a aquisição de produto para pesquisa e desenvolvimento de até R\$ 80 mil.

A aceitação de equivalente também se estende de maneira salutar a empresas estrangeiras que não funcionem no país.

A Lei nº 14.133 também reconhece a dispensa de habilitação, mas em termos mais tímidos, uma vez que prescinde de dispositivo semelhante ao art. 32, § 1º, da Lei nº 8.666, relativo às várias modalidades licitatórias de menor complexidade. Em termos similares, encontra-se na nova lei apenas o art. 31, § 4º, que afasta a habilitação da modalidade de leilão. Além disso, o art. 70, inciso III, segue o mandamento da lei anterior ao estipular a dispensa total ou parcial da habilitação

“nas contratações para entrega imediata, nas contratações em valores inferiores a ¼ do limite para dispensa de licitação para compras em geral e nas contratações de produto de pesquisa e desenvolvimento até o valor de trezentos mil reais”.

Nesse dispositivo, revelam-se dois avanços sutis da nova lei em relação à antiga. De um lado, faculta-se a dispensa total ou parcial de documentos de habilitação para qualquer contratação até o valor de R\$ 12,5 mil (ou seja, um quarto do valor geral de dispensa para compras). De outro, eleva-se o limite financeiro da dispensa de habilitação para contratações de produto de pesquisa e desenvolvimento, entendidos como

“bens, insumos, serviços e obras necessários para atividade de pesquisa científica e tecnológica,

desenvolvimento de tecnologia ou inovação tecnológica, discriminados em projeto de pesquisa” (art. 6º, inciso LV).

6. Conclusão

O art. 62, *caput*, da NLL afirma que a “habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação [...]”. Meia-verdade! Essa definição legal se harmonizaria perfeitamente ao modelo de habilitação do art. 131 do Decreto-Lei nº 200/1967, mas não reflete a estrutura da Lei nº 14.133.

Seguindo o movimento de ampliação dos requisitos da habilitação das últimas décadas, a lei de 2021 insere nessa fase da licitação não apenas a verificação da capacidade de execução contratual, como também o controle de outros aspectos da vida do licitante. Num modelo de habilitação expandida, transforma o agente de contratação em fiscal de inúmeras políticas públicas fiscais, sociais e trabalhistas.

Conquanto esse modelo legal se alinhe a uma perspectiva mais ampla do papel da contratação pública no processo de desenvolvimento, é

inegável que também gera riscos significativos de encarecimento das licitações, de demora nas contratações, de aumento de barreiras à participação de pequenos agentes econômicos e, pior, de redução da competitividade.

Consciente ou inconsciente desses malefícios, o próprio legislador embutiu na nova lei ferramentas para que os órgãos contratantes pudessem superá-los. De um lado, isso se vislumbra no reconhecimento de procedimentos auxiliares como a pré-qualificação e o cadastro unificado, na absorção mais intensa do formalismo mitigado e de novas tecnologias de informação e comunicação. De outro, manifesta-se em hipóteses explícitas de dispensa parcial ou total da documentação de habilitação.

Isso não obstante, as mudanças da nova legislação se mostram tímidas e, presumivelmente, não reduzirão a pressão gerada pela habilitação contra a abertura do ambiente de contratação pública a mais competidores. Sem a pretensão de descartar essa importante fase licitatória, essa constatação revela a urgência de debater se o movimento histórico de burocratização da habilitação trará ganhos suficientes para compensar suas perdas, sobretudo em termos de competitividade e vantajosidade, e se há alternativas melhores a esse modelo. ●

BIBLIOGRAFIA

- AMORIM, Victor. Modalidades e rito procedimental da licitação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Licitações e contratos administrativos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- BURGI, Martin. *Vergaberecht*. Munique: Beck, 2016.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. Estrutura geral da nova lei: abrangência, objetivos e princípios. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Licitações e contratos administrativos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- MARRARA, Thiago. Licitações na União Europeia (V): habilitação e exclusão de licitantes e técnicas de comprovação dos requisitos para contratar em favor da concorrência transfronteiriça. *Revista Colonistas de Direito do Estado*, n. 316, 2016.