

A INEGIXIBILIDADE DO PROGRAMA BRASILEIRO DE QUALIDADE E PRODUTIVIDADE DO HABITAT NOS EDITAIS DE LICITAÇÃO PÚBLICA COMO CRITÉRIO DE HABILITAÇÃO

Laryssa Silva Arduini¹

Tháísa Haber Faleiros²

RESUMO

Uma das ilegalidades nos certames licitatórios é a presença do certificado de participação no Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Habitat como critério de habilitação. O programa brasileiro (PBQP-H) foi instituído pela Portaria 134 de 1998 do Ministério de Planejamento e Orçamento a fim de organizar o setor de construção civil e dar maior qualidade e modernidade produtiva e não para ser um critério de habilitação que restringe a participação das empresas nos certames licitatórios. A competência para legislar sobre normas gerais da licitação é privativa da União e nosso ordenamento, atualmente, não exige que as empresas sejam cadastradas no PBQP-H para participarem dos certames licitatórios. A Administração Pública, por seu caráter discricionário, não pode criar mecanismos que restrinjam a competitividade e a igualdade dos participantes, assim, somente pode ser exigido das empresas documentos referentes à qualificação técnica e econômica indispensáveis ao cumprimento das obrigações do objeto a ser licitado.

Palavras – chave: Licitação. Habilitação. PBQP-H. Competitividade. Restrição

¹ Aluna do 10º período do Curso de Direito. Endereço: laryssaarduini@hotmail.com

² Professora Orientadora.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, grande parte dos editais de licitação tem trazido como critério de habilitação das empresas, nos certames licitatórios, a exigência de certificado de inclusão no Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Habitat.

O PBQP-H foi instituído pela Portaria nº. 134 do Ministério do Planejamento e Orçamento a fim de melhorar a qualidade e eficiência na construção civil por meio da organização do ramo, no entanto, o Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Habitat não pode ser considerado um critério de habilitação nas licitações públicas.

A Administração Pública tem defendido a exigência do PBQP-H como critério de habilitação sob o argumento que apenas as empresas cadastradas no Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Habitat estariam aptas a apresentar propostas à Administração ao passo que qualquer critério especificador contrário ao texto constitucional vicia todo o certame licitatório.

A Constituição Federal estabelece que somente a União poderia legislar sobre as normas gerais de licitação, salvo delegação por meio de lei complementar aos Estados. Desse modo, como a legislação brasileira não prevê como critério de habilitação o certificado de participação no PBQP-H e ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei, sua exigência é inconstitucional.

As empresas não participantes do Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Habitat não podem ser impedidas de participarem das licitações pelo caráter discricionário dos agentes públicos ao criar um novo critério de qualificação técnico, vez que sua exigência é ilegal no nosso ordenamento.

A Lei 8.666/93, norma geral das licitações e contratos administrativos, já prevê a exigência de qualificação técnica por meio das Arts do profissionais e os acervos técnicos, sendo, o certificado de PBQP-H um ato atentatório à legalidade, à igualdade e à competitividade.

Além disso, a presença do certificado no Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Habitat limita o mercado a um grupo e facilita possíveis contratos onerosos à Administração, já que quanto mais participantes nos certames licitatórios mais vantajosas serão as propostas.

Portanto, o presente trabalho tem como objetivo alertar a população de um possível caráter restritivo imposto muitas vezes pela Administração Pública que impede que diversas

empresas, aptas a contratar com a Administração de acordo com legislação brasileira, apresentem suas propostas.

2 O PROGRAMA BRASILEIRO DE PRODUTIVIDADE E QUALIDADE DO HABITAT

Conforme informações obtidas junto ao Ministério das Cidades, o Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Habitat (PBQP-H) foi instituído pela Portaria nº 134 do Ministério do Planejamento e Orçamento de 18 de dezembro de 1998, como resposta à meta assumida com a assinatura da Carta de Istambul (Conferência do Habitat II/1996), que tem como objetivo a organização do setor de construção civil por meio da melhoria e qualidade do habitat e modernização produtiva.

Segundo Parecer técnico jurista (DERANI, apud, BRASIL. M, 2013) referida portaria veio planejar o desenvolvimento econômico e social por meio de diretrizes de desenvolvimento urbano, inclusive habitat, além de constituir o poder constitucional para regular a atividade econômica.

Nesse contexto, conforme Ministério das Cidades:

O PBQP-H propõe-se a organizar o setor da construção civil em torno da melhoria da qualidade e da modernização produtiva, gerando um ambiente de isonomia competitiva. Para isso, o Programa conta com a participação ativa dos segmentos da cadeia produtiva, agregando esforços na busca de soluções com maior qualidade e menor custo para redução do déficit habitacional no país.

A partir da Portaria nº 134, o Governo Federal começou a incentivar as empresas a obterem a certificação de participação no PBQP-H. Contudo, houve uma inversão de valores a respeito ao incentivo à melhoria da qualidade e modernidade produtiva, vez que ao invés de incentivar a obtenção do referido certificado com o objetivo dar maior qualidade e modernidade produtiva houve a coerção por parte da Administração Pública em editar legislações estaduais exigindo referido certificado como critério de habilitação das empresas em certames licitatórios.

Diversos estados e municípios promulgaram leis e decretos no qual exigem o certificado no Programa de Qualidade e Produtividade do Habitat como critério de habilitação nos certames licitatórios. Em Minas Gerais houve a implantação do PBQP-H por meio do

Decreto 43.418 de 2003 com a criação do Programa Mineiro de Qualidade e Produtividade no Habitat (PMQP-H).

A exigência do PMQP- H como critério de habilitação das empresas nos processos licitatórios em Minas Gerais é visualizado por dois artigos que compõem o decreto:

Art. 3º - As instituições públicas do Estado, responsáveis pela gestão de contratos, deverão inserir em seus processos licitatórios todo e qualquer procedimento estabelecido nos acordos relacionados aos programas setoriais de qualidade.

Art. 9º - As instituições públicas do Estado, mesmo não participando do Comitê Executivo, da Secretaria Executiva e dos Subcomitês, deverão apoiar o desenvolvimento e a implantação do programa, nas atividades de sua competência.

No entanto, a competência para legislar sobre normas gerais da licitação é privativa da União que no uso de sua competência editou a Lei 8.666/93, posteriormente alterada pela Lei 8.883/94, que estabelece todos os critérios de habilitação das empresas nos certames licitatórios, não incluindo, por sua vez, o referido certificado.

2.1 DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

Segundo Branco (2009, p.868) “os assuntos mais relevantes e de interesse comum à vida social no País nos seus vários rincões estão enumerados no catálogo do art. 22 da CF.” A Constituição Federal proclama no referido artigo matérias de competência privativa da União.

A competência privativa da União compreende aquelas matérias em que só podem ser regulamentadas pelo poder de legislar da União. Contudo, as matérias referidas no artigo 22 da Constituição podem ser delegadas desde que a União permita por meio de lei complementar, como dispõe o parágrafo único do artigo 22 (LENZA, 2010, p. 356).

As normas gerais de licitação e contratação são de competência privativa da União e os Estados somente poderão legislar sobre o tema mediante delegação da própria União desde que satisfeito os requisitos formal, material e implícito.

Ensina Moraes (2011, p.323) que a delegação de assuntos de competência da União aos Estados, além de ser objeto de lei complementar devidamente aprovado pelo Congresso Nacional, deve se referir apenas à legislações específicas, vez que a delegação não se reveste de generalidade, mas da particularização das questões específicas, como também deve ser delegada aos entes federativos com ponto em comum, sob pena de ferir o princípio da igualdade.

Ensina Ortez (1995, p. 19) que:

Não foi conferido pela Lei 8.666/93, autorização aos Estados para legislar sobre normas específicas sobre licitações e contratos, visto ser ela lei ordinária e não complementar, mas apenas outorgado aos diversos órgãos das entidades da Administração Pública direta e indireta, poderes para estabelecer os procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, sempre segundo os mandamentos nela contidos.

Desse modo, tanto a portaria 134/94 quanto o Decreto 43.418/2003, que cria o Programa Mineiro de Qualidade e Produtividade no Habitat (PMQP-H), são formalmente inconstitucionais, vez que dispõem sobre matérias enumeradas no artigo 22 da Constituição Federal sem o adequado processo legislativo.

3 LICITAÇÃO PÚBLICA

3.1 PRINCÍPIOS BÁSICOS

Segundo Di Piedro (2011, p.360) a própria licitação pública constitui um princípio da Administração Pública, vez que ela decorre do princípio da indisponibilidade do interesse público constituindo uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante.

Segundo Carvalho Filho (2010, p.20):

Princípios administrativos são os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública. Representam cânones pré-normativos, norteando a conduta do Estado quando no exercício de atividades administrativas

A licitação pública é norteada por princípios básicos expressos no artigo 3º da Lei 8.666/93, quais seja a legalidade, a impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Desse modo, a Administração Pública deve cumprir esses princípios em sua plenitude ao passo que a Administração, no Estado de Direito, somente pode agir *sub legem* (FIGUEIREDO, 2008, p.504).

3.1.1 Princípio da Legalidade

Dentre os princípios básicos norteadores da licitação o de maior ênfase é o princípio da legalidade, comum a todo ordenamento jurídico, desobrigando qualquer comportamento senão em virtude de lei bem como assegurando a todos que participem do processo licitatório o direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido em lei. (MEDAUAR, 1998, p.5)

Leciona (FAGUNDES, 1984, p.80) que:

Todas as atividades da administração Pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade. O procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta, como fonte primária, um texto de lei. Mas não basta que tenha sempre por fonte a lei. É preciso, ainda, que se exerça segundo a orientação dela e dentro dos limites nela traçados. Só assim o procedimento da Administração é legítimo. Qualquer medida que tome o Poder Administrativo, em face de determinada situação individual, sem preceito de lei que autorize, ou excedendo o âmbito de permissão da lei, será injurídica.

Segundo Zago (In:MEDAUAR, 1998, p.5) o princípio da legalidade é integrado pela normatividade jurídica e pela hierarquia normativa. Assim, se a Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu artigo 22 inciso XXVII que a competência para legislar sobre as normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades para a administração pública, direta e indireta, é privativa da União, qualquer outra norma que trazer novas prerrogativas sobre o tema e que não forem elaboradas pela União, na sua competência privativa, não poderão criar obrigações nem poderão derogar norma hierarquicamente superior, já que a Lei 8.666/93 já estabelece as normas gerais sobre licitação pública.

A Constituição Federal de 1988 consagra no artigo 5º, inciso II que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, enquanto à Administração Pública é permitido apenas o que a lei autoriza. Assim, se a Administração atua em desconformidade com a lei ou sem uma lei autorizando o ato é desprovido de juridicidade e incapaz de produzir efeitos jurídicos. (ORTIZ, 1995, p.40).

Portanto exigência do certificado de Produtividade e Qualidade do Habitat nos editais de licitação não tem o condão de inabilitar os participantes nos certames, vez que a norma geral que traz o critérios de habitação não consagrou referido certificado como uma exigência de capacidade técnica.

3.1.2 Isonomia

A Administração Pública não pode estabelecer por sua discricionariedade cláusulas ou condições que inibam a concorrência, tais como, o Certificado de Qualidade e Produtividade do Habitat, sob pena de violar o direito fundamental de igualdade. Leciona Zago (In: MEDAUAR, 1998, p. 18) que “toda a vantagem concedida pela Administração Pública que não tenha sido concedida simultaneamente aos demais, lesa e restringe o princípio da igualdade viciando de nulidade os atos do procedimento e também o contrato.”

A Administração Pública invoca a portaria 134 do Ministério das Cidades que instituiu o Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Habitat como embasamento legal de sua exigência como critério de habilitação nos certames, mas nenhuma lei, muito menos portaria, pode restringir direitos já transfundidos no sistema constitucional brasileiro.

A igualdade é um direito fundamental previsto no caput do artigo 5º da Constituição Federal, que veda qualquer discriminação ilícita e atentatória à dignidade da pessoa humana, bem como, no artigo 37, inciso XXI, do mesmo diploma, que veda condições que impliquem preferências em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais.

Assim, a isonomia nos certames licitatórios é a garantia que todos os interessados em contratar com a Administração tenham igualdade de condições (CARVALHO FILHO, 2010, p.265) garantindo, assim, não apenas que Administração Pública escolha a proposta mais vantajosa, mas também o acesso de todas as empresas em condições iguais nos certames.

3.1.3 Competitividade

Pela licitação a Administração Pública espera a melhor proposta para o interesse público, contudo, para que o certame licitatório seja constitucionalmente legal deve observar o princípio da competitividade. Ensina Toba (In: MEDAUAR, 1998, p. 102) que:

Durante a fase de habilitação, quanto mais licitantes reunindo todas as condições para contratar com o Poder Público sejam alijados de julgamento, menor a possibilidade de vitória de uma proposta realmente vantajosa para a Administração.

O princípio da competitividade segundo Di Pietro (2011, p. 361) decorre do princípio da isonomia acolhido pelo ordenamento jurídico no artigo 3º, parágrafo 1º, inciso I da Lei 8.666/93 que veda aos agentes públicos de admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de

convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo.

A exigência de um documento como o Certificado de Qualidade e Produtividade do Habitat quando a norma geral não exige concede prerrogativas ou privilégios arbitrariamente maculando a imparcialidade e, conseqüentemente a competição. (MEDUAR, 1998, p. 6)

Portanto, permitir a exigência do PBQP-H nos editais de licitações como critério de habilitação é uma ofensa à constituição, vez que tal exigência confronta o ordenamento brasileiro, restringe a competitividade e limita o ato convocatória a um grupo.

3.2 DO EDITAL

Segundo Figueiredo (2008, p. 504) a licitação pública começa com o ato administrativo da abertura consubstanciado no edital. O edital é composto de normas gerais e normas especiais, ou seja, tem o conteúdo vinculado às normas obrigatórias e conteúdo discricionário da Administração Pública balizada pelo próprio ordenamento jurídico. (FIGUEIREDO, 2008, p.505)

Leciona Di Piedro (2011, p.397) que:

O edital é o ato pelo qual a Administração divulga a abertura da concorrência, fixa os requisitos para participação, define o objeto e as condições básicas do contrato e convida a todos os interessados para que apresentem suas propostas. Em síntese, o edital é o ato pelo qual a Administração faz uma oferta de contrato a todos os interessando que atendam às exigências nele estabelecidas.

O Edital, em outras palavras, é a lei da licitação e do contrato, vez que subordina administradores e administrados às regras nele estabelecidas (CARVALHO FILHO, 2010, p.304). Dispõe o artigo 41 da Lei 8.666/93: “a Administração não pode descumprir as normas e as condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

No caso de violação dos princípios e normas constitucionais, o edital pode ser impugnado por qualquer cidadão, na defesa dos interesses difusos da sociedade, no prazo de até cinco dias úteis antes da abertura dos primeiros envelopes, e, aos licitantes, em defesa dos direitos pessoais, impugnar até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação, na concorrência, e dos envelopes com as propostas, no convite, tomada de preços ou concurso, ou da realização do leilão. (CARVALHO FILHO, 2010, p. 307)

O edital é a lei da licitação, portanto, não pode conter privilégios, nem cláusulas que restrinjam a participação de qualquer interessado, ou seja, como o ato administrativo está subordinado ao edital seus dispositivos não podem contrariar as normas legais e os princípios específicos, definidores da licitação. (DALLARI, 1973, p.84, apud, MENDES, 1988, p. 90)

3.3 DOS CRITÉRIOS PARA HABILITAÇÃO DAS EMPRESAS

Os critérios de habilitação das empresas nos certames licitatórios estão previstos no artigo 27 da Lei 8.666/93:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I – habilitação jurídica;

II – qualificação técnica;

III – qualificação econômica-financeira;

IV – regularidade fiscal e trabalhista;

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, inciso XXI, dispõe que:

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

Desse modo, somente poderá exigir documentos referentes à qualificação técnica e econômica indispensáveis ao cumprimento das obrigações. Em outras palavras (DI PIETRO, 2011, p.399) “o sentido do dispositivo constitucional não é o de somente permitir as exigência de qualificação técnica e econômica, mas de, em relação a esses dois itens, somente permitir as exigências que sejam indispensáveis ao cumprimento das obrigações”.

Di Pietro (2011, p. 399) explica que qualquer documentação além das pertinentes ao artigo 27 da Lei nº 8.666/93 é inexigível.

Segundo Carvalho Filho (2010, p. 307-308) a capacidade técnica genérica é verificada pela inscrição do profissional no órgão de classe, a específica através de atestados fornecidos por pessoas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, para comprovar prestação de serviços idêntico a terceiro e a operacional pela estrutura da empresa com o vulto de complexidade do objeto a ser licitado.

Dallari (2006, p.134) posiciona que toda e qualquer exigência sempre será um fator de restrição à participação no certame. Em princípio, todo e qualquer interessado deve ter a possibilidade de decidir, com liberdade, se deseja ou não disputar. Por essa razão, a doutrina é muito enfática no tocante à inconstitucionalidade de exigências impertinentes, sejam elas feitas pela lei ou pelo edital.

A finalidade das exigências para habilitação das empresas nos certames licitatórios deve ser compatível com o sistema jurídico, não podendo ser feitas exigências atentatórias contra a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, artigo 5º, XIII da CR/88, ou contra o princípio da livre concorrência, artigo 170, IV, CR/88). (DALLARI, 2006, p. 134)

O Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Habitat foi instituído para melhorar a qualidade das empresas não para ser um critério de restrição de participação das empresas nos certames licitatórios. Dallari ensina (2006, p. 134) que “tais restrições não podem ser impostas ou aceitas na licitação, pois nenhum órgão ou entidade pública pode impedir a participação de quem esteja apto a contratar segundo a legislação brasileira.”

Pereira Junior (2007, p. 391) leciona que:

[...] percebe-se claramente a convergência dos entendimentos da doutrina e jurisprudência pátria, no sentido de se considerar perfeitamente legítima a inserção de exigências, nos editais de licitações públicas, como requisito prévio à habilitação de comprovação da capacidade técnica dos interessados em contratar com a Administração sendo amplamente majoritária a concepção de que a comprovação dessa qualificação técnica deve abranger tanto o aspecto operacional como o profissional, consoante inteligência do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e do com o art. 30, II da Lei nº 8.666/93. Nesse contexto, pode-se concluir que a entidade que promove a licitação deve fundamentar adequadamente a exigência da capacidade técnica demonstrando de forma inequívoca sua imprescindibilidade e pertinência em relação ao objeto licitado de modo a afastar eventual possibilidade de restrição ao caráter competitivo do certame.

Mello (1980, p.38) posiciona que a Administração Pública deve estabelecer parâmetros de equidade entre o princípio da isonomia com a necessidade de segurança a fim de que a admissibilidade de exigências nos critérios de habilitação das empresas seja mínima:

Portanto, é inquestionável assistir ao promotor do certame licitatório estabelecer, no edital, padrões mínimos de idoneidade financeira e técnica, condicionais ao ingresso no certame e à disputa do objeto licitado. Por sem dúvida quadra-lhe no certame e à disputa do objeto licitado.

É pacífico no Tribunal de Contas da União, no sentido da ilegalidade da exigência do Programa Brasileira de Qualidade e Produtividade do Habitat:

(Acórdão nº 608/2008 –TCU – Plenário -, Processo 029.772/2007-3) Não exija, como requisito para habilitação das licitantes, a apresentação de certificados de qualidade e outros documentos que não integrem o rol da documentação exigida por lei para comprovação de capacidade técnica, nos termos do inciso II, c/c o § 1º,

ambos do art. 30 da Lei 8.666/93; especialmente abstenha-se de exigir certificado do Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade de Habitat (PBQPH) Nível A, por falta de amparo legal.

Acórdão nº 1832/2011 – TCU – Plenário-, Processo 012.583/2011-1) Para fins de habilitação técnica dos licitantes, o edital de licitação exigiu a apresentação de certificado de conformidade que comprovasse a adequação das empresas ao Programa Brasileiro da Qualidade e Produtividade do Habitat (PBQP-H), Nível B . A obrigatoriedade de apresentação desse certificado não possui amparo legal e contraria jurisprudência desta Corte, visto que não se enquadra nos quesitos estabelecidos pelos arts. 27 a 33 da Lei n. 8.666/1993. A jurisprudência deste Tribunal tem considerado ilegal a exigência de apresentação de certificação de qualidade dentre os requisitos de habilitação no certame, a exemplo dos Acórdãos 1.107/2006, 1.291/2007, 2.656/2007, 608/2008, 107/2009, 381/2009 todos do Plenário.

Assim, a exigência de que empresa esteja inscrita no Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Habitat como critério de habilitação das empresas nos certames licitatórios é ilegal, já que a Lei 8.666/93 não exige referido certificado como requisito de habilitação e comprovação de capacidade técnica, conforme artigo 30, II cumulado com parágrafo primeiro da referida lei.

3.5 DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO

A Administração Pública, ao abrir procedimento administrativo da licitação, garante a todos os interessados e que se sujeitarem às condições fixadas no edital convocatório o direito de formular uma proposta à Administração. Para tanto, os interessados em contratar com a Administração Pública devem comprovar qualificação técnica, econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no artigo 7º, inciso XXXIII.

Cumprido os requisitos acima, as empresas participantes do certame licitatório estão aptas a contratar com a Administração Pública, sendo, um direito líquido e certo dos licitantes serem habilitados para fase de abertura das propostas.

Como já explanado anteriormente, a exigência do certificado no Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Habitat como critério de habilitação das empresas nos certames licitatórios é ilegal, vez que afronta os princípios constitucionais da legalidade e igualdade.

Dispõe o artigo 5º, inciso LXIX da Constituição da República de 1988:

LXIX – conceder-se-à mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela

ilegalidade ou do abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

O mandado de segurança foi instituído pela Constituição Federal a fim de anular o ato ilegal de autoridade ou abuso de poder de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do poder público (DEL NEGRI, 2009, p. 303). Os servidores públicos da Administração Pública, ao incluir no edital a exigência do certificado de PBQP-H como critério de habilitação, atua ilegalmente e com abuso de poder, vez que, comprovados todos os requisitos do artigo 27 da Lei nº 8.666/93, tem o direito líquido e certo de apresentarem suas propostas à Administração Pública.

Ensina Mello (2013, p.625) que:

O mandado de Segurança é, frequentemente, a única via hábil capaz de salvaguardar os direitos postulados por um licitantes. Isto porque sua pretensão jurídica surge no curso de um procedimento que está em fluência e cujo seguimento necessita deter.

Assim, os interessados em contratar com Administração Pública e verem violado seu direito líquido e certo de participarem do certame licitatório pela exigência de um certificado de Qualidade e Produtividade do Habitat podem procurar a chancela do judiciário para anular o ato ilegal da autoridade ou do abuso de poder do agente de pessoa jurídica a serviço da Administração Pública.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Posto isto, verifica-se que apesar do Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Habitat regulamentar o setor de construção civil por meio de diretrizes para melhorar a qualidade e produtividade do habitat sua exigência nos editais como critério de habilitação é inconstitucional.

Os Estados não podem legislar sobre normas gerais de licitação sem a delegação da União por meio de lei complementar, nem Portarias tem o condão de obrigar qualquer cidadão a fazer algo que não queira, vez que vivemos em um Estado de Legalidade no qual apenas as leis determinam nossas condutas.

A norma geral que rege as licitações públicas nº 8.666/93 já estabeleceu os critérios de habilitação das empresas nos certames licitatórios e sem uma lei, formalmente instituída, não pode os agentes da Administração Pública obrigar que as empresas sejam cadastradas em um

programa quando a lei não exige que sejam para participar dos certames licitatórios e serem habilitadas.

Além disso, a utilização do Programa Brasileiro de Qualidade do Habitat facilita possíveis manipulações e fraudes nos certames licitatórios, vez que restringe a competitividade a um pequeno grupo de empresas.

Qualquer exigência, além das previstas na legislação federal e dispensável ao cumprimento do objeto do contrato, é inexigível, sendo, sua exigência, um afronto aos princípios basilares do ordenamento brasileiro de legalidade, igualdade e competitividade.

O princípio da isonomia estabelece que deve tratar os iguais com igualdade e os desiguais na medida de sua desigualdade, contudo, exigir o PBQP-H como critério de habilitação inverte o conceito de igualdade, vez que aumenta as desigualdades, já que microempresas e empresas de pequeno porte não poderiam contratar com a Administração Pública sem fazer gastos dispendiosos e talvez impossíveis.

Destaca-se que o governo dificulta o acesso de grande parte das empresas em obter o PBQP-H, vez que é elevado o custo para obtenção e ainda não existe mecanismos de incentivos nem divulgação do programa, pelo contrário, a maioria da população sequer tem conhecimento do referido programa da qualificação da construção civil.

O Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Habitat tem uma finalidade ótima em querer o desenvolvimento da construção civil, mas tal qualificação não pode ser imposta imediatamente a todos como critério de habilitação.

Portanto, impugnar a exigência do PBQP-H nos editais como critério de habilitação não é apenas um possibilidade das empresas em defesa de seu direito líquido e certo, mas também, um dever do cidadão de proteger o patrimônio público de contratos possivelmente superfaturados.

Assim, concluiu-se que o Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Habitat não pode ser interpretado como um critério de habilitação das empresas nos certames licitatórios, mas como uma qualificação maior das empresas certificadas num possível desempate.

**THE UNENFORCEABILITY OF BRAZILIAN PROGRAM OF QUALITY AND
PRODUCTIVITY OF THE HABITAT IN THE BIDDING DOCUMENTS PUBLIC AS
QUALIFICATION CRITERION**

ABSTRACT

One of illegalities in bidding processes is the presence of the certificate of participation in the Brazilian Program of Quality and Productivity of Habitat as a criterion for qualification. The program brazilian (PBQP – H) was established by Ordinance 134 of 1998 of the Ministry of Planning and Budget in order to organize the construction industry and give higher quality and modernity productive and not be a criterion for qualification that restricts companies' participation in bidding processes. The competence to legislate on general rules of bidding is private Union and our land not currently requires companies are registered in PBQP - H to participate in the bidding processes. The Pubic Administration, in a discretionary manner, can not create mechanisms that restrict competition and equality of participants , thus can only be required corporate documents relating to the technical and economic qualifications indispensable to meet the obligations of the object being auctioned .

Keywords: Bid. Qualification. PBQP-H. Competition. Restriction

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti: Saraiva, 2012.

_____. **Lei nº 8.666/93** de 21 de junho de 1993. Organização de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti: Saraiva, 2012.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 608/2008**, Plenário do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAOLEGADO69901&texto=2b2532384e554d41434f5244414f2533413630382532392b414e442b2b2532384554d414e4f41434f5244414f253341323030382b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303038253239&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAOLEGADO;DECISAOLEGA;RELA CAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento =0>> . Acesso em 19/05/2013.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1832/2011**, Plenário do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-92864&texto=2b2532384e554d41434f5244414f253341313833322b4f522b4e554d52454c4143414f253341313833322532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323031312b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303131253239&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAOLEGADO ; DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO->>

_____. Ministério das Cidades. **Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Habitat**. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/pbqp-h>>. Acesso em 19/05/2013.

CARVALHO FLHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos Pelo Poder Judiciário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2008.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 1999.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDAUAR, Odete (org.) **Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: NDJ, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

_____. **Licitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Raul Armando, **Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MINAS GERAIS. Estado. **Decreto 43.418/2003, de julho de 2003**. Dispõe sobre o Programa Mineiro da Qualidade e Produtividade no Habitat – PMPQ-H. Disponível em: <http://hera.almg.gov.br/cgi-bin/nph_brs?d=NJMG&u=http://www.almg.gov.br/njmg/chama_pesquisa.asp&SECT7=LINKON&p_1&r=1&l=1&f=G&s1=decreto+43418+2003.norm>. Acesso em: 19/05/2013.

MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ORTEZA, Maria Lucia Jordão. **Licitações à luz da Lei nº 8.666/93**. São Paulo: Loyola, 1995.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres, **Comentários a Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 7. ed. São Paulo: Renovar, 2007.