

Qualificação técnica por meio de potencial subcontratado: a correta interpretação do § 9º do art. 67 da Lei nº 14.133/2021

Ronny Charles Lopes de Torres¹

1. Introdução

A qualificação técnica tem como escopo a verificação da habilidade ou aptidão (capacidade técnica) do licitante para a execução do objeto contratual.

O art. 67 da Lei nº 14.133/2021 disciplina os critérios e regras para a comprovação da qualificação técnica nas licitações, estabelecendo parâmetros tanto para a capacidade técnico-profissional quanto para a capacidade técnico-operacional. Seu objetivo é assegurar que o futuro contratado possua experiência e condições técnicas adequadas à execução do objeto, evitando contratações temerárias que possam gerar prejuízos à Administração ou comprometer a eficiência do gasto público.

Entre as inovações trazidas pelo dispositivo, destaca-se o § 9º, o qual dispõe que: “O edital poderá prever, para aspectos técnicos específicos, que a qualificação técnica seja demonstrada por meio de atestados relativos a potencial subcontratado, limitado a 25% (vinte e cinco por cento) do objeto a ser licitado, hipótese em que mais de um licitante poderá apresentar atestado relativo ao mesmo potencial subcontratado.”

Essa previsão, ainda que redigida de forma sintética, representa um avanço no sentido de flexibilizar a comprovação da experiência técnica em contratações de maior complexidade, admitindo que determinadas parcelas do objeto possam ser executadas por terceiros detentores de expertise comprovada.

Contudo, a norma vem sendo alvo de interpretações equivocadas por parte de alguns licitantes, que buscam aplicá-la de maneira extensiva, em situações não amparadas pelo texto legal ou pela previsão editalícia. Em outras situações, os licitantes, por desconhecimento, deixam de adotar as ferramentas compatíveis para tornar legítima a aplicação do dispositivo.

¹ Advogado. Consultor Jurídico. Parecerista. Doutor em Direito do Estado. Mestre em Direito Econômico. Pós-graduado em Direito tributário. Pós-graduado em Ciências Jurídicas. Coordenador da pós-graduação em Licitações e Contratos, da Faculdade Baiana de Direito. Advogado da União licenciado. Já atuou, pela AGU, como Consultor Jurídico Adjunto da Consultoria Jurídica da União perante o Ministério do Trabalho e Emprego e Coordenador da Câmara Nacional de Licitações e Contratos. Autor de diversos livros jurídicos, entre eles: Leis de licitações públicas comentadas (15ª Edição. Ed. JusPodivm); Licitações e contratos nas empresas estatais (3ª edição. Coautor. Ed. Jus Podivm). Comentários à Lei de Improbidade administrativa (2ª edição. Coautor. Ed. Jus Podivm). Análise Econômica das licitações e contratos (2ª edição. Coautor. Ed. Fórum).

No âmbito de nossa atuação profissional, na Advocacia, temos observado licitantes que, não atendendo aos requisitos técnicos exigidos em edital, tentam sustentar sua habilitação com base em atestados de potenciais subcontratados, ainda que o instrumento convocatório não tenha previsto essa possibilidade. Trata-se de compreensão manifestamente incorreta, que distorce o espírito da norma e desconsidera o regime jurídico da habilitação definido pelo legislador.

2. A natureza excepcional do § 9º e sua dependência de previsão editalícia

O ponto de partida para a correta interpretação do dispositivo é compreender que ele não cria um direito subjetivo do licitante, mas apenas faculta à Administração a possibilidade de adotar, no edital, uma forma específica e excepcional de comprovação da qualificação técnica.

A redação é inequívoca ao empregar o verbo “poderá”, conferindo natureza discricionária e eventual à medida. Assim, somente quando o edital expressamente autorizar é que se poderá admitir que o licitante comprove parte de sua qualificação técnica por meio de atestados relativos a um potencial subcontratado.

Na ausência dessa previsão, aplica-se a regra geral, segundo a qual a documentação de qualificação técnico-operacional deve ser exigida em relação ao próprio licitante, que deve comprovar experiência anterior compatível. Essa lógica guarda coerência com a finalidade da fase de habilitação, que é avaliar a capacidade efetiva do licitante, e não de terceiros.

O § 9º surge como exceção justificada, para situações nas quais a Administração, em seu planejamento, ao definir as regras do edital, estabelece que a qualificação técnica para aquela atividade seja demonstrada por meio de atestados relativos a potencial subcontratado.

Portanto, o dispositivo não admite que uma empresa sem a qualificação técnica exigida pelo edital invista-se em legitimidade habilitatória a partir da experiência de terceiros, salvo se o edital houver autorizado expressamente esse formato.

3. O equívoco interpretativo de alguns fornecedores

A leitura equivocada que vem sendo observada parte da suposição de que o § 9º teria instituído uma forma de “empréstimo de capacidade técnica” entre empresas, permitindo que qualquer licitante utilize o atestado de outro agente econômico, desde que o subcontrate posteriormente. Contudo, essa interpretação não encontra respaldo nem na literalidade da lei nem na sua finalidade.

Ao contrário, o dispositivo condiciona sua aplicação a aspectos técnicos específicos, a limite quantitativo (25%) e, principalmente, à autorização editalícia. Trata-se de uma norma de desenho procedimental, que depende da opção do gestor público, e não de manifestação unilateral do licitante.

A utilização indevida do § 9º desvirtua a lógica da habilitação e fragiliza o princípio da isonomia, na medida em que permitiria que empresas desprovidas de qualificação concorressem em igualdade formal com aquelas que investiram em experiência técnica. Além disso, compromete a seleção da proposta mais vantajosa, uma vez que a ausência de experiência própria eleva o risco de inexecução contratual e transfere à Administração encargos de fiscalização mais intensos.

4. A via adequada para o licitante: impugnar o edital, e não descumpri-lo

Diante de um edital que exija que a qualificação técnica seja comprovada pelo próprio licitante, sem admitir a demonstração por meio de potencial subcontratado, não há margem para o descumprimento dessa regra.

Caso o licitante entenda que a natureza do objeto comportaria a aplicação do § 9º (por exemplo, quando parte do serviço possa ser executada por empresa especialista em componente específico), o caminho juridicamente adequado é formular impugnação ao edital, arguindo a conveniência e a legalidade de que o instrumento convocatório preveja a possibilidade de uso de atestado de potencial subcontratado.

A impugnação, além de ser um mecanismo de controle preventivo, é também expressão do princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 5º, III, da Lei nº 14.133/2021). Se o licitante não o impugna no momento oportuno, opera-se a preclusão, e não poderá posteriormente alegar a inaplicabilidade da exigência para justificar sua inabilitação.

Cabe aos licitantes buscar o devido assessoramento para adotar um comportamento correto e responsável, respeitando as regras estabelecidas no edital, com as quais assentiram.

5. A função limitadora do “teto” de 25% no § 9º do art. 67 da Lei 14.133/2021

O § 9º do art. 67 da Lei 14.133/2021 autoriza, em caráter excepcional e dependente de previsão editalícia, que a qualificação técnica seja demonstrada por meio de atestados de potencial subcontratado, até o limite de 25% do objeto. Assim, se em outro ponto o legislador deixa claro que a exigência de atestados deve estar adstrita às parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação², para fins de aplicação do §9º do artigo 67, há uma cumulativa limitação relativa a 25% do objeto a ser contratado.

Três ideias se extraem do enunciado e orientam sua aplicação: (i) excepcionalidade, (ii) especificidade técnica e (iii) limitação quantitativa. O resultado é um vetor

² Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a: (...)

§ 1º A exigência de atestados será restrita às parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação, assim consideradas as que tenham valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação.

hermenêutico inequívoco: a essência técnico-operacional do objeto deve permanecer ancorada no próprio licitante.

O legislador não abriu uma via ampla de “empréstimo de capacidade”. Ao fixar o percentual máximo de 25%, sinalizou que a participação técnica de terceiros é instrumental e complementar, jamais substitutiva da aptidão nuclear exigida do licitante. A própria redação do dispositivo ao firmar que - “poderá prever, para aspectos técnicos específicos” - combina um verbo de faculdade (poderá) com um adjetivo restritivo (específicos), afastando leituras expansivas.

A limitação quantitativa não é meramente aritmética; é qualitativa. O que se busca proteger é a preponderância técnico-operacional do licitante sobre o objeto contratado. Em termos práticos:

- Parcelas essenciais, críticas ou definidoras de performance devem ser comprovadas pelo licitante em nome próprio;
- Parcelas acessórias, ultraespecializadas ou de baixo risco sistêmico podem, se motivadamente previstas no edital, ser demonstradas por potencial subcontratado, até 25%.

Essa leitura preserva a seleção da proposta mais vantajosa com segurança de execução e evita o “fracionamento artificial de competência” para viabilizar licitantes sem lastro técnico mínimo.

De qualquer forma, se o edital não previu a aplicação do § 9º, prevalece a regra geral: a qualificação técnica é do próprio licitante. Pretender suprir a falta de habilitação com atestado de terceiro, sem a cláusula autorizadora, conduz à inabilitação, e a via adequada é a impugnação prévia do edital, para pleitear a inclusão da faculdade legal. A preclusão opera contra quem silencia e depois tenta relativizar a vinculação ao instrumento convocatório.

6. Finalidade da norma: fomento à especialização e ampliação da competitividade

Quando corretamente aplicada, a regra do § 9º tem função relevante: ampliar a competitividade e estimular a especialização técnica em mercados complexos. Em determinadas licitações é comum que parte do objeto dependa de competência técnica altamente específica.

Nesses casos, exigir que todos os licitantes possuam integralmente essa experiência pode restringir a competição e elevar custos. Por isso, a lei faculta à Administração admitir que parte do objeto (até 25%) seja demonstrada por meio de potencial subcontratado, garantindo que empresas com expertise distinta possam compor a execução contratual, sem que se desnature a responsabilidade principal do contratado.

Contudo, a avaliação, sobre possibilidade de aplicação da regra descrita pelo §9º, é técnica e deve ser feita previamente, constando sua possibilidade de maneira expressa no edital. Ausente tal previsão, ela será inaplicável, por respeito à isonomia e à vinculação

ao instrumento convocatório, evitando prejuízo a todas as demais empresas, inclusive à aquelas que não participaram do certame.

O § 9º do art. 67 da Lei nº 14.133/2021 representa uma inovação importante, mas de aplicação excepcional e condicionada. Sua finalidade é permitir que, em hipóteses específicas, a Administração aproveite a experiência de potenciais subcontratados para ampliar a concorrência e fomentar a especialização técnica.

Contudo, a norma não autoriza que licitantes desprovidos da qualificação exigida pelo edital se habilitem com base em atestados de terceiros. Se o edital exigir a qualificação técnica própria, o licitante deve possuí-la.

Em síntese: a aplicação do § 9º depende de autorização expressa do edital; trata-se de exceção à regra geral da habilitação própria; e seu uso indevido desvirtua o sistema de habilitação e compromete a segurança contratual.