

A&C

Revista de Direito

Administrativo & Constitucional

Visite nosso site na internet:

www.jurua.com.br

e-mail:

editora@jurua.com.br

ISSN: 1516 – 3210



Curitiba/PR: Av. Munhoz da Rocha, 143 – Fone: (0-xx-41) 352-1200

Fax: (0-xx-41) 252-1311 – CEP: 80.035-000

Atendimento exclusivo para livreiros:

São Paulo/SP: R. Jesuíno de Brito, 21 – Fone: (0-xx-11) 3991-2969

Fone/Fax: (0-xx-11) 878-0974 – CEP: 02.925-140

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Revista de Direito Administrativo & Constitucional.

R454

Curitiba : Juruá, n. 5, 2000.

224 p.

1. Direito Administrativo – Periódicos. 2. Direito
Constitucional – Periódicos. I. Título.

CDD 342

CDU 342.951

00138

Valmir Pontes Filho¹

Encaminha-me... a seguinte consulta:

“Considerando o art. 30, II, § 1º, I e II, da Lei 8.666/93 e o Edital de Concorrência 005/99, originário da Secretaria..., pode a Administração exigir em concorrência de obra e serviço de engenharia a capacidade técnico-operacional?”

“Sendo possível tal exigência, além do interesse público, qual outra limitação existiria para os parâmetros de aferição dessa capacidade?”

“A exigência do subitem 02, “d”, item 03.02 do Edital acima indicado caracteriza ilegalidade?”

De plano se veja o que prescrevem, *in verbis*, os mencionados dispositivos do Estatuto Nacional de Licitações e Contratos (Lei 8.666/93, com as modificações que lhe foram posteriormente introduzidas):

“Art. 30 – A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á:

...

II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quanti-

(1) Professor de Direito Constitucional e de Hermenêutica Jurídica (UNIFOR e UFC); Mestre em Direito Constitucional pela PUC – São Paulo; Ex-Presidente e Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA; Procurador do Estado, aposentado; Ex-Procurador-Geral do Município de Fortaleza; Advogado.

dades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos.

...

§ 1º – A comprovação de aptidão referida no inc. II do caput deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I – capacidade técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir, em seu quadro permanente, na data prevista para a entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

II – (vetado pelo Chefe do Poder Executivo federal)”.

Já o Edital em tela cuida de estabelecer, quando trata da **habilitação** dos interessados na licitação em apreço (Concorrência Pública 05/99, do tipo menor preço global por lote, para escolha de empresa para a execução dos serviços de drenagem, pavimentação, obras d'arte especiais, urbanização de favelas, construção de unidades habitacionais, de praças e de equipamentos comunitários nas áreas de jurisdição das Secretarias Regionais I, II, III, IV, V, e VI)...:

“03.00 – DA HABILITAÇÃO

...

03.02 – O envelope “A” deverá conter os documentos a seguir relacionados, em original ou em cópia autenticada

por cartório competente, ou por publicação na Imprensa Oficial, todos perfeitamente legíveis...

A – ...

B – ...

C – ...

D – DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

...

2 – Comprovação de aptidão da empresa licitante para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto desta licitação, que será feita mediante a apresentação de atestado emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, acompanhado da respectiva Certidão de Acervo Técnico (CAT), por execução de obra e/ou serviço já concluído, de características semelhantes às abaixo relacionadas:

... (omissis)...

Daí ser a questão nodal da consulta formulada a pertinente à possibilidade ou não, à vista do disciplinamento legal da matéria, de se fazer incluir, em edital de licitação como a de que se trata, a exigência de comprovação, por parte dos interessados no certame, de sua *capacidade técnico-operacional* (tornando-a, pois, indispensável à sua habilitação).

A dúvida é levantada pelo fato de haver o Chefe do Poder Executivo federal apostado veto ao que se dispunha no inc. II, do § 1º, do art. 30, do (então) projeto de lei destinado a dar novo teor redacional ao mencionado dispositivo, regulando expressamente a necessidade dessa comprovação. Por força do veto referido, a Lei 8.883/94 – alteradora da Lei 8.666/93 – passou a vigorar sem o tal inc. (II), o que, supostamente, importaria a inadmissibilidade da exigência em discussão.

Antes de adentrar o âmago do problema suscitado, entendo indispensável apresentar algumas prévias e aligeiradas ponderações acerca de dois temas que reputo imprescindíveis ao seu adequado deslinde.

O primeiro diz com a postura hermenêutica a ser adotada, sempre tributária da noção de que a interpretação das normas jurídicas não se faz senão **segundo a Constituição**, é dizer, à luz de suas regras e, notadamente, de seus princípios. E estes, os *princípios constitucionais*, são iniciais, supremos, genéricos, vinculantes e dotados de eficácia, constituindo instrumental básico de quem se dedica ao conhecimento do Direito. Afinal, “...É o conhecimento dos princípios, e a habilitação para manejá-los, que distingue o jurista do mero conhecedor de textos legais”, no bom dizer de Carlos Ary SUNDFELD. Ao exegeta, portanto, não se permite a cientificamente irresponsável postura de, diante de lei menor, olvidar-se de sua obrigatória conexão com a Lei Maior.

A segunda tem relação à **LICITAÇÃO** em si mesma, enquanto instituto destinado à escolha do melhor co-contratante para o Estado, direta e superiormente inspirado pelos princípios constitucionais da legalidade, da isonomia, da moralidade e da eficiência, dentre outros. Ou, como bem o diz Carlos Ayres BRITTO, como “...um processo legal que institucionalize um sistema de mérito, apto a selecionar a proposta mais conveniente para o Estado-administração”.²

Assim, é de perceber-se que antes mesmo de estar por lei (espécie normativa subconstitucional) regulada, a matéria licitatória se encontra prevista e regradada pela LEI SUPREMA, na exata medida em que esta antecipa o encaminhamento legislativo ordinário a ela respeitante. Ou, novamente invocando a lição de BRITTO: “...A Constituição não antecipa, em seu discurso, todos os atos concretos que se articulam temporalmente na trama licitatória, compondo, ao final, uma unidade incindível. Transfere à lei tal incumbência. Mas deixa claro que se cuida de um processo-competição, pois fala de ‘igualdade de condições a todos os concorrentes’. Como fala de ‘proposta’ e ‘qualificação técnica e econômica’, a significar, pela ordem: a) a fase do oferecimento das propostas dos licitantes, para o julgamento objetivo delas, e não dos respectivos proponentes; b) a fase destinada a uma prévia

(2) O Perfil Constitucional da Licitação, ZNT Editora, 1997, p. 108.

habilitação dos interessados em disputar a preferência do Estado-administração, o que já implica um julgamento do tipo subjetivo, pois agora são os licitantes, e não suas propostas, a ser avaliados quando àquela capacidade técnica e econômica.³ (os grifos não são do autor).

Se meritório há de ser o processo de licitação – tal qual o é, por exemplo, o concurso público de provas e títulos para provimento de cargos – dentre as características dele (processo licitatório) merece especial destaque, neste caso, exatamente a que respeita à indispensável previsão de exigências de qualificação técnica (e econômica), indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Mais uma vez de traga a lume a doutrina do iluminado constitucionalista sergipano: “...*esse reclamo diretamente constitucional quanto à aptidão técnica e econômica dos proponentes já significa a preocupação da Lei Maior com assegurar a boa qualidade das propostas... Do que decorre encontrar-se o processo licitatório a soldo do PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA, consagrado às expressas pelo inc. II do art. 74 da Magna Carta Federal, pois não se procura medir o grau de compleição técnica e econômica de nenhum licitante, ou aferir o merecimento intrínseco de nenhuma proposta, senão para que a Administração possa contratar de modo mais seguro e eficiente possível*”.⁴ (grifos meus).

Sob o influxo de tais diretrizes interpretativo/aplicativas é que se tentará dar resposta à crucial indagação feita: pode a Administração Pública, com vistas ao resguardo do interesse público (não apenas, frise-se bem, do interesse do Erário, subalterno, mas notadamente o da coletividade, primário), exigir, em edital de licitação para obra de vulto, não apenas comprovem os licitantes dispor de um “corpo técnico” qualificado para a sua execução (ou seja, da chamada *capacidade técnico-profissional*), mas, além disso, ser detentora de uma efetiva *capacidade técnico-operacional*? Forçoso perquirir, também, se a exigência dessa capacidade técnico-operacional não importaria ofensa aos princípios constitucionais da iso-

(3) Ob. cit., p. 107-108.

(4) BRITTO, Carlos Ayres. Ob. cit., p. 139-140.

nomia e da moralidade, já que dela poderia decorrer uma inconveniente redução do número de interessados em participar do certame.

Primeiro se recorde o verdadeiro sentido do princípio isonômico: não impõe ele, de modo algum, que todos indistintamente sejam (pela lei, pelo regulamento, pela regra editalícia...) tratados de modo rigorosamente igual. Aí, sim, se estaria promovendo tremenda e injustificável desigualdade. O que a Constituição demanda é que **os iguais sejam tratados igualmente, enquanto os desiguais o sejam desigualmente, na medida das respectivas igualdades e desigualdades** (Celso Antônio Bandeira de MELLO). Ou, noutro dizer, que entre a desigualdade patrocinada (pela norma de Direito) e o critério de desigualação, haja compatibilidade ou nexos lógico. Daí que empresas com *má* qualificação técnico-operacional não podem merecer o mesmo tratamento jurídico-normativo daquele que se há de dispensar às que possuam *boa* qualificação técnico-operacional. Não se pode, pois, vislumbrar agravo à isonomia “...*por se exigir (em edital de licitação) a demonstração de experiência na execução de obra de dimensão e em prazo compatíveis com os do objeto da licitação. ‘Quem faz uma pequena obra demonstra capacidade para fazer pequenas obras, não para executar obras de porte; sua eliminação do certame envolvendo uma grande obra é, portanto, logicamente coerente com o grau de sua capacidade’*”.⁵

A partir daí já posso afirmar que a resposta é positiva: sim, ao Poder Público é dado exigir, sem qualquer moessa à Constituição, a qualificação técnico-operacional dos licitantes. E o afirmo com apoio em interpretação *lógico-sistemática* do ordenamento normativo aplicável.

Necessária a reflexão de que nenhuma norma do direito existe isoladamente, como se cada uma delas fosse um compartimento estanque, algo bastante em si; ao contrário, encontram-se todas as regras de um dado sistema jurídico em permanente, contínua e

(5) SUNDFELD, Carlos Ary. em artigo intitulado “A Habilitação nas Licitações e os Atestados de Capacidade Técnico-operacional”, in *Licitações e Contratos Administrativos – Temas atuais e controvertidos*, RT, 1999, p. 117.

inexorável conexão,⁶ sendo relevante notar que esse inter-relacionamento não se dá num plano só meramente normativo (é dizer, entre as simples normas), mas, muito especialmente, entre as normas e os princípios (ou normas principiológicas), de tal modo a interpretação de uma norma (ou de um princípio) influi na de outra. Mais modernamente, aliás, chega-se a sustentar – como o faz, com excepcional brilho, Juarez FREITAS – que nem é adequado falar em uma “técnica sistemática de interpretação”, apartada das demais. Para este jovem e erudito jurista gaúcho, “... *interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta e obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito... Inegável, pois, o valor para a hermenêutica jurídica da chamada ordenação sistemática, a qual decididamente não pode ser confundida com um mero elemento ou método interpretativo, porque somente uma exegese que realize tal ordenação é capaz de estabelecer o alcance teleológico dos dispositivos, realizando o mister de harmonizar os comandos, de sorte a resguardar e a manter a unidade em meio à multiplicidade axiológica. Em outras palavras, não se pode considerar a interpretação sistemática... como um processo, dentre outros, de interpretação jurídica. É, pois, a interpretação sistemática o processo hermenêutico, por essência, do Direito, de tal maneira que se pode asseverar que ou se compreende o enunciado jurídico no plexo de suas relações com o conjunto dos demais enunciados, ou não se pode compreendê-lo adequadamente. Neste sentido é de se afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica ou é sistemática ou não é interpretação*”.⁷

Tem toda razão o ilustrado autor: dedicar-se o exegeta à busca do sentido e alcance de uma só norma jurídica, sem atentar para a circunstância de que esse sentido ou alcance sofre, invariavelmente, o influxo das outras normas e princípios do ordenamento (em especial destes últimos), é entregar-se a trabalho infrutífero. Toda interpretação, realizada a partir do enunciado lingüístico do texto, há de ser lógico-sistemática (levada a cabo, portanto, com o objetivo de aferir a “razão

(6) Donde anotar o inexcusável MAXIMILIANO (ob. cit., p. 128) que “...*por umas normas se conhece o espírito das outras*”.

(7) A Interpretação Sistemática do Direito, Malheiros, 1995, p. 47-49.

objetiva da norma”, à vista de sua conexão com as demais regras do sistema e de sua posição neste mesmo sistema jurídico-normativo).

Donde a conclusão: quando o prefalado art. 30, *caput*, II, da Lei de Licitações, falou em a *comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação* fê-lo exatamente para conferir ao Estado-administração não só o poder, mas o **dever** de impor aos licitantes a comprovação de sua aptidão técnico-operacional. A Adilson DALLARI, dos mais festejados administrativistas brasileiros, não escapou a lúcida observação de que, não deixasse a lei ampla margem de liberdade ou discricionariedade ao Administrador, para que este fixasse (fundamentadamente), em cada caso, o que deve ou não ser comprovado pelo licitante, e sequer haveria razão para se consignar no edital as “condições para participação na licitação” (Lei 8.666/93, art. 40, VI). Chamando a atenção para o fato de que esse modo de ver as coisas tem sólido respaldo doutrinário e jurisprudencial, prossegue DALLARI: “... *Celso Antônio Bandeira de MELLO assinala que a Administração deve conciliar o princípio da isonomia com a necessidade de segurança, oferecendo iguais oportunidades de contratação apenas a quem comprove estar realmente habilitado a executar o objeto de cada específica licitação, não havendo sequer a possibilidade de se estabelecer um padrão universal de idoneidade. Em suas palavras: ‘Portanto, é inquestionável assistir ao promotor do certame licitatório certa margem de liberdade para 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 fixar os parâmetros necessários, a bem da firmeza e segurança que devem presidir a relação jurídica ulterior a ser firmada com o vitorioso. Este asserto não pode ser posto em causa. É indubitoso que a matéria comporta juízo discricionário para gabaritar o nível de exigências’... É certo que a preocupação em ampliar o universo de proponentes e facilitar a habilitação é bastante louvável, mas não pode ir ao ponto de comprometer a garantia de boa execução do futuro contrato*”.⁸

(8) Aspectos Jurídicos da Licitação, Saraiva, 4. ed., 1997, p. 114-115 e 119.

Absolutamente despropositado, portanto, vem ser o argumento de que o veto presidencial ao inc. II, do art. 30 (tal como constava da redação original do projeto de lei aprovado pelo Congresso, a qual referia expressamente à exigência em foco como requisito de qualificação técnica) teria tido o condão – quiçá o poder mágico – de proibir a Administração de torná-la (a dita exigência de capacitação técnico-operacional) efetiva nos editais. Primeiro porque o veto (enquanto manifestação, não definitiva, de discordância do Presidente com o que restou aprovado pelo Parlamento) não tem nem poderia ter o efeito de inovar a ordem jurídica, criando vedações onde elas legalmente não existem. Segundo, pelo singelo motivo de que – não importando qual tenha sido a intenção do Chefe do Executivo – o efeito da medida, *in casu*, foi exatamente no sentido inverso daquele erroneamente imaginado.

Em excelente artigo já objeto de invocação (v. nota de rodapé n. 5), Carlos Ary SUNDFELD não se queda submisso à esdrúxula tese em contrário: “... *A intenção do Presidente da República, no entanto, não foi atingida com o referido veto. Na verdade, sua desastrada atuação no processo legislativo em exame serviu tão-somente para ampliar o campo de discricionariedade do administrador, retirando os limites expressos que seriam impostos pelo inc. II, alíneas “a” e “b”, do § 1º, do art. 30 da Lei 8.666/93, mas deixando intocada a previsão de aptidão técnico-operacional.*”⁹ Realizando notável e bem sucedido esforço interpretativo sistemático (v. nota de rodapé n. 9), SUNDFELD distingue bem entre a **qualificação dos engenheiros** que integram o quadro de determinada empresa (por mais preparados que sejam e por inúmeros os atestados de que cada um deles seja portador, a indicar só a capa-

(9) Cit., p. 106; ali SUNDFELD observa, precedentemente, que o art. 30, *caput*, II, não é o único a prever seja tal exigência formulada. O art. 33 da Lei 8.666/93 abre ensanchas para que o edital formule, para licitantes individuais “... *exigências de comprovação de desempenho anterior em certas quantidades; e, ainda, que as incrementos para os consórcios, hipótese em que os consorciados poderão somar seus ‘quantitativos’, vale dizer, poderão juntar as quantidades indicadas em seus atestados de execução de obras anteriores. Ora, essas regras não fariam sentido se a lei não permitisse – como, de resto, permite, que a Administração exija a demonstração, através de atestados, de desempenho anterior da própria licitante, isto é de sua capacidade técnico-operacional* (p. 107).

*cidade técnico-profissional deles), 'e a capacitação operativa dessa mesma empresa: "... a simples reunião caótica de profissionais, mesmo altamente especializados, não oferece garantia de que a empresa seja capaz de operar eficientemente, pois nada diz quanto a sua estrutura administrativa, seus métodos organizacionais, seus processos internos de controle de qualidade, o entrosamento da equipe etc'. Daí a necessidade de saber se a licitante, além de contar com engenheiros individualmente habilitados, dispõe de um conjunto de qualidades fazendo com que opere de modo eficaz: trata-se, aqui, da dita 'capacidade técnico-operacional (ou operativa)', verificável pelos desempenhos anteriores da empresa'.*¹⁰

Diante, pois, da absoluta inexistência de proibição legal e, mais, da clara autorização contida no art. 30, *caput*, II, do Estatuto das Licitações, absurdo imaginar-se que o Administrador, ao inserir cláusula de capacidade técnico-operacional como requisito para a habilitação em processos licitatórios, esteja a lanhar o princípio da legalidade. Muito ao reverso, está ele simplesmente sendo mesuroso ao *poder-dever* prescrito pela regra já apontada, como aos princípios da eficiência, da isonomia e da moralidade, todos de caráter constitucional. E mais, sendo fiel à sua obrigação de ser zeloso com o patrimônio público, evitando celebre o Estado contrato com quem não se mostre, às escâncaras, capaz de cumprir com o objeto da avença pós-licitatória.

Traz-se de novo à balha a lição precisa de Adilson DALLARI, para quem "... a CF/88 autoriza e determina o estabelecimento de condições voltadas ao asseguração da efetiva e integral execução do contrato. Nada existe de inconstitucional ou de despropositado na exigência de comprovação de capacitação técnico-operacional para empresas executantes de obras de grande vulto, de considerável complexidade técnica, para as quais é insuficiente a simples capacitação profissional do pessoal técnico. Esclareça-se que não se pode confundir a experiência técnica do profissional com a capacidade gerencial da empresa. Uma obra pública de vulto não é um serviço puramente técnico, prestado por um profis-

(10) Cit., p. 101.

sional habilitado, mas sim um serviço altamente complexo, envolvendo mão-de-obra de diversas qualificações, desde a mais elevada à mais simples, e envolvendo ainda a aplicação de materiais e o uso de sofisticados equipamentos... Há quase vinte anos, o renomado mestre Geraldo ATALIBA publicou estudo no qual, afirmando que a engenharia moderna não se compadece de conceitos individualistas... consignou textualmente o seguinte: 'A engenharia, modernamente, não é mais, em regra, realizada por engenheiros e sim por empresas de engenharia. Predomina a organização empresarial, a mentalidade empresarial com todos os requisitos e características dessa forma de atuação... A realização de obras públicas, atualmente, requer não só a técnica e a arte – peculiares ao exercício da engenharia – mas também um suporte empresarial compatível com as sofisticadas exigências do mundo moderno'. Diante dessa realidade, é inquestionável a razoabilidade da exigência da comprovação da capacitação técnico-operacional, que, conforme o demonstrado, não colide nem com a Constituição nem com a Lei 8.666/93".¹¹

Não só estes juristas apontam a direção certa. Outros autores de ponta, igualmente notáveis, exteriorizam idêntico pensar:

Hely Lopes MEIRELLES: "A comprovação da capacidade técnico-operacional continua sendo exigível não obstante o veto apostado à letra "b" do § 1º do art. 30. Na verdade, o dispositivo vetado impunha limitações a essa exigência, e sua retirada do texto legal deixou a critério da entidade licitante estabelecer, em cada caso, as exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações – exigências essas que devem ser pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação".¹²

Antônio Carlos Cintra do AMARAL: "A pessoa jurídica deve, portanto, comprovar sua aptidão técnica e indicar instalações, aparelhamento e pessoal técnico adequados e disponíveis. Se bastasse a exigência relativa à capacitação técnico-profissional, o

(11) Ob. cit., p. 120-121.

(12) *Licitação e Contrato Administrativo*, Malheiros, 11. ed., p. 118, *apud* Adilson DALLARI, em artigo publicado na RDA 212-333-342.

interessado deveria fazer a indicação apenas de seu pessoal técnico, 'bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos'. Essa indicação do pessoal técnico é, porém, uma das indicações que o interessado, ou seja, 'a pessoa jurídica', deve fazer. É condição necessária, mas não suficiente, 'para a qualificação técnica do interessado, ou seja, da pessoa jurídica'".¹³

Roberto Robeiro BAZILLI – *"A demonstração da qualificação técnica dos licitantes, nos termos da legislação vigente, implica na comprovação da capacitação técnico-profissional e na de aptidão do licitante para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto do certame, ou seja, na demonstração de sua capacidade operativa. O que foi impedido de ingressar no sistema jurídico, pelo veto presidencial, não foi a exigência dessa capacitação, inicialmente prevista na alínea "b" do § 1º do art. 30 do projeto de lei, que deu origem à Lei 8.666/93".¹⁴*

Destaque-se a posição respeitável de Marçal JUSTEN FILHO, cuja postura inicial foi timidamente contrária à que ora se defende, embora ele próprio admitisse que a impossibilidade de exigir-se, em edital de licitação, a prova da capacidade técnico-operacional da empresa *não prestigiava o interesse público*. Na mais recente edição de sua prestigiada obra,¹⁵ o autor se redime, fazendo jus à sua fama de jurista respeitável: *"...Enfim, lei proibindo providências necessárias a salvaguardar o interesse público seria inconstitucional. Se exigências de capacitação técnico-operacional são indispensáveis para salvaguardar o interesse público, o dispositivo que as proibisse seria incompatível com princípio da supremacia do interesse público. Diante disso, deve-se adotar para o art. 30 interpretação conforme a Constituição. A ausência de explícita referência, no art. 30, a requisitos de capacitação téc-*

(13) Qualificação técnica da empresa na nova lei de licitações e contratos administrativos, in RTDP, Malheiros, n. 5/1994, p. 45 e 46, idem.

(14) A qualificação técnica no procedimento licitatório e a capacidade técnico-operacional do licitante, in RDA 211, p. 193-199.

(15) Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 6. ed., 1999.

nico-operacional não significa vedação à sua previsão. A cláusula de fechamento contida no § 5º não se aplica à capacitação operacional, mas a outras exigências”.

Não bastasse, eis a posição do TRIBUNAL DE CONTAS DE UNIÃO sobre a matéria:

*“O que foi impedido, pelo veto, de ingressar no sistema jurídico não foi a capacitação técnico-operacional, mas a disciplina dessa capacitação contida na alínea “b” do § 1º do art. 30 do projeto de lei... o conceito de capacitação técnico-operacional ingressou no sistema jurídico por força do inc. II do art. 30, interpretado em conjugação com o art. 33, III, que permite o somatório de quantitativos de empresas consorciadas... A supressão da letra “b”, deveras procedida pelo veto Presidencial, não proíbe o estabelecimento de requisitos de capacitação técnico-operacional, mas, sim, retira a limitação específica relativa à exigibilidade de atestados destinados a comprová-la, deixando que a decisão quanto a essa questão fique ao critério da autoridade licitante, que deve decidir quanto ao que for pertinente, diante de cada caso concreto, nos termos do art. 30, II”.*¹⁶

Igual entendimento teve o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro:

*“Licitação. Capacidade Técnica. Capacidade operativa real. A qualificação técnica nos Editais de licitação deve verificar não só a capacidade técnica do licitante, como a sua capacidade técnica efetiva de execução (capacidade operativa real)”.*¹⁷

Dois recentíssimos julgados – um do STJ e outro do TRF da 1ª Região – se encarregam de estancar qualquer dúvida a respeito:

“Administrativo. Licitação. Exigência no Edital. Capacitação técnica do licitante. Possibilidade, art. 30, II, da Lei 8.666/93. A exigência, no edital, de capacitação

(16) Decisão publicada no DOU de 06.08.96, p. 14.818/19, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha.

(17) TCD/RJ, Cons. Sérgio Quintella, RTCE/RJ, n. 28, 1995, p. 103.

técnico-operacional, não fere o caráter de competição do certame licitatório. Precedentes do STJ. Recurso provido". (STJ – REsp. 155.861 – SP – 1ª T. – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – Unânime – DJU 08.03.99, p. 114).

“Administrativo. Licitação. ... I – Afigura-se razoável, não podendo ser acoimada de ilegal, a exigência no sentido de que o licitante comprove posse efetiva das armas de fogo objeto de licitação.

II – A disposição do edital imbrica-se no conceito de capacidade operativa (espécime de capacidade técnica – Dec.-lei 2.300/86, art. 25, § 2º, item 3), a qual se assere “pela demonstração da existência de aparelhamento e pessoal disponíveis para a execução do objeto da licitação existente no edital. E assim é porque o licitante pode ser profissionalmente habilitado e não ter pessoal e aparelhamento próprio para a execução da obra, do serviço ou do fornecimento solicitado, por estar exaurida a sua capacidade operativa real” (MEIRELLES, in Licitação e Contrato Administrativo, RT, 9. ed., p. 129). III – Apelação improvida. (TRF 1ª R. – AMS 93.01.31145-3 – 2ª T. – Unânime – DJU 03.05.99).

Indiscrepantes os seguintes acórdãos:

“Mandado de segurança. Licitação. Edital. Modificação. Capacidade técnico-profissional. Comprovação. Atestado de fiscalização. Atestado de execução. Lei 8.666/93, art. 30, atualizada pela Lei 8.883/94. A qualificação técnico profissional exigida pelo EDITAL DE LICITAÇÃO deve estar atenta ao previsto na Lei 8.666/93, devendo sempre ser feita por intermédio de certidões ou atestado de obras similares de complexidade tecnológica e operacional EQUIVALENTE OU SUPERIOR”. (TJDF – DJ/DF, 01.04.98, p. 40).

“Mandado de segurança. Licitação de pré-qualificação. Presidente da TELESP. Exigência editalícia de capacidade técnico-operativa. Habilitação da impetrante no nível “E”. Admissibilidade. Cassação da ordem concedida.

(Ap. Cív. 259.877-1 – SP – 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Wiliam Marinho – 20.03.97)”.

À guisa de remate, pois, deixe-se claro que eventual entendimento em contrário representa, na verdade, vã e burlesca tentativa de enxergar na ordem jurídica proibição que nela definitivamente não se contém. E se contivesse, seria flagrantemente inconstitucional, porque violadora do superior interesse público e dos princípios constitucionais da isonomia, da eficiência e da moralidade.

Respondo, enfim, às indagações formuladas:

a) diante do vulto da licitação em análise e da evidente complexidade das obras e serviços nela previstos, à Administração Municipal é permitido, no caso sob exame, exigir que os licitantes comprovem sua capacitação técnico-operacional, como requisito indispensável à respectiva habilitação;

b) os limites para a comprovação dessa capacidade deverão ser os discricionariamente fixados pela autoridade licitante, observado o princípio da razoabilidade, é dizer, desde que adequados à complexidade e natureza da obra a ser contratada e que digam com as suas características, quantidades e prazo;

c) a previsão editalícia mencionada não importa qualquer ofensa à lei.

É o meu parecer.