

A HABILITAÇÃO NAS LICITAÇÕES E OS ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL

Carlos Ari Sundfeld*

Professor doutor da Faculdade de Direito da PUC/SP.
Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público. Advogado

1 - A possibilidade de exigir comprovação de aptidão técnico-operacional

Ao impor à Administração Pública o dever de licitar, a Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI, preocupou-se em fixar os contornos do instituto da licitação a ser disciplinado pela lei:

“Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

(...)

XXI — 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 indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*” (sem grifos no original).

A parte final do inciso XXI expressamente previu que o processo licitatório deve servir para verificação das *qualificações técnica e econômica* do licitante. Não é difícil entender o porquê dessa previsão. Basta lembrar que os contratos administrativos envolvem o dispêndio de *recursos públicos* e destinam-se a obter prestações de *interesse público* — recursos e interesses estes que não podem ser colocados em risco. Logo, ao escolher seu parceiro contratual, a quem vai entregar dinheiro público e confiar a persecução do bem público. O Poder Público pode — e deve — formular exigências destinadas a obter excelente garantia de que o contratado está apto, tanto técnica como economicamente, a cumprir o avençado.

* Este estudo foi produzido com a colaboração do Dr. Jacintho Arruda Câmara, Professor de direito administrativo da Faculdade de Direito da PUC/SP, e da Prof^ª. Vera Cristina C. Monteiro Scarpinella Bueno, da Sociedade Brasileira de Direito Público, cujas sugestões, observações e auxílio o autor agradece.

Deixar de fazê-lo seria violar a Constituição, colocando em risco valores por ela especialmente protegidos. Assim, no contrato administrativo, justifica-se uma cautela redobrada, um rigor especial, na escolha do contratado. Não é possível celebrar contrato com pessoa incapaz de oferecer, já durante a licitação, garantias de que terá capacidade econômica de tocar o empreendimento bem como capacidade técnica para fazê-lo com competência.

A formulação, nos editais de licitação, de exigências a serem atendidas pelo licitante, a fim de comprovar sua qualificação técnica e econômica, tem base constitucional. É evidente que tais exigências limitam a competição no certame licitatório, pois resultam no alijamento de todos aqueles que, não podendo atendê-las, vêem-se privados da oportunidade de contratar com o Estado. Está-se aqui, no entanto, perante uma limitação perfeitamente legítima à ampla possibilidade de disputa dos mercados públicos, que a licitação visa a propiciar; trata-se simplesmente de fazer prevalecer o *interesse público* (qual seja: o de não correr o risco de contratar com empresas desqualificadas) sobre o *interesse privado* (a saber: o de obter o máximo possível de negócios).

Em matéria de obras públicas, duas preocupações essenciais põem-se para a Administração, quando se trata de verificar a existência de garantias de que as empreiteiras têm qualificação técnica para executá-las. A primeira é a de saber se as licitantes dispõem de um *corpo técnico* — especialmente engenheiros, tendo em vista a natureza do objeto — com qualificação suficiente para responder pela obra: trata-se da chamada “*capacidade técnico-profissional*”, verificável a partir da avaliação do quadro de profissionais disponíveis.

Mas 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, ao 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.

O saudoso Geraldo Ataliba, jurista notável, explicou com pena de mestre a importância da capacidade técnico-operacional das empreiteiras de obras públicas:

“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.

Hoje, a empresa de engenharia é uma entidade produtora de utilidades, igualada — no mercado econômico-financeiro — às demais empresas produtoras de utilidades em outros setores.

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. Não basta, portanto, um quadro de profis-

sionais para realização de uma obra de engenharia. Há necessidade de que o trabalho — na forma do estilo exigido pelas organizações modernas — seja cooperativo. Isto quer dizer que se haverão de combinar os trabalhos de diversos profissionais, de variadas áreas para, somados, produzirem o resultado final obra e, no nosso caso, obras públicas.(...)

Não basta um excelente corpo técnico — com habilitação profissional aprimorada — para o bom sucesso de uma empresa de engenharia. É preciso que ela disponha de toda infra-estrutura e de todos os elementos que podem torná-la competitiva no seu campo., à semelhança de todo e qualquer outro tipo de empresa, dos demais setores da atividade econômica.” (*Licitação. Acervo ou cabedal técnico e engenharia*. Revista de Direito Público 41/42, jan.jun/1977, p. 127).

O método, por excelência, para verificar se dada empreiteira é ou não capaz de operar eficientemente (isto é, se tem ou não “capacidade técnico-operacional”) é a análise de seu desempenho anterior. A razão é simples: essa capacidade envolve um somatório imenso de fatores, basicamente imateriais (organização, sistemas gerenciais, técnicas de controle, etc.), que não podem ser medidos por ensaios ou vistorias. Só se pode afirmar com segurança a capacidade de uma empresa operar eficientemente *se ela assim já tiver operado*; se ela nunca operou, pode-se por certo *antever* sua eficiência, mas não pode haver garantias a respeito.

Por isso, tornou-se corriqueiro exigir, nas licitações de obras, a apresentação, pelas licitantes, de atestados de que anteriormente executaram objetos com características semelhantes. Pretende-se, com isso, obter a melhor das garantias de que as empresas estão tecnicamente aptas a atuar.

Mas esse mecanismo tem seus críticos, que nele vêem o inconveniente de criar dificuldades à entrada, no mercado de obras públicas, das empresas novas. De fato, para poder atender às exigências de comprovação de desempenho anterior, a empresa deve inicialmente atuar no mercado de obras privadas onde será posta à prova; logrando sucesso em suas obras, a partir de então disporá de atestados, que demonstrarão ao Poder Público sua “capacidade técnico-operacional”. Mas não há nisso nada de inconstitucional, pois é o próprio art. 37, inciso XXI, da Carta de 1988, que, em nome do interesse público, impõe a exigência dessas garantias.

Outra razão de crítica, já agora de toda pertinência, era oferecida, na realidade administrativa anterior à edição da lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, pelas exigências excessivas, que limitavam a competitividade sem razão bastante. Durante a tramitação, no Congresso Nacional, do projeto que deu origem a essa lei — e, posteriormente, das medidas provisórias que a alteraram, sendo convertidas na lei nº. 8.883, de 8 de junho de 1994 — discutiu-se com intensidade a questão.

O tema acabou tratado no art. 30 da lei o qual nos aspectos aqui envolvidos, tem a seguinte redação:

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

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e 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;

III - (...);

IV - (...).

§ 1º. A comprovação de aptidão referida no inciso 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 - capacitação técnico profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor 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);

a) (VETADO);

b) (VETADO).

§ 2º. As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

§ 3º. Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§ 4º. (...).

§ 5º. É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

§ 6º. As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal de sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedadas as exigências de propriedade e de localização prévia.

§ 7º. (VETADO);

I - (VETADO);

II - (VETADO).

§ 8º. (...).

§ 9º. (...).

§ 10º. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-operacional de que trata o inciso I do § 1º. deste artigo deverão participar da obra

ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela Administração”.

No que se refere ao item II acima transcrito — cujo escopo é a possibilidade de se exigir comprovação de aptidão técnica do licitante —, o próprio legislador tratou de limitar a competência atribuída à Administração. No texto original, levado à sanção do Presidente da República, constavam duas ordens de limites: a primeira, destinada à aferição da dita *capacidade técnico-profissional*, isto é, ao exame dos profissionais pertencentes ao quadro permanente de colaboradores; e a outra, destinada à avaliação da *capacidade técnico-operacional* da própria empresa licitante, ou seja, referindo-se à capacidade da própria *pessoa da licitante* (na maioria dos casos uma pessoa jurídica) e não do corpo técnico de profissionais pertencentes ao seu quadro permanente.

No texto do projeto que resultou na redação original da lei nº. 8.666/83, as restrições relativas à exigência de demonstração de capacitação técnico-operacional vinham previstas no art. 30, § 1º., b e § 7º., *verbis*:

“Art. 30.

§ 1º.

b) capacitação técnico-operacional: comprovação do licitante de ter executado, no somatório de até 3 (três) contratos, quantitativos mínimos não superiores a 50% daqueles previstos na mensuração e exclusivamente nas parcelas de maior relevância técnica ou de valor significativo do objeto da licitação e a 50% das relações quantitativos/prazo global destas, admitida a soma de atestados quando referidos a um mesmo período, sem limite de contratos.

§ 7º. A comprovação de capacidade técnico operacional será dispensada nas licitações cujo valor estimado for inferior a 50% do estabelecido na alínea ‘b’ do inciso I do art. 23 desta lei.”

Todavia, esta versão original sofreu alterações antes de sua entrada em vigor. Os limites referentes à exigência de capacitação *técnico-operacional* foram vetados pelo Chefe do Poder Executivo Federal, que declarou intenção de ver as exigências de qualificação técnica circunscritas à verificação de capacidade técnico-profissional.

A lei 8.666/93 veio, logo em seguida, a ser parcialmente reformulada pela lei nº. 8.883, de 8 de junho de 1994, cujo projeto, tal qual aprovado no Congresso Nacional, pretendia fazer reviver o dispositivo vetado pelo Presidente da República, na seguinte forma:

“Art. 30.

II - capacitação técnico-operacional: comprovação de o licitante ter executado obras ou serviços em quantitativos e grandezas das relações quantitativos/prazo global iguais ou superiores ao exigido no instrumento convocatório, podendo ser considerado para os quantitativos o somatório de até três contratos e para as grandezas das relações quantita-

tivos/prazo global o somatório de quaisquer contratos, desde que referidos a um mesmo período, devendo essas exigências observar:

a) no caso de quantitativos, o limite máximo de cinquenta por cento das quantidades estimadas na planilha orçamentária da Administração, restritas exclusivamente às parcelas de maior relevância técnica e valor significativo do objeto da licitação;

b) no caso das grandezas das relações quantitativos/prazo global das parcelas referidas na alínea anterior, o limite máximo de cinquenta por cento das relações estabelecidas em função do prazo máximo necessário para realização da respectiva parcela, compatível com o prazo total de execução do contrato”.

Mais uma vez, o texto foi vetado pelo Presidente da República, Itamar Franco com a seguinte justificativa, já anteriormente utilizada:

“Reconhecidamente, a competição entre possíveis interessados é princípio ínsito às licitações, pois somente ao viabilizá-la, o Poder Público pode obter a proposta economicamente mais vantajosa, barateando, assim, os preços de suas obras e serviços.

Ora, a exigência de ‘capacidade técnico-operacional’, nos termos definidos no primeiro dos dispositivos supra, praticamente inviabiliza a consecução desse objetivo, pois segmenta, de forma incontornável, o universo dos prováveis competidores, na medida em que, embora possuindo corpo técnico de comprovada experiência, uma empresa somente se habilita a concorrer se comprovar já haver realizado obra ou serviço de complexidade técnica idêntica a que estiver sendo licitada.

Ademais, dependendo do vulto da obra ou serviço, essa exigência pode afastar pequenos e médios competidores, já que pode chegar a até 50% (cinquenta por cento) das “parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo”, conceito, aliás, sequer definido objetivamente no projeto.

Impõe-se, assim, expungir do texto os dispositivos em foco, que, por possibilitarem possíveis direcionamentos em proveito de empresas de maior porte, mostram-se flagrantemente contrários ao interesse público”

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 inciso II, alíneas “a” e “b”, do § 1.º, do art. 30 da Lei 8.666/93, mas deixando intocada a previsão de exigência de aptidão técnico-operacional.

Isto ocorreu porque a competência para instituir referida exigência não era conferida pelos dispositivos vetados — estes, como se explicou, continham apenas balizas limitadoras desse poder, mas não constituíam seu fundamento —, mas sim no inciso II do *caput* do mesmo art. 30, que estipula como sendo documentos exigíveis para a qualificação técnica aqueles referentes a “comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação bem como da qualificação de cada um dos mem-

bro da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos” (grifou-se).

É desse dispositivo, portanto, que se extrai o fundamento para se requerer comprovação de aptidão técnico-operacional.

Mas este não é o único preceito da lei a admitir a formulação da exigência. O art. 33, ao disciplinar a habilitação dos consórcios nos certames licitatórios, expressamente dispõe que relativamente à qualificação técnica, seria possível somar os “*quantitativos de cada consorciado*”, podendo a Administração “*estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual*”.

O versículo está a admitir — e isso de modo expresso — que o edital formule para licitantes individuais, exigências de comprovação de desempenho anterior em certas quantidades; e, ainda, que as incremente 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 simplesmente 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-operacional¹⁻².

1 No mesmo sentido, vejam-se Antônio Carlos Cintra do Amaral (“*Qualificação Técnica da Empresa na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Lei 8.666/93*”, em RTDP 5/46) e Roberto Ribeiro Bazilli (“*A qualificação técnica no procedimento licitatório. A capacidade técnico-operacional do licitante*”, em Informativo de Licitação e Contratos, nº. 40, jun/97, Ed. Zênite, p. 431).

2 Nem se alegue que o dispositivo poderia estar se referindo à “*capacitação técnico-profissional*”, do licitante, e não à “*capacitação técnico-operacional*”. Isso seria simplesmente impossível, dado o art. 30, § 1º, I, haver vedado ao edital a exigência de demonstração, por atestado, de que o profissional tenha atuado em obra com certas “*quantidades mínimas*”; em termos sintéticos: não pode haver exigência de “*quantitativos*”, relativamente à “*capacidade técnico-profissional*”. Logo, o art. 33, III, que trata justamente da forma de comprovar os tais “*quantitativos*”, só pode estar se referindo à “*capacidade técnico-operacional*”.

Esse argumento, aliás, eu já o utilizara em meu livro “*Licitação ...*” (cit., p. 125), recebendo contradita do eminente Conselheiro Cláudio Ferraz Alvarenga, do TCESP, nestes termos:

“Não creio, em verdade, que a menção a ‘somatório de quantitativos’, constante do artigo 33, III, da Lei de Licitações, seja poderosa para embasamento da opinião contrária, aliás enfaticamente defendida por Carlos Ari Sundfeld (*Licitação e Contrato Administrativo*, págs. 125-126, Malheiros Editores, 2ª edição, 1995).

Sobrevindo em diploma hostil a exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos, a regra em questão tem de ser recebida como simplesmente definidora de critério para julgamento da qualificação técnica de empresas em consórcio” (em TC-032615/026/97; Exame prévio de edital; Representante: Construtora de Redes Telefônicas Sorocabana Ltda.; Representada: Prefeitura Municipal de Santos).

“Data venia” do ilustre Conselheiro, não bastasse o equívoco de afirmar que a lei é hostil a qualquer exigência de demonstração de “*quantidades mínimas e prazos máximos*” (quando a proibição a respeito é dirigida, pelo art. 30, § 1º, I, à “*capacitação técnico-profissional*”, e só a ela, havendo no inciso II do mesmo art. autorização expressa para verificação de “*quantidades e prazos*”, na “*capacitação técnica do próprio licitante*”), seu raciocínio desemboca em séria contradição. Deveras, embora reconhecendo que o art. 33, III, admite a exigência dos famigerados “*quantitativos*”, conclui que isso só poderia ser feito em relação aos consórcios. Isso leva à inevitável pergunta, que ficou sem resposta: o que justificaria essa exigência, nas licitações com consórcios? Não há qualquer explicação para isso. Ademais, como notei acima, a simples leitura do dispositivo mostra que o art. 33, III, refere a exigência de “*quantitativos*” relativamente ao “*licitante individual*”, o que basta para derrubar o argumento.

A quase unanimidade da doutrina sustenta posição semelhante³. Confirmam-se algumas dessas lições⁴.

Antônio Carlos Cintra do Amaral⁵:

“Com o veto presidencial apostado à alínea ‘b’ do § 1º, o art. 30 ficou, nesse ponto, truncado. O § 1º passou a contar apenas com uma alínea, referente à capacitação técnico-profissional, mas continuou a disciplinar a aptidão referida no inc. II do art. 30. E esse inc. II não abrange apenas a capacitação técnico-profissional.

Com efeito, o inc. II do art. 30 menciona ‘comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação’. Aptidão de quem? Parece-me claro que é o interessado, que, segundo o

³ Nessa linha são os ensinamentos, entre outros, de Diógenes Gasparini (Direito Administrativo, 4ª ed., 1995, S.Paulo, Saraiva, p. 350), Carlos Pinto Coelho Motta (“Licitação - Exigências editalícias para comprovação da experiência da empresa”, em BLC 8/96, p. 371) e Toshio Mukai (“Licitação - Pontos Polêmicos”, em BLC 1/95, p. 5; e “Habilitação - Qualificação Técnica. Atestados em nome das empresas. Quantitativos compatíveis em quantidades e prazos com o objeto licitado”, em BLC 11/96, p. 257).

Sobre este assunto, também eu já tive a oportunidade de escrever em obra de cunho doutrinário: “A capacidade técnico-operacional do licitante é a resultante de sua própria experiência anterior, medida pelo histórico de suas atuações em outros contratos. Tanto no projeto original da lei 8.666/93, quanto no da lei 8.883/94, usava-se a expressão ‘capacitação técnico-operacional’ e estipulava-se limite para as exigências a ela relativas. Contudo, os preceitos correspondentes foram, nos dois casos, vetados pelo Presidente da República, com a intenção declarada de circunscrever a comprovação de aptidão à chamada ‘capacitação técnico-profissional’. Mas os vetos produziram efeito oposto ao pretendido, pois não eliminaram a exigência de atestados de aptidão da própria empresa, os quais estão expressamente previstos no art. 30-II, c/c § 1º., bem assim no art. 33-III. Resultou do veto, apenas, a supressão dos limites quanto a quantidades e prazos das obras e serviços objeto dos atestados.” (Carlos Ari Sundfeld, Licitação e contrato administrativo, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 125).

⁴ Veja-se, em sentido contrário, a posição de Marçal Justen Filho que, em que pese o respeito ao ilustre professor, de modo algum abalam as argumentações aqui lançadas: “Mesmo quanto as licitações para obras e serviços de engenharia, a situação tornou-se grave diante do veto à alínea ‘b’ (quanto à Lei n.º 8.666), equivalente ao inc. II (quanto à Lei n.º 8.883). O § 1.º disciplina as exigências do inc. II relativamente a licitações para obras e serviços. Como houve o veto à exigência de requisitos de capacitação ‘técnico-operacional’, somente restaram autorizadas exigências outras, não autorizadas expressamente na Lei e que sejam hábeis a inibir a participação na licitação. Por decorrência, a interpretação conjugada dos diversos dispositivos acarreta o resultado de que, em licitação de obras e serviços, somente se admitem exigências de qualificação técnico-profissional” (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos — de acordo com a lei federal n.º 8.883, de 08/06/94, 3.ª ed., Rio de Janeiro: Aide, 1994, p. 195).

O próprio autor reconhece a fragilidade da proposição a que chegou, mesmo sem inferir conclusão condizente com o sistema positivo; confira-se: “Isso provoca (a conclusão a que chegou) desvios e perplexidades, no tocante à elaboração dos editais e à apresentação de documentos. Enquanto a situação não for resolvida, será inválida a exigência de atestados referidos à execução de obras ou serviços similares no passado. Não é possível impor essa exigência com fulcro diretamente no inc. II do art. 30, pois o § 1.º é que regulamenta aquele dispositivo e não autoriza requisito dessa ordem.” (obra e página anteriormente citadas — o esclarecimento entre parênteses não consta do original).

⁵

Observe-se que os comentários do autor referiam-se à versão original da Lei 8.666/93. Com as modificações nela operadas pela Lei 8.883/94 houve alteração de numeração dos dispositivos envolvidos, mas seu conteúdo permaneceu o mesmo.

art. 27, é quem deverá demonstrar sua qualificação técnica. Quem é o interessado? É, na maioria das vezes, a pessoa jurídica.

Essa opinião é reforçada, por um lado, pelo fato de que o inc. II do art. 30 é repetição quase literal do item 2 do § 2º do art. 25 do Dec.-lei 2.300/86. Vale dizer: não houve modificação, nesse ponto, do esquema da lei anterior. Por outro lado, determina ele que se faça indicação não apenas do pessoal técnico que realizará o objeto da licitação, mas também das instalações e do aparelhamento, o que é reforçado pelo § 6º do mesmo art. 30. 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 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 qualificação técnica do interessado, ou seja, da pessoa jurídica." ("Qualificação técnica da empresa na nova lei de licitações e contratos administrativos — Lei 8.666/93", em *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n.º 05, p. 45, 1994).

Adilson de Abreu Dallari:

"A justificativa do famigerado veto deixa perfeitamente claro que a intenção era proibir a exigência de requisitos comprobatórios da capacitação técnico-operacional, mas o que se fez, na realidade, foi apenas suprimir as limitações expressas a tais exigências as quais foram mantidas, apenas com as limitações implícitas, conforme consta do *caput* desse mesmo artigo (inciso II) que se refere a 'indicação das instalações do aparelhamento e do pessoal técnico adequados', ou seja, em quantidades e qualificações compatíveis com o objeto do futuro contrato.

Cabe aqui apenas lembrar que a Constituição Federal autoriza e determina o estabelecimento de condições voltadas ao asseguramento 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 públicas de grande vulto, de considerável complexidade técnica, para as quais é insuficiente a simples capacitação profissional do pessoal técnico." (*Aspectos jurídicos da licitação*, 4.ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 120).

O Judiciário também tem acolhido a tese de que há respaldo legal para a exigência de aptidão técnico-operacional dos licitantes. Veja-se, neste sentido, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁶ cuja ementa e parte do voto condutor são transcritos a seguir:

"*Ementa*: Mandado de Segurança. Participação em licitação. Exigência de comprovação de capacidade técnica da concorrente. Legalidade. Segurança denegada. Recurso

⁶ No mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Alçada de Minas Gerais (AI em MS n.º. 187.389-0/01-BH, em BLC 11/97).

improvido.

Voto: (...) A exigência de comprovação da capacidade técnica da participante em licitação pública é perfeitamente legítima.

E essa capacidade técnica não pode se restringir a algum responsável técnico que preste serviços à participante do certame, mas à própria participante como empresa concorrente, como bem acentuado pelo parecer da doutra Procuradoria de Justiça do Estado, sob pena de se privilegiar apenas um dos elementos, em detrimento de todo o conjunto. 'Excelente profissional não satisfaz o requisito da capacidade da empresa, que pode estar desfalcada, como já dito, em toda a infra estrutura material' (...)''. (TJSP. Apelação Cível n.º 266.592.1/5. Segunda Câmara de Direito Público. Relator- Des. Paulo Shintate. Julgamento em 20.12.96)⁷.

É de suma importância ainda ressaltar a tomada de posição do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Revendo postura contrária ao ponto de vista que se expõe, a Corte de Contas paulista fixou entendimento favorável à exigência de comprovação de aptidão técnico-operacional. Veja-se trecho do voto condutor desta decisão, verdadeiro divisor de águas da jurisprudência do TCE/SP⁸:

"(...) Ora, a capacidade técnico-operacional do licitante resulta de sua própria experiência anterior e será verificada por atestados fornecidos por pessoas jurídicas públicas ou privadas, devidamente registradas na entidade profissional competente (art. 30, § 1º da Lei 8.666/93). Não se exige que tais atestados se refiram a objeto idêntico, bastando que os serviços ou obras sejam similares, ou seja, sejam compatíveis em características, quantidades e prazos (art. 30, II) e de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior a do objeto da licitação (art. 30, § 3º).

Segundo o art. 30, § 3º, será sempre admitida a comprovação de aptidão através de atestados de obras ou serviços de complexidade operacional 'equivalente ou superior' e das obras ou serviços objeto da licitação. O que a lei veda é a exigência de quantidades mínimas ou prazos máximos apenas no tocante à comprovação da capacidade técnico-profissional, vez que tal impedimento foi averbado somente no inciso I do § 1º do art. 30, que aborda exclusivamente a capacidade técnico-profissional.

A matéria é árdua, comportando várias interpretações. A meu ver, deve-se analisar caso a caso, tendo em vista o objeto licitado.

No presente processado, o § 1º do art. 30 da Lei 8.666/93 deve ser interpretado conjuntamente com o inciso II deste dispositivo que contempla indiscutivelmente a exigência de capacitação técnico-operacional da empresa licitante, e com o § 6º também do artigo 30, que se refere às exigências de instalações e aparelhamento, que obviamente não são do

7 Também nessa linha já decidiu a 3ª. Câmara de Direito Público do TJESP (em BLC 8/97).

8 Neste sentido também é a posição do 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). (TCE/RJ, Cons. Sérgio F. Quintella, RTCE/RJ, nº 28, abr./95, p. 103, em Antônio Roque Citadini, Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas, São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 207).

profissional, mas da empresa. A capacitação técnico - operacional não pode ser confundida com a demonstração da capacitação técnico-operacional, que permite a comprovação de atividade compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação.

E essa interpretação sistemática da lei de Licitações também é adotada por alguns doutrinadores e jurisprudência pátria, como por exemplo Toshio Mukai (in Boletim de Direito de Licitações e Contratos da Editora NDJ), Antônio Carlos Cintra do Amaral (in Revista Trimestral de Direito Público, 5/1994, pág. 42) e Carlos Ari Sundfeld (in Licitações e Contrato Administrativo, Malheiros, pág. 125/126, 1ª edição).” (Decisão do TCE/SP nº 05725/026/96. Tribunal Pleno Câmara. Votação unânime. Relator: Cons. Robson Marinho. 30ª Sessão Ordinária, realizada em 3.9.97. Publicada na Revista do TCE/SP nº 85, jul. a out. 97, p. 168).

No mesmo sentido é a posição do Tribunal de Contas da União:

“30. (...) Busca-se, hoje, o trabalho associativo, realizado por equipes de profissionais preparados para executarem determinado empreendimento, conforme prevê o próprio inc. II do art. 30 do estatuto de licitações e contratos. Mas, o acervo técnico do profissional deve integrar a capacidade técnica da empresa que, por sua vez, não se resume na soma dos técnicos que fazem parte de seu quadro de empregados, visto que deve incluir também a disponibilidade de recursos materiais para a execução do objeto contratual, que nada mais é que a capacidade técnica operativa.

31. Relativamente às disposições do art. 30 da lei nº 8.666/93 e, mais especificamente, do § 1º e seu inc. I, que é um desdobramento do inc. II do *caput* do citado artigo, verifica-se que o veto apostado na alínea *b* do retrocitado § 1º, serviu apenas para truncar o entendimento do art. 30, pois não excluiu do texto a exigência da capacitação técnico-operacional, que continua sendo tratada no inc. II do respectivo artigo.(...)

34. (...) trata-se de serviço eminentemente técnico e, como tal, deve exigir a participação de profissionais especializados aliada à capacitação operativa da empresa a ser contratada, principalmente em se tratando de Administração Pública, quando há desdobramento de problemas econômicos e administrativos, ligados ao fluxo de recursos disponíveis ou à liberação de áreas físicas, ou ainda, a prioridades de atendimento ou a problemas estruturais do órgão ou entidade estatal.

35. Conforme estabelece a Constituição Federal, em seu art. 37, inc. XXI, há a permissão, nas licitações públicas, de exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, pois se caracterizam como instrumentos eficazes de garantia para a boa conservação das obras públicas.” (Decisão Publicada no Diário Oficial da União em 28.02.95. Ministro-relator: Paulo Affonso Martins de Oliveira. Reproduzida no Boletim de Licitações e Contratos, Editora NDJ, novembro de 1995, p. 564).

Em outro sentido havia concluído o respeitado Conselheiro Cláudio Ferraz Alvarenga, em voto condutor de decisão do TCE/SP, posteriormente superado em virtude do novo entendimento do Tribunal, há pouco transcrito. Transcrevo parte de sua sustentação:

“A meu sentir, destoa francamente do sistema arquitetado pela Lei nº. 8.666/93 o reclamar-se, à margem do estatuído no artigo 30, § 1º, I, e quiçá a pretexto de apuração de autônoma capacitação técnico-operacional do licitante, tenha lugar a ‘comprovação de aptidão para desempenho de atividade compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação’ (artigo 30, II), por meio da apresentação de atestados de experiência do licitante na execução de obras ou serviços similares aos licitados, em certa quantidade mínima ou em certo prazo máximo, qualquer que seja a proporção que mantenha com as quantidades e prazos pressupostos pelo objeto do certame.

É que, para mim, na dicção do artigo 30 da Lei nº. 8.666/93, a ‘comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação’ (inciso II, primeira parte), terá de invariavelmente fazer-se ‘por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes’ (§ 1º.), que contemplem apenas a capacitação técnico-profissional do licitante, como tal compreendida a simples existência, ‘em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta’, de ‘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’ (§ 1º., inciso I).

No texto da lei, em verdade, creio não haver espaço para a exigência de que os referidos ‘atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado’ (artigo 30, § 1º.) tenham também de apontar a capacitação técnico-operacional do licitante, ele próprio, por meio da prova de que anteriormente executou obras ou serviços em determinadas quantidades ou prazos.

Com efeito. O correspondente permissivo, constando embora do autógrafo da lei nº. 8.883, de 8.6.94 (artigo 30, § 1º., II), experimentou veto, não repelido, de jeito que, na versão inicial da lei nº. 8.666/93, nenhum dispositivo fez explícita alusão à capacitação técnico-operacional do licitante, assim compreendida. (...)

De resto, é lição da vida que condicionar a participação na disputa à demonstração de que o licitante, ele próprio ou o pessoal técnico-profissional sob as suas ordens, teve previamente a seu cargo obras ou serviços de determinada natureza e quantidade, havendo-os executado em certo período de tempo, implica inevitavelmente reduzir o círculo dos aptos a contratar com a Administração, levando-a a afligir o postulado isonômico e pondo-lhe em risco a seleção da proposta mais vantajosa.

A Administração há de decidir à vista da experiência técnica acumulada por pessoas físicas, ainda que só recentemente tenham vindo estar comprometidas com os misteres do licitante; não, porém, em função do cabedal de obras e serviços porventura inscrito no histórico dos feitos do licitante ele próprio, mesmo que dele estejam agora desligados os

* Cf. artigo 30, § 1º, verbo: “limitadas as exigências a”.

profissionais que, no passado, ensinaram a sua conformação” (voto em TC-032615/026/97, cit.)

A posição sustentada pelo Conselheiro Alvarenga escora-se, em síntese, na seguinte seqüência de raciocínios:

a) Com o veto ao inciso II do § 1º. do art. 30 — justamente o dispositivo que falava da exigência de capacidade técnico-operacional —, nenhuma outra referência legal restou a respeito.

b) Como a cabeça do § 1º. do art. 30, regulamentado a comprovação da aptidão técnica do licitante, usou a expressão “limitadas as exigências a”, isso implicou em que as únicas exigências possíveis, relativamente à capacitação técnica, são as que vieram enumeradas em seguida — o que, em virtude do veto, não é o caso da capacitação técnico-operacional.

c) É contrária ao princípio constitucional da isonomia a exigência de que o licitante, para provar sua capacidade técnica demonstre haver executado obras em certa quantidade ou em certo prazo.

d) A apuração da capacidade técnica da empresa só pode ser feita aferindo-se a capacidade individual das pessoas físicas.

Entendo inadequados esses argumentos, porquanto:

a) O veto não eliminou a previsão legal relativa à capacitação técnico-profissional, pois ela está no inciso II do art. 30. O veto suprimiu apenas a expressão (“capacitação técnico-profissional”), que se pretendia introduzir no nº. II do § 1º. Quanto a estar tal capacitação incluída na fórmula genérica do inciso II do art. 30 (“aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto”), é coisa que se prova simplesmente lembrando que essa fórmula já se encontrava no decreto-lei nº. 2.300/86 — o antigo Estatuto das Licitações — e, sozinha, servia de base para a exigência, pois inexistia menção à expressão “capacidade técnico-operacional”⁹.

b) Ler em seqüência a cabeça e o nº. I do § 1º. do art. 30, como se neles estivesse dito que “as exigências são limitadas à capacidade técnico profissional”, é manipular os textos, distorcendo-os. Deveras, no nº. I, a expressão “capacidade técnico profissional” é **um título**, tanto que vem seguida de dois pontos; logo, o texto diz apenas que, **relativamente** à “capacidade técnico profissional”, as exigências são limitadas a alguns tópicos.

c) Não há agravo à isonomia por se exigir a demonstração de experiência na execução de obra de dimensão e em prazo compatíveis com os do objeto da licitação. Quem fez uma pequena obra demonstra capacidade para fazer pequenas obras, não para executar

⁹ Carlos Pinto Coelho Motta lembra “o percurso histórico-legislativo da licitação, que sempre validou a exigência de aptidão específica; salientando-se o art. 741 do Código de Contabilidade; os arts. 127, § 2º., e 131, do Decreto-lei 200/67; o art. 17, III, do Decreto 73.140/73; o art. 25, § 2º., do Decreto-lei 2.300/86”, e isso sem que se empregasse a famigerada expressão (“capacidade técnico-operacional”) aqui discutida. Aliás, citando fartíssima jurisprudência, o autor esclarece que, apesar disso, “a jurisprudência dos Tribunais consolidava a interpretação da viabilidade legal da exigência de comprovação da aptidão específica da empresa”. (Eficácia nas Licitações e Contratos - Comentários sobre as Leis 8.666/93 e 8/987/95, 6ª. ed., B.Horizonte, Del Rey, p. 179).

obras de porte; sua eliminação do certame envolvendo uma grande obra é, portanto, logicamente coerente com o grau de sua capacidade.

d) Não tem apoio na experiência a afirmação de que o modo adequado de apurar a capacidade técnica de uma empresa é o exame do currículo de seus profissionais, não do histórico dela própria. Deveras, a prática internacional é justamente em sentido contrário¹⁰, podendo-se lembrar também que a exigência da comprovação da capacidade técnico-operacional é recomendada pelo Banco Mundial¹¹.

Por essas razões, entendo não haver argumento forte para negar a existência, no atual ordenamento jurídico brasileiro, de autorização legal para a exigência de comprovação técnico-operacional nas licitações.

2 - A possibilidade de estipulação de quantitativos mínimos e prazos máximos na aferição de capacidade técnico-operacional

Outro ponto de dúvida freqüente diz respeito à possibilidade de se estabelecerem quantitativos mínimos ou prazos máximos, como condicionantes à comprovação de aptidão técnico-operacional. Segundo por vezes se alega, o inc. I, do § 1.º, do art. 30, da Lei 8.666/93 teria proibido tal prática ao estipular que seriam vedadas as “exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos”.

A argumentação, mais uma vez, carece de fundamento. A limitação em tela, como resta claro no corpo do dispositivo, só é aplicável às exigências referentes à *capacitação técnico-profissional*. No que concerne à aptidão técnico-operacional, conforme já foi demonstrado no presente estudo, as limitações contidas na versão original da Lei 8.666/93 foram vetadas no Executivo, restando tão somente aquelas existentes no próprio inc. II do *caput* do art. 30, e demais parágrafos do artigo, quando aplicáveis.

¹⁰ É o que informa A.P. Ducret, ao efetuar análise comparativa da experiência internacional em matéria de habilitação técnica nas licitações de obras públicas: “De qualquer modo, praticamente em todos os países, a maioria das autoridades responsáveis pela execução de obras públicas e quase todas as organizações profissionais dos empreiteiros estão atualmente reconhecendo que as obras públicas devem ser adjudicadas às empresas qualificadas, isto é, que possuam uma formação profissional suficiente ou que tenham já executado de maneira satisfatória obras de importância comparável e com grau aproximado de complexidade técnica” (Evolução dos Métodos de Licitação de Obras Públicas em Diversos Países, tradução de Fernando Viola Reis Dias, 1984, Sinduscon, p. 23).

¹¹ É o que ensina a ilustre Profª. Rosolea Miranda Folgosi, ao relatar que, nas licitações com recursos do Banco Mundial, a “pré-qualificação limita-se à comprovação da capacidade técnica (levando em consideração tanto a capacitação técnico-operacional como a técnico-profissional) e econômica dos licitantes, em função do objeto licitado, exigindo deles: (i) experiência pretérita em contratos similares (ii) indicação do pessoal técnico, aparelhamento e instalações (iii) qualificação econômico-financeira” (“As Guidelines do Banco Mundial e a Lei Brasileira de Licitação”, em Licitações nos Empréstimos do Banco Mundial - Uma Abordagem Jurídica, Organizado por Eduardo Arruda Sampaio, Projeto Nordeste, Brasília, 1998, p. 67).

Posta esta premissa, facilmente se verifica que a possibilidade de fixar parâmetros referentes a quantitativos e prazos na avaliação da capacidade técnico-operacional do licitante está contida no próprio inc. II do art. 30, que prevê a possibilidade de se instituir a exigência de aptidão para desempenho de atividade “pertinente e compatível em características, **quantidades e prazos** com o objeto da licitação (...)”, não havendo como se negar legitimidade à imposição de tais condicionamentos.

Com isto, porém, não se está afirmando que a Administração Pública é absolutamente livre para estabelecer quaisquer exigências. Apesar do veto, a Lei 8.666/93 ainda contém eficazes balizas do comportamento administrativo nesta matéria. As limitações para o exercício desta competência estão contidas na necessidade de compatibilização entre a condição estabelecida e a complexidade do objeto da licitação (limitação esta contida no próprio dispositivo em exame e no § 3.º do art. 30) bem como na proibição de exigência de atestados referentes a todas as parcelas da obra em licitação, sendo permitido, tão somente, exigir-se as de maior relevância técnica e de valor significativo (o que decorre dos próprios princípios aplicáveis, especialmente o da razoabilidade, e está previsto expressamente no art. 30, § 1.º, I c/c § 2.º, relativamente à capacitação técnico-profissional).

Estes balizamentos estão plenamente condizentes com a finalidade buscada com as exigências para habilitação e realiza com sucesso o equilíbrio entre os aparentemente conflitantes esteios da licitação: proporcionar uma ampla disputa entre os interessados, sem pôr em risco a exequibilidade do contrato.

Em abordagem teórica sobre a questão, desvinculada de qualquer caso concreto, já tive oportunidade de discorrer a respeito dessas razões de ordem fática e jurídica, que fundamentam a exigência de quantitativos e prazos no tocante à comprovação de aptidão técnico-operacional:

“O edital pode, como condição da aceitação do atestado, exigir que ele se refira a obras ou serviços com certa dimensão. Se a licitação se destina a contratar a construção de obra gigantesca, seria irracional considerar qualificada para realizá-la uma empresa que só houvesse enfrentado obras diminutas. Daí a atuação anterior do licitante, que demonstra sua capacidade técnico-operacional, dever ter sido adquirida em obra com dimensão compatível com a posta em licitação.

Segundo o art. 30-§3º., será sempre admitida a comprovação de aptidão através de atestados de obras ou serviços de complexidade operacional “equivalente ou superior” à das obras ou serviços objeto da licitação. Assim, estando-se a licitar obra envolvendo a terraplanagem de 500 mil m³, poder-se-á exigir que o interessado comprove já haver executado a terraplanagem de ao menos 500 mil m³ (isso quando os princípios regentes da habilitação não impuseram limites inferiores, como meio de assegurar a competitividade). Como nem sempre é essencial que operação com tal dimensão tenha sido realizada em um único contrato, o edital poderá admitir que o licitante some vários contratos de obras ou serviços diferentes.

No entanto, o edital não pode exigir atestados de experiência anterior com relação a todas as parcelas da obra em licitação. Apenas as de maior relevância técnica e de valor

significativo devem ser objeto de exigência (art. 30-§1º.-I c/c §2º., relativo à capacitação técnico-profissional, aqui incidente por analogia).” (Carlos Ari Sunfeld, *Licitação ...*, p. 126).

Mais adiante, especificamente sobre a questão dos prazos, aduzi:

“Mas não basta saber se a empresa é capaz de executar obra ou serviço com certa dimensão. É preciso, igualmente, verificar se é capaz de fazê-lo no prazo pretendido pela Administração. Para tanto, deve possuir capacidade operacional para, no tempo definido no edital, concluir a quantidade de obras e serviços objeto do certame. Para se comprovar essa capacidade, o edital pode exigir a demonstração de experiência anterior na realização, em dado prazo, de certa quantidade de obras e serviços.” (Carlos Ari Sunfeld, *Licitações ...*, p. 127)

Em sentido semelhante, veja a lição do eminente Conselheiro do TCESP, Antônio Roque Citadini¹²:

“A Administração pode fazer exigência de limites mínimos, mas estes devem estar dentro de um parâmetro que lhe permita aferir a capacidade do licitante para executar o objeto. Não pode, porém, valer-se somente de dados de execução, vindo a exigir dos interessados que comprovem haver executado contratos em quantidades iguais às que pretende contratar. O administrador há de encontrar, para cada caso concreto, uma maneira objetiva de aferir a capacidade técnico-operacional dos interessados, de forma a garantir a possibilidade de participação daqueles que tenham real capacidade potencial para desenvolver obras ou serviços com a segurança que o interesse público requer, mesmo que ainda não tenham feito, principalmente no que se refere aos quantitativos.” (*Comentários ...*, p. 209).

¹² O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em decisão há pouco citada, também apresentou posicionamento semelhante em relação a esta matéria. Veja mais uma vez o trecho correspondente: “(...) Segundo o art. 30, § 3º, será sempre admitida a comprovação de aptidão através de atestados de obras ou serviços de complexidade operacional 'equivalente ou superior' e das obras ou serviços objeto da licitação. O que a lei veda é a exigência de quantidades mínimas ou prazos máximos apenas no tocante à comprovação da capacidade técnico-profissional, vez que tal impedimento foi averbado somente no inciso I do § 1º do art. 30, que aborda exclusivamente a capacidade técnico-profissional. A matéria é árdua, comportando várias interpretações. A meu ver, deve-se analisar caso a caso, tendo em vista o objeto licitado. No presente processado, o § 1º do art. 30 da Lei 8.666/93 deve ser interpretado conjuntamente com o inciso II deste dispositivo que contempla indiscutivelmente a exigência de capacitação técnico-operacional da empresa licitante, e com o § 6º também do artigo 30, que se refere às exigências de instalações e aparelhamento, que obviamente não são do profissional, mas da empresa. A demonstração da capacitação técnico-profissional não pode ser confundida com a demonstração da capacitação técnico-operacional, que permite a comprovação de atividade compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação. (...)”. (grifou-se).

3 - A viabilidade jurídica de se exigir comprovação de aptidão técnico-operacional concomitantemente à exigência de aptidão técnico-profissional

Por último, resta a tese segundo a qual não seria legítima a exigência de comprovação de aptidão técnico-operacional quando também fosse requerida a demonstração de capacidade técnico-profissional. O fundamento para a objeção estaria em que esta última exigência seria excludente da primeira, o que importaria a vedação da aplicação concomitante de ambas.

Mais uma vez a impugnação não me parece merecer acolhida. A incompatibilidade só se faria presente caso fosse constatado que tanto uma exigência como a outra serviriam para aferir a mesma característica do licitante, o que, de fato, não se verifica.

Aptidão técnico-profissional e aptidão técnico-operacional são coisas distintas e que atendem a finalidades diferentes, muito embora estejam, ambas, vinculadas à aferição da capacitação técnica do licitante. Na primeira, o que se pretende é aferir se o licitante conta com profissionais individualmente qualificados, dentro de seu quadro permanente de colaboradores para a realização do objeto contratual. Na outra, a análise volta-se para a capacidade da pessoa do próprio licitante, é dizer, à eficácia do conjunto de seus recursos humanos e materiais, verificando-se seu desempenho anterior na execução de contratos de porte semelhante, a qualidade de suas instalações e equipamentos, etc.

Num caso e noutro, busca-se aferir perspectivas diferentes da chamada capacitação técnica do licitante, sendo plenamente justificável que assim se proceda, pois trata-se de condições necessárias para dar garantias à Administração quanto à boa execução do contrato.

Realmente, para que se garanta a segura realização do contrato, não basta saber se uma dada empresa conta com profissionais gabaritados para realizar determinada função. Imprescindível, do mesmo modo, é saber se esta empresa conta com *capacidade operacional* para executar o contrato; se tem condições de mobilizar o montante dos equipamentos exigidos e dentro do prazo necessário; se há instalações adequadas para o que se almeja; enfim, se a licitante detém a *aptidão técnico-operacional* necessária para executar o contrato objeto do certame. Uma exigência não elimina a outra. Ao contrário, elas se completam na consecução do objetivo comum, que é o de propiciar segurança à Administração na escolha de quem irá contratar.

Não existe, portanto, qualquer impedimento à exigência concomitante de comprovação de aptidão técnico-profissional e aptidão técnico-operacional num mesmo procedimento licitatório, desde que, evidentemente, guardem relação de racionalidade e proporcionalidade com as características do contrato a ser celebrado.

4 - Conclusão

Tendo em vista o exposto, afirmo as seguintes conclusões:

a) É válida a exigência de comprovação de aptidão técnico-operacional, admitindo-se, inclusive, condicionamentos relativos a quantidades mínimas e prazos máximos; isto porque o veto no inc. II do § 1.º do art. 30 da lei n.º. 8.666/93 não eliminou do ordenamento jurídico pátrio tal possibilidade, servindo apenas para afastar as limitações expressas nele contidas. O fundamento de validade para tal exigência é encontrado no inc. II do *caput* do mesmo art. 30.

b) É juridicamente viável a exigência de comprovação de aptidão técnico-operacional mesmo quando já se tiver exigido prova de aptidão técnico-profissional. As duas exigências não são excludentes entre si. Ao contrário, são complementares e perfeitamente aplicáveis num mesmo certame.