

PARECER

Adilson Abreu Dallari

Interessado: Departamento de Águas e Energia Elétrica
Assunto: Licitude da exigência de demonstração de capacidade
técnico-operacional.

I - Consultas

O DEPARTAMENTO DE ÁGUAS E ENERGIA ELÉTRICA DO ESTADO DE SÃO PAULO – DAEE, publicou o Edital de Concorrência nº 05/DAEE/97/SUP, para a contratação, sob o regime de empreitada por preços unitários e globais, com observância de menor preço, ofertados por Empresa Pré-Qualificadas, da execução das obras de Despoluição da Bacia do Rio Tietê, no trecho compreendido entre a estaca 203 e a estaca 1.033, numa extensão de 16.600 m, nos municípios de São Paulo, Osasco, Carapicuíba, Barueri e Santana do Parnaíba, no Estado de São Paulo, parcialmente financiadas pelo Governo Japonês por meio do “Overseas Economic Cooperation Fund”, a qual será regida pela Lei Federal nº 8.666 de 21/06/93 e suas atualizações e, no que couber, pela Lei Estadual nº 6.544 de 22/11/89, pelas regras contidas no “Guidelines for Procurement under OECF Loans” e por este Edital.

Observando rigorosamente esse conjunto de normas regedoras do certame (federais, estaduais e impostas pela entidade internacional financiadora), o mencionado edital exigiu, como condição de participação na concorrência, a apresentação, pelos interessados, de atestados comprobatórios da CAPACIDADE GERENCIAL DA EMPRESA.

Contra essa exigência insurgiu-se o SINDUSCON, que impetrou Mandado de Segurança (proc. nº 1.074/97 – 9ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo), arguindo sua ilicitude.

Não foi concedida medida liminar e a concorrência processou-se normalmente. Entretanto, em meio à execução dos contratos, sobreveio a respeitável sentença concedendo a segurança requerida, declarando a ilicitude do edital quanto a essa específica questão, nestes termos:

“é de se concluir que o EDITAL apresenta inadequação apenas no que diz respeito à exigência do ATESTADO da própria pessoa jurídica, quando correto e constitucional seria manter a exigência do ATESTADO em relação aos funcionários internos da licitante”.

Ou seja, entendeu o MM. Juiz que a legislação permite apenas a exigência de comprovação de CAPACIDADE PROFISSIONAL das pessoas envolvidas nos trabalhos, não permitindo que se exija a apresentação, pelas empresas (pessoas jurídicas), de atestados

comprobatórios de sua CAPACIDADE GERENCIAL.

Diante disso, solicita o consultante uma apreciação técnica jurídica do tema, para que se responda, conclusivamente, se é ou não lícita a exigência de comprovação, pelas empresas, de sua capacidade gerencial.

PARECER

I - Os Fatos

O fulcro da questão em debate está nos itens 7.3.2.9, 7.3.3.3.2 e 7.3.3.3.9 do edital, que exigem a apresentação, pelas empresas interessadas, de atestados comprobatórios da execução anterior de obras e serviços assemelhados aos que estavam sendo postos em disputa.

Contra essa exigência o SINDUSCON invocou o art. 3º da Lei nº 8.666/93, que no inciso I, de seu § 1º, proíbe a inclusão no edital de cláusulas ou condições que restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação. Entendeu o SINDUSCON que a guerreada exigência restringiria a disputa pelo contrato, na medida em que impossibilitaria a participação de pequenas empresas, que ainda não haviam executado obras desse porte, e fazendo com que apenas grandes empresas, dotadas de experiência anterior, disputassem entre si a obtenção do contrato.

Invocou também o SINDUSCON, em defesa de sua posição, o veto presidencial ao inciso II, do § 1º, do art. 30, da Lei nº 8.666/93, que, no projeto original, disciplinava a exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional das empresas. Entendeu o SINDUSCON que a supressão da disciplina implica proscrição da exigência. Tal entendimento é sustentado por respeitável parecer emitido pelo saudoso mestre GERALDO ATALIBA, que, lealmente, no decorrer de sua argumentação, já menciona nosso entendimento divergente.

Convergem, todavia, todos os interessados ou envolvidos (inclusive o MM. Juiz) em que se trata de contratação de obras e serviços de grande vulto e excepcional complexidade.

Nas informações prestadas em juízo, a autoridade coatora destaca as particularidades do contrato em questão, que se insere num contexto maior, qual seja o do Programa de Despoluição do Rio Tietê, que compreende o controle das inundações na Grande São Paulo, o suprimento de água para diversos usos ao logo da bacia do Tietê, urbanização de fundos de vales, saneamento básico, controle da poluição industrial etc., repercutindo inclusive na Represa Billings e até mesmo no litoral santista.

Além de serem estratégicas para todo esse conjunto, as obras contratadas apresentam especiais dificuldades, pois serão realizadas em região densamente urbanizada, com inúmeras interferências (especialmente as travessias do Rio Tietê), devendo ser executadas

com o rio em seu curso normal (dada a impossibilidade de desvio do curso), o que é agravado pelo elevado índice pluviométrico da região, dificultando sobremaneira a movimentação de cerca de 4,2 milhões de metros cúbicos de materiais, o que deve ser feito sem agravar os problemas de tráfego e veículos, e de poluição ambiental.

Não se trata, portanto, de uma simples obra de grande porte, mas, sim, de um complexo de obras e serviços de grande porte e extrema complexidade, exigindo especial capacidade de coordenação, ou seja, de GERENCIAMENTO.

A respeitável sentença reconheceu tudo isso, reconheceu a legalidade da exigência de quantitativos mínimos indispensáveis e declarou que a verificação da pertinência concreta dos quantitativos exigidos no edital era matéria incompatível com o mandado de segurança, por exigir dilação probatória.

Porém, entendendo que não poderiam ser observadas as exigências do organismo internacional financiador e que a legislação brasileira vigente teria proibido a exigência de demonstração de capacidade operacional da empresa, concedeu a segurança, tendo, entretanto, o cuidado e a humildade de suspender os efeitos de sua própria decisão até o seu trânsito em julgado.

A questão em debate não é simples mas, em compensação é bastante restrita: cuida-se apenas e tão somente da licitude da exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional, para obras de grande porte e excepcional complexidade técnica.

Tais contratos devem ser abertos à participação de pequenas empresas, sem experiência anterior, ou, ao contrário, podem ter sua acessibilidade restrita a empresas experientes e de grande porte? Em termos práticos a resposta é óbvia, mas o que se deseja saber é se juridicamente isso é viável.

II - Considerações Gerais

Antes de mais nada convém ressaltar que o edital, em seu preâmbulo, deixou bem claro que todo o certame, inclusive a redação do próprio edital, seria regido pela legislação federal e estadual, assim como pelas regras estabelecidas no “Guidelines for Procurement under OECF Loans” dado que os recursos eram parcialmente proporcionados por contrato de empréstimo celebrado com o “Overseas Economic Cooperation Fund”.

No âmbito internacional, quem empresta dinheiro, quer garantir o seu reembolso e, por isso, estabelece regras para sua aplicação. Quem não se submeter a tais regras, não recebe o empréstimo.

Atento para essa realidade, o legislador brasileiro foi previdente e, no § 5º, do art. 42, da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei nº 8.883/94, consignou, expressamente, que, nas contratações feitas com recursos provenientes de empréstimos externos, podem ser adotadas normas ou exigências formuladas pelas entidades financiadoras, desde que não conflitem com o princípio do julgamento objetivo.

Merece registro o fato de que esse permissivo legal veio sendo ampliado ao longo do tempo. Ele já figurava no art. 34 do Decreto-lei nº 2.300/86. A Lei nº 8.666/93, em seu art. 42, § 5º, tornou mais clara e mais firme essa permissão. A redação atual, dada pela Lei nº 8.883/94 veio deixar fora de qualquer dúvida que, nos casos por ela especificados, é perfeitamente possível incluir no edital normas e exigências não contidas ou diferentes daquelas contidas na lei.

O MM. Juiz não ignorou esse dispositivo, mas deu-lhe interpretação evidentemente equivocada. Entendeu o Magistrado (fls. 329) que o art. 42 prevê “a necessidade do certame se adaptar às exigências do organismo internacional, mas sem descumprir qualquer exigência legal”. Obviamente, tal entendimento torna o dispositivo inútil e desprovido de qualquer sentido.

Tal dispositivo serve, exatamente para possibilitar o cumprimento de exigências formuladas por organismos internacionais discrepantes da legislação brasileira. Por isso mesmo o legislador colocou como limites desse tratamento excepcional, diferente, discrepante da legislação brasileira a observância do princípio do julgamento objetivo e, implicitamente, as normas e princípios constitucionais.

Estritamente dentro dos limites daquilo que é autorizado pelo art. 42, o edital, em seu item 7.3.9.2, estipulou que “de acordo com o estabelecido no “guideline” do OECF será exigida dos licitantes, como condição de pré-qualificação a demonstração da capacidade de execução do empreendimento, baseada em: a) experiência e performance da licitante em empreendimentos similares; b) capacidade da equipe técnica que conduzirá o empreendimento; c) posição financeira da licitante”. Nenhuma dessas condições ou exigências ofende o princípio do julgamento objetivo.

Além disso, conforme demonstrou JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, em brilhante parecer publicado no Informativo Licitações e Contratos – ILC 36/132, o Poder Judiciário (TJMS, Acórdão publicado na RT 708/150 e TJBA Acórdão publicado no Diário da Justiça da Bahia, em 13/09/94, p. 7) já declarou a validade de normas fixadas pelo BIRD, por não ofenderem a soberania nacional.

Portanto, no caso em exame, as questionadas exigências estão expressamente autorizadas pelo art. 42, § 5º, da Lei nº 8.666/93, não podendo, por conseguinte, ser ilegal aquilo que a própria lei autoriza.

Mas, ainda que não existisse (como deveras existe e está em vigor) o art. 42 da Lei nº 8.666/93, ainda assim não haveria problema algum nas exigências feitas, dado que elas são efetivamente previstas e autorizadas pelo art. 30, desde que interpretado sistematicamente.

Em termos de interpretação sistemática, convém, de imediato destacar que a legislação federal, ela mesma, no § 8º do art. 30, dá um tratamento diferenciado às licitações referidas a obras e serviços de grande vulto e alta complexidade, ou seja, a Lei expressamente autoriza a adoção, pela Administração Pública, de tratamento mais cuidadoso, mais cauteloso, mais detalhado e, conseqüentemente, mais restrito, em tais casos, chegando até mesmo a admitir alguma inafastável subjetividade, sempre existente quando se avalia a

metodologia de execução.

Todavia, considerando os termos da respeitável sentença concessiva da segurança requerida, cabe aqui enfocar apenas a famigerada questão do veto presidencial ao inciso II, do § 1º, do art. 30 do assim chamado Estatuto das Licitações e Contratos.

III - Considerações Doutrinárias

O tema da licitude ou ilicitude da exigência de demonstração da capacidade técnico-operacional da empresa licitante não é novo. Já tivemos oportunidade de enfrentá-lo, até com certa amplitude, em nossos “Aspectos Jurídicos da Licitação”, pedindo vênias para aqui reproduzir o que lá já foi dito:

“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.

Isso quase foi feito pelo (felizmente) canhestro veto do Presidente da República no dispositivo da Lei nº 8.666/93 (art. 30, § 1º, II) que cuidava da capacitação técnico-operacional como requisito de qualificação técnica.

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 relemburar 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 executoras de obras públicas de grande vulto, de considerável complexidade técnica, para as quais é insuficiente a simples capacitação profissional do pessoal técnico.

Cabe esclarecer 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 profissional habilitado, mas, sim, um serviço altamente complexo, envolvendo mão-de-obra de diversas qualificações, desde a mais elevada à mais simples, envolvendo a aplicação de materiais e o uso de sofisticados equipamentos.

Assemelha-se a uma cirurgia de alto risco, na qual, por certo, existe um cirurgião principal, que comanda a equipe e toma as principais decisões. Muitas vezes tais decisões se referem a áreas que não de sua especialidade nem de seu completo domínio, mas são tomadas diante de conselhos e informações obtidas junto a outros membros da equipe, quer sejam médicos de outras especialidades, quer sejam até mesmo técnicos de nível médio, detentores de conhecimentos aprofundados sobre específicos e determinados aspectos do problema.

Uma obra pública de grande vulto exige a participação necessária de uma equipe de profissionais de engenharia especializados em diversas áreas de atuação profissional, além de profissionais e técnicos de outras áreas do conhecimento, em razão das inúmeras implicações e interferências de toda ordem que normalmente afetam o trabalho de engenharia.

Problemas econômicos, fiscais e administrativos, ligados ao fluxo de recursos disponíveis ou à liberação de áreas, definição de prioridades de atendimento, problemas estruturais do órgão ou entidade estatal, e, também (por que não dizer ?) problemas políticos, mostram que não há como fazer abstração da necessária presença e atuação de profissionais dotados de capacidade gerencial suficiente para conciliar todas essas implicações sem comprometer a segurança e a funcionalidade.

Há quase vinte anos, o renomado mestre Geraldo Ataliba publicou estudo no qual, afirmando que a engenharia moderna não se compadece com conceitos individualistas, e que não mais é possível que um profissional sozinho possa se desincumbir de certas tarefas, 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. 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 de engenharia – mas também um suporte empresarial compatível com as sofisticadas exigências do mundo moderno. Não basta, portanto, um quadro de profissionais, 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 deverão de combinar os trabalhos de diversos profissionais, de variadas áreas para, somados, produzirem o resultado final da obra e, no nosso caso, obras públicas”

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 nº 8.666/93, tal como foi promulgada”.

ADILSON ABREU DALLARI, “Aspectos Jurídicos da Licitação”, Saraiva, 4ª edição, 1997, pág. 119 a 121.

É certo, portanto, que a exigibilidade de demonstração da capacidade OPERACIONAL perdura no contexto do art. 30, especialmente em seu inciso II, quando menciona o aparelhamento (que não se confunde com equipamento) e o pessoal técnico (que contém a idéia de grupo ou equipe, e não de profissionais isolados).

A Lei obviamente permite a exigência de demonstração de experiência anterior, embora o faça com um lamentável erro de redação. Conforme registramos à página 9 de nossa obra supra referida, o art. 30, II, fala em comprovação de aptidão para desempenho (no futuro), onde deveria dizer comprovação de aptidão (para fazer aquilo que se pretende contratar), pelo desempenho (anterior, no passado) de algo semelhante. O bom-senso não briga com o direito.

Aliás, o bom-senso, sob a roupagem de princípio da razoabilidade, está expressamente previsto na Constituição do Estado de São Paulo, em seu art. 111:

“A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público”.

A doutrina já desenvolveu e aprofundou o significado do princípio jurídico da razoabilidade que, por sua importância, não pode ser ignorado pelo aplicador e pelo intér-

prete das normas:

“Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e portanto jurisdicionalmente invalidáveis – as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu libito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o Administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de direito”

CELSONTO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, “Curso de Direito Administrativo”, 8ª edição, Malheiros Editores, 1996, pág. 63 e 64.

No caso em exame, não seria razoável entregar obras e serviços de tamanha complexidade a pessoas inexperientes. Também não seria razoável confiar a execução do mesmo contrato a pessoas que, isoladamente, tivessem trabalhado em obras e serviços semelhantes, mas paradiferentes empreendedores. O que se deseja que fique demonstrado é a aptidão do conjunto, do aparelhamento (do complexo de recursos humanos e materiais), necessário para que tudo funcione harmonicamente.

O que se deseja realmente, a finalidade almejada pela Administração ao contratar, é selecionar um conjunto de pessoas (uma empresa) que possa evidenciar, com a maior se-

gurança possível, aptidão para enfrentar e levar a bom termo algo tão difícil e tão complexo. Obviamente, quem já houver realizado trabalho semelhante certamente terá maior aptidão do que outro desprovido de experiência.

Qualquer particular, ao procurar um prestador de serviço, certamente tentará encontrar alguém experiente, por razões de simples bom-senso. O bom-senso jurídico é a razoabilidade, conforme demonstrado em magnífica síntese no texto que se segue:

“O princípio da razoabilidade, na origem, mais que um princípio jurídico, é uma diretriz de senso comum ou, mais exatamente, de bom-senso, aplicada ao direito. Esse “bom-senso jurídico” se faz necessário à medida que as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da lei, que o seu espírito. A razoabilidade formulada como princípio jurídico, ou como diretriz de interpretação das leis e atos da Administração, é uma orientação que se contrapõe ao formalismo vazio, à mera observância dos aspectos exteriores da lei, formalismo esse que descaracteriza o sentido finalístico do direito”.

“A invocação do princípio da razoabilidade é, portanto, um chamado à razão, para que os produtores da lei e os seus aplicadores não se desviem dos valores e interesses maiores protegidos pela Constituição, mesmo quando aparentemente estejam agindo nos limites da legalidade”.

MARIA PAULA DALLARI BUCCI, “O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade”, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 16, Editora RT, São Paulo, 1996, pág. 173.

Entender que a Administração Pública, para a realização de obras e serviços de maior vulto e maior complexidade estaria impedida de buscar empresas comprovadamente experientes é um contra-senso, um atentado ao bom senso, um verdadeiro disparate. Toda interpretação da lei que leve ao absurdo é absurda.

No Direito Administrativo Brasileiro, dificilmente alguém conseguirá superar a objetividade e o bom-senso que sempre caracterizaram o pranteado HELY LOPES MEIRELLES, que, quanto à questão especificamente em debate, assim se manifestou:

“A comprovação da capacidade técnico-operacional continua sendo exigível não obstante o veto oposto à letra “b” do § 1º do art. 30. Na verdade, o dispositivo vetado impunha limitações a essa exigência, e sua re-

tirada 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”.

HELY LOPES MEIRELLES, “Licitação e Contrato Administrativo”, Malheiros Editores, 11ª edição, 1996, pág. 118.

Não é outro o entendimento de um dos mais atualizados e experientes tratadistas do tema das licitações e contratos administrativos, que examinou a mesma questão à luz da redação original da Lei nº 8.666/93, antes de alterada pela Lei nº 8.883/94:

“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 do interessado, que, segundo o 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 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.

Outro aspecto relevante: quanto à capacidade técnico-profissional (§1º, alínea “a”), são “vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos”. No entanto, a Lei 8.666/93 dispõe, no inc. II do mesmo

art. 30, que a comprovação da aptidão deverá ser pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação. Fossem as exigências relativas à qualificação técnica limitadas à capacitação técnico-profissional, não se cogitaria de comprovação de aptidão referida a quantidades e prazos, porque expressamente proibida pelo §1º, "a", do art. 30".

ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, "Qualificação técnica da empresa na nova lei de licitações e contratos administrativos (Lei 8.666/93)", in *Revista Trimestral de Direito Público*, Malheiros Editores, nº 5/1994, pág. 45 e 46.

É importante destacar (e por essa razão a transcrição acima) que a controvérsia já existia na redação original da Lei e não foi suprimida quando da alteração de sua redação pela Lei 8.883/94. Em ambos os casos houve veto presidencial, sendo certo que o segundo veto foi apostado quando já conhecidas as críticas ao primeiro, podendo-se entender, portanto que, efetivamente, não houve intenção de alterar a situação, ou seja, no fundo, o que se pretendeu efetivamente foi manter a exigibilidade de comprovação de capacidade técnico operacional da empresa licitante.

De qualquer maneira, deixando de lado qual teria sido a intenção subjacente ao veto, o certo é que o resultado foi a supressão dos limites expressos à exigência, mas não a supressão da exigibilidade de tal comprovação, conforme assinala outro consagrado administrativista:

"Tanto no projeto original da lei 8.666/93, quanto no da lei 8.883/94, usava-se a expressão "capacitação técnico-operacional" e se estipulava 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 §1, 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", Malheiros Editores, 1994, pág. 125 e 126)

Na verdade, o problema posto em debate é um falso problema. A controvérsia se res-

tringe ao texto do dispositivo legal em comento, mas não ao seu enunciado, não ao seu conteúdo normativo. Quanto ao enunciado semântico contido no texto, não há controvérsia possível, e é isto que interessa ao intérprete e aplicador da norma:

“A interpretação do direito é atividade voltada ao discernimento de enunciados semânticos veiculados por preceitos (disposições, textos) – o intérprete desvincula a norma do seu invólucro (o texto); neste sentido, o intérprete “produz a norma”. Atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas, a interpretação é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual o juiz desvenda as normas contidas nas disposições. Por isso, as normas resultam da interpretação, e podemos dizer que elas, enquanto disposições, não dizem nada – elas dizem o que o intérpretes dizem que elas dizem. A interpretação é um processo intelectualivo através do qual, partindo-se de fórmulas lingüísticas contidas nos atos normativos (os textos, enunciados, preceitos, disposições), alcançamos a determinação do seu conteúdo normativo”.

EROS ROBERTO GRAU, *“Licitação e Contrato Administrativo”*, Malheiros Editores, 1995, pág. 5 e 6.

Jamais houve qualquer dúvida quanto ao fato de que toda e qualquer exigência editalícia restringe o universo de proponentes. Portanto, a proibição contida no art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93, deve ser corretamente interpretada. Não é proibido estabelecer cláusulas ou condições que restrinjam a possibilidade de participação no certame, pois (cabe repetir) toda e qualquer exigência restringe, na medida em que afasta ou impossibilita o comparecimento de quem não puder atendê-la.

O que não se tolera são exigências desmedidas, despropositadas, descabidas, feitas com o propósito de afastar possíveis licitantes. Somente então haverá nulidade:

“Se a Administração exorbitar dos requisitos exigíveis para a habilitação, excedendo sua faixa discricionária, estará ilegalmente restringindo a possibilidade de oferta. De conseqüente, ocorrerá nulidade”.

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *“Curso de Direito Administrativo”*, Malheiros Editores, 2ª edição, 1995, pág. 319

No caso em exame, houve universal reconhecimento de que se trata de um conjunto de obras e serviços de excepcional complexidade e grande vulto, justificando-se, portanto, a adoção de cautelas especiais na seleção de proponentes.

Dizendo com maior rigor jurídico: no caso em exame, não há exorbitância alguma em

se exigir que a empresa demonstre experiência anterior na execução de algo correlato, pois é perfeitamente razoável tal exigência.

Por ser razoável, ela é autorizada pelo legislador, conforme também entende um dos mais categorizados Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

“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”.

ANTÔNIO ROQUE CITADINI, *“Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas”*, Max Limonad, 2ª edição, 1997, pág. 231.

Nota-se claramente nesse entendimento, em primeiro lugar, que a exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional em si mesma nada tem de ilícito, devendo o administrador, em cada caso concreto, cuidar para que essa verificação se faça de maneira objetiva e sem exorbitância.

Quem tem ou pode ter capacidade técnico-operacional é a empresa, e não o profissional isolado. Demonstrada a licitude da exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional é inquestionável que atestados comprobatórios dessa específica aptidão somente podem referir-se a empresas (pessoas jurídicas), sendo certo que a realização anterior de algo semelhante é um indicativo dessa aptidão .

Em nossos já mencionados “Aspectos Jurídicos da Licitação” já nos perguntamos sobre a licitude da exigência de apresentação de atestado comprobatório de experiência anterior passado em nome da empresa licitante, e assim respondemos:

“O porte da infra-estrutura empresarial é que vai determinar qual volume de obras uma empresa pode suportar.

Entretanto, do ponto de vista da capacidade técnico-operacional, a soma das parcelas não é igual ao produto. Dizendo melhor: uma empresa apta para realizar diversas obras pequenas, nem por isso está capacitada para enfrentar uma grande obra, de porte equivalente à somatória do volume das diversas pequenas obras.

São diferentes os meios para comprovar aptidão para executar diversas obras simultaneamente, dos meios necessários para enfrentar uma obra de porte considerável.

A complexidade técnico-operacional de uma grande obra é muito maior. Tal complexidade cresce em progres-

são geométrica.

Um eventual erro cometido em uma das pequenas obras não compromete as demais, mas o erro cometido no desenvolvimento de uma obra de grande vulto pode comprometer todo o trabalho.

Portanto, para demonstrar efetiva capacidade técnico-operacional para executar uma determinada obra é perfeitamente razoável exigir comprovação de já haver executado anteriormente um outro contrato assemelhado.

Cabe repetir; quem geriu diversos pequenos contratos, não evidencia capacidade técnico-operacional para levar a bom termo um grande contrato. São realidades distintas.

O que a Constituição autoriza e determina ao legislador que exija não é a comprovação de uma qualificação técnica (tanto profissional quanto operacional) necessária para garantir a fiel execução de uma determinada obra que é posta por meio de uma determinada e específica licitação.

Em resumo: respondendo objetivamente ao que foi indagado:

Para efeito de demonstração de capacidade técnico-operacional, pode a Administração Pública, no edital, exigir que o licitante comprove a execução anterior de obras e serviços em quantidades compatíveis com o objeto do futuro contrato em disputa e através de um único contrato”.

ADILSON ABREU DALLARI, “Aspectos Jurídicos da Licitação”, Saraiva, 4ª edição, 1997, págs. 152 e 153.

Embora compreensível e louvável a posição defendida pelo SINDUSCON, no sentido da maior abertura dos chamamentos licitatórios, é certo que isso não pode ser feito em todo e qualquer contrato, pois o edital existe exatamente para adequar as exigências de participação às peculiaridades de cada contrato em disputa, pois a Administração Pública, ao mesmo tempo em que não pode afastar artificialmente possíveis licitantes, também não pode pôr em risco a garantia do efetivo cumprimento das obrigações assumidas, tal como prescreve, em sua parte final, o inciso XXI, do art. 37, da Constituição Federal.

Para cumprir o preceito constitucional não basta, em certos casos, exigir apenas demonstração de capacidade técnico-profissional, sendo essencial a comprovação da capacidade técnico-operacional da empresa, conforme já tem entendido o Tribunal de Contas da União:

“33. No caso concreto sob exame, verifica-se que se

trata de concorrência para seleção de proposta visando à contratação de empresa para execução de melhorias e serviços na rede telefônica, em cabos, dutos e linhas, bem como os serviços complementares inerentes e as atividades técnico-administrativas correlatadas, na área de concessão da TELESP.

34. Como se vê, 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 econômicas 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”.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, “Habilitação – Qualificação técnica – Capacitação técnico-profissional – Capacitação técnico-operacional – Concorrência – Representação do CREA à Corte de Contas”, voto do Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira, in Boletim de Licitações e Contratos, nº 11/1995, pág. 568 e 569.

Dizer que é possível exigir a comprovação da capacidade técnico-operacional em face do vulto e da complexidade do objeto do contrato é reconhecer que a exigência em si mesma é lícita e continua sendo autorizada pela legislação em vigor.

IV – Conclusões

À luz de tudo quanto foi exposto e em face das peculiaridades do caso concreto, pode-se afirmar, com segurança a perfeita licitude da exigência de atestado comprobatório do exercício de atividade anterior correlata, em nome da empresa licitante, como demonstrativo da capacidade técnico-operacional.

Tal exigência, no caso, tem duplo respaldo jurídico nas normas contidas no texto da Lei nº 8.666/93:

1º - o disposto no inciso II, do art. 30, que permite exigir comprovação de desempenho, pela empresa proponente, de atividade anterior compatível em características, quantida-

des e prazos com o objeto do contrato em disputa, como forma de demonstração da capacidade técnico-operacional;

2º - o disposto no § 5º, do art. 42, que, no caso de contrato firmado com recursos oriundos de financiamento internacional, expressamente autoriza a colocação, no edital, de normas e exigências diferentes daquelas constantes dessa mesma Lei, determinadas pelo organismo financiador, desde que não conflitem com o princípio do julgamento objetivo.

S.M.J. é o parecer.