

da jurisprudência, dos nossos juizes, que, desde o dia 1.º de janeiro de 1974, salvo alguma mudança intercorrente nas disposições governamentais a respeito da entrada em vigor do novo diploma, vão ter de utilizá-lo como instrumento quotidiano de trabalho.

E, se é verdade que não cabe ao intérprete, que não cabe ao aplicador da lei, corrigi-la, retificá-la, cabe-lhe, pelo menos, procurar ser fiel àquilo que ela tem de melhor — e certamente muita coisa de bom se contém neste Código —, procurando aplicá-la aos casos concretos de acordo com o espírito que a anima, a fim de que a reforma de nosso direito processual civil, se não representar o grande passo renovador que todos desejaríamos ver dado neste momento, seja, pelo menos, o marco inicial de uma arrancada em direção a melhores dias em matéria de administração da Justiça no Brasil.

## CONCORRÊNCIA PÚBLICA: CAPACIDADE TÉCNICA

NELSON NASCIMENTO DIZ

Procurador do Estado da Guanabara

É freqüente, nos editais de concorrências públicas, exigir a Administração que os interessados, como **CONDIÇÃO DE HABILITAÇÃO**, *comprovem já terem anteriormente realizado* obras, serviços ou fornecimentos equivalentes ao objeto da concorrência, seja em quantidade, natureza ou valor. Ainda freqüentemente se agrava a exigência no sentido de que tal comprovação corresponda a um período mínimo, ou que as obras, serviços e fornecimentos hajam sido prestados a outro órgão da Administração Pública.

Configura-se, claramente, a exigência de comprovar *capacidade técnica mediante desempenho anterior à licitação*.

Tal praxe já foi erigida, em alguns casos, a exigência de ordem legal. Assim é que a recente Lei paulista n.º 10.395, de 17 de dezembro de 1970, que rege as licitações e contratações no Estado de São Paulo, determinou, em seu artigo 24:

“Art. 24 — Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

### II — Capacidade técnica;

§ 2.º — Prova-se a capacidade técnica pelo registro ou inscrição na entidade profissional competente complementada por:

1. atestados de *desempenho anterior* de atividade relacionada com o objeto da licitação, de pessoas públi-

cas ou particulares, indicando local, natureza, volume, quantidade, prazos e outros dados característicos da obra, serviço ou fornecimento;

2. comprovante do aparelhamento técnico adequado e disponível para a realização do objeto da licitação”.

Examinemos a exigência — *capacidade técnica anterior* — à luz das disposições legais e dos conceitos doutrinários aplicáveis à concorrência pública.

Preliminarmente, cumpre estabelecer se o Decreto-lei n.º 200/67 é ou não aplicável, no particular, aos Estados e Municípios.

A matéria é controvertida. A lei federal n.º 5.456, de 20.6.68, que determinou a aplicação das normas sobre licitação do Decreto-lei n.º 200/67 aos Estados e Municípios, dividiu os estudiosos: pela sua inconstitucionalidade, entre outros, os Professores José Afonso da Silva, em artigo publicado na *Revista de Direito Público*, vol. 7, pág. 59, e Celso Antônio Bandeira de Mello, em parecer publicado na mesma *Revista*, vol. 8, pág. 94; em sentido contrário, entre outros, o Professor Rui Barbosa Nogueira, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 85, pág. 186; e J. Nascimento Franco e Nisske Gondo, in *Concorrência Pública, Revista dos Tribunais*, 1969, pág. 12.

A propósito, é significativo salientar a modificação do embasamento constitucional da competência da União para legislar na matéria. A Constituição de 1967, em seu art. 8.º, inciso XVII, letra c, atribuiu à União competência para legislar sobre “normas gerais de direito financeiro”; pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, o dispositivo foi alterado para atribuir à União competência para legislar sobre “normas gerais sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública; de direito financeiro...”

Parece-nos que, à vista da evolução constitucional, têm razão os que defendem a aplicação dos princípios do Decreto-lei n.º 200/67 aos Estados e Municípios.

De qualquer forma, porém, as considerações que, com base nele, forem expendidas, aplicar-se-ão, quando menos, à administração pública federal, sendo ainda de ressaltar-se que inúmeros

Estados e Municípios já incorporaram tais princípios à sua própria legislação.

Dispõe o art. 127 do Decreto-lei n.º 200/67:

“Art. 127 — São modalidades da licitação:

- I — A concorrência.
- II — A tomada de preços.
- III — O convite

§ 1.º — Concorrência é a modalidade de licitação a que deverá recorrer a Administração nos casos de compras, obras ou serviços de vulto, *em que se admite a participação de qualquer licitante através de convocação da maior amplitude*”.

*Característica fundamental da concorrência pública é sua amplitude, tal como expressamente determinado no art. 127 do Decreto-lei n.º 200/67.* Desta forma, se à Administração Pública fosse possível restringir, a seu arbítrio, o número de licitantes, o escopo maior da concorrência pública desapareceria.

Não quer isto dizer que à Administração Pública não seja facultado exigir, dos licitantes, capacidade técnica. Ao contrário: é de seu dever exigi-la, para atender ao disposto no art. 131 do já citado Decreto-Lei 200/69, “*verbis*”:

“Art. 131 — Na habilitação às licitações exigir-se-á dos interessados, *exclusivamente*, documentação relativa:

- I — À personalidade jurídica.
- II — À *capacidade técnica*.
- III — À idoneidade financeira”.

Note-se que o dispositivo legal usa a expressão “*exclusivamente*”, para qualificar a documentação exigível, pelo que vedado fica à Administração exigir *outra* documentação que não a relacionada no art. 131 do Decreto-Lei 200/69.

Pois bem: *capacidade técnica* — que é o requisito exigido em lei — não quer dizer *capacidade técnica no passado*, *capacidade*

*técnica anterior*. A capacidade técnica pode ter existido antes, e não existir no momento da licitação. Ou podia não existir antes e existir agora (a aquisição de equipamentos modernos, a ampliação das instalações ou do quadro de pessoal podem modificar as condições técnicas).

*A capacidade técnica exigida pela lei — e aquela exclusivamente apurável pela Administração — há de ser a capacidade técnica atual, existente no momento da licitação, e não a capacidade pretérita ou futura.*

Assim sendo, impedir que licitem empresas que tenham *capacidade atual*, só o permitindo às que provem *capacidade pretérita*, contraria o texto e a intenção da lei, refugindo aos próprios objetivos da licitação, especialmente em sua modalidade mais ampla, a concorrência pública.

Imagine-se, por exemplo, firma nova, que se constitua com moderno aparelhamento e instalações e pessoal altamente habilitado. Tem, ao óbvio, capacidade técnica. Como, porém, não pode provar serviços anteriores, estará excluída da licitação.

Veja-se, agora, exemplo contrário: empresa que deixa ficar obsoleto o seu equipamento, descarta ou se desfaz de suas instalações, priva-se de seu pessoal mais capacitado. Tinha, anteriormente, capacidade técnica, mas já não a tem mais. Considerar-se-ia todavia, a prevalecer o critério de se apurar a capacidade em função dos serviços *anteriormente* prestados, habilitada.

Resultaria, ainda, dessa ordem de considerações, que haveria a *perpetuidade* dos antigos licitantes, e a *impossibilidade* de novos licitantes: o novo nunca poderia provar serviços anteriores e, pois, nunca poderia licitar.

Note-se que, ao justificar o critério adotado pela Lei paulista 10.395/70, o insigne administrativista Hely Lopes Meirelles, à época da elaboração da lei Secretário de Justiça do Estado de São Paulo e Presidente da Comissão de Secretários de Estado que a elaborou, enfatizou a *atualidade* (“... equipamento e pessoal disponíveis *no momento*”...) da capacidade técnica, nela introduziu um elemento não considerado pela lei — *pessoal* (a lei, como vimos pela transcrição feita logo ao início deste trabalho, fala apenas em

“aparelhamento técnico”) — e limitou-se, quanto ao desempenho anterior, a reproduzir, sem comentários, o texto legal:

“CAPACIDADE TÉCNICA — Capacidade técnica é o conjunto de requisitos profissionais que o licitante apresenta para executar o objeto da licitação. Essa capacidade pode ser genérica, específica e operativa, e sob todos esses aspectos pode ser examinada pela Administração, na habilitação para licitar, desde que pedida no edital a sua comprovação.

Comprova-se a capacidade técnica genérica, pelo registro profissional (art. 24, § 2.º); a capacidade técnica específica, por atestado de desempenho anterior e pela existência de aparelhamento e pessoal adequados para a execução do objeto da licitação (art. 24, § 2.º, 1); a capacidade técnica operativa, pela demonstração da existência de aparelhamento e pessoal disponíveis para a execução do objeto da licitação constante do edital (art. 24, § 6.º). E assim é porque o licitante pode ser profissionalmente habilitado e não ter pessoal e aparelhamento próprios para a execução da obra, do serviço ou do fornecimento; pode ser habilitado e ter aparelhamento e pessoal adequados para a execução do objeto da licitação, em princípio, mas não ter esse equipamento e pessoal disponíveis no momento, para a execução da obra, do serviço ou do fornecimento solicitado, por estar exaurida a sua capacidade operativa real. Isto ocorre freqüentemente, quando as empresas comprometem o seu pessoal e equipamento em obras, serviços ou compras acima de suas possibilidades efetivas de desempenho, já estando absorvidos por outros contratos.

Diante dessa realidade é lícito à Administração não só verificar a capacidade técnica teórica do licitante, como a sua capacidade técnica efetiva de execução, capacidade essa que se convencionou chamar operativa real. Advirta-se que grande parte dos insucessos dos contratantes, na execução do objeto contratado, decorre da falta de

capacidade operativa real, não verificada pela Administração na fase própria da licitação, que é a da habilitação dos interessados” (ob. cit., pág. 26).

Ora, capacidade operativa real é — rigorosamente — *capacidade técnica no momento da licitação*, ou seja, *capacidade técnica atual*.

A exigência, quando agravada com a comprovação do desempenho anterior em obras, serviços ou fornecimentos feitos a *outro órgão* da Administração pública, levaria, ainda, à criação de privilégio: somente os que já anteriormente houvessem contratado com a Administração poderiam licitar, excluídos aqueles que, embora tradicionalmente se ocupassem do objeto da concorrência, o fizessem no atendimento aos particulares.

O entendimento correto, pois, do requisito “capacidade técnica” não é o de que o licitante deva comprovar já ter prestado, no passado, v.g., os serviços objeto da concorrência; mas o de que o licitante deva comprovar que está apto a prestar, no presente, tais serviços.

Conseqüência lógica da *atualidade* do requisito, é que deve ele existir durante *todo o tempo* da prestação do objeto da concorrência. Se, no curso da obra, do serviço, ou do fornecimento, o adjudicatário perde a capacidade técnica necessária ao seu desempenho, o fato enseja a rescisão do contrato.

Todavia, se a capacidade técnica *anterior* não pode ser erigida em *Condição de Habilitação*, temos que pode ser considerada como *fator de classificação*, adotada como *critério de julgamento* das propostas.

A concorrência pública é um procedimento administrativo vinculado, que se desdobra em uma sucessão ordenada de atos, que obedecem à seguinte seqüência: a) edital; b) recebimento da documentação e propostas; c) habilitação dos licitantes; d) julgamento das propostas; e) adjudicação e homologação (ap. Hely Lopes Meirelles — *O Procedimento da Licitação — in Estudos sobre a Lei paulista 10.395/70*, publicação do CEDRO — Centro de Estudos de Direito Rodoviário, São Paulo, 1971, pág. 14).

No procedimento licitatório são, pois, momentos distintos o da *habilitação* e o do *julgamento das propostas*.

No primeiro, verifica-se a idoneidade para licitar, sendo proponente idôneo o que possua “capacidade para contratar, capacidade para realizar, o objeto da licitação e a capacidade financeira para assumir os encargos do contrato. A reunião desses três requisitos denomina-se qualificação, dizendo-se qualificado o licitante que, comprovadamente, os possua. A comprovação da qualificação, pelo que se disse acima, deve preceder o conhecimento e julgamento das propostas” (Antônio Marcello da Silva — *Contratações Administrativas* — Ed. *Revista dos Tribunais*, 1971, pág. 66).

No segundo momento — vencida a fase de habilitação — procede-se ao julgamento das propostas, de acordo com os critérios previamente fixados no edital. É a fase de *classificação*.

Nada impede que, nesta fase, se considere, para classificar as diversas propostas, a *experiência* do proponente, seu *desempenho anterior* na execução de obras, serviços ou fornecimentos equivalentes aos objetos da concorrência em julgamento. Necessário se faz, contudo, que tal critério conste do edital (Decreto-lei n.º 200/67, art. 133, inciso IV).

Note-se que o art. 133 do Decreto-lei 200/67 determina que, na fixação de critérios para o julgamento das licitações, sejam levadas em conta as condições de *qualidade*, rendimento, preços, pagamento, prazos e *outras pertinentes*, estabelecidas no edital.

Antônio Marcello da Silva, comentando o art. 24, § 2.º, item 1, da Lei paulista n.º 10.395/70, que exige, como comprovação de capacidade técnica, prova de “desempenho anterior de atividade relacionada com o objeto da licitação”, assim define o requisito:

“*Desempenho* é o modo pelo qual o interessado se desincumbe da obra, serviço ou fornecimento que lhe tenha sido confiado, tendo em vista os termos e prazos contratuais, bem como a *qualidade* do objeto final. Assim, pode o desempenho considerar-se *mau, regular, bom, ótimo* ou *excelente*. Para fins de comprovação da capacidade técnica, de fato, o desempenho anterior de que fala o § 2.º, item 1, do art. 24, *além de relacionar-se com o objeto da*

licitação pela natureza, volume, quantidade, prazos e outros dados característicos, deverá ter sido pelo menos bom, de acordo com os atestados fornecidos pelos contratantes ao interessado” (ob. cit., págs. 69/70).

E, mais adiante:

“... pelo desempenho, que abrange também a *qualidade*, como vimos ao comentar o art. 24, de obras, serviços ou fornecimentos anteriormente realizados...” (ob. cit., pág. 78).

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, nos diz:

“*Qualidade*. Qualidade é a aptidão do objeto para a satisfação de seus fins. Essa *qualidade* pode ser superior, média ou inferior, mas o que interessa, na licitação, é a aptidão do objeto para a sua destinação específica pedida no edital, ou seja, para realizar a finalidade pretendida pela Administração. Desse ponto de vista é que se há de considerar o *fator qualidade* em cada licitação, pois em certos casos precisa-se de qualidade superior, noutros a qualidade média é satisfatória, e em determinadas hipóteses a qualidade inferior atende plenamente aos objetivos da Administração com real economia para o erário. Se se trata, por exemplo, de um equipamento de alta precisão, a qualidade é decisiva no julgamento da proposta; se se cuida de uma obra rústica ou de um serviço provisório, a qualidade pode não ter importância, desde que o objeto satisfaça a sua destinação. Diante dessa realidade, pode a Administração pedir a qualidade desejada e dar a este fator, no edital, para critério de julgamento, o *peso* que reputar conveniente, pois é um dos elementos ponderáveis na apreciação das propostas (art. 36, I)”.

.....

“Observe-se, finalmente, que para fins de licitação a *qualidade* compreende a *segurança*, a *confiabilidade* e a *durabilidade* do objeto licitado” (ob. cit., págs. 33 e 34).

O desempenho anterior é um dado capaz de possibilitar a formulação prospectiva de um juízo de *qualidade* do resultado. Pode-se, com base no comportamento passado, *supor* que o resultado futuro seja satisfatório. Mas o contrário não é verdade: não se pode, à falta de desempenho anterior (e muito menos em existindo desempenho anterior satisfatório em obra, serviço ou fornecimento prestado a particular), concluir que aquele que apresenta equipamento técnico adequado e pessoal habilitado não apresente resultado aceitável negando-se-lhe, por essa *suposição*, a capacidade técnica.

Aliás, ainda que se não considerasse a *experiência* do proponente como garantia da *qualidade* da obra, serviço ou fornecimento, face a desempenhos anteriores satisfatórios — o que me parece possível — permissível seria considerá-la fator próprio de julgamento, com base na parte final do art. 133 do Decreto-lei n.º 200/67 (“... e outros pertinentes...”).

Viável, também, considerá-la como fator para *desempate* entre propostas igualmente classificadas.

Válido, aqui, lembrarmos-nos, ainda, das observações e advertências de Hely Lopes Meirelles:

“A escolha dos critérios de julgamento fica ao juízo da Administração, mas é aconselhável que se adotem fórmulas objetivas para valoração das propostas, atribuindo-se pesos aos fatores a serem considerados, de modo a reduzir ao mínimo possível a subjetividade dos julgadores. O ideal é que a aferição das propostas se realize através de uma quantificação matemática das vantagens oferecidas, possibilitando a exata classificação dos proponentes e a imparcial indicação do vencedor, dentro dos parâmetros estabelecidos.

Por certo, não se poderá afastar todo o subjetivismo do julgamento, restando sempre uma faixa de opção dos julgadores na ponderação dos fatores em apreciação, para selecionar a proposta mais vantajosa. Mas no que o edital indicar os elementos ponderáveis e atribuir-lhes determinado valor, os julgadores não poderão relegá-los nem su-

substituí-los por outros de seu alvedrio, ainda que relevantes para a Administração. O critério estabelecido é vinculante para o julgamento" (op. cit., pág. 32).

### EM CONCLUSÃO

1. A capacidade técnica exigível dos interessados que se pretendam habilitar a concorrência pública é a capacidade técnica apurável no momento da licitação, vedado à Administração impedir a habilitação de licitante por não comprovar capacidade técnica pretérita (desempenho anterior).

2. A experiência, assim considerada a comprovação de desempenho anterior de atividade relacionada com o objeto da concorrência pública, pode ser levada em conta como critério de julgamento das propostas, para classificação ou mero desempate, nos termos que o edital precisamente fixar.

## LEGITIMIDADE E CONVENIÊNCIA DA REPRESSÃO JUDICIAL À POLUIÇÃO SONORA

ARISTOTELES ATHENIENSE

- Sumário
1. INTRODUÇÃO; 1.1. *A era das imissões*; 1.2. *Teorias clássicas*; 1.3. *Tendências atuais*
  2. PODER DE POLÍCIA; 2.1. *Conceituação*; 2.2. *Polícia preventiva*; 2.3. *Inexistência de direito adquirido*; 2.4. *A licença administrativa no direito brasileiro*; 2.5. *Orientação dominante na França e Itália*; 2.6. *Crítica*; 2.7. *Possibilidade de apreciação do ato administrativo pelo Judiciário*
  3. POLUIÇÃO SONORA; 3.1. *Experiências brasileiras e alemã*; 3.2. *Consequências fisiológicas*; 3.3. *Posição salomônica da jurisprudência*; 3.4. *Contravenção Penal*; 3.5. *Soluções encontradas*; 3.6. *A situação excepcional do aeroporto de Congonhas (S.P.)*; 3.7. *O espaço aéreo como domínio do Estado*; 3.8. *Estados Unidos, Alemanha e França: situações criadas*; 3.9. *Competência legal na repressão à poluição sonora*.

### 1 — INTRODUÇÃO

1.1. Em consequência de uma fatalidade, ainda não superada, quanto mais as cidades se vêem protegidas de recursos sanitários e higiênicos, produtos da técnica e inteligência humanas, maiores são as condições de insalubridade enfrentadas pelos seus habitantes.

A cada dia, nos convencemos de que realmente estamos a viver na *era do ruído* — como a definem os neurólogos e que a nós, homens do direito, apresenta-se como sendo a *era das imissões* (Heck, *Grundriss des Sachenrechts* pág. 216).

Nos ocupamos, neste trabalho, de algumas providências encontradas pelas autoridades administrativas e judiciárias, visando tornar o meio ambiente, quando não, salutar, pelo menos, tolerável, chamando a atenção para a experiência de outros povos e, especialmente, do Brasil.