

AS SÚMULAS DE JURISPRUDÊNCIA SOBRE LICITAÇÃO, DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ivan Barbosa Rigolin
(jul/17)

Publicado, até o momento, apenas em apostila para curso da Fiorilli Software, São José do Rio Preto, 2.017.

I - Escrevemos há doze anos o artigo *Cláusulas restritivas em licitações - as Súmulas 14 a 30 do TCE-SP*, logo em seguida à sua publicação por aquele Tribunal.

Todas aquelas súmulas comentadas versavam sobre licitação e restrições à competitividade que os editais poderiam praticar, fosse casualmente, fosse de caso pensado, e o Tribunal, visando desde logo permitir evitarem-se vícios não raro invalidantes de todo o procedimento, sumulou seu entendimento sobre diversos importantes assuntos dentro da licitação - e com isso em muito contribuiu para o aperfeiçoamento dos editais.

Em 14 de dezembro de 2.016, através da sua Resolução nº 10/2016, o TCE atualizou aquele seu repertório e (I) *cancelou* as Súmulas nº 5, 7, 14 e 19, além de (II) *editar as novas Súmulas* nºs 31 a 51. O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo constitui-se, quase que naturalmente e sem trabalhar especificamente para isso, em modelo a todos os tribunais de contas brasileiros, tanto por sua alentada estrutura quanto pelos resultados que obtém de sua atividade institucional, dentre os quais, por excelência, o de orientação aos entes fiscalizados.

Este artigo atualiza aquele anterior estudo sobre as Súmulas 14 a 30, *transcrevendo* inalterados os comentários ainda aplicáveis, *eliminando* os comentários às súmulas agora canceladas e *comentando as novas súmulas* relativas a licitação. Mas de novidade, alargando um pouco o objeto do estudo anterior, agora se comentam também as Súmulas 9 a 13, que direta ou indiretamente envolvem licitação, ou evocam o tema.

Não se comentam súmulas sobre outros temas, como remuneração de Vereadores, repasses ao terceiro setor ou adiantamentos a agentes políticos, e desse modo foram excluídas de comentário as Súmulas nºs 1 a 8; 40 e 41, e 44 a 46.

II - Passa-se, desse modo, ao comentário às súmulas TCE - SP sobre licitação e contratação, dentre as nºs 9 a 51.

SÚMULA Nº 9 - *As aquisições de obras de arte ou de valor histórico devem ser precedidas de laudo de autenticidade e avaliação.*

Observe-se de início que jamais se falou em licitação neste caso, e não se falou porque não tem sentido licitar obra de arte, que é o objeto mais singular, ou personalíssimo, que pode existir no mercado de bens adquiríveis, inclusive pelo poder público.

A lei de licitações, art. 24, inc. XV, dispensa licitação para a aquisição de obras de arte, desde que autênticas e - agora o bestialógico se inicia - "desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade". Essa última parte, entre aspas, é fruto da mais absoluta bisonhice, incultura, grosseria intelectual e primitivismo institucional do legislador, para o qual apenas o museu público, a pinacoteca oficial ou os demais setores culturais da Administração podem adquirir obras de arte. Uma praça pública só pode ter estátuas se forem adquiridas pela secretaria de cultura, que em geral não dispõe de verba nem para pagar sua conta de luz.

Felizmente isso não é levado a sério pelos entes de fiscalização, que se recusam a reduzir seu discernimento ao nível cavernícola deste dispositivo da lei, obra de trogloditas travestidos de legisladores.

Mas quanto à avaliação e à autenticidade da obra de arte nada é mais correto nem necessário, pois sendo paga com dinheiro público é de se exigir que a obra seja tanto *autêntica*, conforme certificado por quem tenha competência institucional ou profissional para isso - como o próprio autor, por exemplo - quanto previamente *avaliada*, de modo a evitar o *superfaturamento artístico*, e por mais difícil que seja avaliar uma obra de arte e dar o correto preço de uma estátua renascentista que ninguém valoriza nem preza diante de um dos pedaços de lixo contemporâneos vendidos a milhões de dólares. Desses que ao se entrar na *bienal* não se sabe se são a obra de arte exposta ou um resto de construção por descuido ainda não recolhido à caçamba do lixo.

De qualquer modo, algum preço de mercado todas as obras têm, até mesmo a calamitosa arte contemporânea, e esse preço num atestado é requisito à validade da sua aquisição pelo poder público, pena de, uma vez detectada, ver-se rejeitada a respectiva conta.

SÚMULA Nº 10 - *O preço final dos produtos ofertados pelos proponentes deve incluir os tributos e demais encargos a serem suportados pelos ofertantes.*

Boa e correta orientação para os editais, estabelece que o poder público não deve aceitar preços do que licita *fora os encargos*. Todos os encargos legais dos produtos ofertados (obras, serviços e bens) devem estar compreendidos no preço proposto, conforme o edital deve assim determinar aos concorrentes, sob pena de desclassificação da proposta que os exclua do preço proposto.

O poder público não deve nem pode ter a preocupação de saber quanto terá de pagar de encargos pelo produto que adquire, como de resto qualquer cidadão com relação ao que quer que compre. Imagine-se

alguém comprando uma televisão e depois apressando-se para pagar os impostos dessa aquisição ...

Existem entretanto exceções a essa regra, como por exemplo na aquisição, por empresas contratadas pelo poder público para essa função, de bens ou serviços de origem estrangeira. Não é lógico que se atribua ao importador o ônus de pagar encargos que o poder público não paga, como imposto de importação, de modo que o edital pode informar que em casos assim as guias de importação serão emitidas em nome do ente público, fazendo com isso baixar o preço a ser arcado pela empresa que importa, e com isso, a seguir, o preço ao ente público.

Não se tratando de exceções muito pontuais e pouco comuns, entretanto, vale a boa regra da súmula.

SÚMULA Nº 11 - Não basta o simples tabelamento de um produto para dispensar a administração pública de adquiri-lo mediante o competente certame licitatório.

Existem produtos - eventualmente até mesmo serviços - cujos preços são tabelados pelo governo. Essa foi uma prática mais prestigiada no passado, em que a inflação chegou a 87% no mês, do que é atualmente, época de inflação controlada e, para os nossos padrões, baixa. Preços tabelados no dia de hoje em nosso país, pode-se afirmar, constituem exceção à regra do livre comércio e da livre estipulação de preços ao consumidor.

Mas existem ainda alguns, como de gás de botijões, e significam um preço máximo e não obrigatório - porque constituiria a mais rematada estupidez a ideia de que o preço tabelado não pudesse sofrer descontos pelo fornecedor.

Assim, se o preço é tabelado pelo máximo, sempre podem existir fornecedores do que quer que seja - absolutamente do que quer que seja - que ofereçam desconto sobre o preço tabelado. Instaure-se, desse modo, a possibilidade de competição, tanto quanto se o preço não fora tabelado. Como tal fato em princípio não significa aviltamento da qualidade do produto com desconto, então natural se faz que se instale a licitação entre interessados, que abra ao poder público a possibilidade de adquirir, a preço menor que o tabelado, o que precisa.

Não fora assim, então a licitação se resolveria possivelmente por sorteio entre os participantes, todos com preço igual, e aquela vantagem em favor da Administração poderia se esvair num jogo de resultado previamente conhecido.

Não existe motivo por que não licitar em caso semelhante, ainda que se reconheça que esta é uma postura que afronta o disposto no inc. VI do art. 24 da lei de licitações, fruto de uma convulsionada época de tabelamentos de preços - entre demagógicos e desesperados - e de *terrorismo* comercial, o que já está há décadas superado e desatualizado em nosso país. É que não se pode esperar da paquidérmica e antediluviana lei de licitações que se atualize de acordo com o correr do tempo e as transformações da economia.

Muito mais razão, hoje, assiste à súmula que ao inc. VI do art. 24 da lei de licitações, pensamos. Que bicho isso irá dar, o tempo dirá.

SÚMULA Nº 12 - *Depende de licitação a aquisição de combustíveis e derivados de petróleo pelos órgãos e entidades da administração pública estadual e municipal, direta e indireta, aí incluídas as fundações instituídas pelo poder público e empresas sob seu controle, não podendo eventual dispensa fundar-se no disposto no inciso VIII do artigo 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993.*

Outra disposição da lei de licitações que sofre oposição do e. Tribunal de Contas do Estado. Todos os brasileiros sabem perfeitamente, a esta altura da história, que *nem tudo que é estatal é bom*. A Petrobrás, orgulho nacional mais do que justificado, foi a empresa protagonista do maior escândalo de corrupção estatal registrado até onde a visão da história alcança.

As empresas estatais são com toda frequência apanágio dos bandidos da pior espécie que povoam o planeta, ratos famintos do erário, pilhadores e saqueadores das finanças públicas de extraordinária capacidade laboral, o que desacredita por completo a antiga idéia da presunção de idoneidade dos entes públicos. Hoje essa presunção simplesmente não existe.

Outro exemplo de *picaretagem* oficial: as fundações criadas por universidades públicas para, principalmente, poder contratar diretamente, sem licitação, com entes públicos, esmagando deslealmente a concorrência privada que no mais das vezes trabalha melhor que elas, constituem um escândalo que em geral passa despercebido da imprensa, do Ministério Público, dos próprios tribunais de contas - e o do Estado de São Paulo combate conhecidamente essa prática - e da população.

Com fulcro no *descrédito absoluto dos entes estatais* o TCE editou esta súmula - e já há doze anos - para colocar a Petrobrás no mesmo patamar das empresas privadas fornecedoras de combustíveis, para todos os efeitos.

Preço da Petrobrás nunca foi preço oficial, porque preço de empresa não é preço de governo; então, não se invoque privilégio em favor dessa estatal nesse assunto que nada tem de estatal, nem de estratégico, nem de prioritário: qualquer comerciante vende gasolina, e a da Petrobrás não é melhor que a dos postos sem proteção do estado - ainda que como regra geral cuide da qualidade do que vende, e do atendimento que empresta ao público.

Mas a súmula tem o condão de dificultar a concorrência predatória, sob o manto do estado, sem motivo algum na natividade comercial que o justifique.

Não cremos que haja problema entre súmula e lei de licitações, 24, VIII, até porque a súmula já tem doze anos, e não se os conhece. Ninguém tente justificar compras diretas de combustíveis, portanto, apenas porque está diante da Petrobrás.

SÚMULA N^o 13 - Não é lícita a contratação pelas Prefeituras Municipais de terceiros, sejam pessoas físicas ou jurídicas, para revisão dos Índices de Participação dos Municípios - DIPAMs, a qual deve ser feita d por servidores públicos locais, valendo-se do auxílio da Secretaria Estadual da Fazenda.

Assunto um tanto ultrapassado, é clara no seu enunciado a súmula, a impedir a *esperteza* muito em voga no passado de diversas empresas que ofereciam esse serviço aos Municípios, e que obtinham resultados não raro apontados como prodigiosos, mas que a fiscalização indicou que se valiam de artifícios e de artimanhas, bem à maneira brasileira, para obter aqueles resultados, sempre com grande custo ao erário.

Existe grande dose de romantismo na súmula, a uma por imaginar que a grossa maioria dos servidores locais sabe ou quer realizar o serviço, e a duas por prever auxílio da Secretaria da Fazenda, algo irrealizável e que evoca poesia, sobretudo em uma época em que o Estado vende o almoço para comprar o jantar, e extingue órgão após órgão, orquestra após orquestra, serviço após serviço, e vive de um plano de desligamento voluntário após outro nos quadros que ainda mantém, na tentativa de sobreviver para cumprir seus compromissos mínimos.

Neste quadro de absoluto descalabro financeiro, institucional moral, político, administrativo e técnico, esperar que a Secretaria da Fazenda auxilie Municípios a preencher DIPAMs é pouco realístico; talvez mais factível fosse aguardar Papai Noel fazê-lo.

Resta da súmula a proibição, que só em si se justifica; o que segue lamentavelmente nada mais representa, e não se sabe por quanto tempo.

SÚMULA N^o 15 - Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa.

Absolutamente correto e oportuno se revela este texto, porque nada na lei de licitações autoriza - como dificilmente se imagina que poderia autorizar - que o edital da licitação exija que o licitante ofereça proposta ou documentação habilitatória com condão de comprometer algum terceiro no certame, ou seja obrigar pessoa estranha à competição junto à Administração licitadora.

Não se concebe que um negócio entre *a* e *b* possa comprometer *c* sem a sua expressa anuência e sem que a regra do jogo o preveja, porque isso contraria a própria teoria geral do direito nos seus elementos mais essenciais, na medida em que ninguém se vincula a negócio algum, público ou privado, se não voluntariamente ingressar nessa relação.

A súmula por seguro se originou do exame de alguns editais que exigiam do licitante que estabelecesse aquela triangulação sem a prévia adesão do terceiro, o que desde logo deve ter chamado a atenção pela clamorosa antijuridicidade - até porque um terceiro, distante das questões de

habilitação e das propostas dos licitantes, dificilmente tem acesso aos negócios públicos licitados.

Uma derradeira e subjacente lição se pode ocasionalmente extrair da súmula, a de que o edital não pode permitir que algum licitante vise esquivar-se de assumir algum compromisso no certame, e com isso algum *risco*, repassando-o a terceiro.

SÚMULA Nº 16 - *Em procedimento licitatório, é vedada a fixação de distância para usina de asfalto.*

Esta pontual súmula se refere a um declarado casuísmo, ou seja uma particularidade bem caracterizada: *usina de asfalto* e a distância a que se situa com relação à obra em licitação.

Não pode o edital exigir que a usina, que o edital considere necessária à obra da pavimentação asfáltica que se licita, se localize a uma distância máxima ou mínima determinada, porque isso constituiria clausula restritiva à competição do maior número possível de licitantes, como por exemplo no caso de um licitante ter usina a cinco quilômetros do palco de execução do contrato, e outro a vinte. Não é esse só fato que desqualifica o segundo, porque mesmo que se localize a maior distância a sua usina, pode ocorrer que esse demonstre ter maior capacidade operacional que o primeiro, cuja usina é próxima.

Não sendo objetivamente diferenciador da capacidade operacional dos proponentes a distância das usinas ofertadas, então não pode o edital fixar distância máxima ou mínima para aceitar a usina, bastando ao proponente que indique dispor da usina, e também, no máximo quanto a isso, onde se localiza, para que a exigência esteja satisfeita.

Algo reste muito claro, entretanto, sobre o tema: sendo casuística esta súmula, é apenas a usinas de asfalto que a proibição de o edital determinar distâncias se refere, e não a outros equipamentos, edificações ou requisitos. Ou seja: o edital não está proibido de fixar distâncias máximas para por exemplo postos de abastecimento de combustível, ou de pronto-socorros, ou de hospitais, pois que esses equipamentos, se a distância muito grande da sede de usuários, poderão perfeitamente não interessar à Administração que licita a sua utilização.

Um posto de gasolina a 50 Km da sede, por exemplo, pode simplesmente *deixar de interessar* à Administração que licita, e o edital pode assim prever que propostas de postos a mais de 10 Km serão desclassificadas, ou que postos de assistência urgente a mais de 15 Km também não sejam aceitos. A súmula, por motivos que o Tribunal por certo conhece bem, se refere apenas a usinas de asfalto, e toda extensão analógica do seu teor é *proibida*, na medida em que restrições ou proibições não se ampliam por vai de interpretação.

SÚMULA Nº 17 - *Em procedimento licitatório, não é permitido exigir-se, para fins de habilitação, certificações de qualidade ou quaisquer outras não previstas em lei.*

Esta súmula seguramente vem a propósito, sem o dizer de modo expresso, dos comuns e usuais certificados ISO, de numeração variada conforme a codificação da atividade atestada.

Já nos manifestamos nesse exato sentido quanto a isso em consultas e artigos, pois que, tanto quanto o e. TCE-SP, pensamos que tais certificações de qualidade – sejam ISO, sejam quaisquer outras expedidas por quaisquer institutos particulares – podem ocasionalmente significar um efetivo e palpável diferencial qualitativo em favor de quem as detém, como igualmente podem pouquíssimo significar sob qualquer ponto de vista.

É bem certo que com frequência se inverte o papel desses certificados, que de uma mera *conseqüência* de bom trabalho realizado pela empresa passam muita vez a constituir ou a serem vistos como um *objetivo* ou *uma meta* da empresa. Nessa hipótese, esta empresa a partir de dado momento passa a preocupar-se apenas, antes que em trabalhar bem, em única e exclusivamente *obter a certificação* – como se ela só em si lhe assegurasse um salto de qualidade ou uma conquista inesperada e extraordinária.

Sabe-se que na realidade a só obtenção da maioria daqueles certificados *em muito pouco altera, quando altera, a qualidade* dos serviços prestados ou dos produtos oferecidos pela empresa que se certificou, daí a justa objeção do e. TCE quanto à sua exigibilidade em editais de licitação.

Mas algo reste bastante claro: não se confundem atestados de qualidade criados e oferecidos por entidades particulares, em geral onerosos e que representam negócio comercial para os certificadores, com *atestados oficiais de aprovação ou de suficiência*, emitidos por entidades governamentais ou órgãos estatais, em geral sociedades de economia mista ou empresas públicas de caráter técnico ou científico, as quais sempre podem – ou mesmo *devem* quando for o caso - ser exigidos. Atestações públicas nada têm, nesse sentido, com particulares.

SÚMULA Nº 18 - *Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de comprovação de filiação a Sindicato ou a Associação de Classe, como condição de participação.*

Eis algo que, a se ter presente a lei nacional de licitações e contatos administrativos, dificilmente se poderia imaginar que algum ente público *ainda exija* em seus editais de licitação.

Com efeito, custa crer que algum autor de edital ainda consiga imaginar exigível a filiação do licitante a alguma entidade *particular e não pública* como uma associação ou um sindicato, como condição para ser habilitado.

Se pela Constituição, art. 8º, a filiação sindical ou a associação profissional são facultativas e livres, e não obrigatórias, então não resta nem um pouco razoável conceber que o edital exija dos licitantes o que a Constituição declara um *direito* facultativamente exercitável por particulares.

Nada o justificaria a partir da só leitura da Carta – e nem se precisa invocar a predominância da lei atual de licitações sobre a

legislação anterior que acaso permitisse uma tal exigência -, daí a adequada e inatacável previsão desta súmula.

SÚMULA Nº 20 - *As contratações que objetivem a monitoração eletrônica do sistema de trânsito devem ser precedidas de licitação do tipo "menor preço", vedada a delegação ao particular de atividades inerentes ao Poder de Polícia da Administração, bem como a vinculação do pagamento ao evento multa.*

Esta súmula contém três ordens a oferecer três distintas lições, sendo uma mandamental positiva e duas mandamentais negativas, ou proibitivas. *Primeira:* licitações para aquisição de equipamentos de monitoração do trânsito são do tipo *menor preço* e não de outro tipo; *segunda:* o poder público não pode repassar ao particular funções privativas de Estado, ou que lhe sejam inalienáveis por força de sua natureza, e *terceira:* não pode ser instituída a participação do particular no produto da arrecadação das multas de trânsito.

Pela primeira ordem, de extrema oportunidade e acerto, evidencia o TCE-SP que, em princípio, nas suas fiscalizações apontará a irregularidade de licitações do tipo *técnica e preço*, ou do tipo *melhor técnica*, instauradas para a aquisição de equipamentos de monitoração eletrônica do trânsito, como radares fixos ou móveis, e fotográficos ou não, lombadas eletrônicas, inibidores eletrônicos de altura excessiva, e outros ainda dentro da vasta gama de produtos eletrônicos que hoje existem.

A licitação correta é sempre a do menor preço, e a súmula oportunamente deve desencorajar empresas, associações e mesmo, ocasionalmente, sindicatos que pretendem diverso, ou seja que, por se tratar de equipamentos de informática, a licitação deve ser a de técnica e preço, com base no § 4º, do art. 45, da lei nacional de licitações.

Essa francamente bisonha e corporativa idéia não em o menor cabimento, e se radar de trânsito for equipamento de informática apenas porque contém um circuito eletrônico e inteligente – mais inteligente, aliás, que a idéia -, então com o mesmo fundamento são também equipamentos de informática aviões, automóveis, navios, ônibus e submarinos, pois que todos contêm circuitos de informática e computadores de bordo, além de máquinas fotográficas e filmadoras, telefones, cartões de crédito com *chips*, aparelhos de som, televisores, rádios e infinitos outros aparelhos que dia após dia se lançam no mercado, somente por serem providos de circuitos inteligentes.

Já tivemos a redobrada alegria de derrotar, em ação judicial, uma pretensão dessa natureza, e são conhecidas inúmeras decisões superiores nesse sentido, ainda que não se possa proclamar pacífica a jurisprudência ⁽¹⁾.

¹ Nesse sentido nosso artigo *Licitação – três prosaicos temas: (...)* 2) *Radar de trânsito jamais foi equipamento de informática; (...)* in *Revista IOB de direito administrativo*, jan./06, p. 12; *Boletim de administração municipal*, Fiorilli, nov./05; *Revista jurídica de administração municipal*, nov./05, p. 19;

Quanto à segunda questão, deve ter vindo a propósito da comum e freqüente tentativa de o poder público transferir para particulares, ou “terceirizar” determinadas atividades que em verdade são inalienavelmente suas, como por exemplo certas fiscalizações ou autuações, serviços esses próprios do Estado e que juridicamente não faz sentido pensar em delegar, repassar, privatizar ou sob qualquer outra denominação transferir ao particular, à iniciativa privada, por evidente desvio de finalidade.

Se pode se revelar mais cômodo ao poder público expedir multas de trânsito, o fato é que essa é atividade que somente o Estado realiza de modo constitucional e legítimo, pois que somente o Estado detém poder de polícia público ou oficial, capaz de sujeitar indistintamente todos os particulares, e jamais o particular pode desfrutar desse poder estatal primário. Assim, qualquer tentativa pelo Estado de fazê-lo para desonerar-se da (geralmente pesada) obrigação, ainda que pudesse revelar-se amplamente proveitosa ao poder público, revela-se inconstitucional e sem sentido ante o direito, daí a súmula enfatizá-lo.

E a terceira ordem contida na súmula constitui uma derivação para o plano privado de antigas regras legais federais e estaduais, quando não também de alguns Municípios – algumas das quais sem dúvida ainda em vigor -, pelas quais era proibido ao agente público participar do produto da arrecadação de multas de trânsito, ou ocasionalmente de outras multas.

A razão da proibição é escancaradamente evidente, e salta aos olhos: se for dado ou ao agente público ou ao particular contratado ter participação na arrecadação das multas que estes ajudarem a impor aos particulares, nesse momento se terá instaurado a mais extraordinária produção industrial do planeta, a decantada indústria das multas, sustentada a pão-de-ló com vista exclusivamente ao enriquecimento, de preferência rápido, do agente “multador”, e apenas por isso. Esse cidadão será então capaz de autuar a própria mãe, devidamente ou não, no exclusivo afã de arrecadar sua parte da penalidade – e quem disser diverso há de crer piamente, pelo mesmo fundamento, em Papai Noel, no monstro de Loch Ness, no chupa-cabras ou no prosaico e delicioso ET de Varginha.

Não existe proibição mais moral e moralizante que a última enunciada por esta súmula, a traduzir uma indispensável regra de conduta para a Administração, porque fomentar indústria de multas, divorciada e desprovida do papel educativo que devem ter as multas, constitui prática *delinqüencial*.

SÚMULA Nº 21 - É vedada a utilização de licitação do tipo "técnica e preço" para coleta de lixo e implantação de aterro sanitário.

Esta súmula pretende golpear o tipo de licitação *técnica e preço*, restringindo, com a proibição que enuncia, o campo de sua aplicação.

Não existe pior técnica, na legislação brasileira, que a utilizada para a concepção atual do tipo licitatório da técnica e preço. Houve demorado trabalho de elaboração do tipo, mas não poderia ter sido pior o resultado.

Os arbitrários critérios que alei de licitações, no art. 46, evoca para definir esse tipo não permitem que nem o autor do edital nem o avaliador das propostas durante a licitação trabalhem com a mínima nem mais remota *objetividade*, e esse fato contraria o princípio do julgamento objetivo, da impessoalidade, da igualdade e da isonomia, pelo menos.

Ninguém pode demonstrar a objetividade de, para obter média ponderada, fixar *peso 3* para a técnica e *peso 2* para o preço. Se os pesos forem o inverso serão tão arbitrários quanto aquilo, e se um for dez vezes maior que outro, idem. Além disso, os *fatores de julgamento* estão, na técnica da lei para a elaboração do edital, abertos aos mais disparatados rompantes da Administração, sem que jamais alguém possa provar porque são estes e não aqueles ou aqueloutros.

O que se nota, infelizmente, é que os editais de técnica e preço *aparecem* na Administração sem que ninguém saiba de onde se originaram, sem que ninguém explique de onde provieram os fatores, os pesos, as ponderações, os elementos de maior representatividade. Simplesmente surgem do nada, sem paternidade, sem autoria conhecida – e o principal, sem que ninguém seja *responsabilizável* pelo trabalho.

Desse modo, sem mensuração possível da conveniência para a Administração daqueles fatores rigorosa e totalmente subjetivos, o resultado final costuma ser o de que a Administração acaba por declarar vencedor alguém que não sabe se de fato representa o melhor negócio que se poderia obter, uma vez que os fatores editalícios porventura *caíram do céu*.

Sendo a lei como é, o mínimo que se pode afirmar sem medo de errar é que todo edital de técnica e preço é, em princípio e para início de discussão, profundamente suspeito de ter sido elaborado com cartas marcadas, já que os referidos fatores e elementos técnicos costuma ser por completo estranhos aos hábitos, às práticas, às rotinas e às necessidades conhecidas da Administração que licita.

O § 3º do art. 46, longe e de esclarecer para que objetivamente servem essas licitações, apenas agravam a obscuridade intrínseca e essencial do tipo.

A súmula declara que o serviço de coleta de lixo e manutenção de aterro sanitário não contêm requintes tecnológicos ou intelectuais suficientes para recomendar licitação no mínimo tão misteriosa quando a da técnica e preço. Nada têm aqueles serviços, em verdade, que não possa ser especificado minuciosa e completamente numa simples lista de requisitos para a

proposta, os quais, insatisfeitos pelo proponente, ensejem a sua sumária desclassificação.

Aquelas empreitadas sempre podem ser, e à perfeição, licitadas por menor preço, de modo a permitir julgamento objetivo e a se eliminarem fatores cunhados por manipuladores da realidade ou extraídos da algibeira de mágico, que misteriosamente e amiúde aparecem reunidos em editais de origem igualmente imprescrutável.

Corretíssima a súmula, como corretíssimas estarão, sem dificuldade, 99 % das alegações contra o atual tipo de licitação da técnica e preço, tenham o teor que tiverem –vez que é bem sabido o futuro de *pau que nasce torto*.

SÚMULA Nº 22 - *Em licitações do tipo "técnica e preço", é vedada a pontuação de atestados que comprovem experiência anterior, utilizados para fins de habilitação.*

Intimamente vinculada à súmula anterior e versando sobre o mesmo tema, esta declara proibido que entre os fatores de avaliação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações de técnica e preço, o edital consigne que atestados de desempenho anterior sejam fator *diferenciador* entre os proponentes.

Absolutamente correto o texto, eis que o simples fato de alguém demonstrar, numa licitação, deter ou reunir mais experiência na execução do objeto, ou de parte dele, só em si não o qualifica além de outros proponentes que acaso não detenham tanta experiência.

Ninguém precisa exercitar inúmeras vezes sua capacidade técnica para ter qualificação inquestionável, podendo demonstrá-la por outros meios que não a mera soma de atestados de desempenho anterior, ou de capacidade técnica.

A quantidade de experiências anteriores que compõem o acervo técnico dos licitantes, ainda que seja sempre respeitável como demonstrativo de qualidade, não pode ser erigida como fator diferencial entre licitantes, e um exemplo desse fato é o de que por exemplo uma construtora nova, pertencente ao maior grupo construtor mas que não tenha experiência anterior, não pode somente por isso ser tida como tecnicamente inferior a antigas empreiteiras, porque existem outros meios para novas entidades demonstrarem sua qualificação.

E o edital, desse modo, está proibido de direcionar a demonstração da qualidade apenas à soma de atestados, pena de dirigismo injustificável. Ninguém precisa construir um grande prédio duas vezes, ou prestar mais de uma vez o mesmo complexo serviço, para evidenciar seu preparo para novos intrincados objetos em disputa pública.

SÚMULA Nº 23 - *Em procedimento licitatório, a comprovação da capacidade técnico-profissional, para obras e serviços de engenharia, se aperfeiçoará mediante a apresentação da CAT (Certidão de Acervo Técnico), devendo o edital*

fixar as parcelas de maior relevância, vedada a imposição de quantitativos mínimos ou prazos máximos.

Esta súmula precisa ser muito bem compreendida – ou de outro modo, se não foi esta a intenção dos seus autores, nem nós com ela concordamos...

Significa, para nós, que o CAT só em si, sem necessidade de mais demonstrativos de qualificação, é suficiente para evidenciar a qualificação da empresa proponente. O CAT, nesse sentido, sempre precisa ser aceito pela Administração, porque contém abundância de elementos comprobatórios da qualificação técnica do licitante, que dispensam outros.

Assim, se o edital exige atestado(s) ou certificações, e o licitante apresenta seu CAT, deve ser dado como habilitado, é o que entendemos da súmula.

O que não se admite é que o edital *exija CAT*, que é um acervo oficialmente expedido e reconhecido pela entidade fiscalizadora do exercício profissional dos engenheiros e arquitetos, tem seu custo significativo e representa *mais* do que uma simples soma de atestados.

Como a lei de licitações em seu art. 30 *não admite exigir CAT dentre o rol de documentos que permite ao edital exigir dos licitantes*, e como é literal na lei e pacífico na doutrina que se trata, nos arts. 27 a 31, de um rol *máximo* de exigibilidades, que não pode ser ampliado pelo edital sob pena de ilegalidade e ilegítima restritividade à competição, então temos para nós que o CAT simplesmente não pode ser exigido pelo edital.

Quem o tiver e quiser apresentá-lo, muito bem, que o faça e ele haverá de ser aceito, porém *exigi-lo é vedado ao edital*, por literal impedimento da lei de licitações.

Quanto à parte final da súmula, apenas reforça que o edital deverá fixar as parcelas de maior relevância, sobre as quais poderá o edital exigir certificação *com prazos máximos ou mínimos e com quantidades máximas, sim*, caso os atestados sejam da pessoa jurídica. O edital apenas não pode exigir prazos e quantidades em atestados em nome de pessoas físicas.

É o que se lê, de um lado (pessoas jurídicas – quantidades e prazos *exigíveis*), do inc. II, do art. 30 da lei, e de outro lado (pessoas físicas – quantidades e prazos *inexigíveis*) do inc. I, do ap§ 1º, do mesmo art. 30.

SÚMULA Nº 24 - *Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.*

Este texto em parte confirma o comentário à súmula anterior, quanto à exigibilidade de quantitativos e prazos nos atestados emitidos em favor de licitantes pessoas jurídicas, mas o que tem de mais importante como valiosa orientação aos autores de editais são os percentuais mínimo e máximo que recomenda como quantitativo razoável entre o objeto da licitação e o já realizado pelos licitantes.

Aquele percentual de 50 a 60% é ditado pela experiência, pelo consenso entre especialistas e, no mais, por um senso médio de razoabilidade que tanto a Administração quanto licitantes detêm.

Com efeito, se o edital estabelece que uma parcela relevante da obra que se licita é construir uma ponte de alvenaria sobre um rio, com 2 Km de extensão, 15 m de largura e resistência x , no prazo y , a todos tem parecido razoável que o mesmo edital exija demonstração de que o licitante já realizou, ou demonstre ter condição de realizar, ao menos 50%, ou como exigência máxima 60%, daqueles quantitativos, no mesmo prazo.

Tais índices são tidos como razoáveis de modo quase unânime na generalidade dos casos concretos, mas a própria súmula ressalta que podem existir, e é certo que de fato existem, casos em que não é prudente a Administração se contentar com apenas 60% dos quantitativos, podendo exigir mais.

E o que se recomenda nessa hipótese é que o processo administrativo – não o edital, que não é documento para justificativas e explicações – contenha a expressa justificativa do quantitativo que, de outro modo, seria excessivo, e que esta súmula considera excessivo se não tecnicamente justificado.

SÚMULA Nº 25 - Em procedimento licitatório, a comprovação de vínculo profissional pode se dar mediante contrato social, registro na carteira profissional, ficha de empregado ou contrato de trabalho, sendo possível a contratação de profissional autônomo que preencha os requisitos e se responsabilize tecnicamente pela execução dos serviços.

Aqui se traduz um assentamento que a doutrina de licitações desde longa data elaborou, ante o injustificável rigor literal da lei, art. 30, § 1º, inc. I, que menciona “quadro permanente” do licitante”, o que remete de imediato ao seu quadro de pessoal, contratado pela CLT para empregos permanentes e sem tempo determinado. Como efeito, afora o contrato pela CLT, qualquer outro contrato de pessoal ou de servidores, ou de serviços pessoais de alguém, tem tempo predeterminado.

Seria tremendamente injusto, por discriminatório, para com organizações empresariais que pelo porte e faturamento são incapazes de manter quadro permanente de grandes e caros profissionais, aplicar a lei com seu aparente “exclusivismo trabalhista” neste caso.

Com efeito, o fato de profissionais estarem vinculados a empresas por contratos outros que não pela CLT, como pelo Código Civil, ou mesmo pela CLT mas em contratos temporários e não permanentes, não os

desqualifica, ou à empresa, nem remotamente. O trabalho e a qualificação do profissional contratado são tão bons se o contrato for pela CLT quanto pelo Código Civil, ou por qualquer outro eventual regime de ajuste.

Dessa forma, tanto as cortes de contas quanto os doutrinadores sempre abrandaram, em sua leitura, o aparente rigor da lei quanto a isso, de modo que os editais na prática correntia têm sido proibidos de exigir que o quadro permanente a que se refere a lei, dispositivo apontado, seja interado tão-só por empregados permanentes, bastando ao licitante, para cumprir a exigência editalícia, demonstrar que os profissionais a seu serviço, que o edital exigiu que tivesse, estão contratualmente vinculados, e estarão quando da contratação.

SÚMULA Nº 26 - É ilegal a exigência de recibo de recolhimento da taxa de retirada do edital, como condição para participação em procedimentos licitatórios.

Oportunamente esta súmula informa o que a rigor já deveria ter estar incorporado há mais de uma década na cultura das licitações em nosso país.

O rol dos documentos de habilitação que constam dos arts. 27 a 31 da lei de licitações é, como se lê dos respectivos *capit*, absolutamente exaustivo, fechado, exauriente de novas possibilidades, ou um *numerus clausus* como se o designa em latim. Afora os específicos documentos ali mencionados nada se pode exigir do licitante para habilitação.

Em verdade, um único dispositivo daquele rol permite leitura mais ampla, e é o inc. IV do art. 30, que permite ao edital exigir “prova de atendimento de requisitos revistos em lei especial”, porém *demonstração de ter comprado edital* não constitui nada parecido com isso, e não pode ser exigido como de direito *nunca pôde* pela lei de licitações.

Ninguém jamais foi obrigado a comprar edital para poder licitar, e para isso é que a lei obriga que o edital seja publicado em jornais, ou, quando não (caso do *convite*, que dispensa publicação na imprensa), deixado, com todos os seus elementos e anexos, em local de acesso público nas repartições, absoluta e facilmente acessível a todos os cidadãos. Quem quiser participar sem adquirir o edital pode copiá-lo até mesmo a mão.

Assim como é certo que se em dada licitação foram vendidos 50 editais isso jamais significou que haverá 50 participantes, também pode ocorrer de em outra licitação nenhum edital ser vendido e muitos licitantes acorrerem ao certame, sem nenhum haver adquirido o instrumento. A exigência de compra de edital é absolutamente despropositada sob todo e qualquer ponto de vista, e merece impugnação – ou até *mandado de segurança* - se por acaso algum edital a contiver.

SÚMULA Nº 27 - Em procedimento licitatório, a cumulação das exigências de caução de participação e de capital social mínimo insere-se no poder discricionário do administrador, respeitados os limites previstos na lei de regência.

Em sentido oposto ao da súmula anterior, esta liberalizante súmula esclarece que não é proibido, ou seja *é permitido* ao edital exigir *cumulativamente* tanto a caução para participação no certame, prevista no inc. III do art. 31 (limitada a 1% do valor estimado para a contratação) quanto determinado capital mínimo, conforme previsto nos §§ 2º e 3º do art. 31 da lei, limitado a 10% do valor estimado para o futuro contrato.

Caso ambas essas exigências se contenham dentro dos limites máximos fixados na lei, acima mencionados, ambas podem ser formuladas no edital ao mesmo tempo, de modo que o licitante precisará para habilitar-se atender a ambas, e se não o fizer quanto a pelo menos uma será *ipso facto* inabilitado.

Nada existe de abusivo na cumulação das exigências, que constituem legítimas demonstrações de capacidade econômica – porém desde que o objeto da licitação, pelo seu porte e natureza comportem uma tal exigência.

Assim, se é lógico e razoável exigirem-se ambas as demonstrações numa licitação de obra ou de complexo ou oneroso serviço, não fará sentido algum um edital de compra de mantimentos ou aparelhos eletrônicos conhecidos, em quantidade moderada e não imensa, para entrega de uma só vez, formular tais exigências, porque ninguém precisa ter um significativo capital mínimo para vender dez computadores, nem garantir a Administração com 1% do futuro contrato para lhe vender um caminhão de batata doce lilás.

Nesses dois exemplos a dupla exigência de capacidade econômica se revela abusiva e discriminatória somente em si, e totalmente inadequada ao singelíssimo objeto que qualquer fornecedor, mesmo que (regularmente) instalado ontem, pode fornecer com facilidade. O que a súmula visou assegurar à Administração é que nas licitações de objetos *em que faça sentido a dupla exigência econômica* ela pode ser efetuada pelo edital.

SÚMULA Nº 28 - *Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de comprovação de quitação de anuidade junto a entidades de classe como condição de participação.*

Também oportuna, esta súmula contém um simples desdobramento da Súmula nº 26, e reitera o que já deveria ser de longa data sabido e invariavelmente praticado por toda a Administração pública brasileira – sabendo-se que a maioria dos órgãos já a pratica e não exige as quitações a que se refere a resenha. Inobstante esse fato, são conhecidas, ainda nos dias de hoje, impugnações, oferecidas por sindicatos, a editais que não consignam aquela hoje anacrônica e arqueozóica exigência – acredite-se se quiser.

A inspiração da súmula é antiga, do tempo em que a legislação trabalhista consignava uma disposição que proibia empresas em débito com as contribuições sindicais respectivas de participarem de licitações públicas. Aquele dispositivo, protetor e guardião do erário sindical, já não mais tem sentido nem cabimento jurídico desde que publicada a lei nº 8.666/93 – para não ir além na pesquisa.

A atual lei nacional das licitações e contratos não consigna nada sequer remotamente vinculado àquilo dentre toda a documentação que permite exigir do licitante, nos arts. 27 a 31, de modo que é simplesmente proibido que qualquer edital o exija, sendo essa proibição uma *norma geral* de licitação, impositivo a todos os entes públicos brasileiros.

SÚMULA Nº 29 - *Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de certidão negativa de protesto como documento habilitatório.*

Todo o comentário às Súmulas nºs 26 e 28 aqui devem ser aproveitados, no sentido de que o que a lei nacional de licitações e contratos não prevê nos arts. 27 a 31 como passível de ser exigido aos licitantes pelo edital, é simplesmente proibido exigir.

O já muito vasto e extenso rol de documentos que aqueles artigos reúnem é o conjunto máximo de documentos que o edital pode exigir para a habilitação dos licitantes – e, mesmo assim, não são todos que o mesmo edital pode exigir de cada licitante, porque ali existem documentos excludentes de outros documentos do mesmo rol.

Exemplificando, como prova de habilitação jurídica (em verdade *capacidade* jurídica, matéria essa que é *civil* e não administrativa) o edital não pode exigir do mesmo licitante RG e CNPJ, pois que o licitante ou é pessoa natural e tem RG, ou é pessoa jurídica e tem CNPJ (na lei ainda constando o revogado CGC), um documento excluindo o outro.

É muito freqüente, aliás, que do art. 28 apenas *um* dos cinco documentos que ali constam possa ser exigido do licitante, como por exemplo numa concorrência nacional para uma grande obra. Não tem sentido nessa hipótese exigir o documento do inc. I (cédula de identidade), do inc. II (registro de firma individual), do inc. IV (ato constitutivo de sociedade civil) e do inc. V (decreto de autorização de empresa estrangeira). Apenas o documento do inc. III, ato constitutivo de sociedade comercial, ou industrial, compete exigir nessa hipótese, ou seja, *menos* documentos, do total da lei, podem ser exigidos, *mais* documentos nunca.

Mas serão exigidos, repita-se até a exaustão, no máximo os documentos que a lei expressamente menciona como exigíveis, dizendo *conforme o caso* (arts. 28 e 29), ou *limitando-se a* (arts. 30 e 31) – jamais algo além do que expressa e literalmente previsto e admitido no rol da lei, e a certidão negativa de protesto ali não está escrita, com jamais esteve, de modo que ao edital é vedado exigi-la na licitação.

E remate o raciocínio a seguinte observação: seria de um ridículo único que a lei admitisse exigir algo como essa certidão, que ao que consta somente existe no Brasil e jamais significou coisíssima alguma em direito material.

SÚMULA Nº 30 – *Em procedimento licitatório, para aferição da capacitação técnica, poderão ser exigidos atestados de execução de obras e/ou serviços de forma*

genérica, ficando vedado o estabelecimento de apresentação de prova de experiência anterior em atividade específica, como realização de rodovias, edificação de presídios, de escolas, de hospitais, e outros itens.

Esta súmula se revela bastante útil no sentido de dissipar falsas exigibilidades editalícias, assim como de desencorajar alguns freqüentes rigorismos da Administração quando licita grandes obras ou complexos serviços. É com efeito comum se verificarem vultosas e muito específicas exigências de atestações nesses casos, providas de um dirigismo técnico evidente o qual, com boa ou com má fé, acabam por revelar-se enfim puramente desnecessárias, e com isso restritivas à maior competitividade possível no certame, que todos desejam.

O motivo de semelhantes exigências muito específicas (ponte de concreto protendido com vão livre mínimo de 200 m, largura de 15 m e resistência mínima de 12.500 Kg por m², ou uma alça com declividade x , raio y , extensão z , resistência w por m² e no material exatamente igual ao ora pretendido, tudo no prazo de cinco meses e dez dias, ou algo tão minuciosamente especificado quanto isso) sempre é, ao fim e ao cabo, o temor de *exigir pouco* do licitante e com isso fazer periclitar o interesse do ente público que licita.

Nada mais enganoso ! Na imensa maioria das vezes, *exigir muito é exigir mal*, porque com muito menos exigências, di-lo a prática e a experiência, a segurança da Administração estaria perfeitamente assegurada. O poder público, de resto, detém a faca e o queijo nos negócios que firma, e com freqüência gera tremendas dificuldades aos contratados por lhes atrasar os pagamentos, exigir excessiva documentação e gerar a *perniciosa* burocracia que somente pode interessar a desavisados – para dizer o mínimo. Tudo grossa ilusão.

O que ao edital convém sempre é, sendo curto e grosso, *exigir pouco e bem*, sabendo-se que também na arte editalícia *o menos é mais*, e o realmente difícil é ser sintético e inteligente.

O que a súmula enfatiza é que a atestação exigida, salvo exceção bem delimitada, observado o parâmetro técnico realmente mínimo necessário e justificável, deve ser genérica o suficiente para não afastar os bons proponentes que por acaso não tenham executado exatamente aquela específica obra que ora se licita, ou aquela específica e exata parcela da obra ou do serviço ora desejado - o que seria demasiado esperar de um grande número de licitantes.

Exigência de atestações muito específicas afastam os desejáveis grandes volumes de interessados, e, regra geral, resultam enfim pouco significativas ante atestações mais genéricas que, porém, espelhem acentuada capacidade técnica do detentor - e essa é a regra de ouro na descrição das atestações a exigir, que a súmula em bom momento chama à baila.

O texto especifica alguns exemplos de usuais objetos de licitações, como *realização de rodovias, edificação de presídios, de escolas e de hospitais*, dentre tantos e tantos que facilmente poderia enunciar. É que a edificação de presídios, por exemplo, constitui uma nítida especialidade da

construção civil, tal qual a de hospitais, de usinas hidrelétricas ou atômicas, ou de metrô subaquático, ou de poços de petróleo em altas profundidades marinhas.

São essas, sem dúvida, genuínas e bem caracterizadas especializações da indústria da construção como ninguém negará que sejam, porém, francamente, uma grande empresa construtora, que porventura ainda não tenha executado nenhuma dessas obras, nem por isso pode ser sempre descartada nas licitações dessas mesmas obras, porque sempre poderá vir a demonstrar grande capacidade técnica em parcelas genéricas, mas tremendamente árduas e exigidoras de qualificação, de outras obras não providas da mesma especialização – isso sempre será possível, repita-se.

Então, a particularização da exigência nos atestados em casos assim, por restringir e apertar o potencial universo de participantes, deverá *atrapalhar imensamente*, jamais auxiliar o poder público a escolher o melhor proponente dentre o maior contingente possível de fornecedores, num mercado quase que sempre abarrotado deles.

SÚMULA Nº 31 - *Em procedimento licitatório, é vedada a utilização do sistema de registro de preços para a contratação de serviços de natureza continuada.*

O sistema de registro de preços é uma das mais inteligentes idéias dentro do mundo das licitações. Ao invés de se repetirem licitações até um ponto exasperante e insuportável de trabalho, licitam-se não a compra direta mas as menores cotações de lotes ou conjuntos de produtos, que podem ser bastante numerosos e variados.

Sofre-se apenas uma vez, pois que o RP também dá trabalho significativo, porém uma vez encerrado esse procedimento o ente passa a dispor de fornecedores vencedores de licitação, munidos de um instrumento de contrato de expectativa de fornecimento, a ata do registro de preços, o qual autoriza aquele ente a ordenar o fornecimento dos itens constantes de cada ata, sempre que deles precisar - podendo mesmo nunca os requisitar. A ata não é um contrato não de compra, mas de expectativa de compra, que pode ser ou pode não ser exercitado pelo ente que o promoveu.

Pela excelência da idéia, que remonta à Lei paulista nº 89, de 1.972 - para não ir mais longe na pesquisa -, foi o RP repetido no subsequente Decreto-lei nº 2.300, de 1.986, e a seguir na Lei nº 8.666, de 1.993, onde até hoje figura, e é sempre intensamente exercitado por entes públicos de todo nível e natureza. E foi adotado pela lei do pregão, e por outras leis sobre licitações específicas destinadas a prover objetos especializados.

O sistema foi concebido, sem nenhuma dúvida, para a cotação de produtos de compra e venda, como materiais, equipamentos, peças, máquinas, utensílios, e não para a cotação de serviços. Tanto isso é certo que está previsto na Seção V, *Das compras*, do Capítulo I, da lei de licitações, e não, declaradamente, em outro momento da lei.

O único outro dispositivo a mencionar registro de preços é o final do inc. VII do art. 24, que reza "por valor não superior ao

constante do registro de preços, ou dos serviços". A que se refere ? A *registro de preços de serviços*, ou ao *preço médio dos serviços no seu mercado* ?

Fica-se sem saber, porém o aplicador da lei não perdeu tempo e desde logo tratou de entender, de propalar aos quatro ventos e de partir do pressuposto de que também serviços podem ter preços registrados em atas, no sistema de registro de preços. Na dúvida, então *venha*, como na regra segundo a qual quem parte e reparte, e não fica com a melhor parte, ou é bobo ou não tem arte.

Até hoje é nebuloso esse panorama, e esta súmula tende a separar um pouco as coisas. Ao inadmitir RP para serviços contínuos - aqueles do inc. II do art. 57 da lei de licitações - por corolário raciocínio, e *data venia*, o TCE está admitindo que outros serviços, não contínuos, admitem preços registrados, como se fossem bens. Assim lemos a súmula.

O motivo desse entendimento deve ter sido o de que os serviços continuados, ainda que em geral bastante comuns e conhecidos, admitem amplas variações de qualidade e quantidade, a contraindicar tabelamentos que, mais ou menos, nivelam por baixo esses fatores, e com isso, muita vez, não bem atendem a necessidade do ente público - como não atenderiam interesses privados.

Concordamos com a idéia, d se de fato é essa, porém entendemos que, independentemente de entendimentos doutrinários ou jurisprudenciais, a idéia de registrar preços de serviços contém um misto de *preguiça* e de *desconhecimento técnico*, ou de *negligência com a qualidade*.

Nem tudo nas procedimentos negociais da Administração se pode racionalizar em grandes passos como sempre é o sistema do RP, porque à medida da crescente complexidade dos objetos o resultado amiúde e possivelmente será desastroso. Racionalizam-se os procedimentos até o ponto em que isso passe a militar contra o interesse de quem o faz, e esse é o limite natural do - de outro modo inteligentíssimo - sistema do registro de preços.

Desaconselha-se assim sendo, e enfaticamente, promover registro de preços para *qualquer serviço* - leia-se a lei como se a ler. E a súmula em muito contribui para consolidar uma tal orientação.

SÚMULA Nº 32 - *Em procedimento licitatório, é vedada a utilização do sistema de registro de [preços para a contratação de obras e de serviços de engenharia, exceto aqueles considerados como de pequenos reparos.*

Muito similar à súmula anterior, também esta não faz senão insistir sobre o operacionalmente óbvio: registro de preços não serve para obras nem para serviços de engenharia. Deveria se encerrar aí a súmula, respeitosamente entendemos, porque parece temerário estabelecer a categoria de "pequenos reparos" dentro das obras ou dos serviços de engenharia.

Pequenos reparos podem dar-se numa calçada de paralelepípedos ou numa estátua de Michelangelo - e ainda que precioso esse reparo, não deixa de ser pequeno em volume, como ocorreu décadas atrás na Itália, quando um animal sob forma humana desferiu marteladas numa *pietà* do grande gênio do passado. Aquele magnífico trabalho em volume foi um pequeno reparo, e um grande reparo seria restaurar uma parte da ponte Golden Gate que sofra um abalo. O adjetivo "pequeno" se precisa ler como referente ao *volume* e não ao conteúdo cultural do trabalho, ou de outro modo se instalaria um subjetivismo interpretativo quase deletério por sobre a matéria.

Então será que merecem o mesmo tratamento jurídico esses dois referidos pequenos reparos ? Evidentemente não, e assim como neste exemplo os pequenos reparos, sejam obras, sejam serviços, não nos parecem suscetíveis de comportar generalizações tais que lhes permitam constituir uma categoria de objetos de contratos, e com isso a merecer a standardização que a súmula enseja.

Parece-nos tímida, respeitosamente. Entendemos que obra ou serviço de engenharia *nenhum* poderia figurar como licitável por registro de preços - a idéia não faz nenhum sentido em nosso humilde modo de ver. No comentário à súmula anterior manifestamos repulsa à aplicação do RP de qualquer serviço; que dizer, então, dos de engenharia, e mais ainda de obras ?

SÚMULA Nº 33 - No sistema de registro de p[reços é vedada a adesão à ata por órgão ou entidade que não participou da licitação ("carona") excetuadas as hipóteses admitidas em lei federal.

Outra súmula absolutamente correta no conteúdo central e que ao final se revela ou tímida ou por demais respeitosa a algo que não merece nem enseja o menor respeito.

Já escrevêramos em artigo publicado o seguinte:

"O infelicíssimo "carona"

VII – Se a sabedoria popular informa que não se deve oferecer carona a desconhecidos – sem embargo de que muitas vezes é preferível ter ao lado desconhecidos a repartir o espaço com alguns conhecidos de longa data... -, a mesma sabedoria deveria rechaçar a detestável figura do "carona", própria do registro de preços como estabelecido em regulamento federal. Por "carona" é conhecido o juridicamente quase indefensável instituto em má hora figurante do art. 8º do Decreto nº 3.931/01.

Foi concebido esse instituto pelo Executivo federal, que naquele então somente pensava no seu caso e na comodidade dos entes do seu Executivo ou a esse Poder federal institucionalmente vinculados, como o são as autarquias, as fundações e as empresas paraestatais, todas de nível federal. Tratava-se de uma instituição "em família".

Decerto o Executivo federal não imaginou, ao conceber o "carona", que os demais entes da federação se tentariam aproveitar da idéia em benefício próprio, com boa intenção ou com péssima intenção mas

sempre ao arrepio de qualquer autorização legislativa e em geral sem qualquer cerimônia, como entrões não convidados, como se tal *petulância* lhes fosse dada pelo direito.

Pelo “carona” original os órgãos do Executivo federal, e os entes a ele institucionalmente vinculados, aproveitam-se uns dos registros de preços dos outros, e na (rebuscada e aparelhada) forma do art. 8º do Decreto nº 3.931/01 contratam as compras e os serviços que alguém registrou e publicou, sempre no plano do Executivo federal.

O Executivo federal, conhecendo suas próprias dimensões, no regulamento do registro de preços imaginou um instituto pelo qual um órgão realize um registro de preços de que participem outros órgãos, poupando a esses o infando trabalho. A idéia, simplificada até esse ponto, não é tresloucada, ainda que, repita-se, jamais esteve nem está autorizada em momento algum de lei aplicável alguma.

VIII - É o que reza o art. 8º do decreto, que, mesmo que não concebido para isso, acabou por servir de mote a que Estados e Municípios, com suas entidades descentralizadas e paraestatais, bem logo se aproveitassem da idéia, e iniciassem um crescente movimento, a esta altura fora de controle, de aproveitar registros de preços alheios, de níveis governamentais diferentes, para comprar ou contratar serviços constantes de registros alheios, nas mesmas condições de preço e independentemente de quantidades, bastando que o detentor da ata respectiva aceite assim os vender a quem se dispuser a comprá-los.

Fizeram-nos os espertalhões de plantão, que sempre vislumbram vantagens aqui e acolá onde ninguém honesto as enxerga, vendendo a fórmula a Municípios como se se tratasse do seu mais comezinho direito, insista-se, sem que a lei jamais autorizasse que um ente licitasse por outros entes, e tal qual pudesse existir uma *central de licitações*, com um registro de preços que a todos os órgãos públicos pudesse servir como se fora uma mercearia ou um entreposto comercial.

Ora, é certo que em se somando os registros de preços existentes no país dificilmente alguma compra ou algum serviço “registrável” ficará de fora ou será excluído, considerando-se a enormidade infundável dos itens registrados. Com todo efeito, deve existir registro de preço até de pó da face oculta da Lua ou de pedra filosofal produtora de ouro alquímico -, de forma que a única conclusão é a de que quem se valer de registros alheios possivelmente *jamais precisará licitar item de compra ou de serviço algum*, dentre aqueles constantes de registros alheios, virtualmente intermináveis. Basta se investigar na *internet* e se descobrirão os mais diversificados ou inimagináveis registros de preços, de carne de calango liofilizada a rolhas de poço articuladas.

O “carona” indiscriminado tem condão de eliminar as licitações para compras e para serviços registráveis, é a conclusão – daí a lei jamais o admitir, sendo ele invenção do Executivo federal, nos idos do ano da graça de 2.001, **fora de qualquer lei.** (Destaque nosso atual)

Se é bem certo que a lei de licitações informa no art. 15, § 3º, que “O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto”, pergunta-se entretanto, pelas barbas do profeta, se a lei de licitações acaso terá imaginado ou admitido um semelhante elastério para o regulamento, que virtualmente *arrombe* o próprio princípio da licitabilidade das aquisições públicas, insculpido na Constituição Federal, art. 37, inc. XXI ? Duvida-se com veemência, porque um decreto não pode ter condão de destruir ou de excluir os parâmetros da lei.

É notório que o governo federal odeia o instituto da licitação como a pior peste que assolou o planeta, e que somente não extirpa de vez essa figura do ordenamento jurídico porque decerto ainda não encontrou para tanto uma fórmula politicamente justificável. Isso é mais evidente do que ao dia suceder a noite, e uma só demonstração á a multiplicação sem fim à vista da família de incisos do art. 24 da lei de licitações, dos 14 originários de 1.993 para os 31 atuais - se até ser publicado este artigo já não forem mais as hipóteses legais de licitação *dispensável*.

Mesmo assim entretanto, custa muito crer que tenha sido concebida na figura do “carona” federal – o Executivo centralizando o registro de preços em um ente, para que outros dele se possam aproveitar, o que dito assim, ainda que sem pé algum na lei, não parece tão aberrante – um mecanismo a serviço de todo ente federado que lhes permita aproveitar-se de registros de preços das mais variadas entidades, para com base nesses registros adquirir tudo o que bem desejar, sem licitação própria alguma.

A uma viola-se com aquilo o princípio constitucional – art. 37, inc. XXI - da *licitabilidade* das contratações públicas, e a dois o da *legalidade* da despesa pública, eis que em momento algum lei formal alguma autorizou nada semelhante, como jamais autorizaria que um Estado licitasse por seus Municípios, ou que a União pudesse licitar pelos Estados que a integram.

Se a idéia do “carona” é materialmente útil e proveitosa como na rés do chão talvez seja para os seus conceptores, formalmente entretanto não se revela menos que péssima, porque por completo aberrante do positivismo jurídico que feliz ou infelizmente cerca e define o direito brasileiro.

E os Tribunais de Contas enxergam o “carona”, em geral e crescentemente, com péssimos olhos, por todos esses motivos e seguramente por outros ainda que bem sabem. Não sem razão." (²

Como se disse ao final de um dos parágrafos acima, o antijurídico instituto do *carona* está fora de qualquer lei.

Aasim, lendo-se a palavra *lei* (de "lei federal") da parte final da súmula com sentido literal e não a significar "legislação", parece que a parte final da súmula não tem qualquer aplicabilidade, e a carona está proscrita com relação aos órgãos jurisdicionados pelo TCE - SP em caráter geral

² Do artigo *Amostras no registro de preços, e o "carona"*, publ. em revista *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, dez./10, p. 7; *Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC* fev./11, p. 136; *Boletim de Licitações e Contratos - BLC*, ed. NDJ, ago/11, p. 765.

e completo. Não se admite que um decreto federal, despregado de qualquer lei e desautorizado por qualquer lei, possa ter condão de se aplicar como inovador do direito, nem sequer na União onde simplesmente é ilegal, e muito menos nos Estados e nos Municípios.

A corajosa e necessária súmula, respeitosamente, não precisaria ter aberto a exceção ao seu final. Se o Executivo federal, jurídica e muito infelizmente, por vezes trabalha como se fora a *casa da mãe joana*, nesses passos o Estado de São Paulo não precisa segui-lo.

SÚMULA Nº 34 - *A validade da ata de registro de preços, incluídas eventuais prorrogações, limita-se ao período de um ano.*

Deve ter o Tribunal de Contas do Estado sumulado seu entendimento sobre esta matéria em face de que pode remanescer confusão entre a validade da ata do RP e a duração dos contratos que dela se originam. Nesse sentido, fez bem o Tribunal em desde logo esclarecer.

De fato nada tem uma coisa com outra:

a) a validade máxima da ata está dada pelo inc. III do § 3º do art. 15 da lei de licitações, sendo de um ano. Nada impede que seja inicialmente menor, conforme o edital da respectiva licitação assim estabeleça, e seja depois prorrogada - possibilidade que também desejavelmente constará do edital -, porém todo esse lapso há de se conformar dentro do máximo de um ano, que é dado expressamente pela lei. Qualquer validação da ata, ou do RP, acima de um ano fatalmente contraria a lei de licitações;

b) os contratos que derivarem da ata de RP *não precisam ter sua duração limitada a um ano*, nem ao prazo de validade da ata. Rege essa matéria, por delegação expressa do art. 15, § 3º, da lei de licitações, o Decreto federal nº 7.892, de 23 de janeiro de 2.013, sendo que seu art. 12, § 2º, corretamente, fixa que a duração dos contratos firmados com base em ata *em vigência* de RP terão sua duração regida pelo art. 57 da lei de licitações, pouco importando, portanto, que sua origem tenha sido o RP.

Duas breves considerações:

a) parece óbvio, mas a ata do RP, para originar contratos válidos, precisa estar em vigor. Não se imaginam contratos juridicamente válidos, originários de RP, se assinados após a ata do RP perder sua validade, e

b) mesmo que o decreto federal não contivesse seu § 2º do art. 12, *ainda assim a regra seria aquela*, porque o contrato se rege pelas regras *de contratos* da lei de licitações, enquanto que a licitação, que na mesma lei tem regras próprias, nada tem com as regras e os prazos contratuais. São mundos inteiramente separados dentro da mesma lei. O decreto apenas esclarece o que de direito já era certo.

SÚMULA Nº 35 - *Em procedimento licitatório para a aquisição de cartuchos de impressora e similares, é vedada a exigência de marca idêntica à dos equipamentos a que se destinam, exceto quando estes*

estiverem em período de garantia condicionada ao uso de insumos da mesma marca.

Vacilou grandemente o entendimento dos fiscais e dos julgadores de contas públicas sobre este tema há umas duas décadas, quando o assunto, pelo volume financeiro que envolvia, estava na crista da onda.

Serenou ultimamente no sentido da súmula, ante a constatação de que nem todo cartucho ou toner de impressora, provindo da terra dos mandarins e dos riquixás, era tão deletério quanto alguns ao início inquestionavelmente foram, e que passaram a existir marcas plenamente utilizáveis pelas máquinas em utilização no mercado.

Tem-se hoje que o poder público não pode exigir reposição original de cartuchos e outros recipientes de tinta, pó ou outro reproduzidor gráfico, e o motivo basilar dessa estatuição do Tribunal se prende ao preço dos insumos originais, sem sombra de dúvida. Nada além disso justificaria proibir-se direcionar o edital para a marca original. Não é proibido aceitar a marca, apenas não se pode exigi-la em detrimento de outras, e o vencedor será o de menor preço; ocorrendo o milagre de ser a marca original do equipamento, tanto melhor.

A exceção que a súmula consigna é a de que se exijam reposições da mesma marca do aparelho apenas no caso de garantia do equipamento se para tanto foi exigido o uso de suprimentos originais, porém nesse caso não se está em licitação e sim em mero requerimento de direitos contratuais. Não se imagina, nessa hipótese, que o fabricante ofereça, para cobrir a garantia, produtos que não os seus próprios, ou então os originais do equipamento, ainda que não sejam da própria marca - como é usual em automóveis por exemplo, que por vezes tem o componente *x* de diversas marcas *originais de fábrica*.

A peça de reposição que seja fornecida com o equipamento na sua compra originária há de ser tido como original.

A súmula entretanto não tem o condão ou a pretensão de impedir que os produtos oferecidos, da marca que forem, sejam testados por amostras exigíveis na licitação, o que sujeitará as amostras com mau resultado à pura e simples desclassificação.

SÚMULA Nº 36 - *Em procedimento licitatório, não se admite vedação a bens de fabricação estrangeira, salvo se decorrente de disposição legal.*

Súmula que reza o que seria evidente a quem tem senso de racionalidade comercial, mas que tem importante papel sobretudo após a até então desejadíssima deposição de um governo de botocudos que tentava valorizar a indústria nacional ao preço que fosse, contrariando o interesse nacional, público, privado, empresarial e de tantas naturezas quanto existam.

A proteção incondicional ao industrial nacional contra o estrangeiro - praga própria dos medíocres e dos incapazes de toda ordem - somente interessa ao fabricante, e desinteressa a todos que não sejam o

fabricante. Serve de estímulo à manutenção da, em geral, *péssima qualidade dos produtos nacionais ante a incomparavelmente melhor qualidade do produto importado* - em especial se não provier do império dos mandarins. O nacionalismo demagógico e eleitoreiro mantém o país no fundo da caverna do obscurantismo, enquanto a caravana passa.

A lei de licitação fez o que pôde nesse sentido, particularmente em seu art. 3º, como quem somente compra vinho nacional por não saber ler o rótulo do importado. A lei de estatuto das micro e pequenas empresas também tentou o que pôde nessa tônica retrógrada e atrasada, não explicitamente por contrastar nacional e estrangeiro, mas por, sem conseguir, tentar restringir certas licitações a MEs e EPPs, e com isso, indiretamente, privilegiar o fornecedor nacional, já que não se imagina uma EPP ou uma ME estrangeira.

O nacionalismo das nações sul-americanas, chefiadas por caciques de periferia ou por ditadores de banana, sempre que pode cria embaraços aos produtos importados, a começar pela tributação e a seguir pela corrupção alfandegária explícita, que constitui só em si um importantíssimo obstáculo às importações.

Nessa esteira foi moda há poucos anos, e sempre que se abre uma brecha o governo restaura essa moda, a de prestigiar de qualquer modo o produto nacional ante o estrangeiro, por criar embaraços à sua aquisição e à sua circulação em nosso país. A licitação em dado momento refletiu essa tendência, sendo conhecido o exemplo dos *pneus*, que se tentava restringir aos nacionais nas licitações sob a alegação da falta de garantia dos estrangeiros.

De tempo em tempo eclode outro modismo, em geral pago pelo suborno e pela propina dos nacionais, e os editais tentam cercar e proscrever os fornecedores de bens importados - mesmo que sejam empresas brasileiras a fornecê-los no mercado interno.

A súmula indica que o Tribunal de Contas do Estado não aceita semelhante atitude, mas excepciona casos obrigatórios por lei. Então, se e onde existirem esses casos, algum motivo maior deve ter ensejado a restrição legal, e a lei, naturalmente, com boa motivação ou sem, precisará ser observada. Mas não é nem pode ser muito comum essa restrição, uma vez que praticamente todos os produtos industriais existentes na face da terra, se forem importados, serão melhores que os nacionais. Cachaça mineira parece constituir uma honrosa exceção.

É trágico, mas é verdade. Daí, e senão em casos excepcionais e pontuais, como excluir bens importados, só por serem importados, em licitações brasileiras de menor preço? Não faz sentido, se o filtro primeiro e último do objeto oferecido é o preço. A súmula desestimula tentativas protecionistas ao bem nacional - que no caso dos automóveis mereceu do então presidente da República, Fernando Collor, o epíteto de *carroças nacionais* - o que parece ter dado resultado, e mexido com os brios do nosso industrial ao início dos anos 90.

SÚMULA Nº 37 - *Em procedimento licitatório para a contratação de serviços de caráter continuado, os percentuais referentes à garantia para participar e ao capital social ou patrimônio líquido devem ser calculados sobre o valor estimado correspondente ao período de 12 (doze) meses.*

O Tribunal dá uma orientação jurisprudencial sobre o que entende ser a base adequada de cálculo para a fixação, nos editais de licitação, do capital social mínimo do licitante, ou do seu patrimônio líquido mínimo, na fase de habilitação.

O ente público precisa anexar ao edital o orçamento que estima para o serviço continuado, e sobre esse orçamento - que nas propostas pode se confirmar exata ou aproximadamente, ou pode não se confirmar - pode exigir para a habilitação a demonstração de capital líquido mínimo, ou de patrimônio líquido, em um percentual máximo de 10 % (dez por cento), conforme o § 3º do art. 31 da Lei nº 8.666/93.

Muito bem: o que reza a súmula é que o período a ser considerado pela Administração para, com base no seu orçamento, estabelecer aquele percentual é o de *um ano*.

Compreende-se, e essa é a regra usual e absolutamente generalizada, a de o ente público orçar ou estimar o valor do serviço por um ano. Como os contratos de serviços contínuos (Lei nº 8.666/93, art. 57, inc. II) podem ser prorrogados por até cinco anos, é de uso freqüentíssimo contratar por um ano e, se o resultado da execução for bom, prorrogar-se por outros anos o contrato.

Então, se a base temporal "natural" dos orçamentos oficiais é um ano, já fica esta orientação sumular do TCE a confirmá-la, tratando-se da simples e organizativa confirmação de uma prática quase instintiva da Administração, na qual floresce a aplicação da anualidade em todos os setores e para todos os efeitos.

E seja observado: pela súmula, que não especificou nem distinguiu nesse sentido, é de um ano, *mesmo que o contrato seja previsto já no edital para mais de um ano de duração originária*.

A real *utilidade* dessa exigência, entretanto, é que não convence muito, já que nenhum capital ou patrimônio garantirá, só por si, uma boa execução de contrato, mesmo que seja portentoso e impressionante, se o contratado não prestar.

SÚMULA Nº 38 - *Em procedimento licitatório, é vedada a exigência antecipada de comprovante de recolhimento da garantia prevista no artigo 31, inciso III, da Lei nº 8.666/93, o qual deve ser apresentado somente com a documentação de habilitação.*

Ora, nada mais natural: se a comprovação do recolhimento da garantia é documento habilitatório, então por que motivo poderia ser exigido antes dos demais documentos de habilitação ?

Não faz nenhum sentido a idéia da exigência antecipada, que vez por outra ocorria em conhecidos editais, e o que estaria por trás dessa manobra não há de ser nada lisonjeiro ao autor do edital: se se exige a antecipação da garantia, alguns dias antes da abertura dos envelopes já se conhece quem a prestou, e portanto com quem negociar a venda de facilidades, após a instituição dessa ou de outras dificuldades. *Criar dificuldades para vender facilidades* - uma das facetas da grande praga da corrupção que está arrastando o país para o fundo do poço em todas as áreas por onde passe o vil metal, e o envergonha ante os países honrados.

A ilogicidade jurídica da garantia antecipada só em si já constitui motivo para a redação da súmula, porém o que es ensejou aquela prática parece de arrepiar, ainda que nada mais nesse terreno deve surpreender o cidadão brasileiro.

O primeiro decreto do pregão eletrônico foi alterado pouco após ser editado porque permitia que o leiloeiro combinasse com algum colaborador licitante quando ele encerraria a fase de lances, o que seria quando surgisse uma proposta, por exemplo, com final R\$ 7,89, que já ficava acordado que seria a do cooperativo licitante.

E quando se conhecem falsificações do produto que falsifica gasolina (adulteração *de segundo grau*), e quando se narram acontecimentos como o de uma *edição de livros-pirata*, que o vencedor de uma licitação entregou ao poder público conforme narrou o muito saudoso Diógenes Gasparini, e ainda quando se conhece a primeira *delegacia de polícia-pirata* da história do ser humano sobre o planeta e que foi instalada na alameda Glete, quase no centro de São Paulo, há cerca de oito anos, então todo cuidado do mundo, acrescido de 15%, será pouco. É muitíssimo triste e constrangedor, mas nestes séculos XX e XXI e na dúvida sobre algo que acontece no país, espere-se e imagine-se sempre a pior explicação. A súmula, tanto quanto pode, ajuda a prevenir alguma irregularidade na licitação.

SÚMULA N° 39 - *Em procedimento licitatório, é vedada fixação de data única para realização de visita técnica.*

Esta súmula visa impedir a restrição à competitividade nas licitações que exigem visita técnica ao palco da execução do contrato pelos interessados em serem licitantes, como condição *técnica* de habilitação (lei de licitações, art. 30, inc. III). Prestigia desse modo o art. 3º da lei de licitações, que *odeia restrições à competitividade*.

É comum que os editais fixem um só dia, e com horário apertado, para a realização da visita técnica, que é acompanhada por servidor do ente licitador, e que não raro se exige que seja realizada por profissional técnico da área ou na matéria do objeto pretendido.

O que a súmula coíbe é a restrição do datamento restrito a apenas um dia, porque isso de fato aperta potencialmente o número dos interessados, muitos dos quais podem não dispor daquele dia para realizar a

visita, e assim acabam alijados do certame por esse motivo tecnicamente insignificante, o que mau para todos, e injusto.

A súmula não restringe mais que esse apertamento de data, e na sua estrita literalidade o prazo de *dois dias* para a vista já atenderiam o seu comando, porém o que se recomenda é deixar aberto o mais possível, após a publicação do aviso do edital, o período para a vista técnica.

A vista pode ser acompanhada por alguém da Administração, como pode não ser, a critério do licitador. Um atestado de visita técnica sempre deve ser providenciado ou exigido, para demonstrar que de fato existiu, e quando se deu.

E nada há a objetar quanto à freqüente exigência de que o visitador seja um técnico na área, pois que de nada vale uma vista de um entregador de correspondência, ou de alguém não habilitado tecnicamente para apreciar o palco da execução do futuro contrato, e desde logo apontar ocorrências ou irregularidades até então não computadas pela Administração, para que se exija o seu adequamento ao propósito da contratação, ou então para que a irregularidade seja desde logo considerada para todos os efeitos. Entende-se mesmo, por isso, que a qualificação do visitador deve ser *exigida expressamente* no edital, e que este não se omita quanto a este ponto.

SÚMULA Nº 42 - *Nas aquisições de gêneros alimentícios, a apresentação de laudo bromatológico do produto, quando exigida, deve ser imposta apenas à licitante vencedora e mediante prazo suficiente para atendimento.*

Outra súmula que combate a restrição à maior competitividade possível nas licitações, desta vez admite que apenas se exija do vencedor do certame o laudo bromatológico demandado no edital - que deve ser absolutamente claro quanto a isso, e não deixar a exigência no ar.

Natural, porque o laudo é caro de ocasionalmente demorado, e não é justo nem razoável exigir-se que quem não sabe se vencerá a licitação trate de obtê-lo antecipadamente, para que depois fique sem utilidade e tenha a validade escoada.

Tal qual os veículos e os equipamentos que apenas do vencedor da licitação para a obra que os demande só devem ser exigidos do vencedor, e com tempo razoável para que os obtenha e disponibilize, aqui se cuida, similarmente, do laudo bromatológico.

Licitação não é procedimento de inútil desperdício de tempo, trabalho e dinheiro dos licitantes - e se o for algo estará errado.

Há casos, até freqüentes, em que o licitante precisa despende recursos consideráveis para poder competir, mas nesses eventos não se pode acusar o ente público de desperdiçar voluntariamente recursos particulares, porque sem esse dispêndio restará impossível admitir o licitante para o páreo; o que não se tolera é o inútil sacrifício financeiro do licitante, sem proveito algum para ninguém - e nesse sentido é a súmula.

SÚMULA Nº 43 - *Na licitação para concessão de serviço público de transporte coletivo de passageiros, os requisitos de qualificação econômico-financeira devem ter como base de cálculo o valor dos investimentos devidos pela concessionária.*

A concessão de serviços públicos é matéria regida não primariamente pela lei de licitações, mas pela lei própria dessa matéria, que é a Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1.995, e apenas subsidiariamente pela lei de licitações. Se o Estado ou o Município concedente tiver lei própria, a qual deve observar os parâmetros gerais da lei federal, será por ela que licitarão o concessão de serviço.

Acontece que a lei de concessões nada diz sobre a documentação de habilitação, e com isso deixa todo o assunto para lei de licitações, como é de regra na legislação brasileira - e muito e se execra a lei de licitações, em grande parte com motivo mais do que justo, porém se for ela subitamente revogada então *não parará de pé nenhuma lei de negócios da Administração*, eis que todas se amparam, apóiam e *amuletam* na lei de licitações.

Assim a súmula teve em vista o disposto no art. 31 da lei de licitações, que resume os documentos de qualificação econômico-financeira exigíveis nas licitações, porém neste caso temos um visível *imbroglio*, já a que a concessão não é um contrato oneroso para o poder público mas apenas para o usuário que pagará as tarifas, além de, naturalmente, exigir pesadas inversões financeiras do concessionário.

Assim, a estimativa do valor do contrato de concessão de ônibus é algo juridicamente *esotérico*, porque o poder público apenas muito grosseiramente pode avaliar o que acontecerá, sendo que o próprio concessionário, se não for vidente habilíssimo, também não o saberá com precisão, sobretudo nestes tempos absoluta e completamente *horrorosos* da economia, em que se anunciam variados desastres a cada novo dia.

Não tem muito sentido - para não dizer nenhum - o poder público exigir demonstrações de estratosférico poderio econômico-financeiro aos candidatos a concessionários, bastando exigir o que permita concluir que o candidato aparenta ter condição de bem executar o contrato, segundo parâmetros médios de razoabilidade e de civilidade.

Muito mais importante que isso é o poder público a) reajustar as tarifas regularmente e com critério justo, e não sacrificar o empresário, realizando *cortesia com chapéu alheio* por motivo eleitoreiro, e o deixando a absorver a inflação e a alta dos custos sozinho; b) pagar regularmente as *gratuidades* instituídas pelas leis locais, como as para idosos, deficientes, passes escolares e outras, de que os políticos tanto se vangloriam junto ao eleitorado mas que muita vez pesam apenas sobre as costas dos concessionários.

Exigir *o diabo* dos licitantes e dos candidatos à concessão é para o poder público muito simples e rápido; cumprir sua parte já é

outro assunto, e falha estrepitosamente a todo tempo segundo o que se observa em quase toda parte.

A súmula, dentro do fantasmagórico, abstrato e surrealista mundo da avaliação dos custos e dos valores envolvidos nos contratos de concessão de ônibus - algo tão realístico quanto os acontecimentos reportados por Lewis Carroll em sua *Alice no país das maravilhas* -, tenta oferecer um parâmetro de contenção aos ímpetus dos autores dos respectivos editais licitatórios, aqueles que desconhecem que *pimenta nos olhos dos outros não arde*.

SÚMULA Nº 47 - *Em procedimento licitatório, é vedada a utilização do tipo técnica e preço, ou melhor técnica para a contratação de licença de uso de software dito "de prateleira".*

Esta súmula coíbe, com toda razão técnica, e o emprego de dois tipos de licitação existentes na Lei nº 8.666/93 que, a rigor pela maneira como estão definidos na lei, deveriam ser proibidos inteiramente para qualquer fim, e raspados com estilete do texto legal.

São os da melhor técnica e da técnica e preço, que por bem intencionados que talvez tenham sido na sua ideação anterior à lei, foram entretanto miseravelmente vilipendiados e malbaratados no horripilante texto da lei, de resto tão pródiga em misérias correlatas e quejandas.

A idéia, repita-se, não é ruim, mas o texto que a veiculou, pois que, sobre o tipo da melhor técnica, é muito provável que o ente licitador afinal, após percorrido o sinuoso roteiro do art. 46 da lei de licitações, contrate a proposta com a *pior técnica classificada*, após os primeiros classificados em técnica terem desistido de baixar seu preço até o do último classificado em técnica.

O tipo da técnica e preço deve ser ainda pior, porque, de tantos subjetivismos (fatores, pesos, vetores) que contém e que permite ao edital impor aos licitantes, revela-se na prática um jogo de azar dos mais cabulosos - algo como uma máquina de cassino paraguaio, ou uma corrente da felicidade. Pelo que se observou neste quarto de século de vigência da Lei nº 8.66/93, *pesam pesadas suspeitas sobre toda e qualquer licitação sob o tipo melhor técnica ou técnica e preço* - para dizer o mínimo.

Diante disso, que ninguém em sã consciência pode negar, natural que ao Tribunal de Contas repugne o uso daqueles tipos de licitação para este objeto de licença de uso de programas de computador que estejam à venda, prontos e acabados para quem os quiser adquirir.

E, para esse fim, tanto faz adquirir quanto contratar licença de uso - cuja vantagem é a atualização permanente pelo licenciador, e a garantia de rápida reposição em defeitos e imprevistos: qualquer dos negócios não justifica a utilização de tipos de licitação concebidos para objetos de forte conteúdo intelectual, seja artístico, seja científico, seja respeitante a qualquer

assunto cuja complexidade recomende análise e julgamento de propostas não apenas por preço.

No caso não se justifica, pois que a licença de uso de um *software* será sempre a mesma para o produto, que já está pronto e finalizado, e que é sempre o mesmo para quem quer que seja, e que é contratado para o mesmo uso e com o mesmo fim. Nada justifica comparar propostas senão pelo preço, já que não se requer do fornecedor outra coisa senão poder utilizar o *software*, totalmente pronto e à venda nas lojas, que aquele vende ou aluga.

SÚMULA Nº 48 - *Em procedimento licitatório, é possível a exigência de capital mínimo na forma integralizada, como condição de demonstração da capacitação econômico-financeira.*

A súmula esmiúça ou esclarece uma regra de direito comercial, não explicitada na lei de licitações, art. 31, § 2º, mas que vigora indiscutidamente há décadas: para que o capital social de uma empresa seja considerado de forma plena e para todos os efeitos é preciso que esteja *integralizado*, ou seja constituído pelo conjunto dos valores que já estão à disposição da empresa, e tendo sido para isso disponibilizado pelos sócios, e conforme assim esteja registrado na junta comercial respectiva, ou no ente de registro do contrato social.

É o capital já efetivamente *na* empresa, desimpedidamente ao seu dispor para a realização do seu objeto social; sem essa integralização não se pode considerar o capital social como abrangendo os valores a integralizar. Quer isso significar, em palavras secas, que um capital não integralizado é um *não-capital*, ou simplesmente que *não é* um capital social, e lembrando antes, e sob o prisma comercial, uma *conversa mole para boi dormir*.

A lei de licitações não entra nesse pormenor de integralização de capital social, e não o faz porque tenta não ingressar no domínio de outros ramos jurídicos que não o administrativo, no que procede muito bem. E a súmula apenas esclarece e completa um conceito de direito comercial, societário, com o visio de evitar mal-entendidos ou desinteligências, todas rigorosamente artificiais, entre os licitantes, envolvendo ou não a Administração.

Propicia a súmula, também, prevenir as conhecidas tentativas de se criarem dificuldades artificiais - o que sempre comporta a venda de antídotos a preços de ocasião... eis que não existem apenas loucos de todo gênero como reza o Código Civil, mas também, e em triste profusão, *bandidos de todo gênero*.

SÚMULA Nº 49 - *Em procedimento licitatório, o visto do Conselho Regional de Engenharia e Agronomia*

do Estado de São Paulo - CREA/SP deve ser dirigido apenas ao vencedor do certame, como condição de assinatura do contrato.

Similar em tudo à Súmula nº 42, merece o mesmo comentário.

Visando evitar tanto restrição de competitividade quanto onerar sem necessidade a todos os licitantes quando apenas um se aproveitará do contrato, aqui o Tribunal de Contas informa entender que não se pode exigir indiscriminadamente o registro de algum documento, que o edital tenha exigido, no CREA/SP, podendo a imposição ser procedida apenas ao vencedor do certame como condição para contratar - tudo o que deve estar minuciosamente claro no edital.

É perfeita a conclusão, como o é com relação a tantos documentos, registros, atos ou procedimentos quantos apenas aproveitem ao contratando, todos os quais, por primária lógica e simples racionalidade, somente se exige de quem venceu a licitação e irá contratar.

Ainda que pelas regras publicísticas - como a, mesmo que justificadamente, *fácil revocabilidade* do certame por exemplo, sem indenização ou reparação aos gastos do licitante até então - praticamente se possa concluir, no mais das vezes, que *a Administração brinca com o particular, mas o particular não brinca com a Administração*, é certo também que *brincadeira tem limite*.

SÚMULA Nº 50 - *Em procedimento licitatório, não pode a Administração impedir a participação de empresas que estejam em recuperação judicial, das quais poderá ser exigida a apresentação, durante a fase de habilitação, do Plano de Recuperação já homologado pelo juízo competente e em pleno vigor, sem prejuízo do atendimento a todos os requisitos de habilitação econômico-financeira estabelecidos no edital.*

Esta súmula por assim dizer "dá uma satisfação" ao mercado de fornecedores ante a desatualidade da lei de licitações, que é do tempo da hoje extinta concordata e anterior ao instituto da recuperação judicial, que mais ou menos faz as vezes da concordata. A lei não se atualizou para contemplar a recuperação, de modo que restou um *buraco* na prática das licitações quanto a isso.

Como não mais existe concordata e com isso o edital não mais pode sequer se referir ao antigo instituto, mas como existem empresas em situação similar à das antigas concordatárias, houve por bem o Tribunal sumular seu entendimento de que as empresas em recuperação não podem ser impedidas de participar, porém pode ser-lhes exigida a prova de que seu plano de recuperação, que integra essencialmente a recuperação judicial, esteja aprovado e homologado, e em vigor, pena de inabilitação.

Diante da desatualidade da lei, o comentário que se tece é o de que

a) na estrita leitura e observância da lei, provavelmente o edital não poderia sequer se referir a um instituto que não figura

da lei, como a recuperação judicial. Se não mais existe concordata, omite-se então o edital com relação a exigir o que quer que seja relativo ao instituto que a substituiu, que não figura da lei. Não pode impedir empresas em recuperação de participar, porque a lei nada diz sobre recuperação, e com tanto proíbe exigir documentos que ela, lei, não admita expressamente exigir; o poder público não *inventa* documentos para exigí-los nas habilitações, existam eles no mundo real ou não;

b) nessa esteira, e se isso é fato, não caberia ao edital exigir que empresas em situação não contemplada na lei apresentem documentos mais ou menos equivalentes aos que as antigas concordatárias precisariam apresentar se o edital exigisse - e se lhes poderia exigir isso já que a lei contemplava, e ainda contempla por desatualidade, a concordata. E com isso, sempre em tese, não caberia a Tribunal algum confirmar a possibilidade de o edital exigir um documento que a lei desconhece...

Como se disse ao início, esta é uma investida do TC no sentido de tentar *arredondar* uma situação de fato, não prevista na lei porém usual e corriqueira no mundo empresarial e com séria implicação quanto aos riscos dos contratos públicos. Não pode o poder público em suas contratações, diga o que disser a lei, tratar uma empresa em recuperação judicial como trata a uma em magnífica situação econômico-financeira, isso é evidente.

Então, se a lei não se atualiza neste país de selvagens institucionais que se degrada mais e mais a cada dia que passa, parece caber aos tribunais, como já vem fazendo o Supremo Tribunal Federal quanto a diversos temas sobre os quais silencia há décadas o Congresso Nacional, fazê-lo. É esse o papel *reintegrativo* desta súmula - em nosso ordenamento jurídico no qual o direito funciona *de fato*..

SÚMULA Nº 51 - A declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (artigo 87, IV, da Lei nº 8.666/93) tem seus efeitos jurídicos estendidos a todos os órgãos da administração Pública, ao passo que, nos casos de impedimento e suspensão de licitar e contratar (artigo 87, III, da Lei nº 8.666/93 e artigo 7º da Lei nº 10.520/02) a medida repressiva se restringe à esfera de governo do órgão sancionador.

Muito benvinda esta súmula, coloca as coisas no seu lugar após uma perniciososa onda de moralismo *ultra legem* originada, ao que se sabe de duas idênticas decisões do Superior Tribunal de Justiça que decretaram a omniabarcância nacional da suspensão do direito de licitar e contratar, prevista no art. 87, in. III, da lei de licitações.

Descabidas, exageradas e ilegais aquelas decisões, entretanto geraram repercussão e acolhida até mesmo por diversos Tribunais de Contas brasileiros, como uma caça às bruxas, um auto-de-fé medieval ou um julgamento da inquisição espanhola, merecendo tanto respeito quanto esses *asquerosos* eventos que a história infelizmente registra.

O pior moralismo é o praticado por moralistas, que quase sempre dizem um e fazem outro, tanto quanto, como em suas aulas na

velha academia ensinava o saudosíssimo Jorge Ignácio Penteado da Silva Telles, os *racistas de dia que são negreiros à noite*.

A lei reza que a inidoneidade é *nacional* e que a suspensão é *local*, e esta importante súmula repisou a conhecida estatuição da lei de licitações, contra as assombrações moralistas e os abantesmas puritanos que, espocando de tempo em tempo como pragas na lavoura, tanto infernizam a vida de quem tem mais o que fazer.

Súmulas que, como esta, reafirmam a lei apenas incrementam e solidificam a segurança jurídica do cidadão, aquele mesmo que, reza o adágio, somente será livre se for escravo da lei.