

PARECER

I

Dos fatos

1. A CPTM — Companhia Paulista de Trens Metropolitanos — abriu concorrência pública internacional para compra de Trens — Unidade Elétricos (TUEs) para Operar no Sistema de Trens Metropolitanos.

2. No tocante aos recursos financeiros, estabeleceu o Edital que:

“Recursos Financeiros

Os licitantes deverão apresentar Proposta de Financiamento que assegure ao Contratante os recursos financeiros necessários para a cobertura da totalidade dos pagamentos relativos à aquisição objeto desta Licitação.”

3. O contexto dentro do qual a CPTM decidiu proceder à concorrência é o seguinte:

“a) A Região Metropolitana de São Paulo gera cerca de 18,6 milhões de viagens por dia, sendo que 4,5 milhões de viagens são geradas na região leste. Destas 4,5 milhões de viagens, 2,8 milhões são efetuadas através de transporte coletivo das quais metade são atendidas por ônibus e a metade restante pelo transporte sobre trilhos, assim divididas:

— 1,0 milhão pelo Metrô — Linha Leste-Oeste

— 0,4 milhão à CPTM — Linha Leste

A distância média destas viagens é superior a 15km, inadequada portanto para ônibus. Esta atual divisão modal penaliza o usuário e é fruto da insuficiência da oferta proporcionada pelo sistema sobre trilhos.

B) Enquanto a linha leste-Oeste do Metrô já se encontra praticamente saturada, a Linha Leste da CPTM que corre paralela à Linha Leste-Oeste do Metrô, oferece um serviço com padrão abaixo do desejável, seja em termos de oferta de lugares, regularidade e condições de transferência para outros meios de transporte, o que torna pouco atrativa e conseqüentemente sub-utilizada”.

4. Marcada, pelo edital, a data de 19.04.94 para apresentação e abertura das propostas, foram impetrados dois mandados de segurança, o primeiro, coletivo, pela ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INDÚSTRIA FERROVIÁRIA — ABIFER, e o segundo, individual, pela MAFERSA S.A., contra o Presidente da CPTM para suspender a recepção e abertura das propostas e anular a licitação por vícios e ilegalidades da licitação.

5. Ambos os mandados de segurança têm a mesma fundamentação que pode ser resumida nos seguintes termos:

a) haveria direito líquido e certo dos impetrantes, que, conseqüentemente, teriam legitimidade processual;

b) teria sido infringido o parágrafo 3º do art. 7 da Lei nº 8.666/93, que proíbe a inclusão no edital de licitação de cláusula referente à obtenção de recursos financeiros para a realização da obra;

c) também teriam sido infringidos o inciso III do § 2º do art. 7º da Lei (federal) nº 8.666/93 e o art. 14 da Lei (estadual) nº 6.544/89, que exigem a previsão de recursos orçamentários para que possa ser realizada a licitação;

d) teriam ainda sido violados o art. 3º da Lei nº 8.666/93 e o inciso XXI do art. 37 da Carta Magna por ter sido exigida declaração de usuários dos equipamentos propostos, com a especificação das quantidades fornecidas e dos resultados obtidos, o que no entender dos impetrantes, violaria os princípios da impessoalidade e moralidade administrativa, constituindo discriminação ilegal e inconstitucional entre os licitantes.

6. O Mandado de Segurança impetrado pela ABIFER não obteve medida liminar, como aliás não poderia obter *ex vi* do disposto no art. 2 da Lei nº 8.437/92, enquanto, ao contrário, foi a mesma concedida à MAFERSA nos seguintes termos:

“1. Tendo em vista a existência, ao menos em tese, do requisito legal do “periculum in mora”, concedo a liminar pleiteada, para os fins objetivados no item nº 1 de fls. 16 dos autos, ao menos até a vinda das informações, quando então a questão será reapreciada.

2, Cobre-se a vinda das informações, no prazo legal. Após, conclusos. S.P. 15.09.94 (a) WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI — Juiz de Direito.”

7. Examinaremos, sucessivamente, os aspectos processuais de cada um dos mandados de segurança para, em seguida, tratar da inexistência de direito, sob o aspecto material, em ambos os casos, por serem os mesmos os argumentos apresentados em ambos os mandados.

II

Dos aspectos processuais: do descabimento do Mandado de Segurança Coletivo

8. Não há dúvida que a Constituição Federal admite, em tese a impetração de mandado de segurança coletivo por associação de classe nos termos do art. 5, incisos XXI e LXX que têm a seguinte redação:

“Art. 5º — Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à

vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXI — as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

LXX — o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.”

9. Ocorre que para ter legitimidade para representar os seus associados, a entidade deve “estar devidamente autorizada” (inciso XXI) e atuar “em defesa de seus membros ou associados” (inciso LXX), sendo cumulativos os requisitos pela interpretação sistemática da Constituição Federal, que deu legitimidade processual genérica às associações devidamente autorizadas e concedeu-lhes legitimidade específica para impetrar o mandado de segurança coletivo, que reservou a tão-somente algumas entidades (sindicato, partido político e entidade de classe ou associação).

10. Há por outro lado uma diferença entre o tratamento do partido político cuja legitimidade processual não sofre qualquer limitação em virtude da finalidade da impetração e os demais legitimados que só podem recorrer ao mandado de segurança coletivo quando atuarem “na defesa dos seus membros ou associados”.

11. Assim, em primeiro lugar, a Associação deve estar autorizada a intentar a ação, seja pelos seus Estatutos, seja por decisão de Assembléia Geral que tenha tratado especificamente do assunto, devendo inclusive a matéria ter sido objeto da ordem do dia e estar devidamente consignada a decisão em Ata.

12. Ora, no presente caso, o Estatuto da ABIFER não lhe dá competência para propor ação na Justiça em defesa dos interesses dos seus associados, a diretoria não tem poderes para tanto e não houve decisão de Assembléia

Geral regularmente realizada na qual tenha sido tomada decisão neste sentido.

13. Efetivamente, o objeto social da ABI-FER não abrange a atuação em juízo como se verifica pelo artigo 3º dos seus Estatutos, que tem a seguinte redação:

“Art. 3º — O objeto da Associação é contribuir para o desenvolvimento do transporte ferroviário brasileiro, sua adequação às reais necessidades do País, bem como a consolidação da indústria de equipamentos, componentes e material ferroviário e o desenvolvimento de sua tecnologia.

No desempenho de suas atividades, a Associação deve:

a) incentivar, patrocinar e desenvolver estudos e pesquisas de interesse do desenvolvimento do transporte ferroviário;

b) divulgar informações, estudos e projetos que contribuam para criar uma consciência nacional dos problemas, necessidades e potencialidade do setor, assim como de sua importância para o desenvolvimento econômico da nação;

c) colaborar com as entidades que atuam na formulação, execução e implantação dos programas de transporte;

d) atuar no sentido de proporcionar o desenvolvimento da indústria nacional de equipamentos ferroviários.”

14. Aliás a entidade tem tão-somente as finalidades sociais contidas no seu estatuto e em atos regulamentares específicos, conforme se verifica pelo seu art. 1º que tem a seguinte redação:

“Art. 1º — A Associação Brasileira da Indústria Ferroviária — ABIFER, é uma sociedade civil, de caráter privado, sem fins lucrativos, e rege-se pelo presente estatuto, por disposições regulamentares aprovadas por seus órgãos deliberativos e pela legislação em vigor.”

15. Acresce que a Diretoria não tem poderes estatutários para ampliar o objeto social, devendo qualquer *autorização* expressa para a impetração do mandado de segurança coletivo ser dada pela Assembléia Geral. Efetivamente, verifica-se pelo art. 19, § 5 que:

“§ 5º — À Diretoria compete:

a) aprovar o Regimento Interno da Associação, subordinado a este Estatuto;

b) submeter à Assembléia Geral proposta sobre a fixação das contribuições dos sócios;

c) organizar o orçamento anual que será submetido à Assembléia Geral;

d) deliberar sobre a admissão ou exclusão de sócios efetivos, exceto os casos previstos na letra “d” do artigo 9º;

e) reunir-se ordinariamente uma vez por mês e, extraordinariamente, por convocação do Presidente ou da maioria dos diretores;

f) criar grupos de trabalho e comissões especiais, fixando-lhes as atribuições e normas de funcionamento;

g) nomear, contratar, demitir um Vice-Presidente Executivo, que responderá pela coordenação geral das atividades da Associação e executará os programas e decisões da Diretoria;

h) resolver os casos não previstos neste Estatuto”.

16. Por outro lado é a Assembléia Geral que cabe tomar tais decisões, *ex vi* do art. 10º dos Estatutos assim redigidos:

“Art. 10º — A Assembléia Geral integrada pelos sócios efetivos, é o órgão máximo da Associação, cabendo-lhe fixar a política e deliberar com plena autoridade sobre quaisquer assuntos de interesse social.”

17. Cabe lembrar que, como nas demais entidades, a convocação da Assembléia Geral tem requisitos próprios, que não foram atendidos no presente caso, para que ela possa tomar certo tipo de decisões, conforme se verifica pelo art. 13 dos Estatutos, de acordo com o qual:

“Art. 13º — A Assembléia Geral será convocada por carta, telex ou telegrama, a cada sócio efetivo, mediante edital publicado por 2 (duas) vezes em periódico de grande circulação, com antecedência mínima de 10 (dez) dias da data designada para a reunião.”

18. Além de não estar devidamente autorizada, nem pelos Estatutos, nem pela sua Assembléia Geral para impetrar um mandado de segurança, caracterizando-se assim a sua ilegitimidade *ad processum*, também é carecedora da ação em virtude de seu objeto ser

incompatível com a natureza do remédio processual utilizado.

19. Efetivamente, o mandado de segurança coletivo foi concebido pelo legislador como remédio processual pelo qual uma entidade pode defender, em juízo, os interesses da totalidade dos seus membros ou associados e não para a defesa de interesses patrimoniais de uns contra outros, não lhe cabendo tomar parte, nem posição, na competição entre os vários grupos industriais que são os seus associados, sob pena de deturpação dos seus fins sociais e de conseqüente responsabilidade dos seus administradores.

20. Na realidade, o direito certo e líquido a ser defendido em mandado de segurança coletivo é o pertencente a totalidade dos integrantes do grupo ou, no mínimo, a um grupo expressivo dos mesmos, direito este que em nada pode prejudicar os demais.

21. Neste sentido é a lição de HELY LOPES MEIRELLES, na sua obra clássica que tivemos o ensejo de atualizar, e na qual o eminente mestre salienta:

“Direito coletivo, para fins de mandado de segurança, é o que pertence a uma coletividade ou categoria representada por partido político, por organização sindical, por entidade de classe ou por associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, como diz a Constituição (art. 5º, LXX, “a” e “b”).

Repetimos que, no nosso entender, o mandado de segurança coletivo ‘so se presta a defender direito líquido e certo da categoria, não de um ou de outros membros da entidade representativa.

No mandado de segurança coletivo postular-se-á direito de uma categoria ou classe, não de pessoas ou grupo, embora essas estejam filiadas a uma entidade constituída para agregar pessoas com o mesmo objetivo profissional ou social. A entidade que impetrar mandado de segurança deve fazê-lo em nome próprio, mas em defesa de todos os seus membros que tenham um direito ou uma prerrogativa a defender judicialmente.”¹

22. Não discrepa desse entendimento o Professor ALFREDO BUZAID que, a respeito, escreve:

“O problema da legitimidade para agir foi expressamente resolvido na Constituição, que definiu que partes podem impetrar o mandado de segurança coletivo. A virtude desta norma está não só em caracterizar quem é parte legítima para impetrar mandado de segurança coletivo, mas também em excluir tal possibilidade a qualquer outra parte para fazê-lo com fundamento no art. 5º, LXX, da Constituição. Esta regra, pois, inclui os que podem agir e exclui todos os demais não indicados no preceito constitucional.

A locução que figura na Constituição de 1988 (art. 5º, LXX), “em defesa dos interesses de seus membros ou associados”, significa não uma tutela individual dessas pessoas, mas a defesa do interesse coletivo que elas representam. Este interesse coletivo não é uma soma quantitativa de interesses individuais, mas uma qualificação de interesse supraindividual, que o legislador constituinte expressa na fórmula “organização sindical, entidade de classe ou associação”, pois tem a virtude de sintonizar anseios e idéias. Não há mister, pois, definir o interesse coletivo, a cujo respeito se formaram várias teorias”. *O que confere titularidade na defesa do interesse coletivo não é a vontade individual dos representantes legais ou estatutários dos entes indicados no art. 5º, LXX, b, da Constituição, mas a natureza do bem público digno de tutela judicial, que não concerne apenas a uma pessoa ou grupo, antes a todos beneficia, por ser comum o objeto da proteção.* O que é de todos é intrinsecamente superior ao que é de um ou de alguns. É claro que o reconhecimento judicial de um bem coletivo redundará em benefício de cada pessoa individualmente considerada. Mas o bem comum, que é de todos, não é juridicamente divisível; é uma categoria autônoma, que tanto pode ser de direito privado como de direito público”.²

1 *Mandado de Segurança*, 15ª edição, atualizada por ARNOLDO WALD, 1994, p. 27.

2 ALFREDO BUZAID, *Considerações sobre o Mandado de Segurança Coletivo*, Saraiva, ps. 51 e 52.

23. E acrescenta o eminente e saudoso processualista que:

“Os interesses dos membros da entidade ou da associação, a que alude a Constituição, não são *interesse privado ou particular*, mas sim interesse da categoria profissional, interesses, portanto, comuns aos demais associados.”³

24. Conclui-se, pois, que sendo só de alguns dos seus membros o eventual interesse em discutir os termos do edital, que não impedem a totalidade dos associados de participar da licitação, é a ABIFER carecedora da ação, sem prejuízo da responsabilidade dos seus administradores e associados pela impetração descabida do mandado de segurança.

25. Efetivamente, na medida que os diretores e associados pretenderam utilizar a entidade no seu interesse próprio e não no da entidade, houve evidente abuso de direito e responsabilidade que decorre de decisão tomada em virtude de conflito de interesse. Entendemos que se aplicam, ao caso, diretamente as normas do Código Civil referentes ao abuso de direito e, por analogia, a regulamentação da lei societária que pune os abusos de maioria, a atuação descabida do controlador da empresa e, em geral, todos aqueles que participam de uma decisão na qual tenham um conflito de interesse.

26. Cabe invocar, na matéria, o art. 115 da Lei nº 6.404/76 que, no seu § 1º, exclui do direito de votar o acionista que tiver conflito de interesse e que nos §§ 3º e 4º ainda esclarece que:

“§ 3º — O acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido.

§ 4º — A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável; o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido.”

27. Por sua vez, a mencionada legislação, tratando do acionista controlador, define os seus deveres e o considera responsável quan-

do orienta a companhia para fim estranho ao seu objeto social, incorrendo também em responsabilidade o administrador no caso de desvio de poder (art. 154) ou de participação em votação no qual haja conflito de interesse (art. 156).

III

Dos aspectos processuais: do descabimento do mandado de segurança da Mafersa em virtude de carência de ação

28. O mandado de segurança pressupõe a existência de direito líquido e certo, não amparado pelo *habeas-corpus*, lesado por ato ilegal ou abuso de poder da autoridade (art. 5, LXIX da Constituição e art. 1º da Lei nº 1.533).

29. Como esclarece HELY LOPES MEIRELLES:

“Direito líquido e certo texto é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se o exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.”⁴

30. Em matéria de licitação, entendemos que, salvo melhor juízo, somente o licitante tem legitimidade para defender os seus direitos se violados seja pelo edital, seja pela Comissão de Licitação, ou por qualquer outro órgão. Enquanto a empresa não participa da licitação, não exerce direito subjetivo que possa estar sendo lesado por normas ou procedimentos estabelecidos na mesma. Ainda não existe o seu direito subjetivo, concretizado, a um tratamento específico ao qual faria jus.

3 *Obra Citada*, p. 68.

4 *Obra Citada*, pp. 25/26.

31. Neste sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que:

“Descabe mandado de segurança quando o impetrante não tem em vista a defesa de direito subjetivo, mas mero interesse reflexo de normas objetivas.”⁵

32. Idêntica é a posição do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que pela sua 3ª Câmara decidiu:

“MANDADO DE SEGURANÇA — CONCORRÊNCIA PÚBLICA — IMPETRAÇÃO POR QUEM NÃO PARTICIPOU DA MESMA — DESCABIMENTO

Se o impetrante não participou da concorrência pública, conseqüentemente não há que se falar em direito líquido e certo do mesmo em anular o referido ato administrativo pela via peregrina do mandado de segurança; circunstância esta que só poderia ser alcançada mediante a competente ação popular.

Apelação cível nº 39.860 — Muriaé. — Apelante: Juízo de Direito pela Prefeitura Municipal de Muriaé — Agravante: Rodoviária Lider Ltda. — Apelada. — Vetran S/A., Transportadora de Veículos e Cargas em Geral — Agravada: a mesma (TJMG).”⁶

33. O mandado de segurança só protege direitos efetivos, tanto assim que os casos direitos latentes ou condicionais nos quais se admite *writ* são tão-somente aqueles especificados pela própria lei, como o referente ao direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro, que excepcionalmente “poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, em prazo razoável, apesar de para isso notificado judicialmente” (art. 3º da Lei nº 1.533/51). Essa situação de substituição processual excepcionalmente admitida pelo legislador não admite interpretações analógicas.

34. Acresce que se trata de matéria pacífica na doutrina, como se verifica pelo ensinamento do processualista RAUL ARMANDO

MENDES que, a respeito, num comentário à legislação anterior perfeitamente aplicável ao direito vigente escreve que só o licitante, ou seja aquele que apresentou proposta pode impetrar segurança ou *ipsis verbis*:

“Em nível de procedimento licitatório, são múltiplos os atos administrativos que podem causar lesão ou ameaça a direito do licitante. dissemos *licitante por entendermos que somente este tem legitimação ativa para o mandamus, pois apenas ele é possível de sofrer lesão ou ameaça a direito, no curso do procedimento, tais como: o edital, a habilitação, o julgamento das propostas, a adjudicação e a homologação.*”⁷

35. Por sua vez, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pela 6ª Câmara Civil, decidiu em 11.03.93, na Apelação Cível nº 184.,784/1/4, que só o licitante pode impetrar o mandado de segurança.

36. No seu voto, que foi acompanhado por unanimidade pelos demais eminentes integrantes da Câmara, o Desembargador HELIO COLOMBI teve o ensejo de salientar que:

“Na forma consignada pelo ilustre Procurador de Justiça em seu parecer, cujos fundamentos ficam integralmente adotados, o caso é de carência da impetração.

De fato, o mandado de segurança é remédio colocado à disposição de quem postula um direito subjetivo líquido e certo, individual ou coletivo, violado ou ameaçado de violação por ato de autoridade, em concreto e não em abstrato, como é o caso dos autos. Assim é que a peça vestibular deduz pretensão fundada em mero interesse contrariado, que não chegou a consubstanciar o direito individual de concorrer, já sendo exercido. Dessa forma a impugnação formulada mais se acomodaria em ação pública, popular ou civil. A entrega de proposta é condição indispensável para legitimar a impugnação do edital ou de outro ato do certame.

5 RTJ 120/328.

6 Revista de Direito Público, nº 31, set/out. 1974, p. 148.

7 RAUL ARMANDO MENDES, *Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos*, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 231.

A impugnação, ainda que na esfera administrativa deve ser precedida da apresentação dos envelopes contendo os documentos de habilitação e a proposta, ainda que sem atender ao que o licitante julga ilegal, fato que se estende, igualmente, ao questionamento em juízo, na forma do artigo 4º do Decreto-lei 2.300/86.

Por outro lado, conforme bem asseverado (fls. 216/217):

“Não há dúvida sobre a vedação legal de cláusula que estabeleça distinção em razão da sede ou domicílio dos licitantes (artigo 3º, parágrafo 1º, II, DL 2.300/86) e o item 5.11.4 do edital pode ser interpretado com a restrição temida, e ampliada até com a exigência de possuir área de garagem, manutenção e estacionamento no Município. Esse seria o único fundamento razoável, pois aquele relativo ao preço da pasta é inconsistente visto que o artigo 25, parágrafo 12 do aludido diploma ressalva exatamente a cobrança pelo custo desse documento, não cabendo ao licitante questionar seu montante.

Mas não tendo a impetrante oferecido concretamente sua proposta deixou de se corporificar o seu interesse de agir em Juízo para questionar o procedimento licitatório.”

Isto posto, dá-se provimento aos recursos para cassar a segurança, decretando-se a carência da impetração, com a consequente extinção do processo sem exame do mérito.”

37. Por outro lado, a legislação vigente admite e até prevê recurso administrativo contra os atos administrativos que constituem o procedimento licitatório e inclusive contra a inabilitação do licitante (art. 109, I, a, da Lei nº 8.666/93), recurso que tem imperativamente efeito suspensivo (*ex vi* do disposto no § 2º do mesmo artigo).

38. Ora a lei do mandado de segurança exclui a impetração do *writ* nos casos nos quais existe recurso administrativo com efeito suspensivo, conforme se verifica pelo art. 5º, I da Lei nº 1.533 de 31.12.1951, de acordo com a qual:

“Art. 5º — não se dará mandado de segurança quando se tratar:

I — de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução;

.....”

39. Havendo pois, no caso, viabilidade de recorrer administrativamente e tendo o recurso, como vimos, efeito suspensivo, existe circunstância excludente da utilização do mandado de segurança, tanto mais que, no caso, não se exige caução ou qualquer outra garantia para que possa ser interposto o recurso administrativo.

40. Escreve a este respeito HELY LOPES MEIRELLES que:

“Mas a lei admite, ainda, mandado de segurança contra ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo desde que se exija caução para seu recebimento. O termo caução está empregado no sentido amplo e vulgar de garantia comum, equivalente a depósito em dinheiro, títulos, bens asseguradores da instância administrativa, ou mesmo fiança bancária.”⁸

41. Finalmente, os impetrantes alegam, na sua inicial, que houve simulação por parte da autoridade impetrada, pois o edital se teria referido à compra dos trens quando existiria no caso verdadeira obra. Efetivamente, afirmam os mesmos que o Edital ao se referir à compra, tentou:

“escamotear o real conteúdo da licitação”. (fls. 10 da inicial da ABIFER e fls. 10 da inicial da MAFERSA)

42. Ainda informam os impetrantes que entendem não se tratar de compra, mas de outro negócio jurídico, e que, assim sendo, ocorreria, no caso, ilicitude ou inconstitucionalidade de algumas das cláusulas do edital. (fls. 12 de ambas as petições iniciais)

43. Ora não se presumindo a simulação, mas exigindo-se prova da mesma, que não consta de nenhum dos documentos juntos à inicial, também por este motivo ocorre carência de ação, pois o eventual ou alegado direito dos impetrantes dependeria de prova a ser

apresentada no curso do processo, o que, como vimos, exclui a utilização do *writ*. É o que lembra HELY LOPES MEIRELLES, resumindo a posição mansa e pacífica de toda a jurisprudência e doutrina nos seguintes termos:

“Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança.

.....
Por se exigir situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança.”⁹

44. Assim, evidencia-se que a MAFERSA é carecedora da ação:

a) por não ser licitante, não tendo apresentado proposta para a concorrência e, conseqüentemente, não ter direito subjetivo lesado por ato ilegal;

b) por não ter utilizado o recurso administrativo, que tem, no caso, efeito suspensivo, aplicando-se a exclusão de utilização do *writ* prevista no art. 5 da Lei nº 1.533/51;

c) por não poder comprovar de plano tanto o seu direito como a ilegalidade que alega e por invocar simulação que não está provada na documentação junta à inicial, devendo tal prova ser produzida no curso do processo, o que é incompatível com a natureza do *writ*.

IV.

Da licitude da exigência de financiamento em licitação de compras de trens

A) O ART. 7 § 3º DA LEI 8.666/93 NÃO É NORMA GERAL

45. Em relação à alegada violação do parágrafo 3º do art. 7º da Lei nº 8.666/93, que veda incluir no objeto da licitação da obra obtenção de recursos financeiros, cabe inicialmente indagar se a mesma se trata de uma norma geral de licitação, que seria da competência da

União, ou de norma secundária para cuja elaboração seria competente o Estado.

46. Efetivamente, o art. 22 da Constituição Federal vigente somente dá competência à União Federal para legislar a respeito das normas gerais de licitação (inciso XXVII), o que nos permite concluir que, em relação às demais, se mantém a competência da entidade interessada para regular as licitações no seu campo próprio de atuação. Conseqüentemente, seriam em parte inconstitucionais os artigos 118 e 119 da Lei nº 8.666/93, que mandam aplicar a legislação federal aos Estados e Municípios, abrangendo inclusive as entidades que compõem a administração indireta dos mesmos, pois não fazem a distinção entre as normas gerais e as que não o são.

47. Efetivamente, determinam os mencionados artigos que:

“Art. 118 — Os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as entidades da administração indireta deverão adaptar suas normas sobre licitações e contratos ao disposto nesta Lei.

Art. 119 — As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.

Parágrafo único — Os regulamentos a que se refere este artigo, no âmbito da Administração Pública, após aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculados os respectivos órgãos, sociedades e entidades, deverão ser publicados na imprensa oficial.”

48. Sempre entendemos que somente as normas gerais da Legislação Federal se aplicam aos Estados e Municípios, razão pela qual adotamos a posição daqueles que, como JOSÉ AFONSO DA SILVA, consideraram inconstitucionais as leis federais que mandavam aplicar a regulamentação da União, na sua totalidade, aos Estados e Municípios.¹⁰

⁹ *Obra citada*, p. 26.

¹⁰ ARNOLD WALD, *Aspectos Financeiros e Econômicos da Contratação Administrativa*, in *Anais do Simpósio organizado pelo Centro de Estudos de Direito Rodoviário — CEDRO em 1971*, p. 85.

49. Ora, no caso, a norma do art. 7º, § 3º não é, evidentemente, uma norma geral por não decorrer necessariamente dos princípios gerais aplicáveis à licitação, nem ser essencial à sua regulamentação, não correspondendo outrossim a uma necessidade básica de uniformização mínima do direito nacional existente na matéria.¹¹

50. Aliás a este respeito, em recente parecer, o Professor EROS GRAU chegou a afirmar que:

“É evidente que agride a Constituição toda e qualquer disposição, no texto da Lei Federal nº 8.666/93, que, não consubstanciante de norma geral, vincule os órgãos da Administração Direta dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

51. E acrescenta o ilustre professor, analisando, de modo específico, o § 3º do art. 7, que evidentemente não se trata de norma geral.

52. Esclarece a respeito que:

“Para tanto, inicialmente cabe salientarmos a circunstância de o preceito (a) não estar a determinar parâmetros ou parâmetro, em um nível maior de generalidade, a serem ou a ser atendido em normatividade subsequente a sua definição; (b) não consubstanciar regra que dê concreção a princípio jurídico fundamental ou a princípio político constitucionalmente conformador; (c) não consubstanciar ordenação de condutas uniformes, visando prevenir conflitos entre as entidades da federação e/ou entre os que nelas estejam situados; (d) não estar a suprir lacunas constitucionais.

Embora isso não determine significativamente a interpretação do preceito — a interpretação, tenho insistido nisso, está voltada ao desvendamento do enunciado semântico veiculado pelo preceito; não à pesquisa de qualquer “vontade” — atribui-se-o a duas razões:

1º — a necessidade de coibição do impulso, próprio à Administração, de contratar a realização de obras e serviços sem qualquer peia, ainda diante da carência de recursos para custeá-las; 2º — a conveniência de estimular-se seja a execução das obras públicas, em especial, contratada por etapas.

Nenhuma dessas razões prospera nem mesmo no sentido de conferir substância à suposição de que o preceito expresse necessário desdobramento de qualquer dos princípios que o artigo 3º da Lei nº 8.666/93 enuncia como princípios básicos da licitação: o da legalidade, o da impessoalidade, o da moralidade, o da igualdade, o da publicidade, o da proibição administrativa, o da vinculação ao instrumento convocatório, o do julgamento objetivo; nem dos que são correlatos a esses.

53. Além de não se tratar de norma geral, inexistente a mencionada vedação na legislação paulista vigente, que admite a exigência do edital pela qual o licitante deve apresentar proposta de caráter financeiro.

54. Neste sentido, esclarece HELY LOPES MEIRELLES com a autoridade de ter elaborado o anteprojeto que se transformou na lei paulista:

“Resumindo, é lícito à Administração solicitar financiamento, prazo para pagamento, carência e outras vantagens relacionadas com o preço, as quais serão consideradas no julgamento, desde que o edital ou convite as tenha admitido expressamente ou estejam implícitas nas suas condições. Em muitos casos o “caderno de encargos” ou regulamento geral das licitações de determinada unidade administrativa já consigna as condições para licitar e indica as vantagens admissíveis nas propostas, o que evita a sua reprodução no instrumento convocatório. Mas é necessário que este mencione claramente que a licitação se processará com observância daqueles textos normativos, para evitar dúvidas prejudiciais aos licitantes, que poderão ensejar a nu-

11 TOSHIO MUKAI, *Estatutos Jurídicos de Licitações e Contratos Administrativos*, 2ª edição, Saraiva, 1990, p. 13.

lidade do edital, do julgamento ou de todo o procedimento".¹²

55. Veremos, em seguida, que, mesmo se fosse aplicável, a norma do mencionado art. 7 § 3º não incidiria na hipótese da qual trata o edital, que não se refere às obras, nem aos serviços, mas tão-somente à aquisição de bens pela contratante.

b) *Da não aplicação do art. 7 § 3º às compras*

56. *O direito administrativo brasileiro sempre fez a adequada e clara distinção entre as obras, os serviços, as compras e as alienações*, constituindo cada um deles um contrato específico e não se confundindo com os demais.

57. Assim, tanto no Decreto-lei nº 2.300/86 como na Lei nº 8.666/93, encontramos as definições adequadas tanto da obra, como do serviço, da compra e da alienação (Seção II da Lei nº 8.666/93). Por outro lado, as Obras e Serviços constituem o objeto da Seção III da lei vigente, enquanto as compras e as alienações são regulamentadas, em seguida, respectivamente na seção V e na Seção VI. Assim, pela interpretação sistemática da lei, encontramos os princípios gerais definidos na Seção I do capítulo I, as definições na Seção II e, em seguida, as diversas categorias de contratos tratadas em seções próprias e inconfundíveis.

58. Ora, as definições de cada tipo de contrato são claras e inequívocas e constam no art. 6º, que tem a seguinte redação:

"Art. 6º Para os fins desta lei, considera-se:

I — Obra — toda *construção*, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, *realizada por execução direta ou indireta*;

II — Serviço — toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção,

transporte, locação de bem, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

III — Compra — *toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente*;

IV — Alienação — toda transferência de domínio de bens a terceiros."

59. Ora, o art. 7 e seu § 3º se encontram na Seção III que trata das obras e serviços e não na Seção I que estabelece os princípios gerais, nem tampouco na Seção V dedicada às compras da administração pública.

60. Ao contrário, há, na tradição do direito brasileiro, referências expressas ao funcionamento, especialmente nos casos de licitação internacional de compras, como se verifica no caso do § 13 do art. 25 do Decreto-lei nº 2.300/86. Deve ser salientado que tal financiamento nunca foi vinculado às obras, mas admitido nas licitações para a aquisição de bens.

61. A doutrina e a jurisprudência reconhecem, outrossim, que os contratos administrativos se inspiraram na regulamentação do direito civil, especialmente no que se refere ao contrato compra.

62. A matéria é mansa e pacífica, afirmando a este respeito HELY LOPES MEIRELLES que:

"Embora típica do Direito Privado, a instituição do contrato é utilizada pela Administração Pública na sua pureza originária (contratos privados realizados pela Administração) ou com as adaptações necessárias aos negócios públicos (contratos administrativos propriamente ditos). Daí por que a teoria geral do contrato é a mesma tanto para os contratos privados (civis e comerciais) como para os contratos públicos, de que são espécies os contratos administrativos e os acordos internacionais."¹³

63. Podemos até afirmar que os contratos administrativos correspondem respectivamente *a grosso modo*:

a) o de obra à empreitada do direito civil;

¹² *Licitação e Contrato Administrativo*, 10ª edição, atualizada por EURICO DE ANDRADE AZEVEDO e CÉLIA MARISA PRENDES, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 154.

¹³ HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 19ª edição, S. Paulo, Malheiros Editores, p. 194.

b) o de serviços a locação de serviços do direito civil;

c) o da aquisição à compra e venda do direito civil e comercial.

64. A distinção entre os contratos de empreitada, de locação de serviços e de compra e venda é tradicional no direito civil pois os dois primeiros têm como objeto uma prestação de *fazer*, enquanto o último se caracteriza pela existência da obrigação de *dar* que incumbe ao vendedor em relação ao comprador (entregar o objeto vendido) e a este em relação a aquele (dar o *quantum* em dinheiro correspondente ao preço).¹⁴

65. A própria lei, ao tratar da obra executada indiretamente, enquadra nesta última forma de execução a empreitada, seja por preço global, seja por preço unitário e ainda a execução por tarefa e finalmente a chamada empreitada integral. (art. 6, incisos VI e VII da Lei 8.666/93).

66. Não há como nem porque confundir a empreitada com a compra de bens futuros, que é admitida tanto no direito civil¹⁵ como no direito administrativo, a ela fazendo referência numerosos diplomas legislativos, inclusive os referentes à revisão dos contratos e à implantação de planos monetários.

67. O Professor ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA, na sua excelente monografia sobre empreitada, aprofunda a diferença entre este contrato e a compra e venda de coisa futura nos seguintes termos:

“Ao contrário da compra e venda de coisa futura, que tem por finalidade precípua, conforme o próprio nome indica, a venda ou alienação de coisa que venha a existir de futuro, mas que seja de propriedade do vendedor, o objeto da empreitada é inteiramente diverso, antes visando à execução de uma obra determinada para cuja confecção os materiais fornecidos não concorrem com o espírito de venda, mas apenas contribuem na mes-

ma importância e com idêntica finalidade da mão-de-obra empregada para levá-la a bom termo.

*Capital no contrato de empreitada é a confecção da obra encomenda e não com a clareza e simplicidade habituais o saudoso mestre CLÓVIS BEVILÁQUA.”*¹⁶

68. Aliás, em todos os países, a doutrina salienta a distinção entre os dois institutos, evidenciando a diferença dos seus efeitos.

69. Assim, por exemplo, a excelente e muito bem reputada *Enciclopédia Italiana*, tratando da empreitada, salienta que não se confunde, nem identifica com a compra e venda pois:

“... empreitada e venda são contratos nominados, os quais portanto, na sua configuração típica, têm estrutura e funções diversas. A principal obrigação do vendedor tem por objeto uma obrigação de dar e o contrato tende a fazer transferir ao comprador a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito. Ao contrário, a obrigação principal do empreiteiro tem por objeto uma obrigação de fazer, e o negócio tem por finalidade a produção de uma determinada “obra”, como resultado final da atividade do empreiteiro”.

70. Acrescenta ainda:

“Doutrina e jurisprudência constantemente se preocupam em estabelecer os critérios, que possam servir de orientação para enquadrar o fato típico concreto no esquema legal da empreitada ou naquele da compra e venda. Tal pesquisa se impõe sobretudo em consideração das diversas consequências jurídicas que se têm na prática, segundo que no caso concreto se deva aplicar as normas sobre venda ou então as regras estabelecidas para empreitada. Diversa é, por exemplo, a disciplina dos dois contratos no tocante aos efeitos do risco de perda da coisa, porque na venda a coisa é transferida, correndo, em geral, os riscos e perigos por conta do comprador, no momento da conclusão do contrato; enquanto que na

14 ARNOLD WALD, *Obrigações e Contratos*, 11^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, pp. 245 e 339.

15 ARNOLD WALD, *Obrigações e Contratos*, já cit. p. 246.

16 ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA, *Aspectos do Contrato de Empreitada*, Rio de Janeiro, Forense, 1955, p. 28.

empreitada, o perecimento ou deterioração da obra está a cargo do empreiteiro até a aceitação por parte do dono da obra (art. 1.673). No caso de venda, não se aplica a referida responsabilidade decenal do empreiteiro pela ruína dos imóveis destinados a um uso de longa duração (art. 1.669), nem existe uma norma correspondente àquela contida no art. 1.671, sobre renúncia unilateral do dono da obra.”¹⁷

71. No direito brasileiro, sempre se entendeu que o contrato de obra é vinculado aos imóveis, inclusive quando abrange a fabricação de materiais destinados aos mesmos, enquanto os serviços, também abrangendo a obrigação de fazer, podem ser comuns e técnicos-profissionais, estes subdividindo-se em serviços gerais e especializados. Ambos são contratos administrativos, enquanto a compra e venda constitui um contrato de direito privado, utilizado pela administração com algumas peculiaridades e o contrato de fornecimento constitui sempre uma compra e venda de bens móveis, por este motivo inconfundível com o contrato de obra.

72. Assim HELY LOPES MEIRELLES, salienta que:

“*Contrato de obra pública é todo ajuste administrativo que tem por objeto uma construção, uma reforma ou uma ampliação de imóvel destinado ao público ou ao serviço público. Qualquer desses casos configura obra pública, que, em sentido administrativo, é toda realização material a cargo da Administração ou de seus delegados (art. 6º, I).*”¹⁸

73. No mesmo sentido, o Professor JOSÉ CRETELLA JR. informa que:

“*Obra pública é toda a atividade ou operação sobre bem imóvel. ‘Resultado final’ atingido, ou seja, ‘metamorfose exercida sobre o imóvel’, acrescentando-lhe algo ou alterando-lhe a primitiva fisionomia. Na primeira acepção, obra pública é atividade de construção, modificação, reforma ou manutenção*

de bem imóvel, realizada pela Administração, direta ou indiretamente, para fins de interesse público, ao passo que, na segunda acepção, obra pública é toda realização concreta, de natureza imóvel ou móvel, levada a termo pela Administração sobre imóvel, direta ou indiretamente, para atender a fins de interesse público. *Obra pública, em sentido amplo, é toda atividade que recai sobre imóveis, exercida direta ou indiretamente por pessoa jurídica pública, na consecução de seus próprios fins.*”¹⁹

74. Quanto ao contrato de serviço, esclarece o mesmo mestre que:

“*Conceito — Contrato de serviço é todo ajuste administrativo que tem por objeto uma atividade prestada à Administração, para atendimento de suas necessidades ou de seus administrados. O que distingue, pois, o serviço da obra é a predominância da atividade sobre o material empregado. A atividade operativa é que define e diversifica o serviço, abrangendo desde o trabalho braçal do operário até o labor intelectual do artista ou a técnica do profissional mais especializado. Daí por que a gama de serviços é infindável, o que leva as leis administrativas, em geral, a enumerá-los exemplificativamente, mencionado apenas os mais frequentes, tais como demolição, locação de bens, conserto, instalação, montagem, desmontagem, operação, conservação, reparação, manutenção, transporte, publicidade, seguro, adaptação e trabalhos técnico-profissionais (art. 6º, II).*”²⁰

75. Quanto ao contrato de fornecimento, explica HELY LOPES MEIRELLES que:

“*Contrato de fornecimento é o ajuste administrativo pelo qual a Administração adquire coisas móveis (materiais, produtos industrializados, gêneros alimentícios etc.) necessárias à realização de suas obras ou à manutenção de seus serviços (arts. 6º, III, e 14 a 16).*

¹⁷ *Enciclopédia Del Diritto*, Giuffrè, vol. II, pp. 632 e 633.

¹⁸ *Direito Administrativo Brasileiro*, 19ª ed., p. 233.

¹⁹ *Das licitações públicas*, Comentários à Nova Lei Federal nº 8.666, 3ª edição, pp. 28/29.

²⁰ HELY LOPES MEIRELLES, *obra citada*, pp. 236/237.

Os contratos de fornecimento admitem três modalidades: *fornecimento integral*, fornecimento parcelado e fornecimento contínuo. No primeiro caso, *que é o que mais se aproxima do contrato de compra e venda do Direito Privado (Civil ou Comercial)*, a entrega da coisa deve ser feita de uma só vez e na sua totalidade.”²¹

76. O enquadramento do fornecimento no contrato de compra e venda é matéria mansa e pacífica, sem prejuízo da existência de elementos específicos de direito administrativo que nele coexistem com o contrato nominado de direito privado. É o que também salienta HELY LOPES MEIRELLES:

“Conquanto a compra seja um negócio de Direito Privado, caracterizada pela transferência do domínio de certa coisa por um dos contratantes e pagamento de preço certo e em dinheiro pelo outro, conforme a conceituação dos Códigos Civil (art. 122) e Comercial (art. 191), o contrato de fornecimento à Administração sujeita-se aos mesmos princípios gerais que disciplinam a formação e execução dos demais contratos administrativos.”²²

77. Já era aliás este o entendimento da doutrina brasileira há longos anos, como se verifica pela análise da matéria por THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI que, a respeito, escreveu:

“A outra modalidade de contratos comumente realizados pelo Estado *é aquela que se destina à aquisição do material necessário aos seus serviços; é o chamado contrato de fornecimentos. Em seus elementos gerais é o mesmo contrato de compra e venda*, mas obedece às *normas especiais* fixadas na lei, caracterizando-se, desta forma, o contrato administrativo.”²³

78. Mais recentemente e já na vigência da Lei nº 8.666/93, escreve a este respeito JOSÉ CRETELLA JUNIOR:

“Depois das ‘obras’, dos ‘serviços’, em terceiro lugar, o legislador enumera as ‘compras’, como objeto do contrato celebrado. A compra ou venda-e-compra, é instituto do Direito Privado, ‘Civil’ ou ‘Comercial’. Não há compra de Direito Público, nem, portanto, compra como objeto de contrato administrativo. Para a Lei nº 8.666/93, compra é ‘toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente’ (art. 6º, III).

A Constituição de 1988, no art. 37, XXI, enumera o instituto da compra, na mesma ordem que ocupa no Decreto-lei nº 2.300, art. 5º, III.

Compras, efetuam-se. A Administração é o comprador; o particular, o vendedor. O contrato de compra-e-venda é regido pelo Direito Privado, com alguns ‘desvios’ ou ‘derrogações’, por causa da natureza especial do adquirente. Regra geral, efetuam-se compras com estrita obediência dos princípios licitatórios.”²⁴

79. ANTONIO MARCELLO DA SILVA acrescenta outra característica importante ao contrato de obra pública, distinguindo-o do serviço e da compra e venda, pelo fator de importar, sempre, em alteração permanente do mundo físico, o que não acontece necessariamente nos casos de compra e venda e de serviços. Neste sentido se manifesta o ilustre especialista na matéria, em artigo que dedicou ao assunto e que foi publicado nos estudos em homenagem a HELY LOPES MEIRELLES, escrevendo que:

“A conceituação do contrato de obra pública vincula-se à correta definição de obra, que, no âmbito administrativo, não tem o significado vulgar de resultado ou produto do trabalho em qualquer setor das atividades humanas, como, p. ex., uma escultura (obra de arte), um livro de ficção (obra literária), um livro

21 HELY LOPES MEIRELLES, obra citada, pp. 239/240.

22 Obra citada, p. 240.

23 THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, Tratado de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1948, vol. II, p. 457.

24 J. CRETELLA JR., obra citada, p. 38.

de Direito (obra jurídica) ou uma ponte (obra de engenharia).

Obra, no sentido, jurídico-administrativo, é sempre produto de um trabalho de engenharia do qual resulte alteração permanente no mundo físico. Assim, um edifício, uma praça, uma rua ou uma ferrovia é obra de engenharia, para efeito de contratação administrativa, mas o mesmo não ocorre com uma locomotiva, um navio ou um computador, muito embora essas realizações do engenho humano constituam concretizações de projetos de engenharia e possam ter sido fabricadas pela ou para a Administração."²⁵

80. Conclui-se, assim, que é incontestável, nos termos da lei e de acordo com o entendimento manso e pacífico da doutrina consolidada e sedimentada por mais de meio século que:

a) não se confundem os contratos de obra e serviços com os de compra e fornecimento;

b) o contrato de fornecimento admite a inclusão de cláusula no edital exigindo o financiamento parcial ou total da alienação dos bens tratando-se de compra e venda de coisa futura, como entrega diferida e com financiamento que pode alcançar ou ultrapassar o período de entrega dos bens;

c) a venda ou fornecimento de trens elétricos não é contrato de obra pública, nem de serviço, como bem salientou ANTONIO MARCELLO DA SILVA.

V.

Da previsão de recursos financeiros

81. Os mandados de segurança também alegam que não existiu, no caso, a previsão orçamentária de recursos financeiros para o pagamento das unidades adquiridas, razão pela qual não poderia ocorrer a licitação.

82. Na realidade, inexiste no caso a infração ao inciso III do § 2º do art. 7 da Lei nº 8.666/93 que determina:

"Parágrafo 2º — As obras e serviços somente poderão ser licitados quando:

III — houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executados no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma."

83. Tampouco houve infração à norma estadual contida no art. 14 da Lei Estadual nº 6.544/89 que tem a seguinte redação:

"Art. 14 — Nenhuma compra será feita sem a adequada especificação de seu objeto e a indicação dos recursos financeiros para seu pagamento, sob pena de nulidade dos atos e de responsabilidade de quem lhes causa."

84. Na realidade a referência aos recursos orçamentários não se aplica às sociedades de economia mista, que não têm orçamento no sentido técnico que o direito público e constitucional dá a esta palavra.

85. Por outro lado, tratando-se de financiamento, os recursos inicialmente serão oriundos do próprio vendedor ou de quem para com ele assumiu a responsabilidade do financiamento, havendo outrossim previsão de recursos para fazer afinal o pagamento dos valores que foram objeto do financiamento.

86. Verifica-se, assim, que inexiste qualquer vício ou lacuna no tocante à previsão de recursos para justificar a licitação.

VI.

Da legitimidade da exigência de apresentação de certidão de usuários

87. Os impetrantes também, sem qualquer razão, alegam que houve violação do art. 3º da Lei nº 8.666/93 e do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, por haver no edital exigência de apresentação de certidão de usuários que comprovem a boa qualidade dos equipamentos.

25 ANTONIO MARCELLO DA SILVA, *Contrato de Obra Pública*, in ARNOLDO WALD, *O Direito da Década de 80*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 199.

88. A exigência impugnada é a que consta do item 5, Envelope II, Proposta técnica, que está assim redigida:

“O Licitante deverá apresentar, ainda, os seguintes documentos:

Declaração de usuário dos equipamentos propostos, para os quais o Licitante, sub-fornecedores ou a detentora do 'know-how', os tenha fornecido, especificando as quantidades fornecidas, o tempo de utilização e os resultados alcançados, sendo que estas informações poderão constar dos Atestados de Comprovação de aptidão exigidos no Envelope I: Documentação de Habilitação, referente à Idoneidade e Capacidade Técnica.”

89. Os artigos que os impetrantes consideram infringidos tem a seguinte redação:

a) Art. 3º da Lei nº 8.666/93:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.”

b) Art. 37, XXI da Constituição:

“XXI — ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

90. Cabe, inicialmente, salientar que a exigência feita, no caso, pela Contratante não é subjetiva, não se referindo necessariamente ao licitante, mas objetiva, procurando obter garantia da qualidade do equipamento, pela prova de sua utilização no passado, com plena satisfação dos usuários. Não há, assim, qualquer discriminação, pois o que se exige é a certidão de usuário dos trens, quer tenham sido adquiridos do licitante ou de qualquer

outro detentor do *know-how*. Não há, pois, exigência que possa beneficiar tal ou qual fabricante, mas requisito que consta no edital a fim de assegurar a qualidade do produto que deverá ser adquirido pela empresa CPTM, verificando-se o que aconteceu com as vendas já realizadas no passado. Tal experiência é, aliás, a melhor garantia que o adquirente pode exigir das qualidades atuais do produto que vai comprar.

91. A própria Lei nº 8.666/93 trata da possibilidade de fazer essa exigência e até de sua conveniência, no art. 30, inciso II e § 4º, que tem a seguinte redação:

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

I — Registro inscrição na entidade profissional competente;

II — Comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para realização do objeto da licitação, bem como de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos.”

92. Evidencia-se que a de exigência de certidão dada pelos usuários, que consta no art. 30 inciso 2º e § 4, comprova que não houve por parte da Contratante, ao estabelecer as cláusulas do edital, qualquer violação do art. 3º, do Estatuto das licitações.

93. Quanto à norma constitucional, é evidente que a mesma foi respeitada pois se trata de exigências “de qualificação técnica (que são) indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (art. 37, XXI in fine).

94. Constituiria até caso de responsabilidade do administrador o fato de proceder à aquisição de trens elétricos de valor superior a cem milhões de dólares sem a exigência da prévia experiência do fabricante dos mesmos e sem a prova de terem os trens assegurado um serviço adequado aos seus adquirentes, no passado.

95. Como bem salienta a doutrina, a capacidade técnica específica se prova por atestados de desempenho anterior e a capacidade

técnica operativa pela existência de equipes e equipamentos adequados para atender às finalidades da licitação.

96. No particular, comentando a legislação atual, esclarece JOSÉ CRETELA JUNIOR que:

“O que, em 1967 e em 1986, era denominado de capacidade técnica, o legislador agora batiza de qualificação técnica. É o conjunto de requisitos profissionais que o licitante deverá reunir para a concretização plena do objeto do contrato. *Para provar que é qualificado tecnicamente o proponente deverá apresentar referências a desempenhos anteriores de atividades semelhantes às que agora pretende executar, indicando condições e prazos de outros certames de que participou, instalações, equipamento técnico, tendo em vista o objeto do atual contrato.* Em suma, o licitante deverá apresentar prova de que tem aptidão para contatar, bem como que se apóia em infra-estrutura suficientemente idônea para a execução do objeto do ajuste, nas condições e prazos assinalados no edital.”²⁶

97. Não discrepa desse entendimento HELY LOPES MEIRELLES quando afirma:

“Diante dessa realidade é lícito à Administração não só verificar a capacidade técnica teórica do licitante, como a sua capacidade técnica efetiva de execução, capacidade essa que se convencionou chamar operativa real.

Pode e deve, portanto, a Administração exigir comprovação da capacidade técnica do

licitante, nos seus três aspectos: genérico, específico e operativo real.”²⁷

VII.

Conclusões

98. Pelo exposto concluímos que:

a) o edital não sofre de nenhum vício, estando de acordo com as determinações constitucionais e legais;

b) a cláusula que exige o financiamento é legítima;

c) descabe, no caso, mandado de segurança, tanto pela falta de legitimidade e carência dos impetrantes, que não são titulares de direitos certos e líquidos, como pela ausência de ato ilegal ou abusivo de autoridade.

99. Conseqüentemente, salvo melhor juízo, as petições iniciais dos mandados de segurança deveriam ter sido inicialmente consideradas ineptas, descabendo a concessão da medida liminar, com a devida vênia, e os mandatos devem ser extintos por carência de ação e, se assim não for decidido, denegados por falta dos requisitos legais e constitucionais exigidos para a sua impetração.

É o nosso parecer.

Arnoldo Wald — Advogado Inscrito na OAB/RJ 6.582. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

²⁶ JOSÉ CRETELA JUNIOR, obra citada, p. 202.

²⁷ HELY LOPES MEIRELLES, *Licitação e Contrato Administrativo*, 10ª edição, R.T. 1.191, p. 136.