CONTESTAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA

GOVERNO DO ESTADO DE ……….

SECRETARIA DE ESTADO...

COMISSÃO PERMANENTE DE ...

Ilma. Dra. ……….

MD. Secretária Administrativa da Procuradoria Jurídica

Prezada Senhora:

Em resposta ao despacho proferido por V.Sa. em 26.10.98, apresentamos as informações que julgamos necessárias à “defesa” da SECRETARIA DE ESTADO DA ... no mandado de segurança impetrado pela XYZ – Administração e Serviços Ltda, processo nº 1998.13490-3, que tramita perante a …..ª Vara ……….. da Comarca de ……….

A impetrante questiona três itens do Edital de Concorrência Pública nº 432/98. Diz que estes itens estão infringindo os artigos 30 e 31, § 3º da Lei nº 8.666/93, e, consequentemente, o princípio da igualdade da concorrência, e estariam a frustrar e restringir a participação da licitante. Ocorre que, se buscarmos o disposto em lei, percebemos que a Secretaria de Saúde está amparada no seu procedimento.

Diz o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988, que a lei somente permitirá “as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Ainda, o parágrafo 1º, inciso I, do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, somente veda nos atos convocatórios cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências em razão de “naturalidade, da sede ou domicilio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato”.

Veremos nos itens colocados, que a Secretaria de ...está respaldada nestes dispositivos legais, pois as questões que a requerente aponta como restritivas do caráter competitivo, na verdade, são essencial e diretamente relacionadas e relevantes para a garantia e a segurança do contrato a ser firmado. E a intenção é verificar as possibilidades de execução do futuro contrato no que tange à estrutura operacional da licitante e os encargos econômicos que ficarão sob sua responsabilidade.

I – DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

A requerente alega que os itens 2.1.3, C e C1, do referido edital, ferem o artigo 30 da Lei nº 8.666, por exigirem um número determinado de atestados de capacidade técnica restringindo a participação na concorrência.

Ocorre que, a interpretação de que a lei veda a exigência de quantidade mínima de atestados, esta não há de prevalecer, pois o texto do § 1º, do art. 30, diz que a comprovação da aptidão necessária nas licitações para obras ou serviços, “será feita por ATESTADOS…” (grifo nosso). Então, diante deste sentido plural, depreende-se que a lei exige, no mínimo, mais de um atestado. E assim foi feito, pois o edital diz que é exigida a apresentação de no mínimo 02 (dois) e no máximo 04 (quatro) atestados de capacidade técnico-operacional.

Ademais, a requerente apresentou um atestado com 13 pessoas empregadas no serviço, um segundo com 12, e um terceiro no qual sequer consta a quantidade de pessoas, portanto neste último caso nem se podendo avaliar a proporção do serviço. A requerente ainda diz que “…a empresa que demostrar ter prestado serviços com 50 ou 60 pessoas, detém o mesmo domínio ou capacidade técnica que outra que operou com 200 ou mais pessoas”. Ora, ela mesma não comprovou efetivamente nem se prestou serviço com as 50 ou 60 pessoas de que trata, mas apenas 25.

Nesse ponto, faz-se oportuno citar a observação de Hely Lopes Meirelles, na sua obra Licitação e Contrato Administrativo (ed. RT, 1995, pg 117), que diz que o licitante “…pode ser habilitado e ter aparelhamento próprios para a execução do objeto da licitação, em princípio, mas não ter esse equipamento e pessoal disponível no momento, para a execução da obra, do serviço ou do fornecimento solicitado, por estar exaurida a sua capacidade operativa real. Isto ocorre freqüentemente, quando AS EMPRESAS COMPROMETEM O SEU PESSOAL E EQUIPAMENTO em obras , serviços ou compras ACIMA DE SUAS POSSIBILIDADES EFETIVAS DE DESEMPENHO….” E. mais adiante, o citado jurista diz que “…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. Atente-se, que grande parte dos insucessos dos contratantes, na execução do objeto contratado, decorre da falta de capacidade operativa real, não verificada pela Administração na fase própria da licitação, que é a habilitação dos proponentes”.

Quanto à qualificação técnica, Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitação e Contrato Administrativo (Ed. AIDE, 1995), diz que aquela consiste na aptidão teórica e prática para execução do objeto a ser contratado e que “…a comprovação da qualificação técnica, na fase de habilitação, induz que o sujeito, se contratado, disporá de grande probabilidade de executar satisfatoriamente as prestações devidas”.

E o referido autor ainda diz que “o conceito de ‘qualificação técnica’ permite, por isso, ampla definição para o caso concreto”. E completa: “Alude-se, nessa linha, à qualificação técnica real. Significa que a qualificação técnica a ser investigada é aquela efetiva, concreta prática. É a titularidade de condições práticas e reais de execução do contrato.” A própria requerente admite em sua petição que “os atestados visam demonstrar que a licitante detém o domínio operacional do serviço que está se propondo a realizar”. Mas, como demonstrar um domínio operacional se os trabalhos anteriores, apresentados pela mesma foram sempre de proporções bem inferiores? Quem tem domínio operacional com 25 pessoas terá o mesmo com 210? Revela-se até uma questão de sensatez e prudência aceitar que, se a empresa no presente caso comprovou, efetivamente, a prestação de serviços com 25 pessoas, não será fácil assumir um com 210 na Secretaria de Saúde. Primeiro porque de imediato terá que dispor ou selecionar e contratar 210 empregados, e, logo a partir do primeiro mês já apresentar os seus recibos de pagamento de pessoal, quitação de encargos sociais, trabalhistas, tributários, e outros previstos em lei, para somente depois receber o pagamento da Secretaria de Saúde, conforme a cláusula quarta da minuta de contrato, anexa ao edital. Para se trabalhar com uma quantidade bem maior de empregados, como esta, é lógico que a empresa deve dispor de estrutura capaz, cuja comprovação se faz através de outros serviços anteriormente prestados, que constam dos atestados de capacidade técnica.

Agora, indo ao § 1º do artigo 30, da Lei nº 8.666/93, encontramos disposto que quanto à capacitação técnico-operacional, no serviço de características semelhantes, que o licitante deve comprovar, estas características “SERÃO LIMITADAS EXCLUSIVAMENTE ÀS PARCELAS DE MAIOR RELEVÂNCIA E VALOR SIGNIFICATIVO DO OBJETO DA LICITAÇÃO, vedadas as exigências de de quantidades mínimas ou prazos máximos”. Tal dispositivo foi obedecido na presente licitação, pois, a Secretaria de Saúde não exigiu em um mesmo atestado quantidade mínima de pessoas; pelo contrário, ainda facilitou aos licitantes, para que eles comprovassem com o somatório dos atestados um número igual ou superior à parcela de maior relevância do objeto da licitação, como diz a lei, ou seja, neste caso, as 100 pessoas necessárias ao serviço no Hospital Público………..

E, ainda, com relação à limitação de prazos do artigo 30, quanto ao tempo que consta em cada atestado, não foi sequer solicitado que o serviço semelhante, anteriormente prestado, fosse por um determinado prazo mínimo ou máximo. Por tais razões, entendemos que a lei foi observada.

II – DA QUALIFICAÇÃO ECONÔMICA

O edital exigiu capital social integralizado e registrado até a data da sua publicação (do edital) no valor de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), acompanhado de balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício, assinada por contador registrado no respectivo Conselho.

A requerente fez então um aumento do seu capital social para R$ 85.000,00 (oitenta e cinco mil reais), alegando que o fez ”ainda sem conhecimento do edital, mas após a sua publicação”, e isso com a finalidade de “viabilizar seu ramo de negócio”. E por que isso somente agora? Será que antes da publicação da licitação ela não era uma empresa viável com o capital que possuía?

Ora, qualquer empresa pode rapidamente, e por uma operação simples, na Junta Comercial, fazer um aumento do seu capital social, mesmo que ele não corresponda à realidade, ou seja, podendo ser fictício.

A respeito disso, Marçal Justen Filho, na sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Ed. AIDE, 1995. pág. 206), diz que “O capital social pode ser elevadíssimo e a sociedade encontrar-se insolvente”.

Não que estejamos dizendo que, especificamente aquela empresa é insolvente, mas a intenção da Secretaria de Saúde, ao colocar a exigência do edital, era se resguardar de possíveis burlas e artifícios, de empresas que querem participar da licitação de qualquer maneira.

A coisa pública deve ser tratada com cuidado, e na observância da probidade administrativa é que agiu a administração ao elaborar o edital. E própria Lei nº 8.666/93, no seu artigo 3º, caput, traz a probidade administrativa como princípio; além da Constituição Federal, no seu parágrafo 4º, do artigo 37, que condena a improbidade.

Com base nestes dispositivos, entendemos correta também essa exigência contida no edital de licitação.

III – CONCLUSÃO

Demonstrados os fundamentos do proceder dessa Comissão de Licitação, são essas as informações a serem repassadas pela Ilustre Procuradoria Jurídica ao Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz da ….. Vara…….., com ressalva de que entende deva ser julgado improcedente o pedido do mandado de segurança, confirmando a inabilitação da impetrante no referido certame licitatório, por não atender as condições exigidas pelo edital, que revela-se fiel à lei..

…., …. de …. de ….

………………

Advogado OAB/…