

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC-004.260/2006-7

Natureza: Representação.

Entidade: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES.

Interessado: Rocha Calderon e Advogados Associados.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. EXIGÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA RESTRITIVA AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DA LICITAÇÃO. PROCEDÊNCIA.

1) É INCONSTITUCIONAL E ILEGAL A UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIOS AVALIATIVOS, REFERENTES À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA DOS POTENCIAIS LICITANTES, QUE RESTRINJAM O CARÁTER COMPETITIVO DOS CERTAMES LICITATÓRIOS, POR REPRESENTAR OFENSA AOS SEGUINTE PRINCÍPIOS: ISONOMIA, LEGALIDADE, COMPETITIVIDADE, PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.

RELATÓRIO

Trata-se da representação formulada por Rocha Calderon e Advogados Associados, com fundamento no § 1º do art. 113 da Lei n. 8.666/1993, acerca de possíveis irregularidades praticadas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, no âmbito da Concorrência AA n. 01/2006 (tipo melhor técnica), que objetivava a contratação de serviços advocatícios (fls. 1/17).

2. Em exame preliminar, após analisados os argumentos apresentados pelo representante e considerados os pressupostos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**, a unidade técnica propôs a concessão de medida cautelar **inaudita altera pars** visando à suspensão dos procedimentos relativos ao mencionado ato convocatório, condicionando o restabelecimento do certame à apreciação futura do mérito por parte deste Tribunal, conforme dispõe o art. 276, **caput** e § 3º, do Regimento Interno do TCU (fls. 76/80).

3. Acolhendo a aludida proposta, determinei, pelo Despacho de fls. 91/92, a suspensão cautelar da licitação, bem assim a promoção de oitiva dos responsáveis a fim de que justificassem a necessidade dos quesitos intitulados “qualificação da equipe técnica”, constantes do item A. III do Anexo II do Edital, para fins de qualificação técnica dos profissionais que atuariam exclusivamente nas causas trabalhistas da entidade, quais sejam (fls. 41/44): a) feitos processuais trabalhistas desenvolvidos nos últimos 5 anos perante o TST (0 a 20 pontos); b) elaboração de trabalhos jurídicos na área laboral publicados em periódicos ou revistas especializadas, tais como livros, teses, monografias e artigos (0 a 34 pontos); c) participação como membro de bancas examinadoras de concursos públicos, na área trabalhista (0 a 8 pontos); d) exercício, por mais de 2 anos, de magistério jurídico superior na área laboral em instituição pública de ensino superior (0 a 8 pontos); e) apresentação de certificado de conclusão de curso de pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito do Trabalho ou Processual do Trabalho (0 a 40 pontos).

4. Consta dos autos, à fl. 94, documento obtido via Internet no **site** do BNDES, comunicando aos interessados o adiamento da mencionada Concorrência, em vista da decisão liminar já citada. À fl. 94-A, foi acostada cópia de Ata de Sessão Pública registrando, da mesma forma, o anúncio do referido adiamento.

5. Em atendimento à oitiva, acostaram-se ao presente processo as informações de fls. 99/109, que foram analisadas no âmbito da Secex/RJ, por meio da instrução de fls. 110/119, cujo teor transcrevo, em parte, a seguir:

Argumentos

“8. Quanto à pertinência dos critérios de seleção dos licitantes, o representante do BNDES esclarece que, a seu juízo, o Edital não possui cláusulas que restringem o caráter competitivo do certame e, portanto, não violam os preceitos insculpidos no art. 3º da Lei de Licitações e Contratos (fl. 101).

9. Alega que a pontuação atribuída à comprovação de atividades acadêmicas não limita a competição, uma vez que há mais de um escritório de advocacia que preenche as condições estipuladas. No entendimento do representante do BNDES, tal restrição somente se caracterizaria caso apenas um ou dois escritórios preenchessem as condições (fl. 101).

10. Segundo o representante do BNDES, os critérios não limitam a concorrência. Antes, prestam-se à seleção dos melhores escritórios de advocacia do Rio de Janeiro. A fim de ratificar sua tese, salienta que, não obstante as exigências formuladas, cinco escritórios acorreram ao certame, participando da sessão pública em que foi comunicada a suspensão da Concorrência (fl. 101).

11. Ressalta ainda que, ao estabelecer as aludidas exigências para fins de avaliação da qualificação técnica, o BNDES não descumpriu o princípio da isonomia. Ao contrário, observou o referido preceito, dado que permitiu que os escritórios mais bem preparados concorressem, entre si, em igualdade de condições. Assim, entende ter o BNDES assegurado a igualdade material, preceito que traduz a isonomia reclamada pela Lei n. 8.666/1993 (fl. 102).

12. Afirma, também, que a ampliação demasiada do rol de licitantes não se mostra conveniente, visto que pode acarretar um resultado mediano e, portanto, prejudicial ao interesse público (fl. 102).

13. (...) o representante do BNDES tece considerações acerca da razoabilidade dos critérios estabelecidos para a avaliação técnica dos proponentes. Explica, assim, que, para que determinado ato seja considerado razoável, mister que se apresente como adequado, necessário e proporcional em sentido estrito (fls. 103/104).

14. No que tange à adequação, entende que a exigência revela-se pertinente, uma vez que contribui para o atingimento do objetivo almejado, qual seja, o de contratar escritório de advocacia especializado em questões trabalhistas (fl. 104).

15. Quanto à necessidade, assegura que os critérios especificados evidenciam-se apropriados, dado que, por meio deles, o BNDES adotou a solução menos onerosa para selecionar um escritório com o padrão de excelência desejado. Pondera, assim, que a natureza prática das atividades a serem realizadas pelo futuro contratado não afasta a necessidade de uma formação acadêmica mais robusta por parte da equipe técnica, sobretudo quando se consideram a complexidade e a especificidade das causas trabalhistas em que figura como parte o BNDES (fls. 104/105).

16. Por último, ao analisar o aspecto da estrita proporcionalidade, observa que as exigências são igualmente procedentes, vez que a relação custo-benefício seria bastante favorável ao BNDES, pois os valores previstos para a contraprestação dos serviços teriam sido definidos com base em uma média de cotação do mercado. Assevera, dessarte, que ‘não há nada de irrazoável em o Representado, futuramente, contratar o melhor escritório de advocacia, em termos de experiência e formação acadêmica na área trabalhista, por um valor médio de mercado, em observância aos princípios da eficiência e economicidade’ (fl. 105).

17. Com base na análise das três vertentes acima referidas, o representante do BNDES conclui que as exigências previstas no item A.III do Anexo II do Edital seriam razoáveis e necessárias (fl. 106).

18. Ademais, cita o art. 3º, **caput**, da Lei de Licitações e Contratos, a fim de embasar sua tese de que, em vista do princípio lá insculpido, seria dever da Administração selecionar o escritório mais experiente e com melhor formação acadêmica (fl. 106).

19. Adiante, tratando dos demais princípios que regem as licitações, garante que, ao contrário da opinião manifestada na peça inaugural desta Representação, há pertinência entre o objeto do certame e as exigências formuladas, não havendo, portanto, que se falar em transgressão ao princípio da legalidade (fl. 106).

20. Quanto ao suposto prejuízo ao erário, alegado na petição inicial, sustenta o representante do BNDES que a hipótese não tem fundamento, dado que o comparecimento de cinco escritórios à sessão pública inicial afastaria a idéia de restrição de competitividade (fls. 106/107).

21. No que se refere ao questionamento acerca da forma de comprovação da aptidão, afirma, às fl. 107, que a alegação consignada na peça inicial não pode prosperar, vez que sua tese se baseia no art. 30, § 4º, da Lei n. 8.666/1993, que disciplina o fornecimento de bens, e não o objeto da licitação em questão (prestação de serviços).

22. Voltando o foco para o princípio da legalidade, o representante do BNDES justifica a exigência de títulos de especialização, salientando não haver ilegalidade quando a Administração pretende contratar escritório composto por membros que, além de experientes, tenham formação acadêmica exemplar (fl. 107).

23. Em relação à crítica de que a exigência de formação acadêmica feriria os preceitos do Estatuto da Advocacia – que, para o exercício da advocacia, exige apenas a graduação e a inscrição na OAB –, esclarece que, embora tal raciocínio esteja correto, não é por essa razão que ‘o BNDES fica vinculado a ampliar o rol de licitantes, englobando todos os escritórios de advocacia existentes’. Acrescenta que “a Administração Pública pode, de acordo com seu juízo de conveniência e oportunidade, especificar critérios para realizar seleção, que resulte na escolha mais vantajosa para si”. Defende, assim, o livre exercício da faculdade atribuída à Administração de estipular critérios que acarretem a escolha da opção que se apresente mais interessante (fls. 107/108).

(...)

Análise

25. De início, cabe lembrar que a questão ora sob exame resume-se às críticas dirigidas às exigências formuladas no Edital da Concorrência AA n. 01/2006, destinadas à avaliação da capacidade técnica dos proponentes.

26. Em suma, alegou-se, na petição que originou o presente processo, que o ato convocatório do mencionado certame padeceria de vícios insanáveis, uma vez que estabeleceria exigências excessivas e incompatíveis com o objeto, restringindo, portanto, o caráter competitivo da licitação e afrontando os princípios insculpidos no art. 3º, **caput**, da Lei n. 8.666/1993. Como fatores limitantes, apontaram-se os quesitos que compunham os critérios de julgamento das propostas técnicas – mais especificamente as atividades acadêmicas que seriam consideradas para fins de aferir a qualificação técnica da equipe –, bem como o critério de classificação, que impunha a condição de se alcançar a soma de 85 dos 135 pontos possíveis de serem obtidos na avaliação da proposta técnica (v. itens A.III e B do Anexo II do Edital, às fls. 41/44).

27. Chamado a se manifestar, o BNDES, por meio de seu representante, contestou a tese da restrição da competitividade. Em essência, argumentou que as exigências são compatíveis com o objeto e, portanto razoáveis e necessárias para a seleção da melhor proposta.

28. Preliminarmente, impende esclarecer que, a nosso ver, procedem as premissas adotadas no raciocínio desenvolvido pelo representante do BNDES. De fato, ao se realizar uma licitação pública, não se busca exclusivamente o cumprimento das normas jurídicas. Mais do que isso, pretende-se que a Administração Pública obtenha, como resultado, a proposta mais vantajosa, ou seja, o objeto que atenda de forma mais satisfatória às suas expectativas. Esse é o princípio explícito que dá suporte à formulação de critérios razoáveis e justificáveis que visem a selecionar os melhores candidatos, assim entendidos aqueles que tenham condições de desempenhar, de modo eficaz e eficiente, as atividades pretendidas pela Administração.

29. Todavia não perfilhamos das conclusões decorrentes do raciocínio elaborado pelo representante daquela Entidade. A nosso sentir, o empenho no sentido de se obter a proposta mais vantajosa, embora fundamental, deve ser equacionado com os demais princípios que regem os torneios licitatórios. Entre eles, há de se erigir o princípio da isonomia, que, de tão importante, figura na Constituição da República (art. 37, inciso XXI). Consoante ensina Hely Lopes Meirelles, é com base nesse preceito que deve ser banida dos procedimentos licitatórios qualquer forma de discriminação desnecessária entre participantes, bem assim cláusulas editalícias que possam vir a afastar eventuais proponentes qualificados ou a desnivelá-los por ocasião do julgamento.

30. Como se depreende, a verificação da pertinência das exigências estabelecidas naquele Edital passa a depender, nesse momento, da solução de um aparente conflito decorrente da aplicação dos princípios da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa. De um lado, justificando a previsão daquelas condições, há o dever imposto ao gestor de se estabelecerem requisitos mínimos, compatíveis com o objeto pretendido, de modo a buscar a oferta mais vantajosa que atenda satisfatoriamente aos interesses da Administração. De outro, contudo, desaprovando-as, há a imposição legal de se evitar a diferenciação arbitrária e injustificada entre particulares, acarretada, em geral, pelo estabelecimento de exigências inúteis por parte da Administração.

31. Não obstante se vislumbre aparente antinomia, os preceitos acima mencionados evidenciam-se perfeitamente harmonizáveis. Com efeito, adotando-se uma abordagem alicerçada no já citado princípio da razoabilidade, é possível analisar o cabimento das exigências editalícias, avaliando-as sob as óticas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade estrita.

32. Com respeito à adequação, discordamos do entendimento manifestado pelo representante do BNDES. No que tange a esse aspecto, embora deveriam assegurar a compatibilidade entre os meios e os fins desejados, os critérios de avaliação da capacidade técnica dos licitantes estipulados naquele Edital, a pretexto de selecionar a melhor proposta, acabaram, a nosso ver, por limitar a competitividade. De fato, ao atribuir significativa pontuação à perspectiva da 'qualificação da equipe técnica', a Administração enfatizou atividades de cunho mais teórico, tais como a elaboração e publicação de trabalhos jurídicos, a composição de bancas examinadoras de concursos públicos, o exercício de magistério na área jurídica e a conclusão de cursos de pós-graduação, atividades essas que respondem por 90 dos 135 pontos possíveis de serem alcançados. Assim, ao conferir maior relevância à formação profissional dos pretendentes, optou aquela entidade por outorgar reduzida atenção à apuração da qualidade do serviço que se pretendia contratar, ou seja, menosprezou a verificação do grau de excelência ou perfeição que os profissionais pudessem demonstrar na atuação

prática em causas trabalhistas. Tal circunstância caracteriza, a nosso juízo, a inadequação da medida adotada pela Administração, visto que dela decorre o afastamento de proponentes possivelmente qualificados, sem que se tenha comprovado que aqueles critérios representam a melhor forma de avaliar a capacidade profissional para atuar em causas trabalhistas.

33. Quanto à necessidade, entendemos que as referidas exigências são, igualmente, criticáveis. Novamente, sem a comprovação de que os quesitos referentes às atividades teóricas exprimem a forma mais apropriada de avaliar a capacidade para atuar em juízo, os critérios propostos pela Administração revelam-se, a nosso sentir, dispensáveis. Por essa razão, há que se repelir aquelas exigências a fim de se evitar consequência negativa inaceitável, qual seja, o impedimento injustificado da participação de interessados e, por consequência, o desrespeito ao princípio da isonomia previsto expressamente na Constituição da República e na Lei de Licitações e Contratos.

34. No que se refere à proporcionalidade – faceta da razoabilidade que tem por meta ponderar a relação entre os meios e os fins da medida adotada –, as exigências consubstanciam, a nosso ver, restrições desproporcionais ao objetivo almejado. De fato, a fim de atender ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa, os critérios fixados naquele Edital avançam para além da discricionariedade, sacrificando o princípio da isonomia e obstando, de forma injustificada, a participação de licitantes que, até prova em contrário, poderiam suprir os anseios da Administração, prestando-lhe os serviços com a qualidade desejada.

35. Em resumo, no caso sob exame, condenam-se as exigências por não serem elas – como deveriam – direcionadas, com maior relevância, à mensuração da capacidade para o desempenho da atividade prática almejada. Ao contrário, os referidos critérios de julgamento atribuem excessiva ênfase à avaliação da formação teórica e acadêmica dos profissionais, tornando-se incompatíveis com a dimensão e a complexidade do objeto pretendido e, portanto, inadequados e desnecessários.

(...)

38. (...) o caso ora em exame apresenta ainda uma característica agravante, qual seja, a atribuição de expressiva soma de pontos a aspectos teóricos (90 dos 135 pontos totais, ou seja, 66%). Reforçando a nossa posição acerca do caráter restritivo daquelas exigências, há, ainda, que se ressaltar o entendimento no que se refere ao comparecimento de cinco licitantes, considerado naquele primeiro julgado como expressão da dificuldade das interessadas em atender às exigências daquele edital.

39. Pelas razões acima lançadas, entendemos que as justificativas apresentadas pelo BNDES não se revelam suficientes para convalidar as exigências previstas naquele ato convocatório.”

6. À vista da análise empreendida, a Secex/RJ propõe, com fundamento no art. 276, **caput** e §§ 3º e 4º, do Regimento Interno deste Tribunal e nos arts. 68 e 69, VII, da Resolução TCU n. 136/2000, que (fls. 118/119):

“40.1. seja esta Representação, quanto ao mérito, considerada procedente;

40.2. seja determinado ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES que, com fundamento no art. 71, IX, da Constituição da República c/c o art. 45, **caput**, da Lei n. 8.443/1992, adote, no prazo de quinze dias, as providências necessárias à anulação do ato convocatório referente à Concorrência AA n. 01/2006, bem como dos eventuais atos dele decorrentes, em vista da inadequação das exigências relacionadas à avaliação de capacidade técnica, que atentam contra o princípio da isonomia entre os interessados, insculpido no art. 37, XXI, da Constituição da República e no art. 3º da Lei de Licitações e Contratos; e

40.3. seja determinado ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, no que tange à elaboração dos atos convocatórios das futuras licitações:

a) que se abstenha de incluir, em seus editais, critérios de avaliação de capacidade técnica desnecessários ou excessivos, que importem restrição do caráter competitivo dos certames;

b) que limitem as exigências relativas à capacidade técnica aos requisitos mínimos de participação, necessários à garantia da execução do contrato e à segurança e perfeição da obra ou serviço, adequando-as à dimensão e à complexidade do objeto pretendido pela Administração;

c) que, nos casos de contratação de serviços advocatícios (representação da Entidade em juízo), enfatize, para fins de avaliação da capacidade técnica dos interessados, os aspectos relacionados à experiência profissional prática compatível com o objeto da contratação; e

d) que, nos casos de contratação de serviços advocatícios (representação da Entidade em juízo), evite condicionar a classificação dos licitantes a critérios relacionados à formação acadêmica dos profissionais;

40.4. seja encaminhada ao Sr. Marcelo Oliveira Rocha, representante legal do escritório Rocha Calderon e Advogados Associados, cópia do inteiro teor do Acórdão que vier a ser proferido, bem como do Relatório e do Voto que o fundamentarem; e

40.5. seja arquivado o presente processo, nos termos do art. 169, inciso IV, do Regimento Interno do TCU.”

É o Relatório.

VOTO

Trago ao exame deste Colegiado Representação oferecida pelo escritório Rocha Calderon e Advogados Associados, com fundamento no § 1º do art. 113 da Lei n. 8.666/1993, acerca de possíveis irregularidades praticadas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, quando da instauração da Concorrência AA n. 01/2006, que visava à prestação de serviços advocatícios.

2. Preliminarmente, em razão do atendimento aos requisitos de admissibilidade estabelecidos no art. 113, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, c/c o art. 237, inciso VII, do Regimento Interno/TCU, cabe conhecer desta Representação.

3. Quanto ao mérito, concedi medida cautelar suspendendo o certame, mediante Despacho à fl. 91/92, com fulcro no art. 45 da Lei n. 8.443/1992, c/c o art. 276 do Regimento Interno/TCU, ocasião em que determinei ao BNDES que se pronunciasse a respeito dos requisitos de qualificação técnica para escolha de profissionais que atuariam no contencioso trabalhista da entidade, constantes do item A. III do Anexo II do Edital ora em comento (fls. 43/44).

4. Referida cautelar foi submetida à apreciação deste Plenário na Sessão de 08/03/2006 (Ata n. 09), nos termos do § 1º do artigo 276 do Regimento Interno do TCU.

5. As exigências editalícias que originaram esta Representação estão no bojo do item denominado “qualificação da equipe técnica”, compreendendo a avaliação e a atribuição de notas para as seguintes atividades desenvolvidas por até quatro profissionais indicados pela licitante (fls. 41/44): a) feitos processuais trabalhistas desenvolvidos nos últimos 5 anos perante o TST (0 a 20 pontos); b) elaboração de trabalhos jurídicos na área laboral publicados em periódicos ou revistas especializadas,

tais como livros, teses, monografias e artigos (0 a 34 pontos); c) participação como membro de bancas examinadoras de concursos públicos, na área trabalhista (0 a 8 pontos); d) exercício, por mais de 2 anos, de magistério jurídico superior na área laboral em instituição pública de ensino superior (0 a 8 pontos); e) apresentação de certificado de conclusão de curso de pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito do Trabalho ou Processual do Trabalho (0 a 40 pontos).

6. Registra-se, ainda, que, dos 135 pontos estabelecidos como pontuação máxima, 25 referem-se à capacitação e à experiência, sendo os 110 restantes concernentes à qualificação da equipe técnica, subdivididos conforme especificado no item anterior. Dessa forma, os quesitos constantes do subtotal por último mencionado (110 pontos), tornar-se-iam decisivos para a classificação dos potenciais interessados e, sobretudo, para a adjudicação do objeto, haja vista que as propostas com pontuação inferior a 85 pontos seriam desclassificadas, consoante o item B do Anexo II do Edital (fl. 44).

7. O BNDES justifica, em essência, que o edital não possui cláusulas que restringem o caráter competitivo da licitação, pois, não obstante as exigências, ocorreram ao certame cinco escritórios de advocacia. Ressalta que não houve ofensa ao princípio da isonomia. Assevera ainda que a ampliação demasiada do rol de licitantes não seria conveniente, visto que poderia acarretar resultado mediano. Por fim, esclarece que os critérios estabelecidos no edital atenderam aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

8. Acerca do assunto, vale tecer algumas considerações à luz da doutrina, da jurisprudência e dos dispositivos constitucionais e legais pertinentes. O Prof. Marçal Justen Filho apresenta a definição de que qualificação técnica “em termos sumários, consiste no domínio de conhecimentos e habilidades teóricas e práticas para execução do objeto a ser contratado.” (in Comentário à Lei de Licitação e Contratos, 10 Ed., p. 316). Depreende-se do conceito retro que os requisitos técnicos, que podem ser exigidos para habilitação de interessados, visam a garantir a condição destes de executar o objeto licitado, em face das circunstâncias e peculiaridades do interesse público.

9. Essas exigências situam-se na órbita da conveniência e da oportunidade de a Administração impor requisitos mínimos para melhor selecionar os potenciais interessados para futura avença. Ainda que seja de todo impossível à Administração evitar o risco de o contratado vir a se revelar incapaz tecnicamente de executar a prestação devida, o estabelecimento de certas qualificações permite a redução desse risco.

10. Dessarte, esse procedimento, quando adotado dentro do princípio da razoabilidade, encontra amparo no ordenamento jurídico, não configurando restrições ao caráter competitivo do certame licitatório. Com efeito, mister se faz trazer à baila o Enunciado de Decisão n. 351, desta Corte de Contas: “A proibição de cláusulas ou condições restritivas do caráter competitivo da licitação não constitui óbice a que a Administração estabeleça os requisitos mínimos para participação no certame considerados necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou do serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público (fundamentação legal, art. 3º, § 1º, inciso I, Lei n. 8.666/1993)”.

11. Por outro lado, é cediço que o princípio da isonomia, com assento no **caput** do art. 5º, como também no art. 37, inciso XXI, ambos da Carta Política, deve nortear todos os procedimentos administrativos no âmbito da Administração Pública. No mesmo sentido, a legislação infraconstitucional impõe a necessidade de garantir tratamento equânime aos interessados em contratar com a Administração, uma vez que o art. 3º, **caput** e § 1º, incisos I e II da Lei n. 8.666/1993, fazem menção ao aludido

princípio, além de vedarem expressamente condutas discriminatórias, assim como, o § 2º do mesmo dispositivo, reafirma a idéia de igualdade.

12. Impende frisar que a verificação de qualificação técnica não ofende o princípio da isonomia. Tanto é que o próprio art. 37, inciso XXI, da CF, que estabelece a obrigatoriedade ao Poder Público de licitar quando contrata, autoriza o estabelecimento de requisitos de qualificação técnica e econômica, desde que indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. No entanto, o ato convocatório há que estabelecer as regras para a seleção da proposta mais vantajosa para administração, sem impor cláusulas desnecessárias ou inadequadas que restrinjam o caráter competitivo do certame.

13. Por outras palavras, pode-se afirmar que fixar requisitos excessivos ou desarrazoados iria de encontro à própria sistemática constitucional acerca da universalidade de participação em licitações, porquanto a Constituição Federal determinou apenas a admissibilidade de exigências mínimas possíveis. Dessarte, se a Administração, em seu poder discricionário, tiver avaliado indevidamente a qualificação técnica dos interessados em contratar, reputando como indispensável um quesito tecnicamente prescindível, seu ato não pode prosperar, sob pena de ofender a Carta Maior e a Lei de Licitações e Contratos.

14. Nesse mesmo norte, já decidiu o STJ (MS 7814/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Seção, Julgamento 28/08/2002, Publicação DJ 21/10/2002, p. 267), conforme abaixo:

“O interesse público reclama o maior número possível de concorrentes, configurando ilegalidade a exigência desfilhada da lei básica de regência e com interpretação de cláusulas editalícias impondo condição excessiva para a habilitação. Mandado de segurança denegado.”

15. Por fim, esclareço que a Administração, ao interpretar a legislação infraconstitucional – Lei n. 8.666/1993, especificadamente os dispositivos que se referem à qualificação técnica –, deve utilizar-se da técnica da “interpretação conforme”, buscando um desempenho que se revele compatível ao texto constitucional (inciso XXI do art. 37). É o que ensina Alexandre de Moraes em sua obra Direito Constitucional (14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 45), conforme excerto que se segue:

“A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico.” (grifo não consta do original).

16. Feitas as considerações **supra**, passo ao exame do caso concreto. Após verificar os esclarecimentos oferecidos pelo BNDES e a análise empreendida pela Unidade Técnica, cujos fundamentos acolho como razões de decidir, consigno que, de fato, as exigências em questão configuraram restrição ao caráter competitivo da licitação. Várias constatações evidenciadas pela Secex/RJ demonstram a ilegalidade verificada no ato convocatório.

17. Com efeito, as imposições contidas no Edital da Concorrência ora tratado, resumidas no item 5 deste Voto, dão ênfase excessiva ao conteúdo teórico e à formação acadêmica dos interessados. Somados os pontos máximos dos quesitos ter-se-iam 90 pontos voltados para a área acadêmica, representando 66% do total de 135 pontos (escore máximo). Por outro lado, o conteúdo prático – feitos processuais trabalhistas

desenvolvidos nos últimos 5 anos perante o TST – representariam apenas 20 pontos, ou seja, 14% da soma.

18. Sabe-se que a atribuição da pontuação em certames do tipo melhor técnica situa-se dentro do poder discricionário da administração, porém as opções verificadas nos autos, de acordo com o perfil idealizado do profissional cuja contratação foi pretendida, privilegiaram a contratação de especialistas, haja vista a ênfase em seu conteúdo teórico e acadêmico. Sob esse prisma, embora se trate de questões subjetivas, foram comprovadas exigências que não observaram o princípio da proporcionalidade, o que enseja a revisão dos itens avaliativos.

19. É de se destacar que, em matéria de licitação, o princípio da proporcionalidade consiste na necessidade de equilíbrio na busca de dois fins igualmente legítimos, quais sejam, o princípio constitucional e legal da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para Administração. No caso em exame, as exigências desnecessárias e excessivas constantes do Edital foram ofensivas ao princípio da proporcionalidade, contrariando de maneira reflexa o aludido princípio da isonomia.

20. Ainda sobre o princípio da proporcionalidade, positivado pelo art. 2º da Lei n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito federal, tem-se por perfeitamente aplicável à Lei de Licitações e Contratos, ainda que subsidiariamente. É o que dispõe o art. 69 da Lei n. 9.784/1999, **verbis**: “Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.”

21. Outro aspecto que reforça a tese ora defendida, de que se preferiu teoria à prática, é a atribuição de até 40 pontos (29% do total) para o item especialização (mestrado e doutorado), sendo que para o exercício da atividade de advocacia se requer Bacharelado em ciências jurídicas, aprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, bem como a inscrição nos quadros da entidade mencionada, observados os demais requisitos previstos em legislação específica – Lei n. 8.906/1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil –, não havendo qualquer menção a cursos de pós-graduação. Dessa forma, consigno desarrazoado, principalmente em cotejo com as outras exigências analisadas, estabelecer pontuação elevada nesse quesito.

22. Esclareço, contudo, que não se sustenta aqui a irregularidade de se reclamar especialização dos interessados, mas tão-somente que tais demandas devem ser razoáveis, necessárias e sopesadas com outros quesitos de conteúdo prático, ensejando assim, a participação de um maior número de licitantes.

23. A justificativa do BNDES de que o edital não possui cláusulas que restringem o caráter competitivo da licitação, porquanto acorreram ao certame cinco escritórios de advocacia, não deve prosperar. Reputo que o quantitativo de licitantes mencionado pelo Banco é pequeno em comparação ao universo de operadores do direito existente numa cidade tão populosa quanto o Rio de Janeiro, ainda mais quando se trata da modalidade de licitação concorrência, de ampla publicidade, o que faz confirmar o entendimento de que os itens do edital ora tratado inibiram a ampliação do universo de licitantes potencialmente aptos à participação nos processos licitatórios.

24. Dessarte, ante as constatações presentes neste feito, creio que se possa adotar, na essência, a proposta indicada no item 6 do Relatório precedente. Desse modo, deve o Tribunal, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45, da Lei n. 8.443/1992 e com o art. 251 do Regimento Interno desta Corte, assinar prazo para que o BNDES adote as medidas necessárias à anulação da Concorrência AA n. 01/2006, além de determinar à entidade que, no caso de ser lançado novo edital,

cumpra o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e no art. 3º, **caput**, e § 1º, inciso I, da Lei de Licitações e Contratos.

25. Por derradeiro, cumpre registrar que, de acordo com a cópia de Ata de Sessão Pública (fl. 94-A), a entidade adiou a aludida Concorrência, em vista da medida cautelar expedida em momento antecedente.

Ante o exposto, voto por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Plenário.

TCU., Sala das Sessões em 07 de junho de 2006.

MARCOS BEMQUERER COSTA

Relator

ACÓRDÃO Nº 877/2006-TCU-PLENÁRIO

1. Processo n. TC-004.260/2006-7.
2. Grupo I; Classe de Assunto: VII – Representação.
3. Entidade: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES.
4. Interessado: Rocha Calderon e Advogados Associados.
5. Relator: Auditor Marcos Bemquerer Costa.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secex/RJ.

8. Advogados constituídos nos autos: Drs. Mara Rocha Aguiar, OAB/RJ 52.897; Regina Célia Sampaio Montez, OAB/RJ 25.673; Paulo Surreaux Strunck Vasques de Freitas, OAB/RJ 25.384; Marcelo Lipcovitch Quadros da Silva, OAB/RJ 46.807; Jorge Fernando Schettini Bento da Silva, OAB/RJ 56.920; Luiz Carlos da Rocha Messias, OAB/RJ 31.460; Carlos Eduardo Gabina de Medeiros, OAB/RJ 77.775; Paulo Roberto de Souza Cirino, OAB/RJ 758-b; Raphael Borges Leal de Souza, OAB/DF 15.436; Adriana Diniz de Vasconcellos Guerra, OAB/SP 191.390-3; Hamilton Soares de Andrade Júnior, OAB/RJ 29.836; Cristina Pimentel da Silva, OAB/RJ 41.620; Rita de Cássia Amaral Marques de Souza, OAB/RJ 39.435; Túlio Romano dos Santos, OAB/RJ 86.995; Marcelo Sampaio Vianna Rangel, OAB/RJ 90.412; Luiz Jouvani Oioli, OAB/SP 158.510; Yara Coelho Martinez, OAB/SP 146.516; Paula Saldanha Jaolino Fonseca, OAB/RJ 95.457; Júlio César Gomes Ribeiro da Costa, OAB/RJ 108.483; Nelson Luiz Machado Lamego, OAB/RJ 82.542; Renato Goldstein, OAB/RJ 57.135; Daniela Pio Borges Mariano da Fonseca, OAB/RJ 109.935; Danusa Paulo de Campos, OAB/RJ 114.618; Luciane Aparecida Poletti Moreira, OAB/SP 171.187; Maria Carolina Pina Correia de Melo, OAB/RJ 99.297; Oliver Azevedo Tuppan, OAB/RJ 112.644; Rogério Fraga Mercadante, OAB/SP 152.926; Karla Assumpção da Silva, OAB/RJ 95.476; Bruno Machado Eiras, OAB/RJ 112.579; André Carvalho Teixeira, OAB/DF 18.135; Isamara Seabra Beltrão, OAB/RJ 96.557; Fabíola Patrícia de Oliveira Lima, OAB/PE 18.645; Luiz Cláudio Lima Amarante, OAB/SP 156.859; Nelson Alexandre Paloni, OAB/SP 136989; Luciana Vilela Gonçalves, OAB/SP 160.544; Leonardo Forster, OAB/SP 209.708-b; Christiane Pimentel de Oliveira Costa, OAB/RJ 131.908-e, e Marcela Guiomar Meireles de Almeida, OAB/RJ 145.767-e.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Representação apresentada pelo escritório Rocha Calderon e Advogados Associados, com fundamento no § 1º do art. 113 da Lei n. 8.666/1993, acerca de possíveis irregularidades praticadas pelo Banco

Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, quando da instauração da Concorrência AA n. 01/2006, que visava à contratação de serviços advocatícios.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente Representação, uma vez que atende aos requisitos de admissibilidade estabelecidos no art. 113, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, c/c o art. 237, inciso VII, do Regimento Interno/TCU, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. fixar, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei n. 8.443/1992 e com o art. 251 do Regimento Interno desta Corte, o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência desta Deliberação, para que o BNDES adote as medidas necessárias, com vistas a anular a Concorrência AA n. 01/2006, que objetivava a prestação de serviços advocatícios;

9.3. determinar ao BNDES que, no caso de ser lançado novo edital, adote providências com vistas ao exato cumprimento do disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e no art. 3º, **caput**, e § 1º, inciso I, da Lei de Licitações e Contratos, abstendo-se de incluir no ato convocatório exigências que contrariem os princípios da isonomia, da legalidade, da competitividade, da proporcionalidade e da razoabilidade;

9.4. determinar à Secex/RJ que monitore o cumprimento da determinação constante no subitem 9.2 supra, representando a este Tribunal, caso necessário;

9.5. enviar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamentam, à representante, Rocha Calderon e Advogados Associados;

9.6. arquivar o presente processo.

10. Ata nº 23/2006 – Plenário

11. Data da Sessão: 7/6/2006 – Ordinária

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0877-23/06-P

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Walton Alencar Rodrigues (na Presidência), Marcos Vinícios Vilaça, Valmir Campelo, Benjamin Zymler e Augusto Nardes.

13.2. Auditor convocado: Marcos Bemquerer Costa (Relator).

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Vice-Presidente,
no exercício da Presidência

MARCOS BEMQUERER COSTA
Relator

Fui presente:

LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral