

LICITAÇÃO PRESENCIAL BRDE 2021/180**RESPOSTA A IMPUGNAÇÃO – 02**

Objeto: **contratação de sociedade de advogados para a prestação de serviços de advocacia trabalhista nos estados do RS, SC e PR.**

Impugnação encaminhada por **BENTO MUNIZ ADVOCACIA S/S.**

1. RELATÓRIO

Trata-se de peça de Impugnação ao edital da Licitação Presencial BRDE 2021/180, apresentada pela sociedade BENTO MUNIZ ADVOCACIA S/S, pela qual se objetiva a reformulação de termos do instrumento convocatório em epígrafe, em síntese pugnando pela nulidade dos itens abaixo descritos, conforme argumentação em sua peça pormenorizada:

1. DA NULIDADE DA EXIGÊNCIA DE ÊXITO EM RECURSOS PATROCINADOS PELO ESCRITÓRIO, PREVISTOS NOS ITEM 7 DO EDITAL – SUBITENS 8 A 8.7.

A sociedade ora impugnante relata em suma o seguinte:

Como é cediço, o exercício da advocacia é uma atividade meio, pois é regra geral que o profissional liberal assume obrigação de meios, e não a obrigação de resultados. No entanto, a inclusão dos critérios supramencionados, inseridos nos subitens 8 a 8.7 acima apontados invertem essa condição, pontuando a obtenção de êxito, isto é, estabelecendo critério de seleção, o qual pode ser decisivo para a pré-qualificação, com base na obrigação de resultado. **Exige-se, desse modo, o que não deve ser exigido.**

Assim, é flagrante a infringência ao inciso I do § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, que veda aos agentes públicos *'admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato'*; bem como aos princípios constitucionais da isonomia e da competitividade.

2. ADMISSIBILIDADE

Insurge-se a Impugnante contra o edital da Licitação Presencial BRDE 2021/180, por intermédio de peça de Impugnação recebida no dia 05/09/2022. A data para o recebimento dos envelopes e credenciamento das licitantes, de acordo com o Instrumento Convocatório, foi fixada para 13/09/2022. Conforme item 5.1 do edital, em observância ao art. 87, §1º, da Lei 13.303/2016, o prazo para eventuais impugnações era de 05 (cinco) dias úteis anteriores à data limite supracitada.

Desse modo, portanto, inequívoca a tempestividade da presente Impugnação, razão pela qual resta inteiramente atendida a sua condição de admissibilidade.

3. MÉRITO

De maneira preliminar, porém fundamental, é necessário ressaltar que todas as manifestações e referências da legislação de regência infraconstitucional que a Impugnante trouxe em sua peça de irresignação dizem respeito à Lei 8.666/1993, legislação essa à qual o BRDE não mais vincula o seu regime jurídico administrativo. A Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) é o instrumento normativo que abrange as licitações e contratos do presente órgão contratante. O BRDE é uma instituição financeira pública e é considerado (inclusive por decisão do Supremo Tribunal Federal – STF) um órgão com natureza de empresa pública, pertencente à Administração Indireta, e tal fato traz consequências de ordem não apenas jurídica, fiscal e tributária, mas administrativa também, com reflexos diretos em sua organização e na legislação de regência das suas licitações e contratos, que a equiparam, em diversos aspectos, às empresas privadas, como a própria Constituição Federal de 1988 já observa, em seu art. 173, 1º, II, quando faz menção às empresas públicas que exploram atividade econômica:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#) (grifos nossos)

Fundamental estabelecer tal premissa, não apenas em razão da legislação que a Impugnante traz em sua peça inicial, mas também (e principalmente) para melhor compreender o modo de funcionamento das Estatais e as diretrizes que elas estão obrigadas a seguir, bem como a diferença entre as opções e regras de contratação que estas possuem em comparação à Administração Direta, esta sim sujeita à Lei 8.666/1993.

Não obstante, cabe destacar que a Administração Pública, no exercício de suas funções, dispõe de poderes que visam a garantir a prevalência do interesse público sobre o particular, e tal conceito jurídico não é em vão, nem sequer pode ser utilizado como subterfúgio de escolhas mal pensadas e elaboradas pelo administrador, mas, ao revés, deve servir como norte de atuação em todos os aspectos materiais e formais da atividade pública.

Nesse sentido, o poder discricionário, conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 30ª ed., pág. 434), refere-se aos atos que “a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação e decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma [...]”. Inegável é que a estipulação dos termos do instrumento convocatório reveste-se, para a Administração, do poder de

discricionariedade, justamente em razão de que cada contratação possui suas peculiaridades, que devem ser imbricadas com a natureza do objeto licitado.

Além disso, também significativo ressaltar a grande diferença entre as exigências de habilitação (qualificação) técnica e os critérios de pontuação técnica, que não se confundem, não possuem a mesma natureza jurídica e não limitam da mesma forma a atuação da Administração Pública, sendo a sua finalidade e os seus efeitos diversamente regulados pela Lei (e pelo Direito como um todo).

Indo além, a novel legislação aplicável (13.303/2016) traz ainda mais liberdade ao administrador público, pois repassa ao seu regulamento interno (artigo 40) e ao próprio edital a responsabilidade de se exigir os critérios técnicos para a seleção pública. Dessarte, o BRDE publicou o edital da Licitação Presencial 2021/180 em absoluta consonância com a legislação vigente, dentro de todas as normas do ordenamento jurídico.

Deve-se esclarecer que o objeto licitado não é de forma alguma simples, pois as características dos serviços exigidos pelo BRDE, conforme toda a descrição do edital e Termo de Referência, são por natureza complexas e com grande riqueza de detalhes e diversidade, justamente por se tratar do patrocínio de causas jurídicas.

A intenção do BRDE foi exigir tão somente aquilo que a legislação autoriza, ao encontro dos princípios administrativos mais básicos, de forma a evitar qualquer inibição de competitividade e isonomia. A questão primordial é que nem toda a contratação irá possuir o condão de abranger todo o universo de participantes e fornecedores daquele objeto, e muito menos selecionar todos os prestadores de serviço que em teoria podem participar da seleção, uma vez que o objetivo da pontuação técnica é classificar os mais aptos, dentro daqueles critérios escolhidos – e razoáveis – para se determinar a melhor proposta.

Nesse mesmo sentido, Marçal Justen Filho em sua obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 16ª Edição, 2014, pág. 575, tratando em linhas gerais da complexidade do conceito de qualificação técnica:

“O conceito de qualificação técnica é complexo e variável, refletindo a heterogeneidade dos objetos licitados. Cada espécie de contratação pressupõe diferentes habilidades ou conhecimentos técnicos. É implausível imaginar algum caso em que a qualificação técnica seria irrelevante para a Administração”. (negritou-se)

Impende-se destacar que os critérios não são meramente “subjetivos” (nem na fase de habilitação, nem sequer na fase de pontuação técnica). A opção, a escolha feita pelo BRDE é objetiva, justamente pensada nas particularidades da contratação, tanto na singularidade do objeto como na estrutura e natureza da organização pública contratante.

Além disso, a definição de “proporcionalidade” e “razoabilidade” para a estipulação de determinadas exigências técnicas passa, necessariamente, por um juízo de conveniência e oportunidade do Administrador Público, sempre nos limites da Lei, na medida em que são conceitos que só podem ser analisados sob a ótica das especificidades do órgão contratante e das singularidades do objeto licitado. Então “proporcional”, nesse sentido, é aquilo que, no sopesar das circunstâncias, pode ser exigido ou avaliado de forma a obter o interesse público almejado, imediato, sem comprometer a lisura do procedimento licitatório, sem ferir sua isonomia formal, mas qualificando de forma diferente, e tanto mais quanto for a estrita necessidade, os licitantes que detenham qualidades e atributos diferentes (tendo em vista o que se almeja contratar).

Indispensável elucidar, por fim, que as exigências do BRDE, tanto na fase de habilitação quanto na fase de proposta técnica, possuem absoluta razão de existir. A experiência do

BRDE em contratações semelhantes, o histórico de ações judiciais patrocinadas, bem como de procedimentos realizados e as situações que podem ocorrer na apresentação de documentos no momento da licitação, tudo isso conferindo ao BRDE o poder de conhecer e especificar a forma como deve ser realizada a presente seleção e contratação, de maneira a mitigar o risco de contratações defectíveis e que gerem prejuízos ao erário, que gerem falhas contratuais, que possam atentar contra os princípios administrativos mais caros a uma instituição pública.

Especificamente quanto aos argumentos da sociedade em comento, eis o teor do quesito 8 e dos subitens 8.1 a 8.7 do edital (v. pág. 11 do arquivo PDF que contém o edital e todos os seus anexos):

8	Advogado componente da equipe técnica permanente disponibilizada pela sociedade de advocacia para os serviços objeto do presente certame, que comprove o provimento parcial ou total nas peças processuais descritas abaixo EM FAVOR DO EMPREGADOR perante os Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunal Superior do Trabalho e Supremo Tribunal Federal. A comprovação será feita mediante a apresentação de certidões expedidas pelos tribunais, na qual deverá consignar o nome de cada advogado indicado na equipe técnica, o número do processo, órgão judiciário em que tramitou o processo, a natureza da ação, o tipo de procedimento, e a decisão. Somente serão aceitas as indicações de processo encerrados anteriores à data de publicação deste Edital.		
8.1	Recurso Extraordinário	4,0	15,0
8.2	Agravos de Instrumento em Recurso de Revista	3,0	
8.3	Recurso de Revista	2,5	
8.4	Reclamação Constitucional	2,0	
8.5	Reclamação ao Tribunal Superior do Trabalho	1,5	
8.6	Recurso Ordinário	1,0	
8.7	Agravo de petição	1,0	

Falece razão à sociedade BENTO MUNIZ ADVOCACIA S/S.

Em primeiro lugar, a elaboração de um quesito de pontuação técnica que prestigia o êxito no manejo de recursos em processos trabalhistas não transforma o vínculo que se pretende instaurar com as licitantes vencedoras em um vínculo marcado pela obrigação de resultado (por oposição a obrigação de meio). É suficiente examinar a minuta de contrato (anexo VII do edital – págs. 34-46 do arquivo PDF) para constatar que tal minuta não obriga as licitantes que vierem a ser contratadas a obter resultados específicos nas ações trabalhistas. A propósito, o critério remuneratório pré-estabelecido na cláusula 4ª da minuta de contrato divide a remuneração em duas “parcelas”: uma é a parcela fixa (que é o piso) e a outra é a parcela variável, que é proporcional ao número de processos confiados ao patrocínio da contratada. Não há nenhuma vinculação da remuneração à obtenção de determinados resultados nos processos.

CLÁUSULA 4ª - DO PREÇO

Pela prestação dos serviços ora contratados, o BRDE pagará à CONTRATADA, mensalmente, a quantia de **R\$ 0,00** (valor por extenso) a título de valor mensal fixo, e **R\$ 0,00** (valor por extenso) a título de remuneração por processo, totalizando, nesta data, e considerando o número de ações em curso, o valor mensal total de **R\$ 0,00** (valor por extenso), valor esse constante da proposta vencedora, entendido como preço justo e suficiente para a execução do presente objeto

Em segundo lugar, como já referenciado, repisa-se que são infrutíferas as alusões à antiga lei das licitações (Lei nº 8.666/1993), porquanto ela – de maneira geral – não se aplica às empresas estatais. As licitações e contratações promovidas pelas empresas estatais são regidas pela Lei 13.303/2016. Só se admite que dispositivos da Lei 8.666/1993¹ sejam aplicados subsidiariamente às empresas estatais caso se constatem lacunas na Lei 13.303/2016, e essa constatação só pode ser a conclusão de uma argumentação bastante

¹ E isso enquanto não sobrevier a sua completa revogação, programada para ocorrer no dia 01/04/2023, consoante o disposto no art. 193, inciso II, da Lei nº 14.133/2021.

sólida de que a não-previsão (na Lei 13.303/2016) de uma determinada solução para um suporte fático deve efetivamente ser considerada como uma omissão do legislador, e não como a opção do legislador por dar a esse suporte fático “não-previsto” um tratamento contrário ao que a lei dá aos casos expressamente regulados (teoria do silêncio intencional ou silêncio eloquente).

Em terceiro lugar, se o BRDE tencionasse atrelar a remuneração (ou parte dela) ao atingimento de certos resultados por parte das licitantes vencedoras, essa intenção teria amparo na lei e não poderia ser alvo de objeção: afinal, o art. 45 da Lei 13.303/2016 faculta à empresa estatal o estabelecimento de “remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado”. Eis o que diz a integralidade do caput do art. 45 da Lei 13.303/2016:

Art. 45. Na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade², critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. (Vide Lei nº 14.002, de 2020)

Ou seja, uma empresa pública como o BRDE poderia, por exemplo, (i) estabelecer uma meta de que 80% dos seus recursos ordinários fossem providos ou que 60% dos seus recursos de revistas fossem providos e (ii) prometer um prêmio remuneratório para o alcance dessas metas. A lei, como visto, lhe dá o respaldo para tanto.

Em quarto lugar, a sociedade BENTO MUNIZ ADVOCACIA S/S acusa o BRDE de restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório: segundo BM, a adoção do quesito 8 conduziria a um “número extremamente menor de possíveis licitantes” (v. o segundo

² Sem sublinhados no original.

parágrafo da pág. 5 da impugnação ao edital). E o discurso da ora Impugnante contém palavras que reforçam essa mesma tese de que o BRDE estaria restringindo o caráter competitivo: são utilizadas diversas vezes a palavra “exigência” e formas verbais derivadas do verbo “exigir” (como “exige-se” e “exigido”)³. Inclusive, a sociedade BENTO MUNIZ ADVOCACIA S/S invoca uma lição do jurista Marçal Justen Filho na qual ele tece críticas às exigências mais “severas” do que o necessário que volta e meia a Administração Pública impõe em ato convocatório (v. pág. 3 da impugnação). Com esse discurso que está carregado de palavras como “exigência” e as outras mencionadas, o leitor desprevenido pode ficar com a impressão de que o BRDE está submetendo as licitantes à condição de apresentarem recursos processuais exitosos, os quais levaram à vitória dos clientes defendidos pelas licitantes. O mesmo leitor pode interpretar que, se as licitantes não apresentarem as comprovações dos tais recursos exitosos, elas (as licitantes) serão excluídas do certame. Essa impressão e essa interpretação são, porém, insubsistentes. O BRDE não exige que as licitantes apresentem recursos processuais exitosos; o BRDE não comina a consequência de desclassificação do certame às licitantes que deixaram de apresentar os tais recursos exitosos. O BRDE simplesmente instituiu a atribuição de quantidades escalonadas de pontos para as licitantes que comprovarem o provimento de certas espécies de recursos processuais. Se uma licitante não conseguir comprovar o provimento de nenhum recurso, ela não estará fora do certame; ainda terá a oportunidade de somar pontos em decorrência do preenchimento de outros quesitos.

³ Colhem-se da impugnação as seguintes frases:

- pág. 1: “1. DA NULIDADE DA **EXIGÊNCIA** DE ÊXITO EM RECURSOS PATROCINADOS PELO ESCRITÓRIO, PREVISTOS NOS ITEM 7 DO EDITAL – SUBITENS 8 A 8.7.”
- pág. 2: “**Exige-se**, desse modo, o que não deve ser **exigido**.”
- pág. 3: “Em outras palavras, pode perfeitamente ocorrer que determinado escritório conte com profissionais capacitados à execução do objeto licitado, que já tenham elaborado as peças processuais **exigidas** no edital, mas que, por razões outras, ainda não tenham sido apreciadas pelo órgão competente do Poder Judiciário.”

Por fim, é importante ter em mente que a adoção do quesito que é alvo da impugnação em apreço não é impertinente nem desarrazoada, sobretudo à luz da natureza dos serviços que constituem o objeto da licitação. Quando o BRDE é citado para integrar a relação processual de uma nova ação trabalhista e quando o BRDE, após averiguar os fatos e os fundamentos jurídicos apontados na petição inicial, convence-se de que o reclamante não tem o direito que alega ter e que o BRDE deve contestar a referida petição inicial (em contraste às alternativas processuais que seriam a propositura de acordo/transação e o reconhecimento da procedência do pedido), o BRDE esforça-se ao máximo (dentro do que a legalidade e a moralidade permitem) para que o seu entendimento a respeito do caso saísse vitorioso na Justiça do Trabalho. Se a análise da petição inicial impele o BRDE a buscar a improcedência dos pedidos formulados pelo reclamante, o BRDE espera contar com uma equipe de profissionais jurídicos capazes de traçar estratégias que, ao menos em tese, resguardem maximamente os legítimos direitos e interesses do BRDE no âmbito do processo. Desse modo, é justa a expectativa do BRDE de que os indicadores de qualificação técnica de uma equipe de profissionais (como grau de escolaridade, quantitativo de processos, tempo de experiência, número de publicações jurídico-acadêmicas, exercício do magistério em nível universitário) redundem em uma maior afluência de resultados positivos em ações judiciais. E o quesito 8 da pontuação técnica foi pensado exatamente para a finalidade de bonificar o escritório de advocacia que já conquistou um acervo de resultados positivos na fase recursal das suas ações trabalhistas e, *pari passu*, para a finalidade de aumentar a probabilidade de que o BRDE venha a ser atendido por escritórios de advocacia que tenham esse perfil de entregar resultados positivos. Na avaliação do BRDE, o desenho do quesito 8 e as finalidades que com ele o BRDE pretende alcançar coadunam-se plenamente com o princípio constitucional da eficiência e com o princípio da indisponibilidade do interesse público. A apresentação (durante a licitação) da comprovação de recursos processuais “vitoriosos” não

garante que a licitante seja a melhor dentre todas as concorrentes, mas idealmente sinaliza que ela tem familiaridade com o amplo leque de requisitos e condições técnicas a que se subordinam o conhecimento e o provimento dos tais recursos.

Se é verdade que fatores alheios à qualificação técnica de uma sociedade de advogados podem dificultar ou retardar a obtenção de decisões judiciais que deem provimento a recursos em ações trabalhistas, também é razoável considerar que a ocorrência concreta de tais fatores alheios à qualificação técnica seja a exceção (e não a regra). Por isso, não é adequado criar uma norma que desconsidere aquilo que é o mais comum de acontecer e, em vez disso, adote como suporte fático aquilo que é excepcional. Em um escritório de advocacia que tenha experiência e uma larga carteira de processos, os fatores excepcionais que dificultam ou retardam a obtenção de decisões de provimento a recursos em ações trabalhistas tendem a ficar restritos a um conjunto pequeno de casos, os quais acabam sendo diluídos pelo maior contingente de casos “normais”, em que os tais fatores excepcionais não comparecem. Para ilustrar essas ponderações, começamos por abordar o quadro-resumo reproduzido abaixo. Esse quadro-resumo, retirado da pág. 139 do Relatório Geral da Justiça do Trabalho de 2021 (disponível em <https://www.tst.jus.br/documents/18640430/30889144/RGJT+2021.pdf/16c678c9-7136-51ba-2d62-cae4c5a4ab4d?t=1659976490857>), mostra os números totais dos tipos de recursos julgados pelo TST durante todo o ano de 2021 e a segmentação desses números totais pelos desfechos possíveis que cada tipo de recurso pode ter.

Tabela 3.5.2.1. Processos julgados por classe. 2021.

Classe	Não Conhecido	Não Provido	Provido	Acordo	Outras	Total
Recurso de Revista	11.111	410	19.007	1.046	150	31.724
Recurso de Revista com Agravo	5.242	814	9.441	1.742	34	17.273
Recurso Ordinário Trabalhista	211	1.092	524	70	155	2.052
Agravo de Instrumento em Recurso de Revista	153.031	72.086	11.464	5.847	336	242.764
Agravo de Instrumento em Recurso Ordinário	13	28	4	2	1	48
Agravo	4470	34.417	2.487	1.061	356	42.791
Embargos de Declaração Cível	829	13.239	3.065	339	54	17.526
Embargos	595	51	821	102	85	1.654
Outras	62	159	50	689	214	1.174
Total	175.564	122.296	46.863	10.898	1.385	357.006

Logo na primeira linha que se segue ao cabeçalho da tabela, depara-se com os dados referentes aos recursos de revista julgados pelo TST ao longo do ano de 2021.

Foquemos nossa atenção nestes dois dados:

- Total de recursos de revista admitidos na origem e julgados pelo TST em 2021 (última coluna): 31.724
- Recursos de revista admitidos na origem que foram providos pelo TST em 2021 (quarta coluna da esquerda para a direita): 19.007

Da análise relacional dos dois dados indicados acima, chega-se à conclusão de que 59,91% (19.007 / 31.724) dos recursos de revista admitidos na origem que foram julgados pelo TST em 2021 foram providos pelo TST. Tomando-se como premissa essa frequência de 59,91% de êxito dos recursos de revista julgados pelo TST em 2021, torna-se justificado o surgimento de uma expectativa consistente em que um escritório de advocacia dotado de bons predicados tenha um desempenho que reflita, em média, essa taxa de frequência ou que a supere. Ainda nessa linha de raciocínio, é sensato esperar que os fatores alheios à qualificação técnica da sociedade de advogados contribuam para a taxa dos recursos de revista não-providos; a posse de uma carteira de processos de número significativo tende a ser suficiente para evitar que anormalidades ocasionem graves distorções nessa taxa. De qualquer forma, a inexistência de resultados positivos (ou seja, a não-ocorrência de recursos de revista providos) no seio de uma carteira de processos de uma sociedade de advocacia seria um fenômeno absolutamente raro e não-esperado à luz da taxa média de êxito já citada, fenômeno cuja explicação (pela sociedade de advocacia envolvida) requereria dela (da sociedade de advocacia) a satisfação de uma carga argumentativa que iria muito além da pouco crível hipótese de que tal fenômeno se deve a fatores alheios à qualificação técnica da sociedade. Em escritório com ampla carteira de processos, a hipótese dos “fatores alheios”

não se reveste da força persuasiva necessária para explicar uma inexistência de provimentos de recursos de revista (ou um baixo número de provimentos de recursos de revista), na medida em que a taxa média nacional (para o ano de 2021) aponta para uma frequência relativamente alta de provimentos.

Todo esse arcabouço fático envolvendo a realidade e as necessidades do BRDE tem o condão de estabelecer exigências mínimas que sejam pertinentes e indispensáveis para uma boa contratação, com vista à seleção da proposta mais vantajosa.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça – STJ:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. EDITAL. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. PROVA DE EXPERIÊNCIA PRÉVIA NO DESEMPENHO DE ATIVIDADES SIMILARES OU CONGÊNERES AO OBJETO LICITADO. [...]

5. Os princípios da igualdade entre os concorrentes e da ampla competitividade não são absolutos, devendo ser ponderados com outros princípios próprios do campo das licitações, entre eles o da garantia da seleção da melhor proposta e o da segurança do serviço/produto licitado. (negritou-se)

6. Tem-se aí exigência plenamente proporcional pois (i) adequada (a prévia experiência em atividades congêneres ou similares ao objeto licitado é medida que faz presumir, como meio, a qualificação técnica - o fim visado), (ii) necessária (a prévia experiência em atividades congêneres ou similares ao objeto licitado é medida de fácil demonstração, autorizando a sumarização das exigências legais) e (iii) proporcional em sentido estrito (facilita a escolha da Administração Pública, porque nivela os competidores uma vez que parte de uma qualificação mínima, permitindo, inclusive, o destaque objetivo das melhores propostas com base no background dos licitantes).

(Resp. 1257886/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/11/2011, DJE 11/11/2011).

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CAPACITAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL DA EMPRESA PARA EXECUÇÃO DE OBRA PÚBLICA.

[...]

- A capacitação técnica operacional consiste na exigência de organização empresarial apta ao desempenho de um empreendimento, situação diversa da capacitação técnica pessoal.

- Por conseguinte, também não se reconhece ilegalidade na proposição quando a exigência está devidamente relacionada com o objeto licitado, inexistindo qualquer alegação de excessividade, ou seja, de exigência de experiência anterior superior, mais intensa ou mais completa do que o objeto licitado.

- **Exegese do dispositivo infraconstitucional consoante à Constituição, às peculiaridades do certame e suma exigência da supremacia do interesse público, haja vista que o recapeamento de um trecho do asfalto de uma cidade, como a de São Paulo, deve ser executado imune de qualquer vício de sorte a não fazer incidir serviços contínuos de reparação. [...]** (negritou-se)

(Resp. 331215, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 27p. 129).

Assim como é necessário, por exemplo, na licitação do tipo menor preço, que sejam estabelecidos critérios de admissibilidade (orçamento estimado / preço máximo admissível), buscando-se a obter melhores propostas, nas licitações que envolvem o critério de melhor técnica (no caso, a técnica e o preço) também se faz necessário o estabelecimento de critérios, visando à obtenção da melhor contratação possível, respeitados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Na esteira da inteligência até agora exposta, cabe trazer à baila decisão do Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre/RS, em que analisou Mandado de Segurança impetrado por interessado em licitação conduzida pelo BRDE, questionando-se os critérios de pontuação utilizados, em que se indeferiu o pedido liminar que pleiteava a suspensão do certame para alteração dos requisitos de pontuação técnica:

*No caso concreto, o Edital, lei do certame, especifica o regramento da licitação que devem os interessados se submeterem. Em que pese a irresignação da parte impetrante não verifico qualquer ilegalidade de plano, uma vez que apresentada a impugnação por parte da impetrada a autoridade dita como coatora **fundamentou a sua decisão em manter o requisito diante da peculiaridade da natureza do BRDE. Aliás, trata-se de ato discricionário da autarquia interestadual quanto aos critérios de pontuação técnica, sendo razoável a sua exigência. Gize-se que a discricionariedade na estipulação dos critérios está delimitada de acordo com a natureza e a extensão do objeto a ser contratado, reputando-se válidas as condições desde que compatível com a finalidade pública almejada com a contratação. Outrossim, os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade. Diante da falta de relevância nos fundamentos invocados, não se vislumbra, em juízo de cognição sumária, qualquer ilegalidade ou irregularidade que permita justificar, sem que avulte evidente prejuízo o estacamento do Edital. Nesse contexto, não vislumbro ato ilegal na postura do impetrado, já que atenta aos princípios norteadores da licitação pública.** (grifos nossos)*

Processo 001/1.15.0008707-7 (CNJ 0011753-67.2015.8.21.0001)

No mesmo sentido, julgado do Tribunal de Contas da União – TCU:

REPRESENTAÇÕES COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. EXIGÊNCIAS PARA COMPROVAÇÃO DO DIREITO DE LICITAR. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. [...] as condições específicas são fixadas pelo ato convocatório, em função das características da contratação desejada em um determinado certame, cabendo à Administração Pública, neste último caso, deliberar acerca da extensão e do conteúdo dos requisitos que serão exigidos daqueles que pretendam formular propostas. 2. A discricionariedade na fixação das condições específicas está delimitada pela natureza e extensão do objeto a ser contratado, sendo válidas as exigências dessa ordem desde que se revelem necessárias e adequadas a comprovar a existência do direito de licitar. 3. O princípio que refuta a restrição ao caráter competitivo não é absoluto, representando essencialmente a expressão sintetizada de uma orientação vista em caráter de generalidade, a admitir, por óbvio, excepcionalidades que sejam conduzidas por circunstâncias ensejadoras de determinada feição fora do comum. (grifos nossos).

Proc. 016.687/2007-3 – TP – Rel. Min. Valmir Campelo – DJ 17.08.2007.

Por conseguinte, considerando os mais básicos princípios administrativos, assim como as melhores referências jurídicas, não assiste razão à Impugnante, mantendo-se inalterados os termos editalícios atacados, indeferindo-se a Impugnação quanto aos pontos alegados.

4. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, esta COPEL decide pela **IMPROCEDÊNCIA** do pedido da peça exordial, negando provimento à Impugnação quanto às razões da Demandante sobre a retificação dos itens solicitados, mantendo os seus exatos termos.

Porto Alegre, 12 de setembro de 2022.

Felipe Calero Medeiros
Comissão Permanente de Licitações