



**AO ILUSTRE PREGOEIRO DO BANCO DE DESENVOLVIMENTO DE
MINAS GERAIS – BDMG**

Processo SEI nº:5200.01.0000134/2020-69

RIO MINAS TERCEIRIZAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA, empresa regularmente constituída, inscrita no CNPJ sob o nº [REDACTED], com sede [REDACTED], por seu Representante Legal, **Adriano Miranda Oliveira**, brasileiro, casado, portador da CI nº [REDACTED] e inscrito no CPF sob o nº [REDACTED], vem, perante Vossa Senhoria, **tempestivamente**, com fundamento no art. 18 do Decreto nº 5.450/2005 e § 1º do artigo 41 da Lei 8666/93, apresentar:

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO BDMG-04/2020

Pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

PRELIMINARMENTE - DA NULIDADE ABSOLUTA DO OBJETO
CONVOCATÓRIO

O instrumento convocatório desta licitação faz uma exigência que vai de encontro à própria essência da licitação que é garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, de maneira a assegurar oportunidade igual a todos os interessados e possibilitar o comparecimento ao certame ao maior número possível de concorrentes.



O princípio da competitividade é princípio que rege à licitação, e está diretamente ligado ao princípio da isonomia. É necessário que a Administração, mantenha as condições para que haja uma competição isenta de preferências ou interesses dissociados da coisa pública.

Existe a obrigatoriedade por parte da Administração em cuidar para que essas condições de participação do certame sejam equânimes para todos os interessados. É patente a afirmativa de que não há competição sem isonomia e não há isonomia sem competição.

Dessa forma, restou comprovado que o presente instrumento convocatório, infringiu de forma evidente, os princípios tão consagrados pela Carta Magna. Sendo assim, deverá ser declarado a Nulidade absoluta do instrumento, determinando a nova publicação do edital com as devidas e necessárias alterações. Tudo com o fim de cumprimento dos ditames legais vigentes e garantindo assim, consequentemente, a isonomia e competitividade honesta e justa entre os licitantes.

DOS FATOS

O BANCO DE DESENVOLVIMENTO DE MINAS GERAIS - BDMG, por intermédio da Superintendência Jurídica, sediada na Rua da Bahia, 1.600, Belo Horizonte, MG, tornou pública a intenção de realizar um processo licitatório na modalidade de PREGÃO, na forma ELETRÔNICA, objetivando a contratação de serviços de projeto, desenvolvimento e manutenção de software com práticas ágeis, on-site, mediante cessão de mão de obra exclusiva, em conformidade com as especificações constantes no edital nº 04/2020 e seus anexos.



DO MÉRITO

Tem-se que para participar da referida licitação fora exigido pelo Instrumento Convocatório os seguintes requisitos, *in verbis*:

“2.4. Qualificação técnica

2.4.1. Atestado de capacidade técnica, expedido (s) por pessoa (s) jurídica (s) de direito público ou privado, que comprove (m) que a licitante tenha:

- I. no mínimo, 3 (três) anos de experiência na prestação de serviços de projeto, desenvolvimento e manutenção de software, mediante cessão de mão de obra;
- II. prestado os serviços com no mínimo 50% da quantidade de postos de trabalho previstos para cada um dos lotes 1 a 3 do objeto;
- III. utilizado na prestação dos serviços de desenvolvimento de software práticas ágeis como Scrum, Extreme Programming (XP) ou Kanban”.

Ocorre que não há qualquer embasamento jurídico para tais exigências, posto que afrontam os princípios da isonomia, da obtenção da proposta mais vantajosa à Administração Pública, da competitividade e a Constituição da República.

Com efeito, não há dúvida que a licitação se caracteriza como um procedimento administrativo que tem por escopo escolher a proposta mais vantajosa para a Administração, bem como estabelecer a igualdade entre os participantes, isto é garantir e efetiva aplicabilidade dos princípios da isonomia e impessoalidade.



Desta feita, a Administração Pública, ao avaliar a qualificação técnica dos interessados em participar do processo licitatório, deve aferir se estes dispõem de experiência, conhecimentos, e do aparato operacional suficiente a atender o objeto do contrato administrativo.

Assim, todos os interessados em firmar contrato com a Administração Pública, indubitavelmente, precisam apresentar condições técnicas de modo que possam cumpri-lo com a máxima eficiência. E esta comprovação será um instrumento verificador da aptidão profissional e operacional dos candidatos.

Neste ínterim, o art. 30, da Lei nº 8.666/93 assevera que a qualificação técnica limitar-se-á:

- I - Ao registro ou 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 de instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação**, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos; (Grifo nosso)
- III - comprovação de recebimento de todos os documentos relativos à licitação, bem como todas as informações e condições a respeito do local onde deve ser executado o contrato;
- IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso;
- V - Atestados de capacitação técnico profissional e operacional;
- VI - metodologia de execução, nos casos de obras, serviços e compras de grande vulto.

Destarte, na habilitação do licitante, fase do procedimento licitatório em que se verifica a aptidão do candidato para a futura contratação, é terminantemente vedado ao Administrador Público admitir, prever, incluir ou tolerar, no instrumento convocatório,



quaisquer 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 das empresas licitantes, ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, conforme prescreve o inciso I do § 1º do art. 3º da Lei 8.666/93.

Outrossim, a Constituição da República, em seu art. 37, XXI, no que tange ao processo administrativo licitatório, estabelece que **"somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações"**, como meio de selecionar, não qualquer interessado, mas apenas quem possa evidenciar efetivamente as condições para executar aquilo a que se propõe o edital.

O edital, em respeito à Lei 8.666/93 e a Constituição da República, deverá estabelecer os parâmetros que terão por escopo nortear a procura de garantia da satisfatória execução do que será contratado, limitados pela compatibilidade com o objeto pretendido, deixando-se de lado todos aqueles requisitos que não se apresentam essenciais à proteção do interesse público.

Valendo-se de uma exegese sistemática do nosso ordenamento jurídico, pode-se afirmar que não basta a definição das condições que deverão ser apresentadas para comprovar a condição técnica, mas a busca por aquelas que, dentro da segurança de execução estabelecida, menor cerceamento acarreta à competição.

Deve-se identificar, bem como utilizar o patamar mínimo que permite estabelecer a segurança da execução do objeto do contrato administrativo. A finalidade é ampliar a possibilidade dos participantes, de forma a abarcar todos aqueles que pelo menos minimamente estão aptos a atender o nível de garantia estipulado. Busca-se, dentro da margem de segurança identificada, a proposta de preço mais vantajosa à Administração.



Portanto, compete a este Ilustre Pregoeiro, após confrontar o edital com a Carta Magna, afastar as cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames de nosso ordenamento jurídico e cujo excessivo rigor possa impedir possíveis proponentes.

Diante disso, é indubitável que, no presente caso, a exigência de atestado de capacidade técnica, direcionado para serviços de desenvolvimento e manutenção de software, mediante cessão de mão de obra, restringe a competitividade do certame, já que acaba por limitar um considerável número de possíveis interessados, ferindo, mortalmente, os princípios da legalidade, isonomia e da obtenção da proposta mais vantajosa à Administração Pública – cânones basilares do processo licitatório.

É clarividente que tal exigência impede que diversas empresas do ramo de tecnologia e informática participem do referido processo licitatório, simplesmente por não possuírem atestado de capacidade técnica com a nomenclatura dos postos licitados e em serviços de desenvolvimento de softwares, mas que possuem expertise e experiência em diversos outros serviços de manutenção, suporte, *call center*, e tecnologia, demonstrando a capacidade em fornecer mão de obra dedicada e exclusiva para a eficaz prestação dos serviços.

Insta ressaltar que a restrição de competição se configura como crime previsto no artigo 90 da Lei 8.666/93:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.



Importante também recordar que o art. 83 da Lei 8.666 estabelece que os crimes definidos na referida Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

Com a finalidade de promover maior competitividade entre os participantes, os Princípios da Vantajosidade e Economicidade, presume-se como sendo prerrogativa da Administração Pública. Agregando assim, o maior número possível de concorrentes e viabilizando agregar preço e qualidade aos serviços. Promovendo, desta forma, maior competitividade entre os participantes e opções para o órgão licitante em adequar suas possibilidades e necessidades junto ao serviço licitado.

Destarte, seja através das regras estabelecidas no edital, seja através dos atos praticados pelos agentes públicos, não pode a Administração Pública afastar os candidatos interessados exigindo condições que não sejam necessárias ao cumprimento do contrato.

A propósito, não se trata de entendimento recente, conforme é possível constatar nos seguintes acórdãos relacionados:

“Deve-se ter em mente que este Tribunal tem precedentes no sentido de que a compatibilidade entre os serviços anteriores e o serviço licitado deve ser entendida como condição de similaridade e não de igualdade.” Acórdão 1.140/2005-Plenário. . “111. Nesse ponto, parece residir a principal discussão a ser enfrentada – que espécie de aptidão deve ser requerida para a execução de contratos de serviços de natureza continuada, em que esteja caracterizada cessão de mão de obra. (...) 114. O que importa é perceber que a habilidade das contratadas na gestão da mão de obra, nesses casos, é realmente muito mais relevante para a Administração do que a aptidão técnica para a execução dos serviços, inclusive porque estes apresentam normalmente pouca complexidade. Ou seja, nesses contratos, dada a natureza dos



serviços, **interessa à Administração certificar-se de que a contratada é capaz de recrutar e manter pessoal capacitado e honrar os compromissos trabalhistas, previdenciários e fiscais.** É situação muito diversa de um contrato que envolva complexidade técnica, como uma obra, ou de um contrato de fornecimento de bens, em que a capacidade pode ser medida tomando-se como referência a dimensão do objeto – que serve muito bem o parâmetro de 50% usualmente adotado. ” Acórdão 1.214/2013 – Plenário.

“1.7.1. Nos certames para contratar serviços terceirizados, em regra, os atestados de capacidade técnica devem comprovar a habilidade da licitante em gestão de mão de obra, e não a aptidão relativa à atividade a ser contratada, como ocorrido no pregão eletrônico (...);

1.7.2. Nos casos excepcionais que fujam a essa regra, devem ser apresentadas as justificativas fundamentadas para a exigência, ainda na fase interna da licitação, nos termos do art. 16, inciso I, da IN 02/08 STLI;” Acórdão 744/2015 – 2ª Câmara.

Neste sentido, convém destacar trecho do Acórdão nº 32/2003/TCU-Primeira Câmara:

Nesse contexto, pode-se concluir que a entidade que promove a licitação **deve fundamentar adequadamente a exigência da capacidade técnica, demonstrando de forma inequívoca sua imprescindibilidade e pertinência em relação ao objeto licitado, de modo a afastar eventual possibilidade de restrição ao caráter competitivo do certame.** (Grifo nosso)

Ademais, o fato de os serviços a serem contratados requererem mão de obra cujas profissões estejam previstas/regulamentadas em lei não justifica, por si só, a necessidade de especialização da empresa a ser contratada na prestação desses serviços, uma vez que o executante do serviço não se confunde com o prestador do serviço requerido pelo órgão contratante.

Se a própria lei exige a apresentação de atestados de capacidade técnicas, pertinentes e compatíveis com objeto licitado, não cabe ao administrador proceder de forma contrária,



restringindo a participação de empresas que desenvolvem e já executaram, satisfatoriamente, serviços na área de tecnologia da informação e informática com o fornecimento de mão de obra em caráter dedicado e exclusivo, mas que não possuem os mesmos dizeres que as funções a serem contratadas no presente processo.

Considerando que o próprio edital definiu o seu objeto como serviços mediante cessão de mão de obra exclusiva, não faz sentido algum estabelecer exigências tendentes a favorecer um número restrito de empresas que já tenham prestado serviços em determinada área, como desenvolvimento e manutenção de software.

Portanto, qualquer exigência no edital deve ser aplicada em conformidade com os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, inerentes à Administração Pública, buscando seu único fim, qual seja, a participação ampla das interessadas nos processos licitatórios promovidos pela Administração Pública, e não restringir esta participação.

Dessa forma, em respeito à legislação em vigor, bem como aos princípios da ampla competitividade, da igualdade e, sobretudo, da obtenção da proposta mais vantajosa, a única alternativa que resta a este Pregoeiro é a de modificar a exigência contida no subitem 2.4.1 do ANEXO II – do Edital, no sentido de permitir aos licitantes a apresentação de atestado(s) que comprove(m) que o PROPONENTE executa/executou serviço, tão somente, de fornecimento de mão de obra em caráter exclusivo no ramo de tecnologia e informação / informática, mas não limitando em uma determinada área da atividade, como manutenção e desenvolvimento de *softwares*, não restringindo assim àqueles que já prestaram serviços no ramo de atividade principal (tecnologia e informática e congêneres), visto que tal medida não acarreta qualquer prejuízo ao certame licitatório e, além disso, possibilita a participação do maior número possível de empresas do segmento.

DOS PEDIDOS

Ante ao exposto, requer a **RIO MINAS TERCERIZAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA:**



- a) Seja acolhida a preliminar suscitada. Determinando de pronto a nulidade absoluta do objeto convocatório e determinando a publicação de novo edital com as devidas correções.
- b) Acolher as razões da presente impugnação, para julgá-las procedente, de forma a afastar e elucidar a questão ora combatida no subitem **2.4.1 do ANEXO II** – do Edital do edital de licitação, declarando assim, a nulidade deste, em observância ao disposto da Lei nº 8.666/93 e na Constituição da República;
- c) De forma secundária, tendo em vista que a sessão pública eletrônica está designada para às **9:30 min do dia 29 de junho de 2020**. Requer, ainda, seja conferido efeito suspensivo a esta impugnação, adiando-se a referida sessão para data posterior à solução dos problemas ora apontados.
- d) Determinar, por conseguinte, a nova publicação do edital, com as devidas alterações ora requeridas pela impugnante, quais sejam: admitir que os licitantes apresentem atestados de capacidade técnica, compatíveis e pertinentes com o objeto licitado, isto é, demonstrando aptidão com o fornecimento de mão de obra dedicada no ramo de Tecnologia da Informação e Informática, tão somente; já que não acarreta qualquer prejuízo ao certame licitatório e amplia, consideravelmente, a quantidade de proponentes.
- e) Caso assim não entenda Vossa Senhoria, requer a imediata remessa da presente impugnação à autoridade superior hierárquica para conhecimento e demais providências cabíveis.

Termos em que pede e espera deferimento.

Belo Horizonte, 25 de junho de 2020.


RIO MINAS TERCEIRIZAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA

Nº do Documento Legal: Adriano Miranda Oliveira

Insc. Est. [REDACTED]
RIO MINAS TERCEIRIZAÇÃO E
ADMINISTRAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA

[REDACTED]
[BELO HORIZONTE - MINAS GERAIS]

Adm. Adriano Miranda Oliveira
CPF: [REDACTED]
CRA/MG [REDACTED]

A/C Sr. Adriano Miranda Oliveira
RIO MINAS TERCEIRIZAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA.



Trata-se de impugnação interposta pelo Sr. Adriano Miranda Oliveira, em nome da RIO MINAS TERCEIRIZAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA., no dia 25/06/2020, ao edital BDMG-04/2020.

Do juízo de admissibilidade

Estatui o edital, item 2.4, que “em caso de impugnações, deverá o interessado apresentar seu pedido no Setor de Protocolo do BDMG, situado na Rua da Bahia, 1.600, em Belo Horizonte, MG, em invólucro lacrado, com identificação do seu conteúdo no anverso, identificando-se obrigatoriamente pela indicação de seu CNPJ, se pessoa jurídica, ou CPF, se pessoa física”.

A impugnação não foi apresentada no setor de protocolo do BDMG, mas mediante e-mail, em cópia simples. Contudo, verificada a relação do Sr. Adriano com a Rio Minas, detalhada a seguir, e considerando o endereço eletrônico institucional mediante o qual foi remetida ao Banco, foi recebida, com fundamento nos princípios da instrumentalidade das formas e do formalismo moderado¹.

Não foi encaminhado junto ao instrumento impugnatório qualquer documento no sentido de o Sr. Adriano possuir poderes específicos para representação da Rio Minas perante o BDMG. Contudo, pelo que determina o edital, item 4.5.3, empreendi consulta ao Cadastro Geral de Fornecedores do Estado de Minas Gerais – CAGEF e obtive o Certificado de Registro Cadastral – CRC da Rio Minas, documento apto à verificação pertinente, pelo que prescrevem, na inteligência do art. 57, §1º, do Regulamento Interno de Licitações do BDMG, o Decreto Estadual 47.524/2018, arts. 23, §1º, e 37, e a Resolução SEPLAG 93/2018, art. 4º, inciso II, constatada a incapacidade de representação, vez que esta, embora o Sr. Adriano seja sócio administrador, materializa-se somente em conjunto com o outro sócio, Sr. Átila Jorge Miranda Ferreira Silva.

Por todo exposto, a impugnação foi recebida como realizada pelo Sr. Adriano Miranda Oliveira, pessoa física.

Determina o edital, item 2.3, que “serão cabíveis pedidos de esclarecimentos e impugnações ao Edital que forem encaminhados ao Pregoeiro até 02 (dois) dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública”. Na contagem dos prazos, exclui-se o dia do início e inclui-se o do vencimento, segundo estabelece o edital, item 4.4.1.

¹ Tenha-se a definição do Código de Processo Civil, art. 188: “Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”.

Portanto, designada então para o dia 29/06/2020 a sessão pública, a impugnação, apresentada em 25/06/2020, é intempestiva. Contudo, em razão do direito constitucional de petição – Constituição da República, art. 5º, inciso XXXIV – foi conhecida, mas apenas em seu caráter de mera petição, sem vínculo a prazo de resposta.

Do juízo de mérito

O Peticionário se insurge contra as regras de habilitação técnica expressas no Anexo II do edital, item 2.4. Da argumentação apresentada, a qual examinei em sua integralidade, transcreverei apenas os principais pontos, fundamentais, e minha análise.

Afirma preliminarmente o Sr. Adriano que *“O instrumento convocatório desta licitação faz uma exigência que vai de encontro à própria essência da licitação que é garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, de maneira a assegurar oportunidade igual a todos os interessados e possibilitar o comparecimento ao certame ao maior número possível de concorrentes”*.

A afirmação não se sustenta na realidade.

De fato, o princípio da isonomia ou igualdade, como os demais princípios que vinculam esta licitação nos termos da Lei Federal 13.303/2016, art. 31, tem função instrumental, para garantir a consecução da única razão essencial de toda licitação, o alcance do interesse público, no caso, mediante obtenção da proposta mais vantajosa² para o BDMG.

No magistério de Joel de Menezes Niebuhr³, “o que determina se dada exigência é compatível ou incompatível com o princípio da isonomia é o interesse público. Se a exigência for amparada e justificada no interesse público, ainda que desigual pessoas e situações, será legítima, sem impor qualquer sorte de agravos ao princípio da isonomia”.

Da mesma forma, o privilégio à obtenção de competitividade deve ser compreendido à luz do interesse público, importando no estabelecimento de condições necessárias à seleção de fornecedor plenamente apto ao desempenho das funções a serem contratadas. É isso o que se fez mediante a regra de habilitação técnica no edital.

Declara o Peticionário que *“todos os interessados em firmar contrato com a Administração Pública, indubitavelmente, precisam apresentar condições técnicas de modo que possam cumpri-lo com a*

² “O art. 31 prevê que a busca da proposta mais vantajosa deve ser perseguida com base nos seguintes princípios: ‘... da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção da competitividade e do julgamento objetivo’”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Organizador. Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 337).

³ NIEBHUR, Joel de Menezes. Pegão Presencial e Eletrônico. 8. Ed. rev., ampl e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p.35

máxima eficiência. E esta comprovação será um instrumento verificador da aptidão profissional e operacional dos candidatos”, apontando para a Lei Federal 8.666/1993, art. 30, inciso II; que “na habilitação do licitante, fase do procedimento licitatório em que se verifica a aptidão do candidato para a futura contratação, é terminantemente vedado ao Administrador Público admitir, prever, incluir ou tolerar, no instrumento convocatório, quaisquer 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 das empresas licitantes, ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, conforme prescreve o inciso I do § 1º do art. 3º da Lei 8.666/93”; e que “a Constituição da República, em seu art. 37, XXI, no que tange ao processo administrativo licitatório, estabelece que ‘somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações’, como meio de selecionar, não qualquer interessado, mas apenas quem possa evidenciar efetivamente as condições para executar aquilo a que se propõe o edital”.

O Sr. Adriano está correto quanto à avaliação acerca da necessidade absoluta de que os licitantes possuam a aptidão técnica necessária ao desempenho das atividades a serem contratadas. Contudo, a exigência que alterca se fundamenta não nas prescrições constitucionais do art. 37, XXI, e da Lei Federal 8.666/1993, mas no que determinam a Constituição Federal no art. 173, §1º, inciso III, e a Lei Federal 13.303/2016.

Na visão de Marçal Justen Filho⁴, a promulgação da Lei Federal 13.303/2016 deu efetividade à alteração trazida pela Emenda Constitucional 19/1998 ao art. 22, inciso XXVII, mediante o qual o disposto na Constituição da República, art. 37, XXI, passou de fato a vincular somente a Administração Pública direta, autárquica e fundacional, ficando as empresas públicas – como o BDMG – subordinadas ao que determina a Carta Magna, art. 173, §1º, inciso III.

A redação original da CF/1988 previa um regime jurídico geral e uniforme para as contratações administrativas. Toda a atividade contratual da Administração Pública, inclusive da Administração indireta com personalidade jurídica de direito privado, subordinava-se à regra do art. 37, XXI, da CF/1988. Até por isso e enquanto vigente esse modelo, foi editada a Lei 8.666/1993 – adotando um regime uniforme para todas as contratações administrativas.

A alteração superveniente, promovida pela EC 19/1998, acarretou a redução do âmbito de vigência do art. 37, XXI. Com a nova redação, o art. 22, XXVII, passou a determinar que o referido art. 37, XXI, aplicava-se apenas para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional. Já as empresas públicas e sociedades de economia mista, exploradoras de atividade econômica, passavam a se sujeitar ao art. 173, §1º, III, da CF/1988.

...

A diferenciação consagrada constitucionalmente não pode ser negada. Não é admissível o argumento de que, em face da Constituição, admitir-se-ia a existência de um mesmo e único regime licitatório e contratual para todos os sujeitos integrantes da Administração Pública. Essa tese equivale a tornar inútil a EC 19/1998.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal (Org.) Estatuto jurídico das empresas estatais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 284.

Com efeito, na edição mais recente de sua obra mais referenciada o Marçal⁵ afirma:

Como exposto anteriormente, a EC 19/1998 consagrou tratamento dicotômico para as licitações e contratações promovidas pelas entidades integrantes da Administração Pública. Os sujeitos administrativos com personalidade de direito público sujeitam-se à Lei 8.666/1993. As sociedades estatais empresárias subordinam-se à Lei 13.303/2016.

Reconhece também o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais⁶ que as licitações instauradas pelo Banco se submetem "a regime jurídico próprio, consagrado na Lei n. 13.303, de 2016, de modo que, ressalvadas as disposições legais em sentido contrário, não se aplicam à espécie as disposições da Lei n. 8.666, de 1993".

Portanto, a regra constitucional a qual impõe objetivamente a adoção somente dos requisitos de habilitação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações objeto da licitação não se aplica às empresas públicas. Aplicam-se ao BDMG as prescrições da lei específica, em seu artigo 58, inciso II: os critérios técnicos habilitatórios devem se restringir às parcelas que forem técnica ou economicamente relevantes, o que efetivamente se fez.

O Sr. Adriano afirma ainda ser *"indubitável que, no presente caso, a exigência de atestado de capacidade técnica, direcionado para serviços de desenvolvimento e manutenção de software, mediante cessão de mão de obra, restringe a competitividade do certame, já que acaba por limitar um considerável número de possíveis interessados, ferindo, mortalmente, os princípios da legalidade, isonomia e da obtenção da proposta mais vantajosa à Administração Pública – cânones basilares do processo licitatório"*.

A análise, equivocada, ignora a razão de ser da exigência de capacidade técnica, justamente a aferição da expertise necessária ao licitante.

A exigência do edital se limita à comprovação de execução de serviços que constituem as parcelas relevantes do objeto, nos termos da lei, e sua interferência na competitividade restringe-se ao que é inerente a esse tipo de requisito.

No entendimento de Joel de Menezes Niebhur⁷,

Em que pese a centralidade do princípio da competitividade, não se pode perder de vista que a licitação pública faz-se em favor da Administração Pública, responsável pela concreção do interesse público. A licitação não deve ser aberta a qualquer interessado, porque não são todos que conseguem atender às necessidades

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 30

⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Denúncia n. 1054240. Rei. Cons. Gilberto Diniz. Sessão do dia 14/03/2019. Disponibilizada no DOO do dia 05/04/2019. Disponível em: <http://tcjuris.tce.mg.gov.br/Home/BaixarArquivoArq?arquivo=1822260>

⁷ NIEBHUR, Joel de Menezes. Pegão Presencial e Eletrônico. 8. Ed. rev., ampl e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p.256.

administrativas. Daí que é perfeitamente lícito formular em edital, exigências que excluam a participação de eventuais interessados e, sob essa perspectiva, sejam limitadoras da competição. Não se admite é a licitação que dê as costas aos interessados que atendem ao interesse público.

No mesmo sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no regime jurídico da Lei Federal 8.666/93, muito mais restritivo à Administração que o da Lei Federal 13.303/2016 que se aplica ao BDMG.

... IMPUGNAÇÃO DE EDITAL. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE. **PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, IGUALDADE E COMPETITIVIDADE.** INTERPRETAÇÃO DO ART. 30, II, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93.

...

2. **Não se comete violação ao art. 30, II, da Lei nº 8.666/93, quando, em procedimento licitatório, a Administração Pública edita ato visando a cercar-se de garantias o contrato de prestação de serviços de grande vulto e de extremo interesse para os administrados.**

3. **Tendo em vista o elevado montante dos valores objeto de futura contratação, é dever do administrador público realizar todas as etapas do processo seletivo do prestador de serviço com grande cautela,** pautando-se rigorosamente pelos preceitos legais aplicáveis, especialmente o art. 30, § 1º, da Lei nº 8.666/93, e outros pertinentes.

4. **"O exame do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, em sua parte final, referente a "exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações" revela que o propósito aí objetivado é oferecer iguais oportunidades de contratação com o Poder Público, não a todo e qualquer interessado, indiscriminadamente, mas, sim, apenas a quem possa evidenciar que efetivamente dispõe de condições para executar aquilo a que se propõe"** (Adilson Dallari).

5. Recurso não provido.

(RMS 13.607/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/05/2002, DJ 10/06/2002, p. 144)

Prossegue o Peticionário defendendo ser *"clarividente que tal exigência impede que diversas empresas do ramo de tecnologia e informática participem do referido processo licitatório, simplesmente por não possuírem atestado de capacidade técnica com a nomenclatura dos postos licitados e em serviços de desenvolvimento de softwares, mas que possuem expertise e experiência em diversos outros serviços de manutenção, suporte, call center, e tecnologia, demonstrando a capacidade em fornecer mão de obra dedicada e exclusiva para a eficaz prestação dos serviços"*, inferindo que o estabelecimento das condições de habilitação combatidas configuraria o crime previsto na Lei Geral de Licitações, art. 90.

O Sr. Adriano se equivoca ao assumir que os serviços licitados não exigem a expertise específica. Talvez não tenha compreendido que a licitação é para contratação de serviços de projeto, desenvolvimento e manutenção de software com práticas ágeis, em modelo híbrido cuja unidade

quantitativa é posto de trabalho – no conceito⁸ do Decreto Estadual 46.559/2014, art. 6º – mas vincula os pagamentos a resultados.

Os serviços licitados são de alta complexidade e sensibilidade, para materialização do Planejamento Estratégico 2020/2024 do BDMG.

Logo, o item contestado do edital atende ao que decreta a Lei Federal 13.303/2016, art. 58, inciso II, na justa medida da necessidade do Banco.

Sobre a restrição à competitividade advinda do critério habilitatório combatido caracterizar o crime previsto na Lei Geral de Licitações, art. 90, prefiro me silenciar, por ora, assumindo, pelo princípio da boa-fé objetiva, que tal ideia estapafúrdia do Peticionário decorre apenas da sua absoluta ignorância acerca da necessidade específica motivadora desta licitação e das implicações de se atacar a honra de alguém.

O Sr. Adriano declara ainda, citando excertos de jurisprudência, que *“o fato de os serviços a serem contratados requererem mão de obra cujas profissões estejam previstas/regulamentadas em lei não justifica, por si só, a necessidade de especialização da empresa a ser contratada na prestação desses serviços, uma vez que o executante do serviço não se confunde com o prestador do serviço requerido pelo órgão contratante”*; que *“se a própria lei exige a apresentação de atestados de capacidade técnicas, pertinentes e compatíveis com objeto licitado, não cabe ao administrador proceder de forma contrária, restringindo a participação de empresas que desenvolvem e já executaram, satisfatoriamente, serviços na área de tecnologia da informação e informática com o fornecimento de mão de obra em caráter dedicado e exclusivo, mas que não possuem os mesmos dizeres que as funções a serem contratadas no presente processo”*; e que, *“considerando que o próprio edital definiu o seu objeto como serviços mediante cessão de mão de obra exclusiva, não faz sentido algum estabelecer exigências tendentes a favorecer um número restrito de empresas que já tenham prestado serviços em determinada área, como desenvolvimento e manutenção de software”*.

A afirmação de que “o executante do serviço não se confunde com o prestador do serviço requerido pelo órgão contratante” revela haver, sim, compreensão no mínimo equivocada do Peticionário acerca do objeto licitado. Ora, qualquer serviço é efetivamente prestado por pessoas físicas. Contudo, a capacidade técnica a ser aferida é da licitante, pessoa jurídica que atua no ramo pertinente ao objeto, inclusive pelo que impõe a CLT, art. 2º.

Dito isso, ressalte-se com veemência que o certame do BDMG visa a contratação de serviços complexos e altamente especializados de TI, cuja unidade quantitativa é posto de trabalho, não a intermediação de mão-de-obra, a qual é inclusive vedada pelo ordenamento jurídico⁹.

⁸ Art. 6º A prestação do serviço objeto da contratação deverá ser medida por unidade quantitativa de serviço prestado, prevista no edital e no respectivo contrato. § 1º A unidade quantitativa será determinada, preferencialmente: I - por posto de serviço vinculado à respectiva carga horária.

⁹ da Súmula 331, do TST: “I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974)”. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>

Num dos fragmentos de jurisprudência trazidos pelo próprio Peticionário tem-se a justificativa para o estabelecimento das condições de habilitação técnica do edital:

“111. Nesse ponto, parece residir a principal discussão a ser enfrentada – que espécie de aptidão deve ser requerida para a execução de contratos de serviços de natureza continuada, em que esteja caracterizada cessão de mão de obra. (...) 114. **O que importa é perceber que a habilidade das contratadas na gestão da mão de obra, nesses casos, é realmente muito mais relevante para a Administração do que a aptidão técnica para a execução dos serviços, inclusive porque estes apresentam normalmente pouca complexidade.** Ou seja, nesses contratos, dada a natureza dos serviços, interessa à Administração certificar-se de que a contratada é capaz de recrutar e manter pessoal capacitado e honrar os compromissos trabalhistas, previdenciários e fiscais. **É situação muito diversa de um contrato que envolva complexidade técnica,** como uma obra, ou de um contrato de fornecimento de bens, em que a capacidade pode ser medida tomando-se como referência a dimensão do objeto – que serve muito bem o parâmetro de 50% usualmente adotado”. – Acórdão 1214/2013

A exigência é própria do objeto.

A título de ilustração, remeto a licitação de objeto semelhante, empreendida pela Advocacia Geral da União¹⁰, edital nº 42/2019, que tinha dentre os critérios de habilitação a comprovação de:

8.9.2 ...aptidão para a prestação dos serviços em características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto desta licitação, ou com o item pertinente, por período não inferior a três anos, mediante a apresentação de atestado(s) fornecido(s) por pessoas jurídicas de direito público ou privado.

...

8.9.2.6 Adoção de metodologias ágeis de desenvolvimento de software, aplicando pelo menos uma das seguintes técnicas/modelos/frameworks: “eXtreme Programming” (XP), “Scrum”, “Feature Driven Development” (FDD), “Kanban”; “Test Driven Development (TDD)”;

...

8.9.2.15 Comprovação de ter executado contrato(s) com um mínimo de 26 (vinte e seis) postos de trabalho em observância na alínea “c.1”, do item 10.6, do anexo VII-A, da IN SG/MP nº 5/2017

Se as exigências de habilitação técnica, porque relacionadas à complexidade do objeto licitado e indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações referentes, atendem ao regime mais restritivo à Administração imposto pela Lei 8.666/93, tendo sido inclusive positivadas na forma da Instrução Normativa SG/MP 05/2017, Anexo VII-A, item 10.6, conformam-se indubitavelmente ao que designa ao BDMG a Lei Federal 13.303/2016, art. 58, inciso II:

Art. 58. A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros:

...

¹⁰ BRASIL. Advocacia Geral de União. Pregão Eletrônico SRP nº 42/2019. (Processo Administrativo nº 00693.000379/2018-34). Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/ConsultaLicitacoes/Download/Download.asp?coduasg=110161&numprp=422019&modprp=5&bidbird=N>

II - qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório;

Ao final, o Peticionário arrola seus pedidos, dentre os quais alteração do edital para determinar que os licitantes comprovem "*aptidão com o fornecimento de mão de obra dedicada no ramo de Tecnologia da Informação e Informática, tão somente*".

Por todo o exposto, a alteração pleiteada não atende ao interesse público o qual substancia o estabelecimento do requisito em demanda, para comprovação da capacidade do licitante em executar os serviços de alta complexidade técnica licitados.

Decisão

Vez que a regra combatida do edital não fere qualquer princípio ou norma norteadores das licitações públicas, mas apenas materializa obrigações legais e estabelece exigências para a execução adequada e eficaz do serviço objeto da licitação, nos moldes da Constituição Federal e da legislação específica, considero não procedentes as alegações do Sr Adriano Miranda Oliveira e os pedidos não serão acolhidos.

Atenciosamente,

Sérgio Vieira de Souza Júnior
Pregoeiro
Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S.A. – BDMG