

[REDACTED]

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO BDMG - BANCO DE DESENVOLVIMENTO DE MINAS GERAIS.

PROCESSO DE COMPRAS NO PORTAL COMPRAS MG: 5201016 000001/2022

Processo SEI nº 5200.01.0000063/2022-40

DATA: 16/02/2022.

HORA: 09h30 no horário de Brasília/DF

Local: Portal de Compras - MG, pelo endereço eletrônico www.compras.mg.gov.br.

ANDRÉ GOMES RODRIGUES ALVES, [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

vem apresentar:

IMPUGNAÇÃO

Em face da **BANCO DE DESENVOLVIMENTO DE MINAS GERAIS.**

[REDACTED]



I- TEMPESTIVIDADE.

A presente Impugnação é plenamente tempestiva, uma vez que o prazo para protocolar o pedido é de 3 dias úteis contados antes da data fixada para recebimento das propostas, e conforme a Lei 8.666/93, a qual deve servir de parâmetro subsidiário para o certame em deslinde, os prazos devem ser contabilizados da seguinte forma:


“Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, **excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento**, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.”

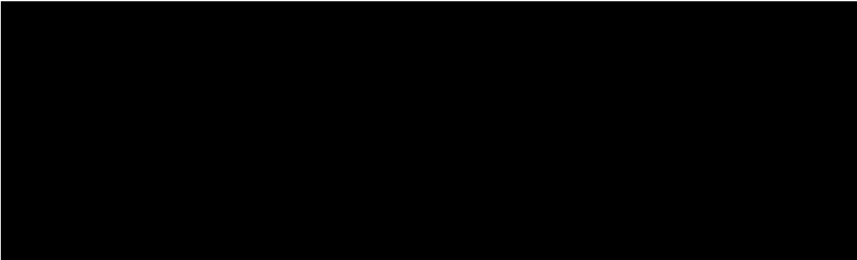
Razão pela qual é necessário conhecer e julgar a presente impugnação.

II – FATOS.

O subscrevente tem interesse em participar da licitação para prestação de serviços técnicos profissionais especializados de advocacia de natureza trabalhista nas áreas contenciosa e consultiva, alcançando tanto as demandas que tenham como parte empregados do BDMG, quanto terceirizados, em todas as instâncias.

Ao verificar as condições para participação na licitação supracitada, constatou-se que no edital há flagrante restrição da competitividade, por meio





de dispositivo que viola os preceitos que regem a Administração Pública, sendo ele o item 2.5.1.

Neste sentido, o Impugnante discordando respeitosamente do exposto no instrumento convocatório, com base na jurisprudência, na legislação federal pertinente, nos princípios que norteiam as Licitações Públicas e na doutrina interpõe a presente.

III – FUNDAMENTOS.


Inicialmente, acerca dos critérios de qualificação técnica, a Constituição Federal no art. 37, inciso XXI, permite que sejam feitas somente:

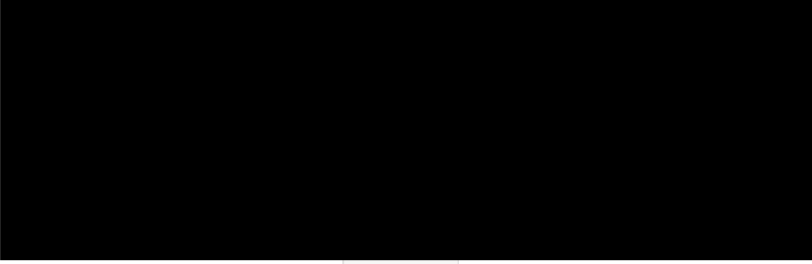
“(...) exigências de qualificação técnica e econômica **indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações**”.

Neste sentido segue a lição da Ilustre Professora DI PIETRO:

“Desse modo, a Administração Pública não deve formular requisitos excessivos que acabam desviando do objetivo principal do certame, afinal as imposições devem ser pautadas visando o interesse público. Ademais, as **exigências desnecessárias à garantia da obrigação tornam o procedimento licitatório mais formalista e burocrático, além de infringir o artigo supracitado** (DI PIETRO, 2013, p. 422).”

Conforme entendimento do Tribunal de Contas da União (2010, p. 332), as exigências habilitatórias não podem exceder os limites da razoabilidade, além de não ser permitido propor cláusulas desnecessárias e






restritivas ao caráter competitivo. Elas devem fixar apenas o necessário para o cumprimento do objeto licitado.

Outrossim, a Administração tem a finalidade de garantir maior competitividade possível à disputa, e por esse motivo, a Lei nº 8.666/93 proíbe qualquer condição desnecessária. Exigências consideradas supérfluas podem indicar o direcionamento da licitação para favorecer determinadas pessoas ou empresas. Por essa razão, **admite-se tão somente que sejam exigidos os documentos estabelecidos nos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/93.**

A fim de alcançar uma proposta mais vantajosa, a Administração deve observar os princípios da isonomia e o da livre concorrência, sendo vedadas cláusulas ou condições que estabeleçam preferências irrelevantes ao objeto do contrato e que restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame, conforme dispõe o inciso I, § 1º, do art. 3º da Lei nº 8.666/93:

“Art. 3º, § 1º: É vedado aos agentes públicos: I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, **restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, (...) ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato**, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.”





III.I – DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ITEM 2.5.1. ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA RESTRITIVO. DA JURISPRUDÊNCIA DO TCU.


Conforme supracitado a CRFB/88, permite que o edital estabeleça apenas “exigências de qualificação técnica e **econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações**”.


Todavia, o item 2.5.1, aponta um requisito completamente **dispensável e desproporcional** conforme segue:

“2.5.1. Atestado(s) de capacidade técnica **expedido(s) por instituição(ões) financeira(s), pública(s)** ou privada(s), autorizada(s) a funcionar no país, que comprove(m) que a licitante prestou ou está prestando serviços de advocacia de natureza trabalhista nas áreas cumuladas de contencioso judicial e consultiva”

Tendo em vista que objeto do certame envolve serviços técnicos profissionais especializados de advocacia de natureza trabalhista, não há necessidade de que seja comprovado a execução de serviços advocatícios de natureza trabalhista **para instituições financeiras**, sendo essa uma exigência altamente restritiva e desnecessária, pois, não há nenhuma particularidade profunda que diferencie o Direito do Trabalho em causas comuns para causas com instituições financeiras no polo passivo.

Outrossim, a Jurisprudência consolidada do TCU, entende que os atestados de capacidade técnica **devem se referir a prestação de serviço similar, não podendo o atestado exigir que o atestado contenha tipologia específica do serviço ou se refira a parcelas de menor relevância**, portanto, pode-se dizer que “atuação na justiça do trabalho” é o objeto do certame, sendo “atuação na justiça do trabalho em causas que






tenham instituição financeira no polo passivo.”, uma tipologia específica do serviço.

Para esclarecer melhor a questão de segue o posicionamento recente do Tribunal de Contas da União – TCU;

“Acórdão 1567/2018 Plenário (Representação, Relator Ministro Augusto Nardes) Licitação. Qualificação técnica. Atestado de capacidade técnica. Serviços. Especificação. Competitividade. Restrição. **Caracteriza restrição à competitividade da licitação a exigência, como critério de habilitação, de atestado de qualificação técnica comprovando experiência em tipologia específica de serviço, (...)**

Acórdão 6219/2016 Segunda Câmara (Representação, Relator Ministra Ana Arraes) Licitação. Qualificação técnica. Atestado de capacidade técnica. Subcontratação. Restrição. **Competitividade. Restringe a competitividade do certame a exigência de atestados de capacidade técnica relativos a parcelas de menor importância do objeto da licitação(...)**

Acórdão 1742/2016 Plenário (Auditoria, Relator Ministro Bruno Dantas) Licitação. Qualificação técnica. Atestado de capacidade técnica. Capacidade técnico-operacional. Restrição. Metodologia. Execução. Dragagem. **Em regra, as exigências para demonstração da capacidade técnico-operacional devem se limitar à comprovação de execução de obras e serviços similares ou equivalentes, não se admitindo, sem a devida fundamentação, a exigência de experiência em determinado tipo de metodologia executiva, (...)**





IV – PEDIDO.

Portanto, diante do exposto. requer-se:

i) A retificação do item 2.5.1 e 2.5.1.1 do Edital, para que onde se lê: “2.5.1. Atestado(s) de capacidade técnica expedido(s) por instituição(ões) financeira(s), pública(s) ou privada(s), autorizada(s) a funcionar no país, que comprove(m) que a licitante prestou ou está prestando serviços de advocacia de natureza trabalhista nas áreas cumuladas de contencioso judicial e consultiva

2.5.1.1. O(s) atestado(s) apresentado(s) conterão dados aptos a identificar a(s) instituição(ões) financeira(s) emitente(s) e possibilitar contato para diligências e validação.”


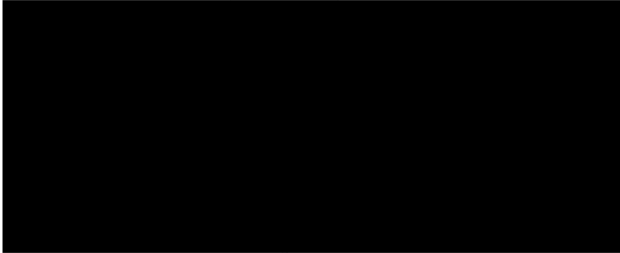
Leia-se:

2.5.1. Atestado(s) de capacidade técnica expedido(s) por pessoas jurídicas de direito público ou privada, autorizada a funcionar no país, que comprove(m) que a licitante prestou ou está prestando serviços de advocacia de natureza trabalhista nas áreas cumuladas de contencioso judicial e consultiva.”

E assim Reabrindo-se o prazo inicialmente previsto, conforme § 4º, do art. 21, da Lei nº 8666/93.

Nestes termos, Pede deferimento.

Rio de Janeiro, 11 de Fevereiro 2022.



Trata-se de impugnação interposta por ANDRÉ GOMES RODRIGUES ALVES, no dia 11/02/2022, ao edital BDMG-01/2022.

Do juízo de admissibilidade

Verificado o cumprimento dos requisitos expressos no edital, item 2.3 e respectivos subitens, conheço da impugnação.

Do juízo de mérito

A insurgência é contra a regra de habilitação técnica como consta no edital, Anexo II, item 2.5.1. Da argumentação apresentada, a qual examinei em sua integralidade, transcreverei apenas os principais pontos, fundamentais, e minha análise.

Tendo o Impugnante apresentado como fundamento de legalidade o que estabelecem a Constituição da República, art. 37, inciso XXI, e a Lei Federal 8.666/93, cabe elucidar o seguinte.

Mesmo em relação à Administração Direta, a vigência geral da Lei Federal 8.666/1993 hoje é precária, condicionando-se às definições da Lei Federal 14.133/21, art. 191, caput. Além disso, o alcance objetivo da Lei Federal 8.666/93 às empresas estatais, como o BDMG, limita-se às prescrições da Lei Federal 13.303/2016 nos artigos 41 e 55, inciso III. Fora isso, este pregão não se vincula, em qualquer medida, nem subsidiariamente, à Lei Geral de Licitações de 1993.

Tal limite advém do estabelecimento de regimes licitatórios diferenciados, pela própria Constituição da República. Segundo Gustavo Binembojm¹ a promulgação da Lei Federal 13.303/2016 deu efetividade à alteração trazida pela EC 19/1998 ao art. 22, inciso XXVII. Afirma objetivamente o jurista que

a aplicação da Lei nº 8.666/1993 às empresas estatais exploradoras de atividades econômicas sempre se revelou problemática na prática, seja pela excessiva lentidão e onerosidade de seus ritos, como pela baixa economicidade de seus resultados. Inseridas, muitas vezes, em ambientes de livre concorrência, a Lei de Licitações sempre representou um ingrediente importante de baixa competitividade das estatais brasileiras vis-à-vis empresas privadas libertas dos mesmos entraves burocráticos. Tudo a contribuir, injustamente para o discurso e a prática do sucateamento das empresas controladas pelo Poder Público.

¹ BINEMBOJM, GUSTAVO. Disposições de caráter geral sobre licitações e contratos na Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016). In: NORONHA, João Otávio de. FRAZÃO, Ana. MESQUITA, Daniel Augusto (coord.). Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei 13.303/2016. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 207 e 208.

A Emenda Constitucional nº 19/1998, conhecida como Emenda da Reforma Administrativa, buscou remediar tal situação. Sua estratégia foi a de cindir o regime jurídico das licitações em dois: o primeiro, destinado às administrações diretas, autárquicas e fundacionais, disciplinado pela Lei nº 8.666/1993; o segundo, destinado às empresas estatais, a ser disciplinado em ato normativo próprio. Tal alteração constitucional operou-se por modificações nos textos dos arts. 22, XXVII, e 173, §1º, III, que passaram a prever a existência de um estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. O objetivo do constituinte derivado, portanto, era o de trazer maior eficiência para as contratações de empresas estatais, considerando as especificidades de sua natureza empresarial e a circunstância de que, muitas vezes, tais empresas atuam no mercado em regime de competição.

...

Quanto ao ponto, é possível afirmar que a nova Lei das Estatais foi tímida, uma vez que não promoveu uma ruptura radical em relação às regras aplicáveis – ainda que parcialmente – a entidades submetidas ao regime jurídico de direito público. **Ainda assim, a iniciativa é digna de aplausos não apenas por dar concretude, finalmente, ao art. 173, §1º, III da Constituição Federal, e afastar a aplicabilidade da racionalidade da Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/1993) – inteiramente inadequada a entidades exploradoras de atividades econômicas –, como também por jogar uma pá de cal sobre as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca da extensão e alcance de suas regras no âmbito das empresas estatais.**

Portanto, a subsunção às disposições da Lei Federal 8.666/1993 enxergada pelo Impugnante não existe.

Sobre o alcance do que determina a Constituição da República, art. 37, inciso XXI, promulgado o Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, o dispositivo constitucional passou a vincular exclusivamente a Administração Pública direta, autárquica e fundacional. Na percepção de Marçal Justen Filho²,

a Constituição Federal diferenciou as empresas estatais exploradoras de atividade econômica (tais como a Petrobras, o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal e tantas outras) e as prestadoras de serviço público (tais como a ECT, Infraero e, no plano estadual, as companhias de saneamento). O art. 22, inc. XXVII (com a redação da Emenda Constitucional 19/1998) fundamentou-se nessa distinção. Previu dois regimes para licitações e contratações administrativas. **As empresas estatais exploradoras de**

² JUSTEN FILHO, Marçal. A nova Lei das (antigas) Estatais: Devem existir mecanismos que neutralizem a influência política, imponham a eficiência e reduzam (senão eliminem) o risco de práticas reprováveis. Gazeta do Povo. Curitiba, 25 jul. 2016. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colonistas/marcal-justen-filho/a-nova-lei-das-antigas-estatais-50zbsobbwlhpxuzp5s2fvmdr/>> Acesso em: 15 fev. 2022

atividade econômica foram subordinadas ao previsto no art. 173, § 1º. Esse dispositivo determinou a edição de um estatuto jurídico contendo as regras gerais sobre as estatais exploradoras da atividade econômica. Segundo seu inc. III, o estatuto disporia sobre licitação e contratações, que obedeceriam os “princípios” da Administração Pública.

Segundo o próprio art. 22, inc. XXVII, o restante da Administração Pública sujeita-se ao art. 37, inc. XXI, da Constituição. Ali está contida a exigência de um regime mais rigoroso para licitações e contratações administrativas.

Assim, as alegações na peça impugnatória, acerca de vícios no edital, carecem de fundamentação legal.

Afirma o Impugnante que *“tendo em vista que objeto do certame envolve serviços técnicos profissionais especializados de advocacia de natureza trabalhista, não há necessidade de que seja comprovado a execução de serviços advocatícios de natureza trabalhista para instituições financeiras, sendo essa uma exigência altamente restritiva e desnecessária, pois, não há nenhuma particularidade profunda que diferencie o Direito do Trabalho em causas comuns para causas com instituições financeiras no polo passivo”*.

A afirmação não corresponde ao contexto fático o qual fundamenta a exigência altercada do edital.

Pondere-se, preliminarmente, que todo requisito habilitação técnica é restritivo de competitividade. Portanto, nem toda restrição de competitividade é ilícita, como não é a que permeia a condição de habilitação técnica impugnada.

Salienta o Ministro Benjamim Zymler³, na sua obra *Novo Regime Jurídico de Licitações e Contratos das Empresas Estatais*, produzida em conjunto com sua equipe de assessores no Tribunal de Contas da União, que

O estabelecimento de requisitos de habilitação é restritivo da competitividade. Alguns ou vários agentes do mercado estarão excluídos da possibilidade de efetuar determinada contratação com a administração. Essa exclusão pode ser lícita ou ilícita.

...

Será ilícita quanto for exacerbada e restringir indevidamente a competitividade ou quando for demasiadamente permissiva.

...

Na segunda situação de ilicitude, **porque foi permitida a participação no certame daqueles sem condições de cumprir a avença. Assim, afora**

³ ZYMLER, Benjamim [et al.]. Novo regime jurídico de licitações e contratos das empresas estatais. Análise da Lei nº 13.303/2016 segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 236.

eventuais prejuízos econômicos, o interesse público fica prejudicado em razão da provável inexecução ou má execução do objeto contratado.

O regime jurídico definido pela Constituição Federal, art. 173, §1º, inciso III, e estabelecido pela Lei Federal 13.303/2016, impõe ao BDMG que busque em suas licitações, como única razão precípua, primordial, essencial, a obtenção da proposta mais vantajosa⁴.

A realidade histórica do BDMG demonstra ser relevante conforme determina a Lei Federal 13.303/16, art. 58, inciso II, que o prestador dos serviços licitados detenha não somente conhecimento técnico em direito do trabalho, mas expertise, está em relação às especificidades pertinentes à categoria dos bancários.

Assim sendo, o requisito editalício combatido não trata de “tipologia de serviço”, de “parcela menos importante de serviço”, ou de “metodologia executiva”, mas de imprescindível experiência prévia em matéria de direito trabalhista, vinculada aos bancários, diversa da que envolve trabalhadores de outras categorias.

Portanto, a exigência do BDMG, definida nos estritos limites estabelecidos pelo Estatuto Jurídico da Empresa Pública, art. 58, inciso II, e pelo o Regulamento Interno de Licitações do BDMG, art. 56, inciso VI, é própria do objeto, este a defesa dos interesses do BDMG, com a necessária⁵ segurança jurídica advinda da especialização de quem exercerá essa defesa.

Ao final, o Impugnante requer *“A retificação do item 2.5.1 e 2.5.1.1 do Edital, para que onde se lê: ‘2.5.1. Atestado(s) de capacidade técnica expedido(s) por instituição(ões) financeira(s), pública(s) ou privada(s), autorizada(s) a funcionar no país, que comprove(m) que a licitante prestou ou está prestando serviços de advocacia de natureza trabalhista nas áreas cumuladas de contencioso*

⁴ A Lei, no caput do artigo 31, indica como objetivos/finalidades:

- assegurar a seleção da proposta mais vantajosa (vantajosidade);
- evitar operações em que se caracterize sobre preço ou superfaturamento.

Há uma evidente diferença em relação ao modelo da Lei nº 8.666/1993, que indicava como finalidades, além da vantajosidade, o respeito à isonomia e o desenvolvimento nacional sustentável.

A mudança não é despropositada. Ela demonstra a preocupação da nova Lei com a eficiência econômica das estatais. Embora não abandone os valores que fundamentam finalidades nobres como o respeito à isonomia e o desenvolvimento nacional sustentável, os quais ainda devem ser observados, o legislador indicou ao aplicador da norma que a finalidade das licitações e dos contratos regulados por esse diploma é a vantajosidade e o resguardo contra operações que gerem sobrepreço ou superfaturamento.

Essa nuance deve ser percebida, para que se identifiquem os limites de integração à norma e compreendido que mudanças legislativas (como a ausência da regularidade fiscal e trabalhista) no novo diploma estão diretamente relacionadas a essas finalidades estabelecidas pelo legislador. (BARCELOS, Dawison. TORRES, Ronny Charles Lopes de. Licitações e Contratos nas Empresas Estatais. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodium, 2020. p.240.

⁵ 6. Como salientado nos pareceres da unidade técnica e do Ministério Público, reproduzidos no relatório que precede este voto, a jurisprudência e a doutrina são razoavelmente consensuais no entendimento de que a exigência de documentos que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira das licitantes, desde que compatíveis com o objeto a ser licitado, não é apenas uma faculdade, mas um dever da Administração. 7. Essa obrigação, entretanto, não é mera formalidade e está sempre subordinada a uma utilidade real, ou seja, deve ser a mínima exigência capaz de assegurar, com algum grau de confiança, que a empresa contratada será capaz de fornecer os bens ou serviços adquiridos. Em consequência, a documentação a ser fornecida deve guardar relação com o objeto pretendido no sentido de que aquisições mais simples demandarão menos comprovações e, contrario sensu, as mais complexas exigirão mais salvaguardas. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 891/2018. Relator: Min. José Mucio Monteiro. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2304569%22>> Acesso em 15 fev. 2022.)

judicial e consultiva 2.5.1.1. O(s) atestado(s) apresentado(s) conterão dados aptos a identificar a(s) instituição(ões) financeira(s) emitente(s) e possibilitar contato para diligências e validação.’ Leia-se: ‘2.5.1. Atestado(s) de capacidade técnica expedido(s) por pessoas jurídicas de direito público ou privada, autorizada a funcionar no país, que comprove(m) que a licitante prestou ou está prestando serviços de advocacia de natureza trabalhista nas áreas cumuladas de contencioso judicial e consultiva’. E assim Reabrindo-se o prazo inicialmente previsto, conforme § 4º, do art. 21, da Lei nº 8666/93”.

Por todo o exposto, as alterações pleiteadas não atendem ao interesse público, fundamento precípua da regra editalícia em demanda, para assegurar a capacidade do licitante em executar propriamente os serviços de licitados.

Decisão

Veja que as disposições combatidas do edital não ferem qualquer princípio ou norma norteadores das licitações públicas, mas apenas materializam obrigações legais e estabelecem 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 ANDRÉ GOMES RODRIGUES ALVES e os pedidos não serão acolhidos.

Atenciosamente,

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