



ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO BDMG, SENHOR SÉRGIO VIEIRA DE SOUZA JÚNIOR

Modalidade – Pregão Eletrônico – Edital BDMG 01/2022

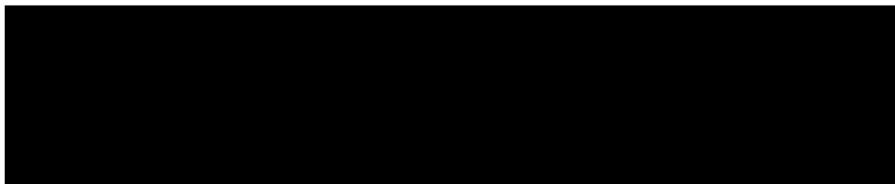
BRUNO ARAUJO SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA, inscrita no CNPJ sob o nº [REDACTED], com endereço eletrônico: [REDACTED], com sede na [REDACTED], neste ato representado por seu sócio [REDACTED], com endereço de e-mail [REDACTED], com escritório profissional a [REDACTED] vem, respeitosamente, a presença de V. Ilmo., por intermédio de seu representante legal que ao final subscreve, com fulcro no artigo 12 do Decreto nº 3.555, de 2000, apresentar a presente **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, pelos fatos e fundamentos a seguir apresentados:

I. TEMPESTIVIDADE

A presente manifestação é tempestiva, porquanto interposta dentro do prazo de 03 (três) dias anteriores a data prevista para a abertura da sessão e entrega de documentações do certame.

Vale dizer, tendo em vista que o recebimento das propostas está agendado para o dia 16/02/2022 (quarta-feira), certo é que o prazo final para apresentação desta impugnação dar-se-á apenas a data de 11/02/2022 (sexta-feira).

Tempestiva, portanto, a manifestação a impugnação, protocolizadas na data de hoje.





II. DA SINOPSE FÁTICA

O Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S.A – BDMG, fez publicar edital de licitação o qual constam cláusulas que estão em divergência ao disposto nas normas e entendimentos das cortes referentes a licitação, provocando restrição da competitividade.

Tais cláusulas merecem ser objeto de apreciação e retificação por parte deste douto pregoeiro, a fim de que não haja nulidades futuras provocando morosidade na prestação do serviço público.

Assim, diante do equívoco apresentado no edital de abertura do presente certame licitatório, conforme será demonstrado a seguir, necessário é que seja promovida a retificação a presente edital, a fim de que não venha a possuir irregularidades.

III. DO MÉRITO

III.1 – DA OBRIGATORIEDADE DE ATESTADO TÉCNICO EXPEDIDO POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

Nos termos do artigo 3º da Lei no 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, a licitação “destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

Nesse sentido, o §1º do mesmo dispositivo veda qualquer critério que venha restringir o caráter competitivo do certame:

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, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

Tais disposições são aplicáveis subsidiariamente ao pregão, conforme o artigo 9º da Lei no 10.520/2002, que instituiu essa modalidade de licitação.

Ao contrário do disposto, o edital do Pregão Eletrônico do edital BDMG-01/2022, no subitem 2.5.1 do anexo II, traz a exigência de os atestados de capacidade técnicas sejam expedidos somente por instituições financeiras públicas ou privadas, senão vejamos:

2.5. Qualificação técnica

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.

Note-se que tal previsão implica em ofensa aos princípios da isonomia, da competitividade e da impessoalidade, haja vista que acaba por privilegiar os licitantes que eventualmente já contrataram com instituições financeiras, demonstrando-se desrazoável e desigualando os concorrentes no processo licitatório.

Por estas razões, a Administração Pública não pode restringir a comprovação de qualificação técnica somente por instituições financeiras, sob pena de violar as regras estatuídas no artigo 3º, caput e §1º, inciso I da Lei no 8.666/93.

Em situações análogas, vem decidindo o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, nestes termos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO. SERVIÇO TERCEIRIZADO. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. PERCENTUAL. INFERIOR. EXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA. COMPROVAÇÃO. DOCUMENTOS DIVERSOS. PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, COMPETITIVIDADE E SELEÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. OBSERVÂNCIA. PRECEDENTES DESTA CORTE ESTADUAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. 1. Visa a sociedade empresária recorrente participar do Pregão Presencial no 20180021 - SESEJUS, destinado à contratação de serviço de mão de obra terceirizada, cujos empregados sejam regidos pela CLT, sem se sujeitar ao item 12.1, alínea "d" do edital; **2. Cediço que, quando o Poder Público objetiva celebrar contrato administrativo, deverá selecionar a proposta mais vantajosa, garantindo a aplicação dos princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme explicitam o**



art. 37, X, da Lei Maior c/c art. 3o da Lei no 8.666/1993 e o art. 9º da Lei no 10.520/2002 (legislação aplicável ao pregão); 3. Nesse norte, depreende-se que a limitação editalícia quanto à comprovação da exequibilidade da proposta mediante apresentação de contratos similares pactuados (executados ou em execução) afronta o princípio da isonomia e impessoalidade, pois direciona o certame, como também o da ampla competitividade, na medida em que restringe indevidamente a licitação, afastando a possibilidade de escolha daquela mais vantajosa para a Administração Pública, objetivo maior de todo e qualquer procedimento licitatório. Precedentes desta Corte Estadual; 4. Agravo de Instrumento conhecido e provido em parte. (Agravo de Instrumento nº. 0628849-61.2018.8.06.0000; Relator (a): MARIA IRANEIDE MOURA SILVA; Órgão julgador: 2a Câmara Direito Público; Data do julgamento: 12/12/2018). [Destacou-se]

Com vistas a tais fatos, é importante apontar que a Lei nº 8.666/1993, prevê no seu Art. 30, II e Art. 30, §1º, I, a possibilidade de continuidade de concorrentes no processo licitatório nos casos de oferecimento de serviços semelhantes, vejamos:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
[...]

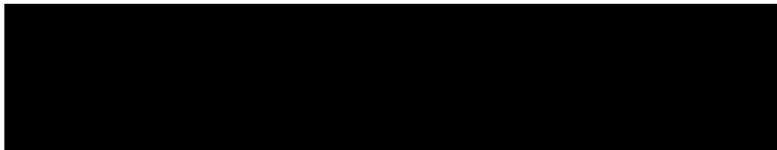
II - **comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível** em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
[...]

§ 1º [...]

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por **execução de obra ou serviço de características semelhantes**, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; **(destaques nossos)**

Logo, não pode a administração pública simplesmente inabilitar um concorrente sob o fundamento de que o serviço ofertado não corresponde "*ipsis litteris*" aquele previsto no edital.

A Lei nº 8.666/93 é bem clara ao admitir que possam ser prestados serviços e executadas obras de **características semelhantes**, não se vinculando à literalidade das disposições do edital.





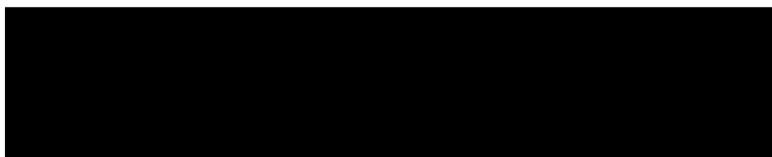
Inclusive, vejamos decisão no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte em caso análogo:

APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INABILITAÇÃO DA IMPETRANTE. DESCABIMENTO. ATESTADOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. VALIDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS SEMELHANTES AO OBJETO DA LICITAÇÃO. ATIVIDADES DE AUXILIAR DE LIMPEZA E ZELADORIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 30, II, DA LEI DE LICITAÇÕES. 1. Válidos os Atestados de Capacidade Técnica apresentados pela impetrante, pois por meio deles comprova ter capacidade técnica para a execução do objeto licitado. As atividades de zeladoria comportam as atribuições de limpeza e conservação predial exigidas no edital. Até porque, o art. 30, inc. II, da Lei de Licitações, apenas refere a necessidade de comprovação de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível (portanto, não necessariamente igual), enquanto que o § 5º, veda limitações que restrinjam a participação na licitação. 2. **Pelo procedimento licitatório, a Administração Pública visa a selecionar a proposta mais vantajosa para entabular contrato de seu interesse. Esse é o fim essencial da licitação: buscar a melhor proposta para a satisfação do interesse público. Para tanto, é necessário permitir (e fomentar) a competição entre os interessados, advindo daí o descabimento da inclusão, em edital, de exigências desnecessárias à efetivação/execução do objeto licitado, sob pena de restringir a concorrência e, com isso, diminuir a possibilidade de a Administração Pública ter acesso à melhor proposta. Se não cabe incluir, no edital, previsão desnecessária à execução do objeto licitado, com mais razão descabe à Comissão de Licitações dar interpretação que amplie requisito formal nela não expressamente previsto.** APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJ-RS - AC: 70076100940 RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Data de Julgamento: 31/01/2018, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 15/02/2018) [Grifo nosso]

Na mesma esteira, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais deu provimento ao recurso em mesmo sentido:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA- LICITAÇÃO- HABILITAÇÃO TÉCNICA - COMPROVAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS SEMELHANTES AO OBJETO DO CERTAME - ART. 30, § 3º, DA LEI Nº 8.666/93 - INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO CERTAME- - RECURSO PROVIDO. - **Atestado de qualificação técnica que comprove haver a concorrente no certame prestado serviços similares, pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação, é suficiente à continuidade do processo licitatório.** (TJ-MG - AI: 10000190056002001 MG, Relator: Elias Camilo, Data de Julgamento: 30/05/2019, Data de Publicação: 03/06/2019) [Grifo nosso]

Assim, muito embora o edital seja a lei entre as partes licitantes não deve a administração pública incorrer em excessos de formalismos, sob pena de desrespeito aos demais princípios administrativos.





Neste diapasão, a Constituição Federal, além de dispor sobre os princípios administrativos, também traz disposições acerca do uso da licitação e de como deverão ser norteados os certames, vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual **somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (destaques nossos)**

Portanto, embora devam ser seguidos os ditames contidos no edital de convocação, é de salutar importância que a administração pública não incorra em excesso de formalismos, restringindo a concorrência, e, conseqüentemente, lesando o erário contratando serviços com valores acima daqueles que poderiam ser feitos sem impactos no resultado final.

Nobres julgadores, volto a rememora-los, o Tribunal de Contas estabelece entendimento **consolidado** para o afastamento do excesso de formalismo, vejamos:

Diante do caso concreto, e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público, pode o princípio da legalidade estrita ser afastado frente a outros princípios. (Acórdão 119/2016-Plenário)

No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.

Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências. (Acórdão 2302/2012-Plenário)

O disposto no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993, que proíbe a Administração de descumprir as normas e o edital, deve ser





aplicado mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da proposta mais vantajosa. (Acórdão 8482/2013-1ª Câmara)

O e. Supremo Tribunal Federal também já disciplinou a respeito deste tema, vejamos:

*A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: **o de proporcionar à administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso – o melhor negócio – e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela administração.** (...) Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. **A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, impõe-se seja desenvolvida de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da administração.** A conversão automática de permissões municipais em permissões intermunicipais afronta a igualdade – art. 5º –, bem assim o preceito veiculado pelo art. 175 da Constituição do Brasil. (...) Afronta ao princípio da isonomia, igualdade entre todos quantos pretendam acesso às contratações da administração. [ADI 2.716, rel. min. Eros Grau, j. 29-11-2007, P, DJE de 7-3-2008.] = RE 607.126 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, j. 2-12-2010, 1ª T, DJE de 1º-2-2011*

Desse modo, o subitem 2.5.1. do anexo II do aludido edital, encontra-se em total desconformidade com a legislação vigente e jurisprudência, devendo, portanto, ser retificado, de modo que venha possibilitar a comprovação de capacidade técnica, por outros meios, que não sejam por instituições financeiras.

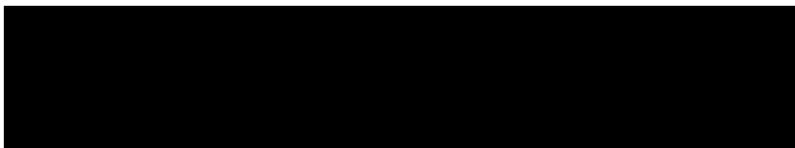
III.2 – DA UNICIDADE DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

Inicialmente, importante apontar que, conforme o item 2.5.1.2 do anexo II do edital de abertura, traz a previsão de que:

2.5. Qualificação técnica

2.5.1.2. Não será admitido o somatório de atestado(s) para a comprovação da qualificação técnica

Ora, cumpre apontar que a Lei nº 8.666 traz disposições de que o edital não pode prever cláusulas que restrinjam a concorrência, gerando reserva de mercado, o que impacta, não apenas no valor final da contratação, dado que quanto





menos licitantes, menor a possibilidade de baixar os valores, mas também na legalidade do contrato.

Dessa forma, sobreleva aduzir que quando o edital venha prever a obrigatoriedade de comprovação da capacidade técnica apenas por um atestado técnico, deve fazê-lo de forma fundamentada, de acordo com o entendimento do Tribunal de Contas da União.

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. OBRA. VEDAÇÃO DE SOMATÓRIO DE ATESTADOS. SOLICITAÇÃO DE ADOÇÃO DE CAUTELAR E DE DETERMINAÇÃO PARA CORREÇÃO E REPUBLICAÇÃO DO EDITAL. JUSTIFICATIVA DA DECISÃO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA MEDIDA DE URGÊNCIA. CONHECIMENTO. IMPROCEDÊNCIA. É aceita a exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional em um atestado se for demonstrada a pertinência e a necessidade para o caso concreto (TCU 02889620130, Relator: MARCOS BEMQUERER, Data de Julgamento: 11/03/2014)

Ora, tal posicionamento já consolidado pela corte de contas vai de encontro com o posicionamento adotado por essa doura comissão.

Outrossim, para além do presente caso, não sendo razoável a limitação de número de atestados para a comprovação da capacidade técnica, deve ser levado em conta o fato de que o próprio TCU tem entendimento de que é totalmente possível o somatório de atestados para a comprovação da capacidade técnica.

ACÓRDÃO Nº 409/2020 - TCU - Plenário Os Ministros do Tribunal de Contas da União ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 17, § 1º, 143, inciso III, 146, 235, 237, inciso VII e parágrafo único, e 276, todos do Regimento Interno/TCU, c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, de acordo com o parecer emitido nos autos, em: conhecer da presente representação, eis que satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no RITCU, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente; indeferir o requerimento de medida cautelar solicitado pela empresa VPP Engenharia Eireli, tendo em vista a inexistência dos pressupostos necessários para adoção da referida medida; indeferir o ingresso da empresa VPP Engenharia Eireli como parte interessada, sem prejuízo de autorizar o fornecimento de cópia deste processo, ressalvadas as informações classificadas como sigilosas, por ventura, existentes nos autos; dar ciência ao Sesc/SP sobre as seguintes impropriedades/falhas identificadas no edital da Concorrência 27/2019, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de outras ocorrências semelhantes: [...] d.2) ausência de justificativas para a vedação ao somatório ou



combinação de atestados para as exigências contidas nas alíneas a e "a.1" do item 8.1.2, para fins de comprovação da capacidade técnico-operacional da licitante, em afronta à jurisprudência deste Tribunal (Acórdãos 1.865/2012-TCU-Plenário, Relator Marcos Bemquerer e Acórdão 7.105/2014-TCU-2ª Câmara, Relator Marcos Bemquerer), uma vez que, em regra, **é indevida a proibição de somatório de atestados, para efeito de comprovação de qualificação técnico-operacional, quando a aptidão da licitante puder ser satisfatoriamente demonstrada por mais de um atestado, e que, havendo restrição ao somatório de atestados, ela deve estar justificada técnica e detalhadamente no respectivo processo administrativo;** (itens 15 a 23 da instrução da unidade técnica), e [...]; encaminhar cópia desta deliberação, acompanhada da instrução da unidade técnica, ao Sesc/SP e à representante; e arquivar os presentes autos, nos termos do art. 169, inciso V, do Regimento Interno/TCU. 1. Processo TC-038.418/2019-3 (REPRESENTAÇÃO) 1.1. Entidade: Administração Regional do Sesc no Estado de São Paulo. 1.2. Relator: Ministro Vital do Rêgo. 1.3. Representante do Ministério Público: não atuou. 1.4. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog). 1.5. Representação legal: Charles Moura Alves (OAB/SP 180.705) e outros, representando Administração Regional do Sesc no Estado de São Paulo. 1.6. Determinações/Recomendações/Orientações: não há. (TCU - RP: 03841820193, Relator: VITAL DO RÊGO, Data de Julgamento: 04/03/2020, Plenário) **(destaques nossos)**

Conforme se pode compreender dos entendimentos exarados pela Corte de Contas acima apontados, não deve haver a limitação de certidões e atestados que comprovem a capacidade técnica da licitante de executar o serviço.

Ora isso se deve pelo fato de que o edital não pode trazer previsões que restrinjam a concorrência o que iria de encontro ao previsto no Art. 3º da Lei 8.666/93, o qual diz que:

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, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; [Grifo nosso]



Douta presidente desta ínclita comissão, é notório que não se podem ser feitas exigências que extrapolem o limite do tolerável, dado que irá de encontro ao que está previsto na Constituição, na legislação e na jurisprudência pátrias.

Outrossim, o Tribunal de Contas da União já trouxe a obrigatoriedade de justificativa quando ocorrerem casos em que a administração repute necessária a restrição ao número de atestados apresentados para a comprovação da capacidade de executar os serviços.

Ora, o dever de fundamentar o ato administrativo vai para além de meras alegações de que tal decisão se dá pelo fato de que o serviço seja complexo, ainda mais ao presente caso em que não tem nenhuma justificativa para a imposição de necessidade de comprovação em apenas um atestado.

O dever de fundamentação do ato deve restar demonstrado, sem que haja nenhuma dúvida da necessidade de comprovar a capacidade total exigida para a execução da presente obra em um único atestado, conforme prevê o edital.

Dessa forma, resta necessária a retificação da previsão editalícia, no sentido de que seja retirada a obrigatoriedade de comprovação da capacidade técnica da empresa por meio de um único atestado de Capacidade técnica, a fim de que possa o edital estar em consonância com a lei e com a Constituição.

Nessa esteira, o Tribunal de Contas da União vem decidindo reiteradamente que “as exigências de comprovação de qualificação técnico-profissional devem se restringir às parcelas que sejam, cumulativamente, de maior relevância e valor significativo e indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (Acórdão 2396/2007 Plenário), entendimento que se alinha aos demais julgados referenciados na instrução e também aos Acórdãos 167/2001, 1284/2003, 697/2006, 1332/2006, 1771/2007, 2396/2007, 800/2008 e 1908/2008, do Plenário.

Seguindo o entendimento majoritário das cortes brasileiras, é incontroverso que os itens exigidos nos pontos 2.5.1 e 2.5.1.2 são totalmente dispensáveis, visto que restringem a concorrência da licitação.





Assim é de suma importância que seja retificada as exigências no instrumento convocatório a fim de que seja prontamente atendido os termos legais, no que tange que sejam exigidas parcelas que todos os licitantes possam comprovar, e que não seja obrigatória a comprovação da capacidade técnica em apenas um atestado de capacidade técnica.

IV. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, é a presente, para requerer:

- 1) Que seja conhecida a presente IMPUGNAÇÃO AO EDITAL por atender os requisitos de admissibilidade;
- 2) Que seja reformado o instrumento convocatório no sentido de que não seja obrigatória a emissão de atestado técnico emitido apenas por instituição financeira, bem como de unicidade de atestado de capacidade técnica, previstos nos itens 2.5.1 e 2.5.1.2, respectivamente, do edital.

Assim que seja deferido e reformado o instrumento convocatório, lançando novo edital com as devidas modificações bem como remarcado para nova data para a entrega de documentação.

Termos em que,

Espera deferimento.

Fortaleza, 10 de fevereiro de 2022.

[Redacted signature area]

[Redacted text area]

[Redacted text area]

Trata-se de impugnação interposta pela sociedade unipessoal de advocacia BRUNO ARAUJO SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA, no dia 10/02/2022, 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. Da argumentação apresentada, a qual examinei em sua integralidade, transcreverei apenas os principais pontos, fundamentais, e minha análise.

Veja que a Impugnante trouxe como fundamento de legalidade o que estabelecem a Constituição da República, art. 31, inciso XXI, e a Lei Federal 8.666/93, em razão das disposições da Lei Federal 10.520/02, art. 9º, cabem os seguintes esclarecimentos.

O alcance objetivo da Lei Federal 8.666/93 – cuja vigência geral, ressalte-se também, condiciona-se às definições da Lei Federal 14.133/21, art. 191, caput – limita-se às prescrições da Lei Federal 13.303/2016 nos artigos 41 e 55, inciso III. Fora isso, este pregão do BDMG 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 Marçal Justen Filho¹ a promulgação da Lei Federal 13.303/2016 deu efetividade à alteração trazida pela EC 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.

De fato, verifica-se que os regimes jurídicos estabelecidos são antagônicos:

¹ 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. (JUSTEN FILHO, Marçal (Org.) Estatuto jurídico das empresas estatais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 284 e 285).

- da Lei Federal 8.666/1993, "Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado".

- da Lei Federal 13.303/2016, "Art. 68. Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado".

Portanto, a subsunção às disposições da Lei Federal 8.666/1993 enxergada pela Impugnante não existe. Conforme reconhece o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais², as licitações instauradas pelo Banco submetem-se "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".

Em relação à aplicabilidade da Lei Federal 10.520/02, expende a Lei Federal 13.303/2016 em seu art. 32, inciso IV:

Art. 32. Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: (...) IV - adoção preferencial da modalidade de licitação denominada pregão, instituída pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, para a aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado;

Se tal dispositivo fosse interpretado de maneira literal, o BDMG estaria vinculado a todas as determinações da Lei Geral de Pregão, afastadas as condições postas pela Lei Federal 13.303/2016. Contudo, a bibliografia técnica especializada³ entende não ser este o caminho, por gerar "diversas desvantagens e comprometer o próprio regime licitatório" estabelecido pela Lei das Estatais e por "criar situações esdrúxulas ou incongruentes".

Assim, a interpretação devida tem base no elemento lógico-sistemático⁴, no sentido de ser observado o modelo procedimental estabelecido na Lei Federal 10.520/2002, de maneira que se possa adotar as "importantes ferramentas previstas na Lei nº 13.303/2016".

É na visão lógico-sistemática que se assenta este pregão, segundo o Regulamento Interno de Licitações do BDMG, art. 4º, inciso V, elaborado conforme a Lei Federal 13.303/16, art. 40, inciso IV:

Art. 4º. Os procedimentos licitatórios e contratos devem observar as seguintes diretrizes: (...) V. adoção preferencial do rito procedimental da modalidade de licitação denominada pregão, instituída pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, para a aquisição de bens e serviços comuns, assim

² MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Denúncia n. 1054240. Rei. Cons. Gilberto Diniz. Sessão do dia 14/10/2019. Disponibilizada no DOO do dia 05/10/2019. Disponível em: <https://tcjuris.tce.mg.gov.br/Home/BaixarArquivoArq?arquivo=1822260>

³ BARCELOS, Dawison. TORRES, Rony Charles Lopes de. Licitações e contratos nas empresas estatais. Regime licitatório e contratual da Lei 13.303/2016. 2ª ed. atual. ampl. Salvador: Juspodivum, 2020. p. 258 e 261.

⁴ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 38.

considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo instrumento convocatório, por meio de especificações usuais no mercado;

Finalmente, este pregão eletrônico do Banco submete-se ainda a outro regulamento, geral do Estado de Minas Gerais, o Decreto Estadual 48.012/2020, nos limites determinados pelo próprio decreto, no art. 1º, §3º.

Portanto, as alegações na peça impugnatória, acerca de vícios no edital, não têm fundamento na legalidade.

Afirma a Impugnante que a previsão do edital, Anexo II, item 2.5.1, implica em *“ofensa aos princípios da isonomia, da competitividade e da impessoalidade, haja vista que acaba por privilegiar os licitantes que eventualmente já contrataram com instituições financeiras, demonstrando-se desrazoável e desigualando os concorrentes no processo licitatório”*.

A afirmação não corresponde aos fatos.

Os princípios norteadores da licitação têm de ser enxergados como instrumentos para a consecução do interesse público, no caso, do órgão licitador, o BDMG. Segundo a lei e os especialistas técnicos⁵, o interesse público se materializa objetivamente na obtenção da proposta mais vantajosa.

Entende Joel de Menezes Niebuhr⁶, que

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 desiguale pessoas e situações, será legítima, sem impor qualquer sorte de agravos ao princípio da isonomia.

...

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 administrativas. Daí que é perfeitamente lícito formular em edital, exigências que excluam a participação de eventuais interessados e, sob essa perspectiva, sejam

⁵ “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).

“No que se refere às estatais, A Lei nº 13.303/2016 indica que não só a licitação, mas também o contrato, se destinam a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa. A par de o contrato em nada se relacionar com a seleção da proposta mais vantajosa (ele a corporifica, na melhor das hipóteses), esta lei reforça o elemento de que o objetivo primeiro das contratações das estatais é atender seus objetivos na maior intensidade possível”. (GUIMARÃES, Edgar. SANTOS, José Anacleto Abduch. Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 207.

⁶ NIEBHUR, Joel de Menezes. Pregão Presencial e Eletrônico. 8. Ed. rev., ampl e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p.35 e 256

limitadoras da competição. Não se admite é a licitação que dê as costas aos interessados que atendem ao interesse público.

Na obtenção da proposta mais vantajosa, nos termos da lei, não basta que o proponente tenha o conhecimento técnico, mas que tenha expertise. Foi estabelecido como critério de habilitação o mínimo, segundo as normas de regência, para se garantir a expertise necessária ao prestador dos serviços objeto do contrato advindo da licitação.

O BDMG é um banco e a matéria derivada das relações de trabalho da categoria dos bancários é diversa das relações de trabalho comuns. Assim, repise-se, foram erigidas somente condições inafastáveis à seleção de prestador de serviços plenamente apto ao desempenho das funções a serem contratadas.

Neste sentido eis a decisão 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 BDMG⁷.

... 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**

⁷ "Como se sabe, 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 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". (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/colunistas/marcal-justen-filho/a-nova-lei-das-antigas-estatais-50zbsobbwlhpxuzp5s2fvmdr/>> Acesso em: 10 fev. 2022

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)

A Impugnante afirma ainda que "(...)quando o edital venha prever a obrigatoriedade de comprovação da capacidade técnica apenas por um atestado técnico, deve fazê-lo de forma fundamentada, de acordo com o entendimento do Tribunal de Contas da União" e que "não sendo razoável a limitação de número de atestados para a comprovação da capacidade técnica, deve ser levado em conta o fato de que o próprio TCU tem entendimento de que é totalmente possível o somatório de atestados para a comprovação da capacidade técnica".

O BDMG entende que, além da construção das orientações consultivas se fortalecer quando elaborada por escritório militante na esfera contenciosa, pela necessidade de atualidade das peças e conhecimento das decisões mais recentes, a atuação do mesmo escritório nos processos litigiosos reforça o conhecimento do prestador acerca da realidade das relações trabalhistas próprias de instituições financeiras, conhecimento importantíssimo para atuação preventiva e de orientação das áreas de gestão de recursos humanos. Tal conhecimento específico somente pode ser aferido mediante a comprovação de ambos os serviços, em unicidade, na forma do edital, Anexo II, item 2.5.1 e respectivos subitens.

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 necessária segurança jurídica advinda da especialização de quem exercerá essa defesa.

Ao final, a Impugnante requer que "que seja reformado o instrumento convocatório no sentido de que não seja obrigatória a emissão de atestado técnico emitido apenas por instituição financeira, bem como de unicidade de atestado de capacidade técnica, previstos nos itens 2.5.1 e 2.5.1.2, respectivamente, do edital" e que seja "lançando novo edital com as devidas modificações bem como remarcado para nova data para a entrega de documentação."

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 da BRUNO ARAUJO SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA e os pedidos não serão acolhidos.

Atenciosamente,

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