



PROCESSO: 9.939-2/2019

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO DE NATUREZA INTERNA COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR

REPRESENTANTE: SECRETARIA DE CONTROLE EXTERNO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

REPRESENTADA: PREFEITURA MUNICIPAL DE NOVA MUTUM

RESPONSÁVEIS: JOÃO BATISTA PEREIRA DA SILVA – Ordenador de Despesa
SERGIO VITOR ALVES RODRIGUES – Pregoeiro
GEDER LUIZ GENZ – Secretário

RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO LUIZ CARLOS PEREIRA

RAZÕES DO VOTO

Em sede de juízo de admissibilidade, com fundamento no artigo 89, IV da Resolução n.º 14/2007, conheci da Representação de Natureza Interna com pedido de medida cautelar, tendo em vista a observância ao disposto no artigo 46, inciso III, da Lei Complementar n.º 269/2007.

Observei, ainda, o cumprimento dos requisitos previstos nos artigos 219 e 224, inciso II, alínea “a”, do RITCE/MT, haja vista tratar-se de matéria de competência deste Tribunal de Contas, por estarem os relatos acompanhados com indícios dos fatos apresentados e por serem as partes legítimas.

Cumprasse assinalar que a presente decisão limitou-se tão somente ao exame dos requisitos autorizantes da cautelar pleiteada, sob pena de invasão à matéria de mérito em momento inapropriado.

Verifiquei, à primeira vista, a presença da plausibilidade jurídica da tese formulada na inicial proposta pela Secretaria de Controle Externo de Contratações Públicas (*fumus boni iuris*), diante da exigência de qualificação técnica.

O Edital do Pregão Presencial n.º 21/2019 exigiu dos licitantes a comprovação do quadro qualificação técnica com vínculo de natureza trabalhista, já no processo de habilitação, nos seguintes termos:

8.4.8 - **Demonstrar vínculo de trabalho**, com cópia autenticada da carteira de trabalho ou relação comercial com cópia autenticada do





contrato de prestação e serviço em vigor, entre a proponente e profissional que tenha sido certificado com qualificação profissional em:

- 8.4.8.1 - Gerência de Projetos por “PMP” ou “PRINCE2”;
- 8.4.8.2 - COBIT Foundation;
- 8.4.8.3 - ITIL Expert ou ITIL Foundation;
- 8.4.8.4 - CRISC ou ISACA;
- 8.4.8.5 - CBCP - DRII (Disaster Recovery International Institute);
- 8.4.8.6 - MBCI - BCI (Business Continuity Institute);
- 8.4.8.7 - MCSO (Modulo Certified Security Officer);
- 8.4.8.8 - CBPP (Certified Business Process Professional).

Esclareci, inicialmente que, na qualificação técnica, o licitante demonstra se possui ou não aptidão necessária para executar o objeto contratual, comprovado por meio de atestado e/ou certidão.

O inciso II, do artigo 30 da Lei de Licitações dispõe que:

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 (original não destacado)

Tal preceptivo não pode, porém, deixar de ser analisado em conjunto com outro dispositivo que lhe é lógica e cronologicamente subsequente, o seu § 3º, a saber: ***“Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior”*** (g.n.).

Quanto ao tema, bastante esclarecedor é o seguinte trecho do voto condutor do Acórdão nº 2.297/2005-TCU-Plenário, relator Ministro Benjamin Zymler:

A exigência de que as empresas concorrentes possuam vínculo empregatício, por meio de carteira de trabalho assinada, com o profissional técnico qualificado mostra-se, a meu ver, excessiva e limitadora à participação de eventuais interessados no certame, uma





vez que o essencial, para a Administração, **é que o profissional esteja em condições de efetivamente desempenhar seus serviços no momento da execução de um possível contrato.** Em outros termos, o sujeito não integrará o quadro permanente quando não estiver disponível para prestar seus serviços de modo permanente durante a execução do objeto do licitado.

A regra contida no artigo 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, não pode ser tomada em caráter absoluto, devendo-se sopesá-lo diante dos objetivos que se busca alcançar com a realização das licitações, quais sejam, a garantia de observância ao princípio da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Assim, se o profissional assume os deveres de desempenhar suas atividades de modo a assegurar a execução satisfatória do objeto licitado, o correto é entender que os requisitos de qualificação profissional foram atendidos. Não se pode conceber que as empresas licitantes sejam obrigadas a manter profissionais de alta qualificação, sob vínculo empregatício, apenas para participar da licitação, pois a interpretação ampliada e rigorosa da exigência de vínculo trabalhista se configuraria como uma modalidade de distorção.

Atender, no caso em tela, à letra fria desse dispositivo, sem considerar os objetivos da Administração e os limites de exigência de qualificação técnica, suficientes para a garantia do cumprimento das obrigações, seria desbordar para o formalismo que se basta em si mesmo, sem ter em vista qualquer outro objetivo consentâneo com o interesse público.

Desse modo, as exigências de qualificação técnica, não devem ser desarrazoadas a ponto de comprometer a natureza de competição que deve permear os processos licitatórios realizados pela Administração Pública. Devem constituir tão somente garantia mínima suficiente para que o futuro contratado demonstre, previamente, capacidade para cumprir as obrigações contratuais.

Nesse sentido, a princípio, seria suficiente a comprovação da existência de um contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil comum.

Corroborando o referido entendimento, este Tribunal de Contas assim se manifestou:

Licitação. Capacidade técnico-profissional. Exigência de prévio vínculo empregatício ou societário. Restrição à competitividade. A exigência editalícia para que empresa licitante comprove possuir, em seu quadro próprio de pessoal, profissional com prévio vínculo empregatício ou societário, para fins de verificação de capacidade técnico-profissional na





fase de habilitação do certame, caracteriza cláusula abusiva que restringe a competitividade – art. 3º, § 1º, inciso I, c/c art. 30, § 5º, inciso I, da Lei nº 8.666/93. (Auditoria de Conformidade. Relator: Conselheiro Substituto Isaías Lopes da Cunha. Acórdão nº 43/2017- SC. Julgado em 11/10/2017. Publicado no DOC/TCE-MT em 31/10/2017. Processo nº 21.471-0/2016).

Licitação. Habilitação. Capacidade Técnica Profissional. Exigência de comprovação do vínculo do profissional técnico com o licitante. Para a comprovação de capacitação técnica profissional na fase de habilitação licitatória, é ilegal a exigência, no edital do certame, para que o licitante possua profissional técnico com vínculo empregatício em seu quadro permanente de pessoal. Todavia, a comprovação do vínculo deve ser exigida ao longo da celebração ou da execução do contrato, podendo o profissional técnico estar vinculado à contratada por meio de contrato de prestação de serviços, celebrado de acordo com a legislação civil comum, por vínculo trabalhista ou por vínculo societário. (Contas Anuais de Gestão. Relator: Conselheiro Substituto Luiz Henrique Lima. Acórdão nº 164/2015-SC. Julgado em 29/09/2015. Publicado no DOC/TCE-MT em 27/10/2015. Processo nº 2.036-2/2014).

Assim, a princípio, entrevi a existência de exigência excessiva do Edital do Pregão Presencial sob análise, no tocante à necessidade de comprovação de vínculo por meio de contrato de prestação de serviços, celebrado de acordo com a legislação civil comum, ou por vínculo trabalhista, ou ainda, por vínculo societário, ainda na fase de habilitação.

Além disso, *a priori*, também se afigura desarrazoada a exigência dos atestados de qualificação técnica ainda na fase de habilitação, nos seguintes termos descritos pelo Edital do Pregão Presencial n.º 21/2019:

8.4.4 - Apresentar atestado de capacidade técnica emitido por pessoa jurídica de direito público que ateste a capacidade técnica do proponente na execução dos serviços objeto do presente edital.

8.4.5 - Apresentar atestado de capacidade técnica emitido por pessoa jurídica de direito público que ateste a capacidade técnica do proponente na execução dos serviços objeto do presente edital.

8.4.15 - Atestado de Capacidade Técnica, em nome da empresa, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado comprovando aptidão para desempenho das atividades pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação.





Conforme bem observado pela SECEX de Contratações Públicas, o entendimento assente do Tribunal de Contas da União quanto ao tema, é o seguinte:

Acórdão 696/2016 Plenário (Representação, Relator Ministro José Múcio Monteiro)

É irregular a exigência de que os atestados a serem apresentados para a qualificação técnica na contratação de serviços de outsourcing de impressão devam comprovar prestação de serviços em conformidade com as boas práticas ITIL (Information Technology Infrastructure Library) .

Também reputo que se afigura desproporcional a exigência contida nas cláusulas do Edital que determinam, na fase de habilitação, que a licitante apresentasse os seguintes documentos:

8.4.6 - Apresentar “Plano de Recuperação de Desastres e Plano de Continuidade Operacional” em tecnologia da informação, elaborado por profissional da licitante com certificação pertinente, considerando os padrões definidos pelo DRII - Disaster Recovery Institute International e MBCI – Business Continuity Institute Membership.

8.4.7 - Apresentar “Projeto de Implantação” definindo a metodologia para implantação de sistemas, seguindo as melhores práticas de gerenciamento de projetos do mercado, elaborado e executado por profissional da Contratada, com certificação atinente e considerando:

8.4.7.1 - Serviços de implantação, migração de dados, treinamento e suporte operacional aos usuários, manutenção, atualização e customização utilizando metodologia de desenvolvimento de processos e gerenciamento de projetos e metodologias para serviços aderentes ao modelo ITIL;

8.4.7.2 - Compreender as diretrizes de gerenciamento e execução de projeto de implantação preconizadas pela metodologia PMBOK (Project Management Body of Knowledge) do PMI (Project Management Institute);

8.4.7.3 - Conter detalhado das fases e atividades do projeto de implantação, contemplando estrutura analítica do projeto – EAP (WBS - PMI), detalhamento das fases do projeto e seus marcos e relação das atividades, produtos e responsabilidades por fase do projeto de implantação do sistema.

Nesse caso, em consonância com a Unidade Técnica, nada obsta que a Administração Pública venha a condicionar a assinatura do contrato após a apresentação destes documentos ou ainda, estabelecer prazo para entrega dos mesmos após assinatura do contrato, mas apenas da licitante vencedora.





Ainda, conclui estar presente o requisito do *fumus boni iuris* pelo fato de que os relatos demonstram indícios de ocorrência de irregularidade na contratação de serviços técnicos mediante horas de trabalho, em face da ausência de justificativa da necessidade de sua contratação.

Em consulta ao site da Prefeitura Municipal¹, vislumbrei do Anexo I do Pregão Presencial, na descrição do objeto, que os itens 19, 20 e 21 se referem, respectivamente, à Serviços de (I) implantação, conversão e migração, (II) desenvolvimento e customização de softwares e (III) apoio administrativo na gestão pública, cuja aquisição se pretende fazer no formato “hora”. Confira-se:



Prefeitura Municipal de Nova Mutum

Estado de Mato Grosso

CNPJ 24.772.162/0001-06

				0		
17	Sistema de Ponto Eletrônico	Sistema/Mês	1	6.500,00	6.500,00	78.000,00
18	Sistema de Gestão de Monitoramento Remota de Frotas	Veículo/Mês	120	145,00	17.400,00	208.800,00
19	Serviços de implantação, conversão e migração	Hora	2.500	175,00		437.500,00
20	Serviços de desenvolvimento e customização de softwares	Hora	18.000	250,00		4.500.000,00
21	Serviços de apoio administrativo na gestão pública	Hora	2.500	250,00		625.000,00

Afere-se que o valor da contratação pelo Município pelas 2.875 horas, perfaz a monta de R\$ 5.562.500,00.

Sob esse prisma, verifiquei, a princípio, uma possível irregularidade na contratação de mão de obra para os serviços de TI e seu pagamento por hora, na medida em que o preço e o adimplemento deveriam estar vinculados aos resultados alcançados.

Nesse sentido prescreve a Súmula 269 do Tribunal de Contas da União:

Nas contratações para a prestação de serviços de tecnologia da informação, a remuneração deve estar vinculada a resultados ou ao atendimento de níveis de serviço, admitindo-se o pagamento por hora

1 http://www.novamutum.mt.gov.br/base/www/novamutum.mt.gov.br/media/attachments/5006/5006/5c87f85f7218c1abcc4d14867c56a3fb4ae6f437b9096_edital-preg-o-021_2019-loca-o-e-uso-de-licen-as-web-.pdf





trabalhada ou por posto de serviço somente quando as características do objeto não o permitirem, hipótese em que a excepcionalidade deve estar prévia e adequadamente justificada nos respectivos processos administrativos.

Corroborando com este entendimento, a Instrução Normativa n.º 04/2014 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - SLTI², contempla, entre outras vedações, a seguinte:

Art. 7º - É vedado:

(...)

VIII – adotar a métrica homem-hora ou equivalente para aferição de esforço, salvo mediante justificativa e sempre vinculada à entrega de produtos de acordo com prazos e qualidade previamente definidos.

De igual modo, a Corte de Contas da União editou o Manual de Boas Práticas, vedações e orientações para contratação de serviços de desenvolvimento e manutenção de software³, disciplinando:

15. O órgão deve abster-se de fazer conversões e vinculações com demais métricas, sobretudo com a métrica Ponto de Função. Respeitar e seguir, de forma estrita, a IN SLTI/MP nº 4, de 2014, quanto à obrigatoriedade de justificativa e de vinculação à entrega de produtos de acordo com prazos e qualidade previamente definidos quando utilizarem a métrica homem-hora

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná emitiu a cartilha de Governança de Tecnologia da Informação⁴, afirmando que a contratação por horas-homem deve ser evitada, pois é desvantajosa para a Administração ao permitir a remuneração de horas improdutivas e a ocorrência do paradoxo lucro-incompetência, caracterizado pela situação em que o fornecedor é beneficiado quando ineficiente, pois quanto mais horas emprega para entregar o contratado, maior é o seu lucro.

2 <https://www.governodigital.gov.br/documentos-e-arquivos/legislacao/1%20-%20IN%204%20%2011-9-14.pdf>

3 <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=11792883&codPapelTramitavel=56331489>

4 https://www.tjpr.jus.br/documents/15390/6234939/TCE-PR-Cartilha_Governanca_em_TI_15-FINAL-vs_2018-01.pdf/cb26b8b7-fc94-3836-8c7a-e34d1125d048





Diante disso, é possível observar que o modelo a ser contratado pela Administração Municipal de Nova Mutum privilegia a possibilidade de má execução dos serviços, uma vez que, quanto mais horas forem utilizadas para a concretização do objeto, maior será a remuneração da contratada.

Sob esse prisma, procura-se resguardar os princípios da eficiência e da economicidade, pois a mensuração dos serviços pelo número de horas trabalhadas ou pela disponibilização de trabalhadores impede a remuneração da contratada pelo que foi efetivamente executado.

Aplicando essas considerações ao caso em tela, constatei uma aparente violação das normas principiológicas acima mencionadas por parte do Município de Nova Mutum.

Destarte, respeitados, pois, os limites de cognição sumária nesta seara cautelar, entevi que se encontra presente o requisito do *fumus boni iuris* autorizante da concessão da cautelar pleiteada, diante da plausibilidade das teses de **exigência de qualificação técnica excessiva e restritiva ao caráter competitivo da licitação** e da **inadequada metodologia empregada na contratação de serviços de tecnologia por hora**.

Ademais, verifiquei que, para além da plausibilidade dos argumentos expostos na Representação de Natureza Interna, encontra-se atendido o pressuposto do *periculum in mora*, uma vez que as ilegalidades ligadas ao certame, caso confirmadas no mérito, têm o condão de induzir à nulidade do Pregão Presencial n.º 21/2019, a par do que estabelece o § 2º, do artigo 49, da Lei 8.666/93⁵, que prevê que a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato.

5 Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.





Em uma de suas célebres obras, Celso Antônio Bandeira de Mello⁶ anota que, as medidas cautelares se destinam a "*prevenir danos sérios ao interesse público ou à boa ordem administrativa*", e, não possuem a finalidade de intimidar ou punir infratores, mas, sim, "*a de paralisar comportamentos de efeitos danosos ou de abortar a possibilidade de que se desencadeiem*".

Nesse sentido, imperioso destacar o entendimento da jurisprudência, sintetizada na seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EDITAL LICITATÓRIO – AUSÊNCIA DE OBSERVÂNCIA DE PRINCÍPIOS – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO 1 - A impossibilidade legal de se exigir qualquer ação de cunho eliminatório ou classificatório pertinente às licitações, **tornam nulos todos os atos a este subseqüentes, maculando sobremaneira os princípios administrativos. 2 – Recurso improvido (TJES, Agravo de Instrumento 09000044520088080030, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 08/05/2008).**

Nos termos do artigo 300 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, a medida cautelar de sustação de ato, quando incidir sobre edital de licitação, impede a abertura ou o prosseguimento do certame.⁷ Esta norma regimental visa evitar prejuízos à segurança jurídica das relações, tendo em vista que a nulidade do procedimento é proporcionalmente mais grave quanto maior for o número de atos praticados no decorrer do processo licitatório viciado.

Ressaltei que a concessão da vertente cautelar, liminarmente, com base no artigo 297, *caput* e incisos II e III, do Regimento Interno desta Corte, não trará danos irreversíveis ao Representado (*periculum in mora inverso*), posto que os efeitos decorrentes do provimento acautelador poderão, sem prejuízo, ser justificadamente suspensos ou revistos a qualquer tempo, bem como serão objeto da análise meritória dos fatos subjacentes.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 859

⁷ Art. 300. A medida cautelar de sustação de ato, quando incidir sobre edital de licitação, concurso público ou processo seletivo simplificado e processo seletivo público, impede a abertura ou prosseguimento do certame.





Em juízo de proporcionalidade, verifico que os danos decorrentes da continuidade do Pregão Presencial que, a princípio, contraria os preceitos legais são mais gravosos se comparados àqueles causados pelo seu adiamento.

Por fim, cumpre aclarar que, por ora, deixei de enfrentar o juízo acerca dos demais apontamentos, sob o seguro entendimento de que tais matérias merecem aprofundada análise técnica após eventual defesa ofertada pelos Representados.

Forte nessas razões de fato e de direito, conheci desta Representação de Natureza Interna e, com base no exercício do poder de cautela e no artigo 82 da Lei Complementar n.º 269/2007, c/c artigos 89, *caput* e incisos I, IV, VIII e XV; 297, *caput* e § 2º; 298, inciso III, todos do Regimento Interno desta Corte de Contas, reconheci a existência dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*, e **concedi liminarmente a medida cautelar** pleiteada, para:

I - Determinar a imediata **notificação** da Prefeitura de Nova Mutum, na pessoa de seu Gestor, Sr. **Adriano Xavier Pivetta**, do Secretário Municipal de Administração, Sr. **Geder Luiz Genz**, do Gerente de Gabinete, Sr. **João Batista Pereira da Silva** e do Pregoeiro, Sr. **Sérgio Vitor Alves Rodrigues**, para que **se abstenham de praticar ou permitir que se pratique(m) quaisquer novos atos inerentes à concorrência n.º 21/2019**, até a decisão de mérito por parte deste Tribunal, **advertindo-os que, no caso de desobediência, estarão sujeitos à multa diária no montante de 10 UPF's**, nos termos do artigo 297, §1º, do RTICE-MT.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, **acolhendo** o Parecer n.º 1221/2019, da lavra do Procurador de Contas Getúlio Velasco Moreira Filho, com base no parágrafo único, do artigo 82 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, submeto à homologação deste Egrégio Plenário a Medida Cautelar adotada por meio da Decisão Singular n.º 339/LCP/2019, concedida em face da Prefeitura Municipal de Nova Mutum, que determinou ao seu Gestor a suspensão imediata dos atos inerentes ao **Pregão**





Tribunal de Contas
Mato Grosso

TRIBUNAL DO CIDADÃO

GABINETE DO CONSELHEIRO SUBSTITUTO

Luiz Carlos Pereira

Telefone: (65) 3613-7167

e-mail: gab.luizcarlos@tce.mt.gov.br

Presencial n.º 21/2019, até o ulterior julgamento do mérito desta Representação de Natureza Interna, lavrando-se o competente Acórdão.

É como voto.

Gabinete do Relator, Cuiabá-MT, 28 de março de 2019.

LUIZ CARLOS PEREIRA⁸
Conselheiro Substituto

⁸ Documento assinado por assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, nos termos da Lei Federal n.º 11.419/2006.

