

## SIJUD – SISTEMA DE INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS DO JUDICIÁRIO (DW). LICITAÇÃO (PARECER)

### Jair Eduardo Santana

Mestre em Direito do Estado (Puc/SP)

Professor em cursos de pós-graduação.

Atua na capacitação de servidores públicos das três esferas de governo

Magistrado de Entrância Especial

Visite [www.jairsantana.com.br](http://www.jairsantana.com.br)

**Referência:** CI n. 021/2010/26.04.2010 (Dirfor/Atend-Seplog/Ceinfo)

**Tema:** Dúvidas relativas às exigências a serem postas no Edital SIJUD. Licitação. Exigências de habilitação. Qualificação técnica. Tempo de experiência de membros componentes da Equipe Técnica. Certificação: MPS – BR, CMMI e SPICE-ISO/IEC 15504

**Objeto:** SIJUD – Sistema de Informações Estratégicas do Judiciário (DW). Serviços na área de TI (TIC).

### I. Introdução

1. Muito nos honra a Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG – ao determinar no expediente em referência que nos manifestemos a propósito do tema em pauta.

1.1 *Em síntese*, a Administração Judiciária se depara com *dúvidas acerca da possibilidade de se exigir*, no procedimento licitatório a ser deflagrado:

- *certificações* que a CI n. 021/2010 melhor explicita (e que serão detalhadas aqui ao seu tempo – item 8) e

- *tempo de experiência dos profissionais que vierem a ser contratados* (Equipe Técnica).

2. Importante logo registrar que, embora possa o presente Parecer ser parcial e oportunamente utilizado para os fins previstos no artigo 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93, no tocante aos aspectos aqui tratados, ressaltamos à nossa Autoridade Máxima a necessidade de se cercar supletiva ou substitutivamente do abalizado Corpo Técnico Jurídico da Casa de Justiça do Estado de Minas Gerais para melhor aquilatar a matéria agitada, se assim entender pertinente. Tudo sem prejuízo, por certo, das providências sugeridas na parte conclusiva.

va deste e do cumprimento indispensável do ato de aprovação antes mencionado.

3. A despeito da notória importância que a contratação pretendida tem para o TJMG, traduzindo-se ela num dos maiores Projetos de Infraestrutura da Administração Judiciária, começamos a nos desvencilhar do nosso mister a partir da explicitação necessária do objeto pretendido. Tudo visando melhor contextualizar o epicentro deste escrito e aloca-lo dentro de um cenário que imanta as regras e valores incidentes.

## II. O que é o Sijud

4. O SIJUD – Sistema de Informações Estratégicas do Judiciário (DW) – é, em última análise, uma solução de *data warehouse*, conceituada como “um ambiente estruturado, extensível, projetado para a análise de dados não voláteis, lógica e fisicamente transformados, provenientes de diversas aplicações, alinhados com a estrutura da empresa, atualizados e mantidos por um longo período de tempo, referidos em termos utilizados no negócio e sumarizados para análise rápida” (“In” Termo de Referência – versão provisória).

Sabidamente, o TJMG conta com dezenas de sistemas informatizados (das áreas administrativa e judicial) mas não se tem ferramenta adequada para capturar, armazenar, organizar e gerenciar os dados existentes, circunstância que dificulta (e por vezes inviabiliza) a tomada de decisão segura.

Em tempos de planejamento estratégico e de gestão por resultados, o cenário se mostra impensável, especialmente para nós próprios que – há tempos – nos vemos envolvidos com a Gestão na Administração Judiciária de Minas Gerais.

Registre-se, aliás, que a contratação do SIJUD é medida alinhada aos objetivos estratégicos da Casa de Justiça que prevê, dentre outros: *“agilizar a prestação jurisdicional da 1ª e 2ª Instâncias, por meio do constante monitoramento e gerenciamento dos*

*serviços judiciários”*. Esse monitoramento e gerenciamento por certo é dependente da ferramenta que se quer contratar.

Mais não fosse, devemos lembrar que dita contratação atenderá, ainda, muitas determinações do CNJ – Conselho Nacional de Justiça – dentre as quais a Resolução n. 70:

Artigo 3º: *“O Núcleo de Gestão Estratégica dos tribunais ou unidade análoga coordenará ou assessorará a elaboração, implementação e gestão do planejamento estratégico, como também atuará nas áreas de gerenciamento de projetos, otimização de processos de trabalho e acompanhamento de dados estatísticos para a gestão da informação”*

Acompanhando diuturnamente essa labuta, tomamos a liberdade de lembrar o que publicamos recentemente em jornal de circulação nacional (Jornal O Estado de Minas, 22 de fevereiro de 2010, Caderno Direito & Justiça – “Judiciário, Meta 2, Forte Apache e Avatar). E ali, na condição de Gestor do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) das Metas de Nivelamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) pontuamos (os destaques não constam do original):

“Há uma década, escrevi um trabalho chamado ‘Quanto custa a função jurisdicional?’ E já havia sido publicado outro trabalho, quase homônimo, intitulado ‘Estados: quanto custam as funções legislativas e judiciais?’ (publicado pela Secretaria para Assuntos Fiscais do BNDES; Informe-se, n. 22, novembro de 2000). **Naquela época, eu reclamava por não termos um planejamento de longo prazo. Hoje, isso já é realidade no Judiciário.** A transição administrativa também tem seus efeitos suavizados por um plano específico. **Mas continuarei reclamando por investimentos em infraestrutura.** De qualquer modo, estamos caminhando no bom rumo. E como vejo a questão.

No passado, como hoje, continuo imaginando que “precisamos conhecer o nosso negócio”, quando me refiro ao Poder Judiciário. Aumentar a vazão de processos é um resultado que a sociedade legitimamente espera. Do mesmo modo como é legítimo esperar que a torneira aberta jorre água em todo o diâmetro do seu bocal. **A sociedade não precisa entender as deficiências da infraestrutura administrativa judicial; nem de gestão. E, muito menos, compreender como a equação da “energia sem perdas” afeta o domínio da vazão volumétrica.**

**Brincar de Forte Apache na infância me permitiu saber que “a estratégia para vencer o inimigo depende diretamente do conhecimento que tenho sobre o meu próprio inimigo”. É fato que o Poder Judiciário ainda não se conhece como é necessário. Há mais de uma década estou dizendo isso. A maior queixa do setor é não ter sequer informações elementares que permitam uma melhor gestão.**

**Gestão estratégica do Poder Judiciário ou de onde for é bordão em moda nos dias de hoje. Quer-se resultados, assim como o setor privado quer seus lucros. Não é possível implantar a estratégia sem conhecer o inimigo. É simples, como brincar de Forte Apache. Mas é também complexo, como tentar entender os scripts dos jogos de computador ou o Ser Supremo na religião hindu, para quem professa o cristianismo.**

É o Avatar rondando o Poder Judiciário.”

Os fragmentos do artigo supra mostram, em tom jornalístico (ao menos foi essa a ideia) que a Administração Judiciária (e não apenas a Mineira) não detém ferramentas hábeis para a “gestão do seu negócio”.

Essa é a “missão principal do SIJUD”, para resumir a coisa.

De qualquer modo, a solução buscada possibilitará, no mínimo:

1. Disponibilizar para a Alta Direção informações necessárias à tomada de decisões e, assim, propiciar meios para que haja maior eficiência e segurança nas decisões estratégicas;
2. Possibilitar aos magistrados e gestores acesso a informações da atividade-fim em suas estações de trabalho;
3. Apoiar os magistrados e servidores na gestão do acervo processual de comarcas/varas;
4. Auxiliar os principais setores usuários no desempenho de suas funções administrativas;
5. Atender de forma mais eficaz às demandas de informações estatísticas do público interno (magistrados e servidores) e externo (CNJ, Ministério Público, Jornalistas, Professores e outros);
6. Possibilitar o acompanhamento da distribuição da carga de trabalho processual no Estado, subsidiando a proposição de adequações na legislação (criação/instalação de câmaras/comarcas/varas, ou mudança de competência de varas);
7. Identificar com maior exatidão o tempo médio de duração de cada fase do processo e os seus maiores entraves, a fim de permitir a adoção de intervenções mais precisas e pontuais;
8. Propiciar a apuração, consolidação, acompanhamento, e geração de relatórios, com dados estatísticos, por classe, movimentação e assuntos, em atendimento às Resoluções do CNJ;
9. Identificar as classes e os assuntos mais debatidos nos processos judiciais, possibilitando uma melhor gestão do acervo, além da possibilidade da adoção de medidas que reduzam/previnam conflitos;
10. Atingir maior uniformidade no tratamento da informação, visando à geração de análises

estatísticas mais precisas e detalhadas, essenciais ao planejamento e gestão do Poder Judiciário;

11. Consolidar em um único “repositório” os dados indicados pelo TRIBUNAL de vários sistemas e planilhas eletrônicas;

12. Possibilitar à área usuária independência da Diretoria Executiva de Informática para a geração de relatórios gerenciais.” (“In” Termo de Referência, versão provisória).

### III. Objeto da Contratação

5. O **objeto da contratação** consiste, portanto, na escolha de empresa especializada que forneça e implante os **serviços especializados correlatos** (“In” Termo de Referência, versão provisória):

1. Serviços especializados de Implementação da Solução, incluindo: análise de requisitos; infra-estrutura e modelagem de dados; extração, transformação e carga de dados; construção de front-end; teste geral e implantação em produção;
2. Serviços especializados de Liberação da Solução;
3. Serviços especializados de Gerenciamento do Projeto;
4. Serviços especializados de Suporte Técnico;
5. Horas técnicas para Evoluções e Adequações;
6. Serviços especializados de Treinamento, incluindo transferência de conhecimento.

Os serviços constantes do objeto acima passam a ser referidos no Edital e em seus Anexos respectivamente como:

- a) Serviços especializados de Implementação de Solução de Armazém de dados – Implementação.
- b) Serviços especializados de Liberação da Solução – Liberação da Solução.
- c) Serviços especializados de Gerenciamento do Projeto – Gerenciamento do Projeto.
- d) Solução de armazém de dados – Solução, armazém de dados, armazém, solução de data warehouse, data warehouse, DW.

e) Serviços especializados de Suporte Técnico – Suporte, Suporte Técnico.

f) Horas Técnicas para Evoluções e Adequações – Horas Técnicas.

g) Serviços especializados de Treinamento – Treinamento.

A descrição do objeto, em detalhes, mostra tratar-se daqueles serviços considerados “comuns” pela legislação vigente.

### IV. Licitação de serviços comuns no domínio da Tecnologia da Informação – TI

6. Por imperativo das circunstâncias (e isso impactará algumas considerações que faremos adiante), avançamos sobre tema periférico embora não seja ele objeto direto da Consulta.

Em sendo, como são de fato, serviços comuns aqueles que a Administração Judiciária pretende contratar, o procedimento a ser desencadeado demanda a escolha da modalidade PREGÃO, conforme temos sustentado há tempos e na atualidade amparados por unânime entendimento da Corte de Contas da União.

Escrevemos:

“Diante de tudo o que já dissemos e acompanhando diuturnamente o comportamento dos pregões realizados no Brasil, consolidamos o que já pensávamos e escrevemos anteriormente. Assim, hoje mais do que nunca entendemos que **não mais se licita por técnica e preço bem ou serviço afeto a tecnologia de informação (TI), a menos que a racionalidade humana seja imprescindível e essencial para a execução dos respectivos trabalhos. Ou seja, a natureza intelectual de que nos fala a lei** (art. 46 da Lei nº 8.666/93) **deve ser de tamanha monta que sem ela os serviços não seriam realizados.** É como se houvesse a necessidade de algo que extrema com algum tipo de “arte”, onde a “pedra de toque” do objeto,

a justificar o “tipo” respectivo, fosse não apenas preponderante, mas “conditio sine qua non” da execução dos serviços (ou do objeto).

**De modo inverso, aqueles serviços que se realizam segundo protocolos, métodos, técnicas conhecidas, pré-estabelecidas, visíveis, facilmente mensuráveis e identificáveis, são hoje considerados serviços comuns independentemente da complexidade que apresentem.**

**Temos sustentado em público** (essa é outra dimensão que a incorreta indicação da modalidade licitatória apresenta) **que configura ato de gestão antieconômica, passível de responsabilizar o gestor, a adoção de modalidade licitatória diversa do pregão que, sabidamente, permite uma maior disputa entre concorrentes e – sem discussão – traz vantagens outras além de economia aos cofres públicos.**

**É dizer por outras palavras: se o objeto é comum – embora pertencente ao setor de TI – ele pertence ao domínio do pregão.** Caso se eleja outra modalidade, sem justificativa plausível, certamente estará havendo ônus aos cofres públicos e, sem prejuízo disso, não se estará densificando o princípio da competição entre concorrentes” (“In” Pregão Presencial e Eletrônico – Sistema de Registro de Preços – Manual de Implantação, Operacionalização e Controle. Belo Horizonte: Editora Fórum, 3a. edição, 2009).

Os destaques postos na citação não constam do original, mas foram aqui relevados por uma questão muito importante ao deslinde da matéria central deste Parecer.

É que a modalidade a ser eleita (que presumimos seja de fato o pregão) tem características especiais no tocante à habilitação (artigo 4o, inciso XIII, da lei de regência).

6.1 Agitamos esse assunto porque poderia o leitor atento imaginar que as nossas conclusões con-

têm – se não inconsistências – paradoxos intransponíveis já que, sendo comuns os serviços a serem contratados, deveriam ser mínimas as exigências de habilitação, como sugerido pelo citado artigo 4o, inciso XIII, da Lei do Pregão (Lei n. 10.520/02).

Em realidade, o próprio texto normativo incidente nesse ponto é suficiente para elucidar eventual questionamento. Dele consta a expressão “quando for o caso”. E ela é a regra de ponderação e de equilíbrio entre o objeto e as exigências de qualificação a serem feitas.

Assim, “a depender do objeto” (ou seja, “quando for o caso”), a Administração Pública exigirá mais ou menos dos futuros licitantes. Porém, na generalidade das situações, bastará a CND e o FGTS (e algo do gênero), como sustentamos desde sempre.

Em resumo, o fato do objeto aqui tratado não ser um objeto corriqueiro, simples, e “de prateleira” (o que não lhe desnatura o sentido de “serviço comum”) justifica as exigências mais austeras.

## V. Habilitação: generalidades

7. E já falando de exigências de habilitação nunca é demais lembrar que **habilitação** é – grosso modo – “a via pela qual a Administração Pública avalia diversos aspectos do seu futuro contratado. Ou seja, a partir da Constituição Federal de 1988 (art. 37, inc. XXI), já se antevê que há um parâmetro a guiar a conduta do Poder Público no estabelecimento das exigências que serão feitas ao licitante (futuro contratado):

(...) 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;

O vetor da habilitação, com se vê, é aquilatar se o futuro contratado (licitante) detém qualificação para cumprir as obrigações que vierem a ser assumidas.

E desde já se evidencia que, quanto maior as exigências feitas pela Administração Pública, menor é o universo de possíveis licitantes. Por isso é que toda a orientação normativa e jurisprudencial se constrói no sentido de se atingir um limite razoável para as exigências de habilitação. É dizer, na linha da orientação do Tribunal de Contas da União, as exigências não devem ultrapassar os limites da razoabilidade e estabelecer cláusulas desnecessárias e restritivas ao caráter competitivo. Devem restringir-se apenas ao necessário para cumprimento do objeto licitado (TCU. Licitações e contratos: orientações básicas. 3. ed., 2006, p. 116) (“*Op. cit.*”).

7.1 Está claro a todos que a função da habilitação em procedimentos licitatórios é, a um só tempo, prestigiar os interesses da Administração Pública – através da obtenção da vantajosidade em sua mais larga expressão - e assegurar a isonomia entre os concorrentes.

7.2 Decantando-se o estabelecido na Carta Federal, a Lei nº 8.666/93 disciplinou que a habilitação se compartimentaliza sob quatro aspectos (art. 27), a saber:

- a) habilitação jurídica (art. 27, I, e 28);
- b) qualificação técnica (art. 27, II, e 30);
- c) qualificação econômico-financeira (art. 27, III, e 31); e
- d) regularidade fiscal (art. 27, IV, e 29).

A exposição desse aspecto de maneira pedagógica é indispensável para que se possa, adiante,

bem compreender – substancial e geograficamente - as exigências pretendidas pela Administração Judiciária em relação ao SIJUD.

## VI. Certificações: para compreendê-las

8. Enfim, retoma-se a temática central porque, em análise última, quer-se saber se o procedimento a ser deflagrado em razão do SIJUD pode, ou não, exigir dos licitantes:

- Certificação MPS – BR,
- Certificação CMMI,
- Certificação SPICE-ISO/IEC 15504 e
- Tempo de experiência dos profissionais que serão alocados pela futura contratada.

Imprescindível, nesse passo, consignar noções breves acerca das exigências pretendidas para melhor entendimento a propósito do que se fala.

### 8.1 Certificação MPS – BR

“**MPS.BR** ou Melhoria de Processos do Software Brasileiro é simultaneamente um movimento para a melhoria da qualidade (Programa MPS. BR) e um modelo de qualidade de processo (Modelo MPS) voltada para a realidade do mercado de pequenas e médias empresas de desenvolvimento de software no Brasil.

(...)

No Brasil, uma das principais vantagens do modelo é seu custo reduzido de certificação em relação às normas estrangeiras, sendo ideal para micro, pequenas e médias empresas.

Um dos objetivos do projeto é replicar o modelo na América Latina, incluindo o Chile, Argentina, Costa Rica, Peru e Uruguai.

O projeto tem apoio do Ministério da Ciência e Tecnologia, da FINEP e do Banco

Interamericano de Desenvolvimento. No Brasil o projeto é desenvolvido pela Softex, interagindo com as universidades e com o Governo Federal.” (Fonte: Wikipédia).

### 8.2 Certificação CMMI

De sua vez, o

“CMMI (Capability Maturity Model Integration) é um modelo de referência que contém práticas (Genéricas ou Específicas) necessárias à maturidade em disciplinas específicas (Systems Engineering (SE), Software Engineering (SW), Integrated Product and Process Development (IPPD), Supplier Sourcing (SS)). Desenvolvido pelo SEI (Software Engineering Institute) da Universidade Carnegie Mellon. O CMMI é uma evolução do CMM e procura estabelecer um modelo único para o processo de melhoria corporativo, integrando diferentes modelos e disciplinas.

Os processos de melhoria nasceram de estudos realizados por Deming (Out of the Crisis), Crosby (Quality is Free: The Art of Making Quality Certain) e Juran, cujo objetivo principal era a melhoria da capacidade dos processos. Entende-se por capacidade de um processo a habilidade com que este alcança o resultado desejado.

Um modelo tem como objetivo estabelecer - com base em estudos, históricos e conhecimento operacional - um conjunto de “melhores práticas” que devem ser utilizadas para um fim específico” (Fonte: Wikipédia)

### 8.3 Certificação SPICE-ISO/IEC 15504

Por fim (no tocante às certificações), a ISO/IEC 15504,

“também conhecida como **SPICE**, é a norma ISO/IEC que define **processo de desenvol-**

**vimento de software**. Ela é uma evolução da ISO/IEC 12207 mas possui níveis de capacidade para cada processo assim como o **CMMI**. Em outubro de 2003, a Norma ISO/IEC 15504 para a avaliação de processos de software foi oficialmente publicada pela ISO. A Norma ISO/IEC 15504 define um modelo bidimensional que tem por objetivo a realização de avaliações de processos de software com o foco da melhoria dos processos (gerando um perfil dos processos, identificando os pontos fracos e fortes, que serão utilizados para a elaboração de um plano de melhorias) e a determinação da capacidade dos processos viabilizando a avaliação de um fornecedor em potencial.

Esta norma está sendo desenvolvida desde 1993 pela ISO em conjunto com a comunidade internacional através do projeto SPICE (Software Process Improvement and Capability Determination) com base nos modelos já existentes como ISO 9000 e CMM.

Segundo a norma, uma avaliação de processo de software é uma investigação e análise disciplinada de processos selecionados de uma unidade organizacional em relação a um modelo de avaliação de processo.

A ISO/IEC 15504 define um modelo de referência de processo que identifica e descreve um conjunto de processos considerados universais e fundamentais para a boa prática da engenharia de software, e define seis níveis de capacidade, seqüenciais e cumulativos que podem ser utilizados como uma métrica para avaliar como uma organização está realizando um determinado processo e também podem ser utilizados como um guia para a melhoria. A ISO/IEC 15504 define também um guia para a orientação da melhoria de processo, tendo como referência um modelo de processo e como uma das etapas a realização de uma avaliação de processo. Este guia sugere 8 etapas seqüenciais, que inicia com a identificação de estímulos para a melhoria e o exame das necessidades da organização.

Em seguida existem ciclos de melhoria, nos quais um conjunto de melhoria são identificadas, uma avaliação das práticas correntes em relação à melhoria é realizada, um planejamento da melhoria é feito, seguido pela implementação, confirmação, manutenção e acompanhamento da melhoria” (Fonte: Wikipédia).

## VII. Tempo de Experiência Profissional

8.4 Por derradeiro, pretende-se que o futuro contratado detenha experiência em projetos de complexidade semelhante ao que será licitado, por exemplo, para o gerente de projetos, “experiência em gerenciamento de projetos de desenvolvimento e implantação de solução de armazém de dados, totalizando no mínimo 4.500 horas (5, 6 ou 7 mil)”.

8.5 Todas as certificações antes analisadas são, numa linguagem mais simplista, decorrentes de vetor único: melhoria e qualificação dos processos de desenvolvimento no setor de TI. Isso significa, noutra dimensão, método para alcançar qualidade e resultados ótimos.

## VIII. Análise das exigências

### 9. Análise contextualizada das exigências pretendidas

Explica-se que partiremos das generalidades para alcançar, adiante, as especificidades relativas aos temas centrais colocados em discussão.

Pontua-se que, além de investigarmos se é ou não possível à Administração Pública exigir certificação e tempo de experiência, avalia-se a questão topográfica do assunto, conforme segue.

#### 9.1 Generalidades

Para o efeito de licitações, **em que consistem (e onde se enquadrariam geograficamente) as “certificações” e a “experiência anterior”?**

Talvez grande parte dos profissionais do Direito se apressassem em afirmar que

**“a certificação de qualidade exigida na licitação em tela poderia inserir-se na qualificação técnica. Contudo, o artigo 30 da mencionada lei (n. 8.666/93) elenca os documentos que poderão ser exigidos para comprovar essa qualificação, entre os quais não se incluem os certificados de qualidade”** (TCU, Acórdão 381/2009, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler – DOU 13.03.2009. Os destaques não constam do original).

Ou seja, a propósito de certificados de qualidade, seria natural concluir que

**“a jurisprudência tem considerado ilegal a exigência de apresentação de certificação de qualidade como requisito de habilitação em procedimentos licitatórios, aceitando apenas a possibilidade de sua previsão no edital como critério de pontuação técnica”** (TCU, Acórdão 381/2009, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler – DOU 13.03.2009. Os destaques não constam do original).

Também concordamos em toda latitude da expressão que as exigências de habilitação postas na Lei n. 8.666/93 (artigo 30 sobretudo) são **“numerus clausus”**. É dizer, a habilitação se corporifica no particular caso dentro dos limites desenhados pela legislação pertinente (TCU, Decisão n. 739/2001, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar. DOU 26.09.2001).

A afirmação que ora fazemos não destrói, ao reverso, solidifica o que dissemos no passado em nosso artigo intitulado “Falência, Concordata, Insolvência Civil, Intervenção e Liquidação Extrajudicial: Repercussões nas Licitações e nos Contratos Administrativos (“ In “BLC – Boletim de Licitações e Contratos – Novembro/2002, p. 732 e ss.).



De qualquer modo e tornando à premissa maior, assim é nosso entendimento por um simples motivo: é a Carta Federal que dá esse vetor ao insculpir no artigo 37, inciso XXI, dito mandamento.

O mesmo raciocínio geográfico não se aplica à pretendida exigência relativa a “qualificação dos profissionais” que vierem a prestar os respectivos serviços. É dizer, a norma de regência (art. 30, da Lei n. 8.666/93) alberga – em tese – **a qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos** futuros (inciso II).

Todavia, a questão toda não se resume a uma problemática geográfica. E assim tanto para a certificação de qualidade quanto para a qualificação técnica.

Na hipótese em análise, chegamos a pensar que há uma quase imperatividade de serem postas exigências do gênero no procedimento correlato.

## 9.2 Possibilidade de se exigir certificação de qualidade e qualificação da equipe técnica

Conclusão apressada (item 9.1) poderia firmar premissa inválida estabelecendo que se a Lei não contempla a exigência da certificação qualitativa, ela não poderá ser conduzida para a licitação.

Não se trata disso. O sistema licitatório revela constante tensão entre as prescrições infraconstitucionais e o plano normativo e principiológico constitucional, donde são resgatados os valores supremos que incidem num dado caso concreto.

Essa afirmação explica e justifica a maioria das divergências de interpretação normativa encontráveis no Setor. Ou seja, **o regime jurídico licitatório pátrio não permite a quem quer que seja estipular verdades lineares e absolutas.**

Chega a ser impressionante o número de “situações-de-fato” onde tais polêmicas se instalam. Para não ficarmos sem exemplos e permitir uma melhor

compreensão do que se fala, lembremos das “tradicionalistas” disputas jurídicas em torno da modalidade “convite”. Neste, o procedimento tido por válido consiste em revelar, no certame, três propostas válidas ou três cartas-convite validamente expedidas? No pregão presencial, é válido o envio de proposta e documentos pelos correios, sem que o proponente se faça presente na sessão? É ou não permitido exigir-se “número mínimo de atestados para comprovar aptidão técnica?”

Não convém alongar nessas discussões porque sabidamente elas quase que não têm fim.

O que queremos pontuar, neste tópico, é que **a depender de situações especiais, é possível o estabelecimento de um conjunto de exigências em relação ao contratado futuro, respeitados os vetores supremos da licitação.**

## 9.3 Fundamentos para as exigências

Conforme já destacado em passagem anterior, o procedimento licitatório visa resguardar a Administração Pública e seus interesses garantindo-lhe a **melhor contratação** limitada a sua ação, no tocante às exigências que vier a fazer, a não vilipendiar a isonomia entre os concorrentes e a competitividade.

Decorre daí, até por intuição, que exigências que restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame são de todo inválidas.

Por outras linhas, pensamos seja **dever – e não faculdade - da Administração Pública acautelar-se** na busca da melhor contratação.

Quando se quer que a futura prestadora dos serviços (no caso SIJUD) apresente (numa dimensão) profissional que detenha determinada experiência anterior, a regra que é atraída para reger a espécie é aquela insculpada no artigo 30 da Lei Geral de Licitações (n. 8.666/93), aplicável subsidiariamente à Lei do Pregão (n. 10.520/02, artigo 9o).

Não poderia ser de modo diverso. Como imaginar o contrário, no plano da execução física do futuro ajuste?

Façamos esse esforço de raciocínio projetando no tempo futuro a empresa contratada prestando os serviços na construção do SIJUD valendo-se de uma “equipe inexperiente”.

É inimaginável, simplesmente.

De outra parte, o estabelecimento dessas exigências há de estar pautado por limites que serão aqui oportunamente expostos.

De qualquer modo, a essência do argumento aqui desenvolvido encontra conforto real no Superior Tribunal de Justiça – STJ – de onde se resgata ótima lição (RESP 268000/AC. Os destaques não constam do original):

“É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, **desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações.**

Dessarte, **inexiste violação ao princípio da igualdade entre as partes se os requisitos do edital, quanto à capacidade técnica, são compatíveis com o objeto da concorrência.**

In casu, a exigência, prevista no edital, de **apresentação de atestados que comprovem a experiência anterior dos participantes na prestação dos serviços objeto de licitação não é abusiva ou ilegal, pois é uma forma de demonstrar sua capacidade técnico-operacional segundo os critérios discricionariamente estabelecidos pela Administração para a execução a contento dos serviços.**”

Estamos insinuando, em verdade, que os interesses da Administração Pública, quando exteriorizados pela via da sua discricionariedade, podem sugerir a imposição de dadas exigências no procedimento licitatório porque elas garantirão no futuro a boa execução contratual. Nesse ponto é que – insistimos – não pode haver desdenho do Poder Público em não estruturar a contento o seu processo licitatório.

De qualquer sorte, a Corte de Justiça ementou, no caso citado (RESP 268000/AC. Os destaques não constam do original), o que é ressabido por todos aqueles que trafegam no setor, no tocante à supremacia do interesse público:

“Administrativo. Licitação. Capacitação Técnica. Exigência do Edital. Legalidade. Lei nº 8.666/93 (art. 30, II, parágrafos).

**1. Em louvação aos superiores interesses públicos, explicadas as razões, a exigência de comprovação técnica da empresa licitante, por si, não contraria ou nega vigência ao artigo 30, II, § 1º, II, Lei 8.666/93.”**

Sobre a possibilidade de se exigir experiência anterior, no tocante à qualificação técnica, importante decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ – é colacionada adiante (REsp 295806 SP 2000/0140290-0. Os destaques não constam do original):

**1. As exigências tendentes a comprovar a capacitação técnica do interessado em contratar com o ente público devem ser concedidas dentro das nuances e particularidades que caracterizam o contrato a ser formalizado, sendo apenas de rigor que estejam pautadas nos princípios que norteiam o interesse público.**

2. Em se tratando de licitação de serviços de engenharia de grande porte, não há por que cogitar de ilegalidade da norma editalícia que exige a comprovação de experiência anterior

em obra similar à licitada, porquanto concebida com propósito de permitir à Administração Pública avaliar a capacidade técnica dos interessados em com ela contratar nos exatos termos do que prescreve a primeira parte do inciso II do art. 30 da Lei n. 8.666/93: “comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (...)”.

**3. Há situações em que as exigências de experiência anterior com a fixação de quantitativos mínimos são plenamente razoáveis e justificáveis, porquanto traduzem modo de aferir se as empresas licitantes preenchem, além dos pressupostos operacionais propriamente ditos – vinculados ao aparelhamento e pessoal em número adequado e suficiente à realização da obra –, requisitos não menos importantes, de ordem imaterial, relacionados com a organização e logística empresarial.**

**4. A ampliação do universo de participantes não pode ser implementada indiscriminadamente de modo a comprometer a segurança dos contratos, o que pode gerar graves prejuízos para o Poder Público (os destaques não constam do original)”**

Em resumo, as possibilidades que descortinamos aqui têm fundamento num macrocontexto que recolhe para o seu interior tanto os valores constitucionais, e suas normas específicas, quanto regras subalternas e, sobretudo, elementos sacados da realidade (fatos).

Ou seja, se de um lado (dimensão fática) há um objeto de importância e configurações ímpares (sem, contudo, desnaturar a plasticidade semântica da expressão “serviço comum” existente na norma regente – Lei do Pregão), de outro lado (dimensão normativa) existe um núcleo de possibilidades hermenêuticas que se conforma a partir da escolha

válida de determinados “pontos de vista”. Assim para simplesmente **aplicar a norma a um caso concreto. E, no particular, estamos a falar de um método de aplicação de normas.**

Em capítulo específico sobre esse “modo de raciocinar” tivemos a oportunidade de esclarecer no passado que a tarefa do “aplicador” (ou intérprete, judicial ou administrativo, não importa) determina a) a dimensão em que a norma é omissa (insatisfatória, incompleta, etc.) e b) as possibilidades permitidas pela norma para a sua interpretação, aplicação e integração (*A tópica como recurso à colmatação de lacunas*).

Dissemos que:

**“no pensamento tópico a concepção de sistema hermético, unitário e imutável é posta ao lado, pressupondo, em contrário, o dinamismo do direito. Exige-se do sistema uma plasticidade que permita ao julgador (aplicador ou intérprete) trabalhar com as diversas soluções plausíveis para uma determinada hipótese. Essas premissas possuem cada qual um determinado fundamento e o fundamento último é a própria questão em análise.”** (*A Tópica como recurso à colmatação de lacunas*. “In” Limites da decisão judicial na colmatação de lacunas. Perspectiva social da atividade judicante. Belo Horizonte: Del Rey, 1998).

O que se pretende com isso tudo, afinal?

Demonstrar que as especificidades da situação posta (possibilidade ou não de se exigir certificados de qualidade e experiência da equipe profissional a ser contratada) podem encontrar suporte de validade no interior do sistema normativo correlato.

E, desta feita, afasta-se daquela “impressão generalizada unidirecional” a que nos referimos no item 9.1.

#### 9.4 Certificados de qualidade

Convalidando o argumento desenvolvido nos itens antecedentes, resgata-se que a exigência desses mesmos certificados aqui agitados já estiveram sob análise na Cortes de Contas da União.

No caso concreto, concluiu-se pela **possibilidade de sua exigência** no pregão respectivo. Constatou do acórdão (Acórdão nº 1172/2008- TCU – PLENÁRIO. Relator Min. Guilherme Palmeira):

“19. **A norma ISO/IEC 15504 – Software Process Improvement and Capability Determination, chamada também de Spice, tem o mesmo propósito das outras duas normas, de graduar a maturidade das empresas em relação a seus processos de desenvolvimento de software.** Apesar de não ter sido constatado se há empresas brasileiras certificadas por esta norma, fica válida a referência, considerando ainda que a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) recepcionou esta norma, em fevereiro de 2008, homologando e publicando a norma NBR ISO/IEC 15504, o que ajudará a fomentá-la no Brasil.

20. Essas normas também estão presentes nas relações comerciais privadas que envolvem contratações dessa mesma natureza, portanto **a exigência é realidade de mercado e compatível com a proposição.** Deve-se considerar, também, que o gestor não foi exaustivo nas certificações aceitas, permitindo outras desde que o licitante comprove a equivalência.

21. Considerando que **a competitividade está assegurada por conta do número de empresas já certificadas em CMMI ou MPS-BR, além das que potencialmente podem apresentar certificação da Spice ou outra equivalente, e que a prática dessa exigência se coaduna com a realidade de mercado para contratos dessa natureza, entende-se ser**

**razoável e pertinente a manutenção dessa exigência na habilitação.**

(...)

**23. Diante do exposto, é aceitável, para o Pregão Eletrônico n.º 06/2008, a exigência de certificação CMMI ou MPS/BR ou Spice (ISO/IEC 15504) ou equivalente, desde que nos moldes do item 9, ‘d’ do Anexo I – Termo de Referência, pela maior clareza e especificidade.’**

Cabe por certo dizer (em nome da lealdade argumentativa) que a decisão supra foi alvo de embargos e, novamente, o assunto em tela novamente agitado. E, a lição que remanesce persiste no sentido da possibilidade de se exigir certificados de qualidade.

Ditos embargos discutiram fundamentalmente o “em que momento exigir” tal qualificação (ACÓRDÃO Nº 2521/2008 - TCU – Plenário. Relator Min. Guilherme Palmeira. Os destaques não constam do original).

Dada a similitude da matéria discutida no acórdão ultimo citado e a contratação aludida no presente parecer, roga-se compreensão pelos excertos transcritos adiante:

“14. **Por outro lado, se a exigência refere-se ao grau de qualidade dos processos de desenvolvimento de software que a contratante deseja que seja praticado durante toda a execução contratual, então a exigência pode ser enquadrada no art. 3º, inciso IX, alínea ‘c’, da Lei 8.666/93 (... bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento...)** como requisito técnico obrigatório da execução dos serviços, desde que o gestor garanta que os processos de desenvolvimento de software sejam efetivamente praticados durante a execução contratual com a qualidade exigida.

15. O modelo de qualidade de processo de software ISO/IEC 15.504-Spice descreve os subprocessos de trabalho que uma organização deve implementar para gerenciar adequadamente o processo de desenvolvimento de software, com vistas ao cumprimento do escopo, da qualidade, do prazo e do custo contratados com seus clientes. Além disso, o modelo prevê a classificação dessas organizações em níveis de maturidade na execução de tais subprocessos, de modo que quanto mais alto o nível de maturidade, maiores são as chances de que os contratos celebrados sejam efetivamente cumpridos.

16. Já o CMMI e o MPS. BR são modelos de avaliação de organizações que desenvolvem software para fins de enquadramento nos níveis de maturidade previstos na norma ISO/IEC 15.504 (ou a norma brasileira correspondente, NBR 15.504). O CMMI foi desenvolvido pelo Software Engineering Institute da Universidade Carnegie Mellon dos EUA, com o propósito de permitir a avaliação de fornecedores de software para fins de contratação no mercado americano. O MPS.BR foi desenvolvido pela Associação para Promoção da Excelência do Software Brasileiro – Softex com a finalidade de melhorar a qualidade do software brasileiro para incrementar o comércio interno e a exportação desse tipo de serviço.

17. A efetiva avaliação segundo os modelos CMMI ou MPS.BR permite ao contratante aferir a provável qualidade dos serviços de desenvolvimento de software de um fornecedor com base na sua capacidade e maturidade medida por meio de elementos como efetividade, qualidade, prazo, custo, comunicação, entre outros.

**18. Portanto, a avaliação da qualidade potencial de uma empresa pode ser considerada um requisito da contratação, desde que**

**o contratante também insira no seu modelo de gestão contratual os mecanismos necessários à garantia de que tal potencialidade de qualidade efetivamente gere produtos com qualidade durante a execução do contrato. Tais mecanismos não são triviais e frequentemente não estão presentes nos modelos de gestão dos contratos públicos, conforme se atestou por meio do Acórdão 2.471/08-Plenário.**

19. Adicionalmente, é preciso reconhecer que podem existir empresas de software que pratiquem processos de desenvolvimento de software com maturidade, mas que não se submeteram a avaliações formais CMMI ou MPS.BR. Assim, independentemente da apresentação de certificados de avaliação, tais empresas possivelmente teriam condições de fornecer bons serviços, desde que tenham implantado processos semelhantes aos previstos nas avaliações CMMI e MPS.BR, que nada mais atestam que aderência aos padrões de qualidade de desenvolvimento de software previstos na NBR 15.504.

20. Para analisar o argumento contido nas alegações da embargante anotadas nos subitens 0, 0 e 0, classificaremos as possíveis licitantes para o certame sob análise em 3 grupos: as que possuem processos aderentes aos padrões de qualidade e possuem certificações CMMI, MPS.BR ou equivalente (pois já foram avaliadas); empresas que possuem processos aderentes aos padrões de qualidade, mas não possuem certificações CMMI, MPS.BR ou equivalente (porque não foram avaliadas); e as que não possuem processos aderentes aos padrões de qualidade (e que naturalmente não possuem certificação CMMI, MPS.BR ou equivalente).

21. As empresas do primeiro grupo já atendem as condições para a execução do contrato desde a publicação do edital.

22. As do segundo grupo podem participar da licitação, e atender as condições para execução do contrato em prazo bastante reduzido, pois o prazo para obtenção da certificação em si, ou seja, a avaliação por um avaliador credenciado para aferir se os seus processos já implantados estão aderentes aos padrões de qualidade exigidos é bastante reduzido quando comparado com os prazos alegados pela embargante (12 a 45 meses). Com efeito, segundo informações obtidas por meio de diligência junto à Softex, para a certificação MPS-BR, a avaliação é normalmente de um mês (fl. 368; v.1).

23. Quanto às empresas do terceiro grupo, estas não possuem processos aderentes aos padrões de qualidade, e somente poderiam obter a certificação em prazos dilatados como os citados pela embargante, uma vez que primeiro precisariam submeter-se ao longo processo de maturação dos seus processos de desenvolvimento de software. Estas empresas ainda que venham a participar da licitação, haja vista que já nos pronunciamos sobre a impossibilidade da exigência dessas certificações na fase de habilitação, não teriam como atender a exigência para a execução do contrato. Nesse caso sim, opera que a impossibilidade de atender às condições de execução do contrato, na prática, elimina as possibilidades de a empresa vir a ser a futura contratada. Ocorre que esta uma consequência natural da exigência, pois o que se deseja é garantir que os processos de desenvolvimento de software sejam executados com qualidade pela contratada. Assim, apenas as empresas cujos processos não tenham a maturidade exigida, evidentemente, ficarão alijadas do certame, mas esse é o propósito da exigência, definir um patamar mínimo que se entenda necessário para o cumprimento do objeto contratado.

24. Assim, considerando que as empresas que já tenham implantado processos de desenvol-

vimento de software segundo os padrões de qualidade da NBR 15.504 podem obter a certificação, pelo menos em se tratando do MPS-BR, normalmente no prazo de um mês, caso o contratante garanta um interstício de tempo mínimo entre a adjudicação e a assinatura do contrato suficiente para que essas empresas possam ser avaliadas, estas poderão participar do certame incrementando a competitividade.

25. Tal procedimento tem paralelo na Decisão 20/1998 – Plenário, in verbis ‘quando considerada imprescindível a apresentação do Certificado NOVELL, seja concedido prazo suficiente para que tal exigência possa ser cumprida;’

26. Adicionalmente, o termo de referência deve prever todos os mecanismos necessários à garantia de que o processo de software será praticado com o nível de maturidade exigido, inclusive como condição para uma eventual prorrogação contratual.

27. Portanto, as alegações da embargante anotadas no subitens 0, 0 e 0 procedem parcialmente, pois se por um lado os prazos para obtenção da certificação pelas empresas que já possuem seus processos de desenvolvimento de software implantados segundo os padrões de qualidade da NBR 15.504 não são tão extensos quanto os alegados, por outro lado o edital não previu um interstício mínimo para que estas empresas possam realizar a avaliação e obter a certificação.

28. Os demais argumentos da embargante anotados nos subitens 0 e 0, serão tratados conjuntamente a seguir.

**29. Existe também outra razão pela qual se recomenda aceitar a certificação como uma das formas de atender à exigência. A certificação MPS-BR, apesar de mantida pela Softex, uma entidade privada, faz par-**

te de uma política nacional de melhoria no software brasileiro com vistas ao incremento da exportação desse item. A Softex recebe apoio institucional do Ministério da Ciência e Tecnologia, Finep, Apex e Sebrae, inclusive com recursos financeiros.

30. Dessa forma, seria incoerente a APF não poder incluir essa certificação como opção ao cumprimento do requisito, privando-se das vantagens em qualidade que ela mesma fomenta. Em verdade, seria até um desserviço, pois transpareceria descrédito em sua própria política. Com essa possibilidade, a APF, além de se aproveitar dos benefícios de contratar empresas certificadas, incentivaria a melhoria do software, induzindo as empresas a se certificarem, uma vez que ela é a maior contratante no Brasil desses serviços.

31. Quanto ao temor da embargante de que a aceitação de exigências dessa natureza possa abrir precedente perigoso que restrinja o universo dos fornecedores de serviços de Tecnologia da Informação a umas poucas dezenas, cabe lembrar que não se está tornando compulsória a inclusão dessa exigência nos requisitos de todos os contratos de desenvolvimento de software da APF, nem exaurindo o cumprimento da exigência apenas com o certificado. Está-se permitindo que o gestor, dentro da sua discricionariedade, venha a incluir a certificação como opção de cumprimento dessa exigência no termo de referência, desde que devidamente justificado nos autos do processo de contratação.

32. Para a questão de que apenas poucas dezenas de empresas atenderiam a exigência, foi realizado um levantamento para melhor compreender qual o universo de empresas certificadas por pelo menos uma das certificações aceitas e se esse universo poderia garantir a competitividade do certame.

33. Em consulta ao site do Software Engineering Institute, entidade mantenedora da certificação CMMI, encontra-se disponível uma relação de todas as empresas e entidades certificadas no mundo e o respectivo grau. A relação é extensa e não há disponível um filtro por país. Portanto, para obter a relação de empresas brasileiras, verificou-se manualmente o rol completo, extraindo-se 47 empresas brasileiras certificadas. Dessas, cinco não prestam serviço de desenvolvimento de software a terceiros, restando 42 empresas certificadas CMMI. Dentre essas, pesquisando as que possuem por prática contratar com a APF, constata-se que 22 delas receberam por serviços prestados em 2007 (fls. 352/353; v.1).

34. As informações da certificação MPS-BR, por ser brasileira, estão mais facilmente disponíveis. Atualmente são 106 empresas certificadas em algum dos sete níveis existentes. Dessas, duas não prestam serviço de desenvolvimento de software a terceiros, restando 104 empresas certificadas MPS-BR; das quais, 34 receberam por serviços prestados à APF em 2007 (fls. 354/358; v.1).

35. Ainda não há registro de empresas certificadas pela norma Spice no Brasil. Mas dada a relevância internacional dessa norma e o fato de ela ter se tornado norma ABNT em fevereiro de 2008 (NBR 15.504), fica a citação válida caso alguma empresa apresente-a.

36. O total de empresas certificadas, ao eliminar as que não prestam serviços a terceiros e excluir a dupla contagem das empresas que possuem tanto o CMMI quanto o MPS-BR, resulta no universo de 140 empresas brasileiras com alguma certificação no mercado e potencialmente prestadora de serviço de desenvolvimento de software. Dentre essas, existem 56 empresas que receberam por algum serviço prestado à APF em 2007, evidenciando intimidade com a rotina de prestação de serviço ao setor público.

37. Porém, para que seja efetivo esse universo, pode ser necessário um reenquadramento do nível mínimo aceito para a certificação MPS-BR. Isso se deve ao fato de existirem sete níveis no MPS-BR e apenas cinco para o CMMI e Spice. Para ilustrar melhor, a tabela a seguir apresenta os níveis existentes em cada certificado e a equivalência entre eles.

[quadro que consta do original]

38. As setas indicam as certificações aceitas pela Capes no edital em questão, ou seja, qualquer nível do CMMI e Spice e qualquer nível do MPS-BR, exceto o nível G. Entretanto, o nível G representa a maior parcela das empresas certificadas com MPS-BR. Das 106 empresas, 74 estão no nível G (fl. 354; v.1). Considerando todas as certificações, com o total de 140 empresas, mais da metade delas são certificadas pelo nível G. A exclusão desse nível reduzirá o universo consideravelmente. Entende-se que o órgão decidiu pela exclusão do nível G para manter a equivalência com o mínimo exigido para os demais certificados.

39. A princípio esta unidade técnica tinha concordado com este procedimento na instrução inicial (fls. 310/316; v.1), porque não tinha ciência da distribuição das certificações MPS-BR entre os seus níveis, apenas o total de empresas certificadas. Em correspondência à Softex, foram solicitadas diversas informações a respeito da certificação MPS-BR, incluindo esta distribuição, porém a resposta da Softex somente chegou após a emissão da primeira instrução.

**40. Tendo em vista a potencial redução de empresas licitantes com a exclusão do nível G, recomenda-se ao órgão que realize pesquisa de mercado demonstrando o universo de empresas que atendam a cláusula de certificação com a redação atual e o impacto que haveria nesse universo caso fosse**

**admitido o nível G. Com base nessa pesquisa, que deve estar consignada nos autos do processo de contratação, avaliar a pertinência da inclusão deste nível, justificando a decisão tomada.**

41. Independente de qual conclusão o órgão chegue sobre o nível mínimo, deve ter em mente que, para ser pertinente e eficaz a exigência de processos de maturidade em desenvolvimento de software, o órgão deve garantir que sua própria maturidade nos processos de aquisição de serviços de desenvolvimento de software, ou seja, nos processos que exigem uma atuação do contratante, seja em nível pelo menos equivalente ao menor nível aceito na exigência.

42. Isto não quer dizer que órgão tenha que ter passado por um processo de avaliação por uma entidade certificadora e formalmente deter um certificado de avaliação comprovando essa maturidade. O órgão precisa assegurar, ainda que por meio de uma auto-avaliação, que detém capacidade de atuar na fiscalização de serviço de desenvolvimento de software, na parte que lhe cabe como demandante do serviço, em conformidade com o estabelecido na maturidade exigida para processos de aquisição.

43. O efetivo usufruto do nível de maturidade nos processos de desenvolvimento de software exigido depende da capacidade da contratante poder corresponder ao mesmo nível. Se um órgão não apresenta processos internos para gerir e fiscalizar serviços de desenvolvimento de software, ou seja, não possui maturidade alguma, mas exige do contratado que este desenvolva por meio de processos certificados, compromete o próprio sentido da exigência, pois alguns processos requerem tanto a atuação da contratada quanto da contratante. Se esta não pode proceder conforme se exige o processo, a contratada não tem como cumprir



sua parte, pois o processo só se aperfeiçoa com a atuação de ambos.

44. Ademais, a contratada, ao verificar que o órgão não detém a maturidade necessária poderá se aproveitar dessa situação para afrouxar seus padrões e descumprir a exigência contratual, uma vez que cumpri-las envolve profissionais mais qualificados a custos maiores. E, nesse caso, a contratante pouco poderá fazer, pois como não detém nível mínimo de conhecimento, não terá meios de fiscalizar a contratada.

45. Portanto, a exigência de maturidade em desenvolvimento de software, comprovado por documentação própria da licitante ou por certificação, é lícita, desde que a contratante possua maturidade suficiente para fiscalizar e se beneficiar das vantagens proporcionadas pelos processos. Além disso, deve assegurar que ao longo da execução contratual fique registrado documentalmente o desenvolvimento mediante os processos de maturidade contratados, para fins de evidencição posterior.

46. Dessa forma, o gestor deve conciliar a recomendação de inclusão do nível G do MPS-BR na exigência, com o nível mínimo exigido resultado da auto-avaliação de maturidade, a fim de garantir o máximo de competitividade ao certame e de benefício ao órgão.

47. Assim, não procedem os argumentos anotados no subitens 0 e 0.

**48. Assim, ante a obscuridade se a exigência das certificações deve ou não constar como critério de habilitação, propomos alteração do subitem 9.2.2 no Acórdão embargado para que passe a ter a seguinte redação:**

**‘9.2.2. excluir a cláusula n.º 12.3.12 do edital do pregão n.º 06/2008, que exige a certificação como critério de habilitação,**

**mas podendo manter, no termo de referência, essa exigência como condição para execução do contrato.’**

49. Ainda no sentido de clarear o entendimento, propomos incluir no Acórdão embargado o item 9.2.4, com a seguinte redação:

‘9.2.4 caso mantenha a exigência de certificação no termo de referência, como condição para execução do contrato, atente para:

9.2.4.1 assegurar por meio de avaliação, ainda que interna, de sua maturidade, que o nível mínimo de certificação em processo de desenvolvimento de software exigido na licitação esteja coerente com a sua própria maturidade em contratar e fiscalizar serviços dessa natureza, a fim de legitimar a manutenção da exigência admitida no item 9.2.2 e devendo o resultado da avaliação estar consignada nos autos do processo de contratação.

9.2.4.2. incluir no edital, cláusula garantindo prazo suficiente entre a adjudicação e a data máxima para a assinatura do contrato, com vistas a permitir que possíveis licitantes que tenham os processos de desenvolvimento de software implantados na maturidade exigidos possam ser avaliados e obtenham a certificação.

9.2.4.3 avaliar a pertinência da inclusão do nível G do MPS-BR entre os níveis aceitos, em razão do incremento de competição que proporciona, e justificando a decisão tomada nos autos do processo de contratação.’

Em nossa avaliação, o que importa de toda a discussão travada a propósito do assunto é que a exigência de certificação de qualidade pode, num dado caso concreto, se mostrar pertinente e compatível com o objeto da contratação pretendida.

Relega-se, no particular, a segundo plano (secundário) a problemática temporal: quando exigir-se tal certificação? E isso não implica necessaria-

mente na simples alocação da questão para uma imputação simbólica ou linguística, subsumível a uma ou outra categoria jurídica, quase que irrelevante para a espécie.

O Tribunal de Contas da União, sempre vanguardeiro em suas ações, reconhece que é preciso que os setores administrativos e jurídicos evoluam no modo de pensar e admite, expressamente, que Nota Técnica a ser editada em breve pretende solucionar o impasse existente no cenário atual.

Ousamos dizer que esse “impasse” é fruto, não raro, de apego literal à letra da lei de incidência imediata (subalterna) em detrimento de valores outros explícitos no sistema (mas, implícitos em no conjunto de normas).

De fato, merece citar trecho do Acórdão nº 1215/2009 (TCU – Plenário. Rel. AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI. Os destaques não constam do original):

“28. Os agentes públicos das áreas de TI, jurídica e administrativa, habituados aos posicionamentos do TCU em favor da impossibilidade de exigência de certificados ou de atestações de qualidade, carecem agora de orientação jurídica segura sobre a possibilidade de exigência de demonstração de qualidade mínima aceitável de processo de software nas contratações de serviços de desenvolvimento e manutenção de software, quando licitadas por Pregão.

**29. Diante desse quadro, a Nota Técnica 3 terá por objetivo caracterizar, a partir de análises técnicas, legais e jurisprudenciais, que é possível exigir qualidade de processo de software em contratações de serviços de desenvolvimento e manutenção de sistemas.**

Ora, com o que não podemos concordar em hipótese alguma é que a Administração Pública não se acautele devidamente no estabelecimento das

exigências para buscar a melhor contratação. Por isso, de longa data entendemos que a ponderação entre as exigências feitas e o objeto a ser contratado é quase que uma tarefa artística, porém realizável de modo obrigatório.

Tal assertiva ganhou muita consistência com o advento do pregão porque a esmagadora maioria dos objetos contratados pela Administração Pública é considerada bem ou serviço comum. E esse procedimento, como todos sabem, se passa no plano do “menor melhor preço”.

Se assim é, e é também no caso de serviços de TI, como garantir a qualidade e a inafastável “vantajosidade” para o Poder Público?

Por certo estarão equivocados aqueles que interpretam a lei no “fluxo inverso”, já que a resposta é obtível a partir do Texto Magno em direção ao plano subalterno. Dizer-se que o subalterno não comporta a densificação dos interesses administrativos (que são comunitários e gerais) é algo que remete para a idéia de “desconformidade” e “insubmissão” não toleradas pelo sistema normativo. Ou seja, a norma subalterna não pode fechar as portas (de possibilidades interpretativas) para a petrificação dos supremos interesses da Administração Pública. E, nesse passo, toda a argumentação posta revela, no mínimo, urgente necessidade de se repensar o tema das exigências feitas em licitações públicas a propósito das qualificações do futuro contratado.

Surgirá nesse fértil debate a problemática da ponderação das exigências de qualificação, em largo sentido, como já dissemos antes.

Resumindo nosso pensar, o objeto é que atraia para o seu redor o conjunto de exigências (qualificações) possíveis tendo essa ligação contato direto e imediato, em primeiro lugar, com a “ideia constitucional” (normas e princípios). Estabelecido tal elo, reflete-se para o plano subalterno recolhendo-se, de

forma casuística, os elementos que se mostram indispensáveis para a configuração do “rol das qualificações indispensáveis ao cumprimento das obrigações assumidas”.

Se esse proceder é inarredável, insistimos em que é secundária a questão espaço-temporal agitada pela matéria.

Todavia, em outro caso recente (e análogo) essa mesma discussão veio à tona (Acórdão nº 1784/2009 – TCU – Plenário, Relator Min. Raimundo Carreiro. Os destaques não constam do original):

4. Após a realização da aludida oitiva, bem assim, de novos questionamentos decorrentes de determinação deste Relator, por intermédio de Despacho às fls. 151/152, Vol. Principal, que teve por escopo esclarecer sobre a necessidade de exigência pelo MAPA, de certificados CMM, CMMI (nível 3 ou superior) e/ou MPS.BR (nível “C” ou superior), sem acarretar antieconomicidade nas contratações, **a Unidade Técnica concluiu pela procedência parcial da presente Representação e pela revogação da Medida Cautelar, uma vez que restaram esclarecidos os pontos questionados como irregulares, conforme anotado no Relatório anteriormente apresentado.**

5. De fato, ao analisar os questionamentos feitos por esta Corte ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, relativamente ao questionamento acerca da exigência de certificação CMM, CMMI (nível 3 ou superior) e/ou MPS.BR (nível “C” ou superior), com demonstração da importância, pertinência e necessidade de tal cláusula para o cumprimento do objeto, o gestor logrou esclarecer que, a par de se aplicar, desde 2006, seu Plano Diretor de Tecnologia da Informação – PDTI, revisado em 2008, o qual atende à Instrução

**Normativa/MPOG nº 4/2009, agiu com zelo ao exigir a contratação de empresa CMM3 e/ou CMMI e/ou MPS.BR/C ou superior, para qualificar o foco na engenharia de software e não somente no gerenciamento de projetos, uma vez que o objeto do pregão compreende o desenvolvimento e manutenção de sistemas de informação e portais.**

#### 9.4.1 Qualidade indispensável na contratação de TI. Universo de competidores e equivalência de certificações de qualidade

A par dos registros feitos anteriormente, todos no sentido de entender possível a exigência de certificados de qualidade na contratação de serviços de TI, lembramos que a Administração Pública dos tempos atuais enfrenta demandas muito recorrentes no setor de TI e, por vezes, ditas necessidades acabam por ganhar contornos estratégia para determinada Unidade.

É o caso do SIJUD, aqui tratado.

Principalmente por isso, temos que esse dado e dimensão, por si, justificaria a adoção de uma postura mais austera em relação às exigências que devem ser postas para a futura contratação.

Não obstante, há de se possuir dado equilíbrio no estabelecimento de tais exigências porque não se poderá jamais restringir indevidamente a arena de competidores.

Ou seja, imaginamos que os certificados aqui referenciados (Certificação MPS – BR, Certificação CMMI e Certificação SPICE-ISO/IEC 15504) possam ser exigidos sob o manto de um disjuntor, agregados do qualificativo “similar”; jamais de um conector. Desde que, por certo, guardem entre si o mesmo propósito técnico.

Sob tal ótica transitou o assunto no Acórdão nº 2521/2008 - TCU (Plenário)

“  
(...)

60. **A apresentação de um quarto certificado como alternativa às três certificações explicitadas significa que a relação de certificados não é exaustiva. Essa possibilidade garante que se alguma empresa detiver uma certificação diferente das que foram expressamente nominadas, poderá ela demonstrar a equivalência dessa outra certificação.**

61. É condição necessária, porém não suficiente, para que a certificação seja considerada equivalente, que esteja vinculada a uma entidade terceira responsável pela instituição e manutenção da certificação. A avaliação de uma empresa deve ser realizada por agente credenciado pela própria entidade mantenedora. O propósito da certificação equivalente deve estar alinhado com o do MPS-BR, CMMI e Spice, de forma que o cotejamento das disciplinas implantadas pelos processos entre esses certificados e o sob análise revele inequivocamente a equivalência das disciplinas nos diversos níveis de maturidade.

62. Dessa forma, **a equivalência permite a ampliação da competição e sua eliminação teria efeito restritivo. Além de que, o gestor está evitando caracterizar uma preferência por marca, situação claramente condenável.**

63. Portanto, não há obscuridade ou omissão alguma na aceitação de certificados equivalentes, dado que isso amplia a competição.”

Assim procedendo estarão assegurados todos os elementos formais e substanciais aludidos anteriormente, respeitante à forma, ao procedimento e ao universo de competidores potenciais.

Apenas para ilustrar um pouco mais o que já se pontuou até então, lembramos que outras certificações já estiveram em análise em igual di-

menção. Veja-se, por oportuno, a transcrição seguinte.

ACÓRDÃO Nº 144/2008 - TCU – PLENÁRIO (Relator Min. Benjamin Zymler. Os destaques não constam do original).

“(...)

Dois pontos constituem o cerne destes autos:  
a) exigência de certificação PinkVerify emitida pela empresa Pink Elephant, como elemento restritivo ao caráter competitivo de que se revestem os procedimentos licitatórios no âmbito da Administração;

b) modalidade indevida de licitação, ante o entendimento da Representante de que a aquisição do objeto mencionado deveria observar o tipo técnica e preço, na modalidade compatível com a despesa a ser realizada, e não pregão como realizado pela Câmara dos Deputados.

**Em análise vestibular, verifiquei restar caracterizada restrição ao caráter competitivo a exigência da mencionada certificação, motivo por que deferi cautelar para suspender o certame. Entretanto, ante as diligências realizadas e a percuente análise realizada pela Unidade Técnica, entendo que não houve limitação ao caráter competitivo do certame, de acordo com o que se passa a expor.**

Nos termos do **caput** do § 1º, do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, é defeso, no âmbito dos procedimentos licitatórios, permitir qualquer cláusula ou condição que restrinja o seu caráter competitivo. Nesse escopo, segundo a Representante, encontrar-se-ia a exigência do multicitado Certificado como limitação à participação de empresas no certame licitatório.

Registre-se, inicialmente, que houve a participação de 8 (oito) empresas no mencionado certame, o que, por si só, consiste em indício de que a exigência dessa certificação não impediu a participação de empresas no certame.

**Exigir certificação em sede de pregão não constitui violação ao normativo aplicado à**

**espécie. O ponto a ser enfrentado consiste em verificar se esse fato viola ou não o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade de forma a macular a licitação, já que a previsão de apresentação de certificação, por si só, já limita a participação de licitantes.**

Conforme consignou a Unidade Técnica, “a Pink Elephant é a única entidade que avalia a compatibilidade da ferramenta com o modelo ITIL, atribuindo-lhe o selo *PinkVerify* (vol. 1, fls. 347/351). A sua competência para emissão de certificado de reconhecimento internacional foi admitida pela própria representante (vol. principal, fl. 04, item 10)”.

Nos termos das diligências realizadas, não se constatou a comercialização de *softwares* de gestão de serviços de Tecnologia da Informação pela empresa Pink Elephant com qualquer outra entidade, ou seja, esta empresa não comercializa *softwares*. Entretanto, é reconhecida internacionalmente como empresa que emite o citado certificado, ou, nas palavras da Unidade Técnica, que se coloca “como um ‘terceiro de confiança’, com reconhecida habilidade para avaliar a aderência de *softwares* às melhores práticas da Biblioteca ITIL”.

**Nesse sentido, não se apresenta desproporcional ou desarrazoada a exigência da multicidadada certificação como mencionou a Representante.**

No que tange à modalidade de licitação, há de se mencionar que a Lei nº 10.520/2002 destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, ou seja, basta que não haja complexidade suficiente a dificultar a especificação do bem para que seja possível licitar por meio de pregão.

Não desconheço o disposto no art. 45, § 4º, da Lei nº 8.666/1993 descrito no Relatório que precede este Voto. Entretanto, não há olvidar a possibilidade de se realizar licitação por meio de pregão para aquisição de *software*, desde que os padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado (art.

1º, parágrafo único, da Lei 10.520/2002).

Quanto à natureza de “bens e serviços comuns”, o Sr. Analista-Instrutor, em privilégio ao princípio da verdade material que norteia os processos neste Tribunal, diligenciou à Secretaria de Tecnologia da Informação do TCU (SETEC), a fim de obter informações sobre a natureza de bem comum do *software* a ser adquirido. Sobre o assunto, assim se manifestou a SETEC, nas palavras do Sr. Analista-Instrutor: “a descrição do objeto do pregão em análise atende a especificações usuais no mercado, podendo ser enquadrado no conceito de ‘bens e serviços comuns”.

Nesse sentido, acolho a manifestação da Unidade Técnica no sentido de considerar o objeto do certame em análise como “bem comum”, motivo por que não subsiste o questionamento acerca do emprego de pregão pela Câmara dos Deputados para aquisição desse *software*.

Ademais, não se pode deixar de registrar que o objeto a ser adquirido pelo Pregão em análise possuía orçamento estimado de R\$ 1.341.645,76 (hum milhão, trezentos e quarenta e um mil, seiscentos e quarenta e cinco reais, setenta e seis centavos). A empresa vencedora apresentou proposta no valor de R\$ 970.800,00 (novecentos e setenta mil e oitocentos reais), o que representa um diferença de aproximadamente 27,65% em relação ao orçamento estimado inicialmente.

Assim sendo, uma vez não verificadas, no mérito, as irregularidades discriminadas, deve a presente Representação ser considerada improcedente, revogando-se, portanto, a cautelar anteriormente deferida.

Consta nos autos pedido formulado pela empresa MCR Sistemas e Consultoria Ltda. de habilitação nos presentes autos. Considerando que essa empresa venceu o multicidadado certame, com fundamento nos arts. 144, § 2º, e 146 do RI/TCU, DEFIRO o pleito.

Por fim, deve-se dar ciência da decisão a ser proferida, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, à Representante, a MCR Sis-

temas e Consultoria Ltda. e à Câmara dos Deputados.”

Uma lição importante que fica, desse aresto, é relativa à indispensável MOTIVAÇÃO:

(...)

“18. **Consoante entendimento manifestado pelo Tribunal em alguns arestos, é razoável a exigência de algum tipo de certificação de qualidade, desde que devidamente motivada. Tal exigência está no âmbito do poder discricionário do administrador público, que deve acautelar-se com relação a padrões mínimos de qualidade, reconhecidos nacional ou internacionalmente.** Ao contrário do que afirmou a representante (vol. principal, fl. 05, item 5), a exigência de certificado não é incompatível com a modalidade pregão e tem fundamento no art. 15, inciso I, da Lei n.º 8.666/1993 e art. 1.º da Lei n.º 10.520/2005 (Acórdão 1.105/2007 - Plenário). Considerou-se também regular a limitação do certame apenas a empresas que atendessem a determinadas especificações técnicas, haja vista que tal decisão depende da avaliação de conveniência e oportunidade da administração do órgão licitante (Acórdão n.º 1.338/2006 - Plenário)” (O destaques não constam do original).

### 9.5 Qualificação profissional da equipe técnica: tempo de experiência

Sempre há grandes polêmicas quando o assunto (em sede de licitações públicas) é qualificação técnica. A magnitude do termo, por si, denota as possibilidades semânticas da expressão.

Grosso modo, ao se referir a qualificação técnica (ou qualificação profissional), está se direcionando o pensar para a apreensão e o domínio de saberes plurais, sejam de ordem teórica ou pragmática, aplicados diretamente a um dado objeto de contratação futura.

Voltam-se, conforme a espécie, para a empresa (licitante) ou para o profissional que a integra (ou venha integrá-la). Essa distinção não nos importa, no caso.

Bem salienta MARÇAL JUSTEN FILHO ao pontuar que

“é implausível imaginar algum caso em que a qualificação técnica seria irrelevante para a Administração Pública. Quando muito, poderia imaginar-se que o objeto é suficientemente simples para ser executado por qualquer profissional de uma certa área” (“In” Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 13a ed., 2009, p. 414).

Como já fizemos aqui anteriormente, repisamos nos pontos que foram bem condensados em brilhante voto proferido pelo Ministro mineiro, Dr. João Otávio Noronha que se escora em lúcida doutrina:

“ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO PÚBLICA - SERVIÇOS DE LEITURA DE HIDRÔMETROS E ENTREGA DE CONTAS - EDITAL - EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR - CAPACITAÇÃO TÉCNICA - ARTIGO 30, § 1º, I, E § 5º DA LEI N. 8.666/93 - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

**É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações. Dessarte, inexistente violação ao princípio da igualdade entre as partes se os requisitos do edital, quanto à capacidade técnica, são compatíveis com o objeto da con-**

**corrência. In casu, a exigência, prevista no edital, de apresentação de atestados que comprovem a experiência anterior dos participantes na prestação dos serviços objeto de licitação não é abusiva ou ilegal, pois é uma forma de demonstrar sua capacidade técnico-operacional segundo os critérios discricionariamente estabelecidos pela Administração para a execução a contento dos serviços. ‘A ausência de explícita referência, no art. 30, a requisitos de capacitação técnico operacional não significa vedação à sua previsão. A cláusula de fechamento contida no § 5º não se aplica à capacitação técnico-operacional, mas a outras exigências’** (Marçal Justen Filho, in ‘Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos’, 8ª ed., Ed. Dialética, São Paulo, 2000, p. 335). Recurso especial não conhecido.” (REsp 361.736/SP, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, 2ª T., DJ 31.3.2003. Os destaques não constam do original).

É dizer, a experiência dos membros que comporão futuramente a equipe técnica é, no caso, de presença indubitosa. Mesmo sem possuímos em mãos os elementos técnicos respectivos, sobressai como lógica e indispensável dita exigência porquanto serviços de tal magnitude não poderiam mesmo ser entregues a iniciantes.

O Superior Tribunal de Justiça traz (item 2 da ementa que segue) importante vetor que qualifica sobremodo o que dissemos (os destaques são nossos):

“Administrativo. Licitação. Interpretação do art. 30, II e §1º, da Lei 8.666/93.

1. Não se comete violação ao art. 30, II, da Lei. 666/93, quando, em procedimento licitatório, exige-se a comprovação, em nome da empresa proponente, de atestados técnicos emitidos por operadoras de telefonia no Brasil de execução, em qualquer tempo, de serviço de implantação de cabos telefônicos classe “L” e

“C” em período consecutivo de vinte e quatro meses, no volume mínimo de 60.000 HxH, devidamente certificados pela entidade profissional competente.

**2. ‘O exame do disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal, e 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).

(...)

(Resp. Nº 172.232-SP, rel. Min. José Delgado, DJU de 21.9.98, RSTJ 115/194).

Não obstante, o cerne da CI n. 021/2010/26.04.2010 (Dirfor/Atend – Seplag/Ceinfo), que dá origem ao presente, radica-se especificamente no poder (ou não) ser exigido “tempo de experiência profissional” dos membros da equipe técnica que for executar os serviços correlatos ao SIJUD.

A regra existente na Lei de Licitações contempla expressamente a hipótese ao se referir à comprovação de desempenho e da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos (artigo 30, II, da Lei n. 8.666/93).

Não há dúvida qualquer sobre tal possibilidade. A questão-problema, em verdade, reside na materialização dessa exigência. Sensível é, assim, a dimensão da “medida” porquanto sabidamente não se poderá criar exigências que – incompatíveis com o objeto – venham a causar restrições ao certame.

O que se está dizendo consta, por outras palavras, do Acórdão TCU n. 2.837/2006, 1ª Câmara, Relator Min. Marcos Vilaça):

“(…)

A lei de licitações, em seu artigo 30, inciso II, admite o estabelecimento de parâmetros mínimos para a comprovação da aptidão técnica do licitante, desde que pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação”.

Noutro giro, as exigências relativas à capacidade técnica são indispensáveis na medida em que guardem fidelidade com o escopo licitado. São, em tal lida, essenciais porque visam assegurar a contratação segura, evitando-se imprevistos indesejados ao TJMG.

Por tais motivos devem ser fixadas na latitude necessária e adequada, com ponderação, sem ensejar restrição excessiva à competitividade no certame, mas resguardando que venham ao certame apenas empresas efetivamente aptas a satisfazer seu escopo. O mesmo seja dito em relação aos respectivos profissionais que comporão a equipe técnica.

Aproveita-se aqui para desmistificar a universalidade e caráter absoluto que muitos pensam existir na expressão “isonomia entre concorrentes”. A igualdade de que nos fala a Lei Maior deve se passar não “entre todos”, indistintamente. Mas perante aqueles que se encontrem em situação análoga na arena de disputa desenhada e recortada validamente pelas exigências administrativas.

Enfim, a exigência relativa ao item analisado no momento, indispensável a priori, é costumeira no Setor. O próprio TJMG já se utilizou desse mesmo expediente em procedimentos licitatórios que desencadeou. E, no mais, por vezes uma comprovação da graduação superior e da efetiva experiência são aspectos indispensáveis para a Administração ter assegurada a qualificação dos profissionais indicados pela licitante como responsáveis técnicos.

No caso concreto, segundo documentos internos que nos foram repassados não se exigirá, no

Termo de Referência a ser aprovado, um tempo de experiência genérico (por exemplo, que o Gerente de Projetos tenha experiência de 2 anos em gerenciamento de projetos).

Estar-se-á exigindo experiência em projetos de complexidade semelhante ao que será licitado, no exemplo posto, para o gerente de projetos (“experiência em gerenciamento de projetos de desenvolvimento e implantação de solução de armazém de dados, totalizando no mínimo xxx horas”.

Devido à latitude do objeto (exposta ao tempo oportuno) a experiência da equipe técnica em projetos semelhantes se revela muito importante. E a semelhança e complexidade, no caso específico deste projeto, são avaliadas pela quantidade de horas dedicadas ao desenvolvimento do projeto.

Enfim, as exigências relativas ao tempo de experiência dos profissionais devem ser materializadas sob a luz da pertinência e da compatibilidade com o objeto da licitação, como diz o texto legal incidente na espécie.

Registre-se que o TCU “tem determinado que as entidades **abstenham-se de exigir requisitos profissionais baseados exclusivamente na formação e no tempo de experiência dos profissionais, salvo quando tais características revelarem-se imprescindíveis à execução do objeto, situação que deverá ser tecnicamente justificada de forma expressa e publicamente os motivos das exigências no processo licitatório** (Acórdão n.º 264/2006-Plenário).”

É a ideia exposta no Acórdão 3556/2008 - Segunda Câmara (TCU – Relator Ministro André Luís de Carvalho. Os destaques não constam do original).

“Idem” no tocante ao Acórdão n. 653/2007 – Plenário (TCU. Os destaques não constam do original):



“ACÓRDÃO 653/2007 - Plenário

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

.....

9.3. determinar ao Banco do Brasil S.A., que nos futuros procedimentos licitatórios, **absteinha-se de:**

.....

9.3.3. **exigir requisitos profissionais baseados exclusivamente na formação e no tempo de experiência dos profissionais, salvo quando tais características revelarem-se imprescindíveis à execução do objeto, situação em que, por configurar medida de caráter restritivo, deverá ser tecnicamente justificada de forma expressa e publicamente os motivos das exigências no processo licitatório, assegurando-se de que os parâmetros fixados são necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado;**

IX. Conclusões

9.6 O item 1.1 deste resumiu a problemática motivadora deste Parecer do modo seguinte:

1.1 Em síntese, a Administração Judiciária se depara com dúvidas acerca da possibilidade de se exigir, no procedimento licitatório a ser deflagrado:

- certificações que a CI n. 021/2010 melhor explicita (e que serão detalhadas aqui ao seu tempo – item 8) e
- tempo de experiência dos profissionais que vierem a ser contratados.

Ou seja, **pergunta-se se é possível na contratação de serviços afetos à TI (SIJUD) exigir-se no instrumento convocatório:**

- Certificação MPS – BR,
- Certificação CMMI,
- Certificação SPICE-ISO/IEC 15504 e

- Tempo de experiência dos profissionais que serão alocados pela futura contratada.

9.6.1 **A resposta é SIM, para todos os itens,** conforme fundamentos inseridos no corpo do presente Parecer.

9.6.2 Não obstante, ditas exigências estão pautadas por diversos limites de ordem substancial e formal. A discricionariedade da Administração Pública em escolher determinados “discrímens” (desigualadores) para diferenciar concorrentes não se confunde com puro arbítrio. A conduta administrativa está pautada pelo sistema normativo. Ao tempo em que se privilegia o interesse supremo da coletividade (interesse público), louva-se simultaneamente a isonomia entre os potenciais licitantes.

9.6.3 Da CI respectiva consta uma grande relação de empresas que possuem as certificações de qualidade mencionadas no Parecer. Isso é um forte indício de que não haverá qualquer restrição à competitividade e estarão resguardados os interesses do TJMG. Esse cenário é, aliás, o modelo perfeito onde a isonomia se materializa. Mas tal quadro há de ser demonstrado, justificado e avaliado diante de elementos concretos.

9.6.4 Os certificados de qualidade avaliados aqui, smj, não são excludentes de outros que porventura possam existir. E, se sobrepostos em sua essência, serão exigidos mediante o disjuntor de estilo, seguido da similitude já falada. Tal circunstância deverá ser levada em consideração no desenrolar do procedimento.

9.6.5 O “quando” (aspecto temporal) será materializada a exigência em questão (certificado de qualidade) é um tema importantíssimo. Certo não poder ser critério para inabilitação (ou habilitação), a sugestão operacional pode recair tanto sobre momento pré-contratual quanto densificar-se em condição de participação. No primeiro caso, há precedente do TCU (exposto no Parecer). Desconhecemos caso concreto em relação à segunda sugestão.

Também aqui será importante “projetar cenários” com as duas alternativas, avaliando eventual grau de vulnerabilidade de um ou de outro caminho.

A segunda opção, recordemos (isso está no corpo do Parecer), possibilitará também a obtenção (em tese) de certificação por participantes que não a possuem. E por certo alargará o número de potenciais licitantes.

9.6.6 Lembramos que do Termo de Referência deverá constar, dentre outros, a “definição dos métodos” de suprimento (fornecimento de serviços, no caso do SIJUD), a teor do que reza o artigo 9º, § 2º (decreto n. 5.550/02), matéria que replicará no ajuste a ser lavrado podendo ser dada consistência ao que se falou no item antecedente (9.6.5).

9.6.7 A experiência profissional dos membros da futura equipe técnica é exigência legítima, mas igualmente está balizada por limites de ordem formal e substancial. Recomenda-se que sejam respeitados, em especial, a pertinência e a compatibilidade dessa exigência em confronto com o objeto, em toda a sua dimensão, evitando-se restrição à competitividade. O Mercado deve ser avaliado, prospectivamente, diante das exigências pretendidas. Simples “projeção de cenários” determinará a (in) validade do que se quer em relação a esse item.

9.6.7 No caso supra, apenas por cautela, registra-se que as discussões de estilo ligadas ao tema (normalmente de ordem temporal e quantitativa: “quadro permanente”, “tempo de experiência”, “tipo e espécie de qualificação profissional” por exemplo) devem ser bem tratadas no procedimento administrativo para que não se incorra em erros vitandos. Ou seja, as exigências relativas ao tempo de experiência dos profissionais devem ser materializadas sob a luz da pertinência e da compatibilidade com o objeto da licitação para evitar a restrição ao caráter competitivo.

9.6.8 Seja para a exigência da certificação de qualidade ou para a fixação do tempo de experiên-

cia dos profissionais que integrarão a Equipe Técnica, **reputamos indispensável a edição de NOTA TÉCNICA** que seja produzida (e aprovada pela Autoridade Competente) com o fito de aquilatar a exata dimensão fática das questões postas, notadamente para determinar a extensão das exigências que deverão ser tecnicamente justificadas de forma expressa e pública. Dito documento servirá, ainda, para **motivar** as opções administrativas a serem encampadas.

Eram as considerações que tínhamos a fazer.

Belo Horizonte, 28 de dezembro de 2010

**JAIR** Eduardo **SANTANA**