LICITAÇÃO – JULGAMENTO OBJETIVO

Hely Lopes Meirelles *

1. O princípio legal do julgamento objetivo. 2. Condições pessoais dos proponentes não podem ser utilizadas como fatores de julgamento. 3. Ilegitimidade de critério e fatores de julgamento não condizentes com o tipo da licitação. 4. Conclusões.

1. *O princípio legal do julgamento objetivo*

O *princípio do julgamento objetivo* a que se referem os arts. 3º e 37 do *Estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos,* instituídos pelo Decreto-lei 2.300, de 21.11.86 (art. 1º), relaciona-se intimamente com o da *igualdade entre os licitantes,* de que cuidam, dentre outros dispositivos legais, o mesmo art. 3º e seu § 1º, pois tem por principal escopo afastar o discricionarismo na eleição da proposta mais vantajosa, bem como o denominado "dirigismo" nas contratações públicas, que seria inevitável se se pudessem exigir:

a) execução de objeto idêntico ao licitado no órgão ou entidade licitadora;

b) inscrição prévia em registro cadastral para participar de concorrência;

c) sede ou filial no estado, município ou localidade da licitação ou da execução do contrato;

d) capital, patrimônio ou caução em desproporção com o objeto da licitação;

e) requisitos estranhos ou impertinentes, em face da obra, serviço ou aquisição pretendido pelo Poder Público;

f) quaisquer outros requisitos destinados a excluir determinados interessados ou a conduzir o julgador a uma escolha prefixada.[1]

Bem por isso o Estatuto, no intuito de preservar a igualdade entre os licitantes e a objetividade do julgamento, veda genericamente as cláusulas ou condições que comprometam o caráter competitivo do procedimento licitatório ou distinguam os participantes em razão de sua naturalidade, sede ou domicílio (art. 3º, § 1º, I e II); impõe regras rígidas para a exigência de capital ou patrimônio mínimo (art. 32, §§ 3º e 6º) e de garantias para a execução do contrato (art. 46, §§ 2º e 4º); determina que a comprovação da capacidade técnica seja "pertinente e compatível, em quantidade e prazos com o objeto da licitação" (art. 25, § 2º, 2); proíbe enfaticamente a cobrança de caução, taxa ou emolumento para participar da licitação (art. 25, § 12); enumera a documentação exigível para a fase de habilitação nas licitações (art. 25 e §§ 1º a 6º); obriga a administração a indicar no instrumento convocatório o *critério para o julgamento das propostas* (art. 32, VII), exemplificando as espécies de fatores que poderão ser considerados (art. 36); manda que a Comissão ou o responsável pelo convite realize o julgamento "em conformidade com os

*Advogado em São Paulo.

[1] Meirelles, H. L. *Licitação e contrato administrativo*. 8. ed. São Paulo, 1988. p. 25.

tipos de licitação, os critérios *previamente estabelecidos no ato convocatório* e de acordo com os *fatores exclusivamente nele referidos"* (art. 37; grifo nosso).

Com essas determinações, o legislador acolheu as lições da doutrina no sentido de que "o processo de concorrência não deve ser uma comédia, mais ou menos representada, antes do início da qual já se sabe quem será o candidato escolhido", uma vez que, em conformidade com os requisitos exigidos, "ela pode ser rebaixada a nível de uma palhaçada (*mascarade*) que sirva para camuflar, sob o pretexto de julgamento imparcial, escolhas subjetivas".[2]

Para evitar esse desvirtuamento do procedimento licitatório é que, como adverte Mukai, "o princípio do julgamento objetivo exige que os critérios de apreciação venham prefixados, *de modo objetivo,* no instrumento convocatório, de tal modo que a comissão de julgamento reduza ao mínimo possível seu subjetivismo".[3]

E Marcello da Silva, depois de observar que "a despeito de todas as cautelas preliminares, tendentes a resguardar o seu caráter competitivo, a licitação se descaracterizaria se as propostas pudessem ser julgadas discricionariamente", conclui:

"É fundamental, portanto, que o julgamento seja objetivo, isto é, que se realize em conformidade com o critério preestabelecido no instrumento convocatório, levando-se em consideração exclusivamente os fatores nele mencionados."

Mas, esclarece ainda:

"De acordo com o princípio em exame, é imperativo que até mesmo o *critério* e os *fatores de julgamento* sejam *objetivos,* no sentido de pertinentes e adequados ao objeto da licitação. Além disso, devem ser expressamente consignados no instrumento convocatório, de modo que, substituindo-se o julgador, o resultado final não se altere, em que pese à margem de subjetivismo inerente a qualquer julgamento humano."[4]

De nossa parte, já tivemos a oportunidade de dizer que *"julgamento objetivo* é o que se baseia no critério indicado no edital e nos termos específicos das propostas", princípio este que obriga "os julgadores a aterem-se ao critério prefixado pela administração, levando sempre em consideração o interesse do serviço público, os fatores qualidade, rendimento, eficiência, durabilidade, preço, prazo, financiamento, carência e outras *condições pertinentes* pedidas ou admitidas pelo edital".[5]

Advirta-se que, muito embora o art. 36 do Decreto-lei 2.300/86, ao indicar os fatores a serem considerados no julgamento das propostas, não mais utilize a expressão "na fixação de critérios para julgamento das licitações", nem o adjetivo "pertinentes", para qualificar os que, apesar de não-relacionados, poderão ser empregados na avaliação das ofertas, como o fazia o ora revogado art. 133 do Decreto-lei 200, de 25.2.67, essas exigên-

[2] Benoît, Francis-Paul. *Le droit administratif Français.* Paris, 1968. p. 610.

[3] Mukai, T. *O estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos.* São Paulo, 1988. p. 17 (grifo nosso).

[4] Silva, Antônio Marcello da. *O princípio e os princípios da licitação. RT,* 532 (27) e *RDA,* 136 (34)

[5] Meirelles, H. L. *Licitação e contrato administrativo.* op. cit. p. 27-8.

cias *não foram abolidas,* devendo-se considerar implícitas no seu texto. É assim porque, além de configurar uma decorrência impostergável da adoção do princípio do julgamento objetivo, tais requisitos resultam claramente do confronto do mencionado art. 36 com outros dispositivos do Estatuto, como, por exemplo, o art. 37, que, após enfatizar a determinação da objetividade no julgamento das propostas, impõe que a comissão de licitação ou o responsável pelo convite deverá "realizá-lo em conformidade com os *tipos de licitação,* os critérios *previamente estabelecidos no ato convocatório* e de acordo com os *fatores exclusivamente nele referidos"* (grifo nosso).

E compreende-se que assim seja porque a fixação de fatores *impertinentes, inadequados* ou *não condizentes* com o objeto ou o tipo de licitação desnaturaria o certame, e a utilização de critério baseado em *fatores não-declarados no instrumento convocatório* deixaria os participantes sem condição de elaborar corretamente suas ofertas e transformaria o julgamento em *ato discricionário.*

Com fundamento, portanto, na doutrina e nos dispositivos legais expostos acima, bem como, agora, no art. 37, XXI, da Constituição da República, que somente admite, nas licitações, as "exigências de qualificação técnica e econômica" *indispensáveis à garantia* do cumprimento das futuras obrigações (e tais não são, é óbvio, as discrepantes, qualitativa ou quantitativamente, do objeto ou do tipo da licitação), podemos asseverar que o *princípio do julgamento objetivo,* a que se refere o Decreto-lei 2.300, nos seus arts. 3º e 37, é o que impõe ao órgão ou entidade licitante, em cada licitação, o dever de estabelecer o critério mais adequado, baseado em fatores pertinentes ao seu objeto e condizentes com o seu tipo (um dos enumerados no art. 37, parágrafo único, do Estatuto ou o resultante da combinação de dois ou mais deles), e o julgador (comissão ou responsável pelo convite) o de conter-se nos limites traçados pelo instrumento convocatório e de nada acrescentar às propostas ou delas retirar.

2. *Condições pessoais dos proponentes não podem ser utilizadas como fatores de julgamento*

O *Estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos,* tal como o faziam as disposições específicas do Decreto-lei 200/67, ora revogadas, dividiu o procedimento das licitações em geral, e o da concorrência em particular, em duas fases distintas e estanques.

A primeira dessas fases – *fase de habilitação* – tem por escopo a verificação da idoneidade (em sentido amplo) dos participantes, através da comprovação de suas *condições pessoais,* ao passo que a segunda – *fase de julgamento* – destina-se exclusivamente ao *confronto das propostas,* para a eleição da mais vantajosa, à luz do critério e dos fatores consignados no edital ou convite, como se depreende dos arts. 25, 35, 36 e 37 do Estatuto, dentre outros dispositivos que cuidam dos atos a serem praticados em cada uma delas.

Quanto à incomunicabilidade entre essas fases, que, como dissemos acima, são *estanques,* veja-se, no mesmo Estatuto, o § 2º do art. 33, que considera precluso o direito de o participante inabilitado participar das fases subseqüentes; o inciso III do art. 35, que condiciona a abertura dos envelopes – "propostas" dos concorrentes habilitados ao transcurso *in albis* do prazo para recurso, à desistência expressa do direito de decorrer ou à solução dos recursos interpostos; o § 5º do mesmo artigo, que veda a desclassifi-

cação por motivo relacionado com a idoneidade (em sentido amplo) do concorrente, depois de ultrapassada a fase de habilitação e abertas as propostas, salvo nas hipóteses previstas; o § 2º do art. 75, que atribui efeito suspensivo ao recurso contra habilitação ou inabilitação de licitante.

Por outro lado, o art. 25 do Estatuto deixa bem claro que, na fase de habilitação, deverse-á aferir *exclusivamente a capacidade jurídica, a capacidade técnica, a idoneidade financeira e a regularidade fiscal,* que são *condições pessoais* dos participantes. A seu turno, o art. 36 indica *a qualidade, o rendimento, o preço* e *o prazo, atributos exclusivos das propostas,* como exemplos dos fatores a serem considerados no julgamento das ofertas, de acordo com o critério estabelecido no edital, os quais, como vimos no tópico anterior, devem ser necessariamente *pertinentes*[6] e *adequados* ao objeto e ao tipo da licitação em andamento.

Do exposto, resulta que, pela sistemática adotada pelo Estatuto (a mesma do Decreto-lei 200/67), ou o licitante não tem idoneidade (em sentido amplo) para participar do certame e, por razões jurídicas válidas, é inabilitado na sua fase vestibular, ou a tem, caso em que, devidamente habilitado, adquire o direito de ver sua proposta confrontada com as demais, em *igualdade de condições com os outros proponentes,* vale dizer, sem quaisquer restrições de caráter pessoal.

Conseqüentemente, é ilegítima a inclusão de *condições pessoais* dos proponentes entre os fatores de julgamento ou como critério de desempate de propostas, pelo instrumento convocatório ou pelo julgador, por se tratar de requisito para cuja verificação a lei estabeleceu uma fase própria – *de habilitação* distinta e estanque em relação à *fase de julgamento,* em que se confrontam e avaliam, única e exclusivamente, as ofertas dos habilitados.

Bem por isso, concluímos em estudo anterior que "é absolutamente nulo, invalidando o edital, o critério de julgamento que força o empate das propostas, quanto aos preços, para serem desempatadas pelo confronto das *condições pessoais* dos participantes".[7]

E, em obra mais recente, amplamente divulgada, deixamos igualmente consignado que "(. . .) não poderá considerar objetivo o julgamento (ou desempate) de *concorrência de melhor técnica,* por exemplo, baseado em *condições pessoais* dos proponentes, no preço ou em outro fator estranho a esse tipo de licitação".[8]

3. *Ilegitimidade de critério e fatores de julgamento não-condizentes com o tipo da licitação*

Resumindo a motivação jurídica dos tópicos anteriores, lembremos que, no intuito de preservar a observância do *princípio do julgamento objetivo,* o Estatuto exige que a administração estabeleça previamente o *critério para o julgamento,* relaciona, exemplificativamente, os *fatores* a serem considerados e prescreve que o julgamento das ofertas deverá

[6] Meirelles, H. L. *Licitação e contrato administrativo.* op. cit. p. 150.

[7] Meirelles, H. L. *Estudos e pareceres de direito público.* São Paulo, 1981. v. 3. p. 130.

[8] Meirelles, H. L. *Licitação e contrato administrativo.* op. cit. p. 28.

realizar-se em conformidade com o *tipo da licitação, o critério preestabelecido* e *os fatores indicados no instrumento convocatório,* com exclusão de quaisquer outros.

Daí resulta que o critério de julgamento relaciona-se intimamente com *o tipo da licitação,* que, por sua vez, é caracterizado pelo *fator* ou *fatores de julgamento predominante,* vale dizer, o elemento ou conjunto de elementos que define objetivamente a vantagem pretendida pela administração, em razão da qual os proponentes deverão formular suas propostas.

Critério de julgamento é, portanto, o modo, o método pelo qual as ofertas serão avaliadas, em face do *tipo de licitação* eleito pela administração e em função do *fator* ou *fatores* previstos no edital ou convite, para classificá-las e determinar a mais vantajosa, ou seja, a que melhor atenda aos interesses do serviço público no momento.

Por essa razão, não se pode fixar em lei ou na doutrina um critério único para o julgamento das propostas, visto que os interesses predominantes do serviço público variam em cada contratação. Numa poderá ser o preço, noutra a qualidade ou o rendimento, noutra ainda a conjugação desses e de outros fatores.

Mas são os interesses predominantes do serviço público que condicionam e limitam (ou deveriam condicionar ou limitar) as escolhas dos fatores a serem considerados e, em conseqüência, do tipo de licitação cabível e do critério de julgamento adequado. Destarte, não é admissível que a administração se valha, para julgamento ou desempate de propostas, de elementos não-condizentes com o tipo de licitação escolhido em função das peculiaridades do futuro contrato. Exemplificando, não seria cabível a utilização dos fatores qualidade e rendimento (licitação de melhor técnica) para a compra de tijolos comuns, como incabível seria que, para uma alienação se estabelecesse o critério do menor preço.

Daí nossa assertiva, já transcrita na seção 2, mas que, por sua oportunidade, permitimo-nos repetir aqui: "(. . .) não se poderá considerar objetivo o julgamento (ou desempate) de *concorrência de melhor técnica,* por exemplo, baseada em condições pessoais dos proponentes, no preço ou em outro *fator estranho a esse tipo de licitação*".[9]

Quanto à objetividade que se deve observar no desempate de propostas, também já nos foi dado dizer que "o *empate de propostas* leva a administração a decidir pelos fatores de preferência indicados no edital, e se este for omisso caberá à comissão de julgamento efetivar o desempate, justificando os motivos da escolha do vencedor, tendo sempre em vista o interesse público. Até mesmo o *sorteio* poderá ser usado para o desempate. O que não se permite é o estabelecimento de fatores de preferência, que caracterizem discriminação entre os licitantes, ou critério subjetivo da comissão de julgamento".[10]

Inexistente, pois, impedimento a que, sempre que impossível, difícil ou inconveniente a escolha de fator condizente com o tipo de determinada licitação, se utilize o sorteio como único critério para o desempate de propostas igualadas pelas vantagens oferecidas.

4. *Conclusões*

Ao final dessa sucinta exposição, calcada na legislação vigente e na doutrina dominante, permitimo-nos apresentar as seguintes conclusões no tocante à objetividade que deve pre-

[9] Meirelles, H. L. *Licitação e contrato administrativo.* op. cit. p. 28.

[10] Meirelles, H. L. *Licitação e contrato administrativo.* op. cit. p. 152.

sidir a fixação de critérios, a escolha de fatores e o julgamento das propostas nas licitações públicas:

a) *o princípio do julgamento objetivo,* a que se referem agora, expressamente, os arts. 3º e 7º do Dcreto-lei 2.300/86, impõe à administração o dever de, em cada licitação, estabelecer um critério de julgamento adequado, baseado em fatores pertinentes e condizentes com o seu objeto e com o seu tipo, e ao julgador o de ater-se exclusivamente às regras do instrumento convocatório e ao conteúdo das propostas;

b) a inclusão de *condições pessoais* dos proponentes (dados relativos à capacidade jurídica, à capacidade técnica, à idoneidade financeira ou à regularidade fiscal) entre os fatores de julgamento ou como critério de desempate é *ilegítima,* por afrontar os princípios da igualdade e da objetividade, bem como os dispositivos legais que prescrevem a incomunicabilidade das fases de habilitação e de julgamento nas licitações públicas;

c) *não é legítima a utilização de fatores não condizentes com o tipo de determinada licitação,* para avaliação ou desempate de propostas, por contrariar o princípio do julgamento objetivo e, em especial, o art. 37 do Decreto-lei 2.300/86;

d) nada impede que, sendo impossível, difícil ou inconveniente a escolha de fator objetivo, condizente com o tipo de determinada licitação, a administração (ou o julgador, se for o caso) opte pelo *sorteio* como único fator de desempate de propostas igualadas pelas vantagens oferecidas, em conformidade com o instrumento convocatório.

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN