

## OBSERVATÓRIO DE JURISPRUDÊNCIA DO TCE-SP

### LICITAÇÃO DO TIPO “TÉCNICA E PREÇO” E A (IM)POSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PELO NÃO ATINGIMENTO DA VALORIZAÇÃO MÍNIMA

Andrea Cristine Faria Frigo<sup>1</sup>  
José Ricardo Biazzo Simon<sup>2</sup>

O Tribunal de Contas Paulista tem analisado, diuturnamente, editais de licitações do tipo “técnica e preço” com previsão de desclassificação dos licitantes que não atingirem nota mínima na proposta técnica.

Parece preponderar na Corte o entendimento de que a possibilidade de exclusão de propostas técnicas só seria possível nas licitações tipo “melhor técnica”, em razão do disposto no art. 46, §§1º e 2º, da Lei 8.666/93, que tem a seguinte redação:

Art. 46.

(...)

**§ 1º Nas licitações do tipo "melhor técnica"** será adotado o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório, o qual fixará o preço máximo que a Administração se propõe a pagar:

I - serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação destas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução;

II - **uma vez classificadas as propostas técnicas, proceder-se-á à abertura das propostas de preço dos licitantes que tenham atingido a valorização mínima estabelecida no instrumento convocatório** e à negociação das condições propostas, com a proponente melhor classificada, com base nos orçamentos detalhados apresentados e respectivos preços unitários e tendo como referência o limite representado pela proposta de menor preço entre os licitantes que obtiveram a valorização mínima;

(...)

**§ 2º Nas licitações do tipo "técnica e preço"** será adotado, adicionalmente ao inciso I do parágrafo anterior, o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório:

I - será feita a avaliação e a valorização das propostas de preços, de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório;

---

<sup>1</sup> Mestre em Direitos Difusos e Coletivos, especialista em Direito Administrativo e Advogada Sênior de Biazzo Simon Advogados.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Administrativo e Advogado Sócio de Biazzo Simon Advogados.

II - a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório.

Sustenta tal corrente a assertiva de que somente no inciso II do §1º do art. 46 – que trata do regime jurídico da licitação tipo melhor técnica - há a expressa previsão de “(...) atingi[mento] [d]a valorização mínima estabelecida no instrumento convocatório (...)”; o que não ocorre no regime descrito nos incisos do §2º do art. 46 – que regula o procedimento da licitação tipo técnica e preço – e, por consequência, não permitiria “valorização mínima”, adotando interpretação literal restritiva

Nesse sentido tem sido os votos relatados pelo Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo, como no julgado a seguir:

“De outro modo, o estabelecimento de pontuação mínima a ser atingida pelas licitantes na proposta técnica não se coaduna com o julgamento por técnica e preço, posto que a Lei de Licitações e Contratos, em seu artigo 46, § 1º, inciso I, embora institua a classificação apenas ‘dos licitantes que tenham atingido a valorização mínima estabelecida no instrumento convocatório, o faz exclusivamente para tipo licitatório ‘melhor técnica’. (TC 12259/989/18)

Também comunga dessa posição, a Conselheira Cristiana de Castro Moraes, quando relata que:

Igualmente desprovida de amparo legal a desclassificação de propostas que não atinjam a pontuação mínima fixada no Edital, regra exclusiva das licitações do tipo ‘melhor técnica’. Como bem observou o Ministério Público de Contas, para obter o mínimo de 70 pontos, condição para não ser desclassificada, as proponentes estão obrigadas a apresentar, pelo menos, 4 atestados de experiência anterior, ainda que tenham obtido pontuação máxima nos demais quesitos. Dessa forma, a previsão acaba por desnaturar o critério de julgamento, porque contempla requisitos de caráter eliminatório e não caráter classificatório como deveria ser” (TC 001731.989.13-3)

Há, no entanto, recente julgado da Corte, com voto condutor do Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, acolhido no Plenário em 03/07/2019, em sentido oposto, calcado em interpretação sistemática e finalística, reconhecendo a discricionariedade administrativa, *in verbis*:

“O fato de o legislador prever expressamente que na licitação do tipo “melhor técnica” as propostas que não atingirem a nota mínima estipulada no edital sejam desclassificadas, não permite inferir que nos certames do tipo “técnica e preço” não seja possível, nas hipóteses em que o administrador entender pertinente, no uso do seu poder discricionário, a definição de menor pontuação admitida para a proposta técnica, desclassificando aquelas que não alcancem esse patamar. Fundamental, nessa perspectiva, avultar a finalidade essencial do procedimento licitatório, que representa meio idôneo para selecionar a oferta mais vantajosa para a Administração, com garantia de observância ao princípio constitucional da isonomia, nos termos do art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993.” (TC 19.297.026.12).

Em meados de 2017 já se divisou também recentemente tal posicionamento, como se constata do julgado a seguir citado (publicado no DOESP de 23/06/2017), de relatoria do Substituto de Conselheiro Alexandre Manir Figueiredo Sarquis:

“Com efeito, a prevalecer posição contrária, isto é, que recusasse à Administração o afastamento de propostas tecnicamente fracas, estaria o Tribunal a estimular competição predatória que, de modo algum, atenderia princípios de razoabilidade, moralidade e eficiência administrativas, ao admitir como potencial vencedor da disputa licitante que, de um lado, apresentasse preço francamente inferior - merecedor de nota máxima - e que, de outro, entregasse projeto técnico sofrível, obviamente proporcional ao valor oferecido. Licitações do tipo técnica e preço possuem como premissas fundamentais a predominância do aspecto intelectual e da engenhosidade dos profissionais envolvidos. Contraditório, sob tal cenário, impor ao Poder Público a classificação de projetos medíocres. (...) De rigor, portanto, permitir à municipalidade a fixação de pontuação mínima que garanta à futura execução dos serviços, padrão satisfatório de qualidade.” (TC 18283/989/16 e TC 18360/989/16)

Aliás, também no sentido permissivo tem sido a majoritária posição do Tribunal de Contas da União:

“O primeiro ponto diz respeito à previsão de desclassificação das propostas que não obtiver o mínimo de 60% do total geral da pontuação técnica para o item cotado (subitem 11.3, fls. 8 do anexo 3). Diferentemente do entendimento da Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação - Sefti, entendo que, à luz do inciso IV do § 1º do art. 46 da Lei de Licitações, pode-se fixar exigências mínimas de caráter técnico, que devem ser cumpridas pelo licitante sob pena de ver a respectiva proposta de preço descartada pela comissão julgadora. Assim, desde que atenda à proporcionalidade e à razoabilidade, os critérios de julgamento da proposta técnica podem e devem ter natureza eliminatória e classificatória, consoante a doutrina citada pela Caixa Econômica Federal - Caixa.

Defendo que o estabelecimento de um quantum mínimo de pontuação técnica para a classificação é da própria natureza das licitações do tipo técnica e preço. Quanto maior o nível de complexidade técnica do objeto licitado, maior o peso a ser dado à pontuação dos quesitos técnicos para fins de julgamento. Caso a licitante não atinja um mínimo de pontos, ela naturalmente deve ser considerada inapta para prestar o serviço licitado. Assim, não vislumbro falhas nos procedimentos da Caixa no que tange a esse ponto especificamente.” (Acórdão 2658/2007 - Plenário, publicado no DOU em 11/12/2007 – Rel. Ministro Raimundo Carreiro).

A divergência jurisprudencial noticiada traz insegurança jurídica relevante aos gestores, vez que os julgados da Corte carregam carga pedagógica e, no caso, carga pedagógica antitética. Afinal, é permitido ou vedado à Administração estabelecer valoração mínima eliminatória nas licitações tipo “técnica e preço”?

Para evitar incertezas, nulidades e condenações indevidas, é prudente que a Corte, através dos institutos que dispõe, uniformize seu entendimento.