

Julgamento por técnica e preço nas licitações de serviços de natureza predominantemente intelectual: presunção relativa ou absoluta?

Por Guilherme Carvalho e Luiz Felipe Simões

Conforme o art. 6º, inciso XVIII, da Lei 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos - NLLCA), consideram-se serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual aqueles realizados em trabalhos relativos a:

- a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias e consultorias técnicas e auditorias financeiras e tributárias;
- d) fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços;
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais e administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;
- h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente [...];

Por sua vez, o art. 36, § 1º, da NLLCA, ao disciplinar o critério de julgamento por técnica e preço – considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta –, dispõe que tal critério “*será escolhido*” (regra cogente) quando o “*estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração*”.

Na sequência, o sobredito § 1º do art. 36 elenca, em seus incisos, os objetos das licitações para os quais será cabível adotar o critério de julgamento por técnica e preço, inserindo-se entre eles (inciso I) os “*serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado*” (grifo acrescido).

Significa então dizer, pelo raciocínio contrário, que não se mostra incompatível com a NLLCA a adoção do critério de julgamento por menor preço em licitações que objetivam a contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, cabendo à Administração, para tanto, o ônus de demonstrar que, no caso concreto, a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital **não** são relevantes aos fins pretendidos pela Administração.

Trata-se, portanto, de situação excepcional para admissão do julgamento por menor preço, a qual, se não estiver perfeitamente caracterizada na fase de planejamento da contratação, mais especificamente por ocasião da realização do estudo técnico preliminar, imporá que o critério de julgamento do certame licitatório seja, necessariamente, o de técnica e preço (regra do art. 36, § 1º, da NLLCA).

Em resumo, à luz do art. 36, § 1º, inciso I, da NLLCA, uma vez evidenciado que o objeto da **licitação** é a prestação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual (ausentes, pois, os requisitos para contratação por **inexigibilidade de licitação** a que se refere o art. 74, inciso III, da NLLCA), o estudo técnico preliminar deverá demonstrar se a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital são, ou não, relevantes aos fins pretendidos pela Administração.

Caso a resposta para a indagação acima seja positiva, deverá ser escolhido o critério de julgamento por técnica e preço. Se a resposta for negativa, estará autorizada a utilização do critério de julgamento por menor preço. Nesta última situação, impende ressaltar, a adoção do julgamento por menor preço não legitima o uso da modalidade pregão¹, haja vista a expressa vedação para o seu emprego contida no parágrafo único do art. 29 da NLLCA, abaixo transcrito (grifos acrescidos):

Art. 29. [...]

Parágrafo único. O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea “a” do inciso XXI do *caput* do art. 6º desta Lei.

Portanto, ao afirmar que o critério de julgamento por técnica e preço deverá ser preferencialmente adotado nas licitações para contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, o art. 36, § 1º, inciso I, da NLLCA está a evidenciar a existência de **presunção relativa** de que, em relação a tais serviços, a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital são, como regra, relevantes aos fins pretendidos pela Administração, ou, em outras palavras, a **presunção relativa** de que tais serviços admitem, como regra, soluções alternativas e variações de execução com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade técnica, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação.

Assentada essa premissa, cabe agora inserir, no contexto da discussão, o teor do art. 37, § 2º, da NLLCA, que assim dispõe (grifos acrescidos):

Art. 37. [...]

§ 2º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, na licitação para contratação dos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual previstos nas alíneas “a”, “d” e “h” do inciso XVIII do caput do art. 6º desta Lei cujo valor estimado da contratação seja superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), o julgamento será por:

¹ Seria cabível a concorrência, conforme o art. 6º, inciso XXXVIII, alínea “a”, da Lei 14.133/2021.

I - melhor técnica; ou

II - técnica e preço, na proporção de 70% (setenta por cento) de valoração da proposta técnica.

A dúvida que exsurge do conteúdo do dispositivo legal *supra* é se, no que concerne aos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual previstos nas alíneas “a”, “d” e “h” do inciso XVIII do *caput* do art. 6º da NLLCA (projetos, fiscalizações e ensaios técnicos) e com valor estimado da contratação superior a R\$300.000,00 (trezentos mil reais)², o legislador já teria definido, aprioristicamente, que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital **sempre** serão relevantes aos fins pretendidos pela Administração, o que impediria, nas indigitadas licitações, a adoção do critério de julgamento por menor preço.

Caberia então indagar se o conteúdo do art. 37, § 2º, da NLLCA, ao revés do que estabelece o art. 36, § 1º, da referida lei, está a tratar de inafastável **presunção absoluta**, sem espaço, pois, para atuação discricionária do administrador público, ou se aquele dispositivo contempla mera **presunção relativa**, isto é, o julgamento por técnica e preço continua sendo a regra geral, admitindo-se, no entanto, prova em contrário, mediante a exposição das circunstâncias fáticas que justificariam o julgamento pelo menor preço.

Sob a ótica da legalidade estrita, fazendo-se uma interpretação literal da regra inserta no art. 37, § 2º, da NLLCA, chegar-se-ia à indubitável conclusão de que se trata mesmo de **presunção absoluta**, ou seja, não haveria a menor possibilidade de que, nas licitações para contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual previstos nas alíneas “a”, “d” e “h” do inciso XVIII do *caput* do art. 6º da NLLCA e com valor estimado da contratação superior a R\$376.353,48, fosse empregado o critério de julgamento por menor preço.

Teríamos assim o seguinte cenário para as licitações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual previstos nas alíneas “a”, “d” e “h” do inciso XVIII do *caput* do art. 6º da NLLCA (projetos, fiscalizações e ensaios técnicos): se o valor estimado da contratação for igual ou inferior a R\$ 376.353,48, será preferencialmente adotado o critério de julgamento por técnica e preço (**presunção relativa**), admitindo-se, excepcionalmente, o julgamento pelo menor preço; se for superior, deverá ser obrigatoriamente adotado aquele critério (**presunção absoluta**), aceitando-se, no máximo, o julgamento por melhor técnica.

Todavia, a prevalecer o entendimento de que os serviços referenciados no art. 37, § 2º, da NLLCA possuem presumidamente, independentemente das suas especificidades técnicas no caso concreto, nível de complexidade suficiente para demandar a aferição da técnica na etapa de julgamento das propostas dos licitantes, a decisão quanto à adoção do critério de julgamento mais adequado visando à seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública (art. 11, inciso I, da NLLCA) estaria simplesmente sendo transferida do administrador público – é de fato

² Conforme o Decreto Federal 12.343/2024, o valor atualizado é de R\$ 376.353,48 (trezentos e setenta e seis mil trezentos e cinquenta e três reais e quarenta e oito centavos).

quem melhor conhece tecnicamente o objeto demandado pelo poder público – para o legislador.

Em termos práticos, estaria simplesmente sendo suprimido o poder discricionário do administrador público de decidir, à luz do caso concreto, acerca da adoção do critério de julgamento mais adequado ao processo licitatório conduzido pela Administração. Destarte, mesmo que ele chegasse à conclusão de que os serviços técnicos especializados demandados, embora de natureza predominantemente intelectual, detinham baixas especificidade e complexidade, eram desprovidos de potenciais diferenciais técnicos qualitativos que superassem os requisitos mínimos exigidos no edital, ainda assim não poderia valorá-los pelo critério do menor preço.

Nada obstante o brocardo jurídico de que a lei não contém palavras inúteis, não devemos sustentar, nesse cenário, interpretação que privilegie a legalidade estrita em detrimento de outros princípios tão relevantes para a Administração Pública e que estão igualmente mencionados no art. 5º da NLLCA, a exemplo da eficiência, do interesse público, do planejamento, da eficácia, da motivação, do julgamento objetivo, da razoabilidade, da competitividade, da celeridade e da economicidade, os quais estariam a exigir uma interpretação não literal do art. 37, § 2º, da Lei 14.133/2021, considerando o custo-benefício da “técnica e preço”, ou mesmo da “melhor técnica”.

Isso sem falar no Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), mencionado no próprio art. 5º da Lei 14.133/2021 e que serve de vetor para as decisões administrativas, senão vejamos (grifos acrescidos):

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

[...]

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Ademais, quanto à adoção do critério de julgamento por técnica e preço, não haveria lógica alguma em se sustentar a existência de presunção absoluta para alguns serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e não para outros. Não se vislumbra explicação suficientemente razoável, respaldada em argumentos técnicos contundentes, para essa distinção.

Nesse sentido, a interpretação que se revela como a mais consentânea com o conceito de “bloco de juridicidade”³ é no sentido de que o art. 37, § 2º, da NLLCA traz em seu bojo a **presunção relativa** quanto à adoção do critério de julgamento por técnica e preço na licitação dos serviços nele explicitados, com valor estimado da contratação acima de R\$ 376.353,48, mas sem excluir a possibilidade, nesse mesmo contexto e mediante a devida motivação, do emprego do critério de julgamento por menor preço.

Levando em conta, como já frisado, que a lei não contém palavras inúteis, a intenção então do art. 37, § 2º, da Lei 14.133/2021 – sob pena de tornar tal dispositivo letra morta ou com eficácia praticamente nula – foi a de autorizar, diferentemente do que fez o art. 36, § 1º, da NLLCA, o uso do critério de julgamento por melhor técnica, como alternativa para o julgamento por técnica e preço, no caso de licitação dos serviços nele consignados e com valor estimado da contratação superior a R\$ 376.353,48, desde que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital sejam relevantes aos fins pretendidos pela Administração.

Guilherme Carvalho é doutor em Direito Administrativo, mestre em Direito e Políticas Públicas, ex-procurador do Estado do Amapá e advogado do escritório Guilherme Carvalho & Advogados Associados.

Luiz Felipe Simões é mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento, pós-graduado em Controle Externo, auditor do Tribunal de Contas da União e advogado.

³ Conceito que amplia a ideia de legalidade na Administração Pública. Enquanto a legalidade tradicional exige que os atos administrativos estejam estritamente de acordo com a lei (regras formais), a juridicidade vai além, incluindo também os princípios, tanto constitucionais quanto administrativos.