

## PREÇO SECRETO NO JULGAMENTO DAS LICITAÇÕES

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

1. Sociedade de economia mista e empresas públicas por vezes adotam em seus editais (ou “convocações gerais”, “chamamentos”, ou expressões quejandas) um critério de julgamento que toma por base um valor previamente estimado por elas e que deve permanecer secreto até o momento de abertura das propostas. De regra, esclarecem no edital que serão classificáveis as ofertas que se mantenham dentro de um limite de variação de tanto por cento acima ou abaixo deste preço secreto. Vencerá o certame a proposta que mais se aproxime dele ou, então — conforme haja estabelecido no edital — aquela que mais se aproximar do piso inferior comportado pela variação aludida (menor oferta dentro da faixa de variação).

A validade ou invalidade deste critério há de ser examinada em função da natureza e finalidades do instituto da licitação.

2. Licitação, como se sabe, é um procedimento administrativo através do qual o Poder Público e suas entidades auxiliares, desejando contratar obras ou serviços, adquirir, alienar ou locar bens, convocam os interessados na apresentação de propostas a fim de escolher a mais satisfatória segundo condições previamente definidas e divulgadas.

Este instituto propõe-se à realização simultânea de dois objetivos *indeclináveis* no Estado de Direito: a) buscar o negócio mais vantajoso para a entidade governamental promotora do certame; b) assegurar, por irredutível imposição do princípio constitucional da isonomia (art. 153, § 1.º), iguais oportunidades a todos os interessados em disputar os negócios que o Poder Público pretenda realizar com terceiros. Da conjunção de ambas as finalidades da licitação resulta o resguardo de um terceiro bem jurídico, também ele impositivo para as pessoas governamentais, porque consagrado em patamar constitucional: a probidade na Administração (art. 82, V), isto é, a moralidade administrativa.

É bem de ver, portanto, que licitação alguma será válida e cláusula alguma de certame licitatório será admissível se afrontar quaisquer destas apontadas características que residem na essência do instituto em causa.

3. É da mais solar obviedade que uma licitação cujo critério de julgamento não se alinhe na direção que privilegia o negócio mais vantajoso ou que contrarie as possibilidades de uma disputa objetiva ou que ponha em risco a moralidade do certame deixa de cumprir as próprias razões que lhe determinam a existência. É inválido o critério que subverte a lógica do instituto da licitação e aniquile todo o sentido dos vários dispositivos residentes na legislação que o regula.

Com efeito, se através da aberta concorrência entre os ofertantes quer-se ensanchar uma disputa de ofertas para colher a melhor, não se pode propor cláusulas à força das quais o proponente *não sabia* o que deve fazer para

apresentar a proposta melhor. Igualmente não se pode adotar critério cuja aplicação produza o resultado *sui generis* de atribuir vitória a proposta menos vantajosa para a Administração do que alguma outra apresentada. Estas afirmações são verdadeiros truísmos, autênticas obviedades que o próprio Conselheiro Acácio se dispensaria de pronunciar.

4. Há, ainda, uma terceira obviedade que, ao lado das duas anteriores, deve ser tomada como ponto de partida para nortear o exame dos julgamentos baseados em preço secreto. Esta terceira obviedade é a de que critério algum de julgamento que propicie fraude à lisura do certame e facilite no grau mais extremo a frustração dos objetivos de igualdade e moralidade administrativa pode ser aceito como válido.

Deveras, se a legislação reguladora das licitações é toda ela armada ao propósito de assegurar tratamento isonômico aos disputantes e de prevenir conluios e favoritismos, não se vê como possa ser aceito critério de julgamento que enseje aos que vão julgar as propostas a detença de uma informação (um preço secreto preestipulado) capaz, só por si, de ser *absolutamente decisiva* para determinar a vitória de qualquer eventual proponente a quem seja transmitida. Desta sorte, os encarregados do certame podem resolver de antemão, sob a aparente capa de uma licitação regular, a que empresa outorgarão a vitória do certame. Se fosse para ensanchar tais resultados, evidentemente não haveria razão alguma para justificar o instituto da licitação. Melhor seria que inexistisse.

5. Não se duvida de que os objetivos fundamentais do instituto da licitação sejam os inicialmente apontados. Por isso também não se pode duvidar que a contradição deles nas regras do "certame" o desnatura completamente e faz nula a cláusula responsável por tal desnaturamento.

Veja-se o que dizem monografistas sobre licitação.

Hely Lopes Meirelles preleciona: "Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a *proposta mais vantajosa* para o contrato de seu interesse. Visa a proporcionar *iguais oportunidades* aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e *moralidade* nos negócios administrativos (*Licitação e Contrato Administrativo*, Ed. RT, 6.<sup>a</sup> ed., 1985, p. 5).

Adilson Dallari averba: "O princípio da licitação impõe à Administração a necessidade de recorrer a procedimentos técnico-jurídicos que assegurem ao mesmo tempo *contratações vantajosas* para o Poder Público e *igualdade* de condições para todos os possíveis contratantes, independentemente de quaisquer normas positivas. O procedimento poderá ou não estar especificado pelas normas, mas a falta destas não significa que o princípio seja dispensável" (*Aspectos Jurídicos da Licitação*, Saraiva, 2.<sup>a</sup> ed., 1980, p. 18).

Embora o autor rejeite a explícita afirmação — encontrada em Sergio de Andréa Ferreira, por exemplo — de que a licitação à exigida por um princípio de moralidade administrativa, aduz: "Bastante louvável é a atitude de Marienhoff, que coloca a *moralidade* não entre os motivos da licitação e sim entre os seus efeitos, referindo-se a uma 'ação moralizadora' dentre as vontagens que ele identifica na licitação" (op. cit., p. 19).

Em Lúcia Valle Figueiredo colhem-se os seguintes comentários: "Licitação, como definimos, é um procedimento administrativo unilateral, que tem por objeto a *seleção do melhor contratante*, que deverá prestar ao Estado serviços, construir

obras, fornecer-lhe ou adquirir-lhe bens” (*Direito dos Licitantes*, Ed. RT, 2.<sup>a</sup> ed., 1981, p. 1).

Carlos de Barros Júnior, ao examinar os princípios informadores do instituto da licitação acrescenta a *moralidade administrativa* como indispensável durante o decurso da licitação.

“Em abono do afirmado pelo conceituado autor existe o item V do art. 82 do próprio texto constitucional (EC 1/69).

“Entretanto, a moralidade administrativa não pode ser vista sem conteúdo jurídico; é moral, na realidade, para o Direito, aquilo que o sistema jurídico acolheu como tal.

“A publicidade, além de, em parte, satisfazer ao princípio da isonomia, é também a responsável pela concorrência, pelo interesse da disputa. Quanto ao *trato igualitário*, sobre ser princípio constitucional, é pertinente ao próprio Direito Administrativo” (op. cit., p. 2).

Nós mesmos, de outra feita, ao examinarmos monograficamente o tema da licitação apostilamos:

“Este proceder visa garantir duplo objetivo: de um lado proporcionar às entidades governamentais possibilidade de realizarem o negócio mais vantajoso; de outro, assegurar aos administrados ensejo de disputarem entre si a participação nos negócios que as pessoas administrativas entendam de realizar com os particulares.

“Destarte atendem-se a três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais — ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito ao princípio da isonomia (previsto no art. 153, § 1.<sup>o</sup>, da Lei Maior) — com abertura de disputa no certame e, finalmente, obediência aos reclamos de proibidade administrativa, imposto pelo art. 82, V, da Carta Magna Brasileira” (*Licitação*, Ed. RT, 1980, p. 1).

6. É tendo em ponto estes três objetivos (seleção da melhor proposta, respeito ao princípio da igualdade e defesa da moralidade do certame) que se deve examinar a validade do critério de preço secreto para julgamento das propostas.

7. Trata-se de critério de julgamento desenganadamente nulo.

Com efeito, sendo secreto o preço de referência, os ofertantes *não sabem como proceder* para oferecerem à Administração a proposta mais vantajosa. Não têm pautas que lhes esclareçam, com segurança, qual o valor mínimo que devem propor.

Deveras, se reduzirem sua margem de lucro para oferecer cotação vantajosa à Administração, correm o risco de serem desclassificados, caso o preço secreto seja excessivamente generoso para os licitantes. Se, pelo contrário, o supuserem generoso e este não o for, perderão o certame para concorrente que o tenha imaginado mais comedido. Em suma: têm que “advinhar” qual será este valor-base sigiloso.

O certame transforma-se em exercício lotérico cujo resultado sorrirá para quem tenha maiores poderes divinatórios. Segue-se que *vencedora não será a melhor proposta*, mas a do proponente que for mais íntimo... da sorte! Aquele que, por qualquer razão, conseguir assentar em seu espírito qual será o preço-secreto terá oportunidade de oferecer o menor valor dentro da faixa de variação comportada, sem inferiorizar em nada o piso secreto.

8. Note-se que nas licitações de preço-base conhecido, os ofertantes sabem qual o menor valor que podem propor e buscam ofertar o mais próximo que possam da importância mais baixa admitida.

Nas licitações em que não há preço-base, os ofertantes também têm um critério seguro para fazer a melhor oferta possível: propor a menor cotação comportada pelos custos em que terão de incorrer, minimizando a própria margem de lucro.

Já em licitação decidida por preço-secreto, como não há base segura alguma, tudo dependerá de um lance de sorte. O concorrente deverá buscar não a oferta mais baixa que possa fazer, mas a que “imagine”, “suponha”, esteja mais próxima de um desconhecido piso inferior.

Ora, é evidente que uma licitação deste gênero não é procedimento seriamente orientado para obter o mais vantajoso para a Administração. Certame que se decide pelo acaso não pode conduzir a um resultado administrativamente sério.

9. Seria equivocado imaginar-se que o piso inferior, ainda que secreto (em decorrência do preço de referência secreto), é aceitável quando menos a título de limite de exequibilidade das propostas. Não é aceitável porque, quando há preço-base conhecido, o ofertante — mesmo que saiba por sua experiência empresarial que o limite mínimo tolerado já é excessivo — simplesmente ajustará sua proposta a este piso. Sem risco de desclassificação irá beneficiar-se com um lucro maior. De outra parte, se não houver preço-base prefixado também não será desclassificado, salvo se sua proposta for *objetivamente demonstrável como inexecúvel*.

Além do mais, não é de crer-se que empresas de porte e tradição façam propostas por valores globais tão baixos que sejam inexecúveis. Pelo contrário, é de presumir que saibam muito bem o que estão ofertando e que defendam os próprios interesses, reservando-se margem de lucro quando menos modesta. Principalmente nas licitações de técnica e preço — nas quais são avaliadas e pontuadas as qualidades técnicas das próprias ofertas — descaberia imaginar que um proponente habilitado e experiente, cuja proposta técnica exibiu nível suficiente para ultrapassar esta fase, ignore limites de exequibilidade comercial.

Assim, não colheria supor que o mero desencontro de uma oferta com o piso inferior de um preço de referência secreto valha, só por só, como convincente exibição de inexecúvel de uma proposta.

10. Então, já por esta primeira ordem de razões, que exhibe o caráter aleatório do resultado e seu desalinhamento com o objetivo de buscar a melhor oferta — impossível de ser seriamente colimado quando o proponente não sabe como proceder para tentar ofertar o melhor — a adoção de preço secreto como critério de julgamento é sempre causa de nulidade.

Lembre-se que outro critério, o do preço-médio, já tem sido profligado e rejeitado também por instaurar a álea, o acaso, na solução de licitações. Ao respeito disse Hely Lopes Meirelles: “Algumas administrações têm tentado introduzir uma estranha concorrência de ‘preço-médio’. Este ‘preço-médio’ consistirá na média aritmética dos preços ofertados pelos licitantes, vencendo aquele que a atingisse ou mais se aproximasse dessa média. Ora, isto deixa de ser licitação para ser jogo, em que a sorte ou o acaso decidirá a escolha, pois o preço médio ficará na dependência das outras propostas, o que é vedado por lei” (*Licitação e Contrato Administrativo*, cit., pp. 63-64).

Pois bem, a licitação de “preço secreto” tem os mesmos inconvenientes da licitação de preço médio (embora em grau menor) além de apresentar outro defeito, gravíssimo, que a licitação de preço médio não apresenta: o de ensanchar fraude, pelo vasamento do sigilo quanto ao valor secreto.

11. Tanto quanto esta fórmula censurada por Hely Lopes Meirelles, instaura a álea, a sorte, o jogo lotérico, na decisão do certame, ao invés de orientar-se diretamente para a busca da melhor oferta. Concorre, embora, em grau menor, para resolver-se em favor de oferta que pode não ser a mais vantajosa. Com efeito, no “preço médio” é certo que nunca se escolhe a melhor oferta, pois a oferta média necessariamente não é a mais baixa.

No “preço secreto” tal resultado, indesejável e juridicamente inadmissível, não é certo, mas é possível. Para que ocorra basta que os disputantes, podendo ofertar valor menor, não o façam por temer desclassificação, isto é, rebaixamento do piso mínimo ignorado. Ocorrerá, ainda, quando o licitante, podendo enfrentar negócio vantajoso para a Administração, ofereça cotação baixa mas que inferiorize o piso mínimo, por ignorá-lo, supondo-o abaixo do que realmente fora estipulado. Neste caso, será desclassificado, ainda que o tenha inferiorizado por muito pouco, podendo, de revés, ser proclamado vencedor quem haja cotado bastante acima do limite mínimo de oferta. Aí, a melhor proposta — eventualmente outras igualmente vantajosas — serão eliminadas, vencendo oferta muito menos satisfatória.

Eis porque, ao destacarmos critérios juridicamente inaceitáveis para o julgamento de licitações, em obra teórica sobre o tema, verberamos tanto o sistema de preço médio, como o de preço secreto:

“Por já terem sido utilizados em editais de concorrência vale mencionar dois critérios juridicamente inaceitáveis. Um deles é o de preço médio. Consiste em atribuir vitória à proposta cujo preço estiver mais próximo do preço médio das ofertas apresentadas. É bem de ver que tal sistema instaura uma álea completa. A licitação se converte em um jogo de azar. O proponente, com algum cálculo e muita sorte torna-se vencedor do certame, sem com isto advir para a Administração vantagem que está *obrigada a buscar*, qual seja: a melhor proposta. Com efeito, o preço-médio, por definição, não é o melhor, pois outros estarão abaixo dele. Daí que este critério ofende um dos objetivos capitais da licitação: obter em prol do licitador o negócio mais vantajoso. Ademais não é um critério sério, pois toma o acaso por parâmetro ao invés de pautas concebidas em função de procurar o resultado mais conveniente para a Administração. Critério desta ordem, portanto, é nulo, acarretando a invalidade do certame.

“*Uma variante do critério de preço-médio consiste na fixação de um valor estimado, que permanece secreto para os licitantes. Vencedor da disputa seria o que mais se aproximasse deste ‘quantum’ preestabelecido. Pelas mesmas razões aduzidas este critério é igualmente inválido. Padece, outrossim, de um defeito suplementar. Propicia favoritismos, ante a possibilidade de vasamento do sigilo.*” (Licitação, cit., p. 74, grifos atuais).

12. Este defeito suplementar a que se aludiu — possibilidade de vasamento do sigilo sobre o preço secreto — macula de nulidade, irremissivelmente, o critério profligado.

Com efeito, adotar-se um critério que coloca *inteiramente* nas mãos da entidade licitadora a lisura da licitação e de seu resultado, fazendo-os integralmente

dependentes da vontade da promotora do certame, é o mesmo que aniquilar a razão de existir da licitação.

Todas as regras que presidem este instituto estão calçadas na intenção de assegurar, por um mecanismo que despersonaliza a escolha do contratante (ao contrário da contratação direta), um certame imparcial, volvido à busca do negócio mais vantajoso e que resguarda a moralidade administrativa, de tal sorte que a entidade promotora da disputa não detém meios para decidir, a seu sabor, quem será o beneficiário do futuro contrato. Normas que facilitem a subversão destes desideratos, proporcionando que se realize o oposto do que se visa com a licitação, a toda evidência são nulas.

13. Note-se que a licitação é concebida nos termos aludidos porque as leis que a regem e a lógica que a preside — tal como se passa com a generalidade das leis — assumem como pressuposto que é necessário prevenir as falências humanas e coartar, na medida do possível, o extravasamento das falhas inerentes a um ser imperfeito. Leis não são feitas para anjos, mas para os homens. Seria desnecessário o Direito positivo e jamais seria formulado se os seus destinatários fossem criaturas sempre naturalmente volvidas aos procedimentos mais corretos, adequados e justos.

Assim, independentemente da lisura, imparcialidade e espírito público de administradores, é o só fato dos homens que administram *poderem* se divorciar das diretrizes desejáveis, o que faz impositivo existirem ditames normativos *impostergáveis* acauteladores dos interesses jurídicos consagrados no instituto da licitação. Donde normas de edital que contradigam estas cautelas são nulas.

Ora, a existência de um “valor de referência secreto”, do qual depende, afinal, a apresentação da melhor oferta, instaura a possibilidade óbvia de favorecimento a uma dada empresa à qual, indevidamente, seja dado prévio conhecimento de seu teor. É evidente que por tal sistema de julgamento introduz-se um fator de seríssimo risco capaz de transformar um certame licitatório em simples farsa sob a plácida aparência de normalidade.

É claro a todas as luzes que as garantias de tratamento isonômico aos administrados, de imparcialidade, de julgamento equânime, *deixarão de depender das regras que as querem garantir, passando a depender inteiramente dos administradores* e de sua devoção a estes bens jurídicos. Mas é exatamente para não se atrelar a este tipo de dependência que existe a licitação, pois ninguém ignora que inúmeras vezes a negociação direta poderia propiciar negócios mais vantajosos para a Administração, “se fosse possível confiar descansadamente em que os administradores (como seres humanos em geral) procedessem sempre iluminados pelos padrões de conduta mais elevados”.

14. Acrescente-se que é impossível assentar um “preço secreto” sem que esteja embasado em algum orçamento estimativo do custo da obra ou serviço pretendido. Tal orçamento estimativo não é obra de um único indivíduo. Sê-lo-á, presumivelmente, de uma equipe, de sorte que as possibilidades de vasamento do sigilo relativo ao valor de base para determinação do “preço de referência secreto” não são de desprezar.

Ressalte-se, ademais, que o sistema de “preço secreto” pode apresentar ainda novos inconvenientes nos casos em que haja sido, desde o início, concebido com a viciosa intenção de favorecer dada empresa. É que, em ocorrendo esta hipótese, a tendência será “compor” um preço secreto mais elevado do que o necessário, com o que se facilitará a desclassificação de bons proponentes e se

ensajará margem de lucro mais elevada em prol daquele a quem se queira favorecer.

Como se vê, não há como reconhecer validade a cláusula de edital que consagre um critério de julgamento passível de ensanchar sejam elididos, de barra a barra, todos os objetivos que informam o instituto da licitação. Nem se creia que tal conclusão é inócua porque, em geral, nos editais de sociedades de economia mista e empresa pública costuma haver uma cláusula — cuja aceitação é condicional à participação no certame — de acordo com o qual os ofertantes renunciavam de antemão a questionar as decisões da Comissão de julgamento ou os próprios termos do edital.

15. Nas relações em que se compõem interesses puramente privados, particulares, estão em pauta bens jurídicos disponíveis. Por isso as partes concertarão entre si as disposições que mais lhe convenham, afastando normas supletivas, sem que com isto estejam a ofender o Direito. Notoriamente o princípio da autonomia da vontade rege com sobrançeria na província do direito privado. De revés, quando estão em pauta interesses de maior tomo, protegidos pelas regras ditas de ordem pública ou por normas de Direito Público, os bens acautelados pelo Direito são objeto de regulação impositiva, da qual as partes não se podem evadir. Será por isso irrelevante que ambas acordem (ou que uma delas vergue a vontade da contraparte) em que vigorarão entre elas certas normas se, acaso, forem disposições que contravêm preceitos inafastáveis.

A licitação nas empresas estatais — mesmo para os que consideram meramente facultativa a adoção de seus princípios para sociedades mistas e empresas públicas — não pode ser concebida como voltada tão-só para compor interesses estritamente privados, particulares, decidíveis ao talante das partes, como melhor lhes apraza.

Com efeito, não seria sensato, razoável ou lícito presumir que os recursos de tais entidades — formados que são por capitais oriundos de fonte governamental — possam ser mobilizados ao sabor das pessoas que os administram, inclusive para beneficiar quem quer que seja, em detrimento da entidade ou do direito à isonomia que assiste a todos os administrados.

Isto posto, é imperioso concluir, quando menos, que adotado um procedimento licitatório por entidade da Administração Indireta (ou descentralizada como refere a legislação paulista) este terá de se assujeitar aos padrões mínimos asseguratórios de lisura e correção.

16. A não ser assim, avaliar-se-ia o despautério de assumir que tais entidades podem construir autênticas “farsas”, montadas sobre normas “jurídicas” adrede estabelecidas para representar uma pantomima. É bem de ver que o Direito não é instrumento para isto e não pode ser usado com tais fins. Segue-se — e é o mínimo em que se tem de convir — que, se empresa pública ou sociedade mista promover certame licitatório, suas regras haverão de ajustar-se aos padrões básicos que norteiam o instituto da licitação. Vale dizer: terão de orientar-se para os mesmos objetivos que presidem o instituto utilizado e estarão protegendo interesses superiores que as partes não podem, com suas vontades, tornar postergáveis, elidíveis ou superáveis por virtude do querer individual dos participantes do certame.

A violência aos preceitos básicos da licitação configura nulidade inafastável.

Aliás, não faz sentido supor que o nulo se torna válido — e por isso inim-pugnável — pelo fato de uma das partes curvar-se, de antemão, à prerrogativa que a outra parte se reserve de pisotear-lhe direitos. É direito de qualquer

licitante exigir que o certame se desenvolva sob a égide de regras válidas. É direito seu inconformar-se contra o prejuízo que lhe advenha da aplicação de uma disposição nula.

Sobremais, não se lhe pode exigir que se incompatibilize liminarmente com entidade da Administração Indireta — da qual depende para participar do certame e da qual dependerá se vencê-lo — insurgindo-se, de pronto, contra cláusulas nulas, sem saber se virão a afetar-lhe os interesses.

17. É corriqueiro que os participantes de certames licitatórios (sobretudo perante a Administração Indireta) se vejam na contingência de firmar documento no qual declaram concordar com quaisquer decisões do promotor do certame, a começar das cláusulas do edital, sejam elas lícitas ou não. E todos o fazem, até porque se o não fizerem, sequer podem disputar.

Preferem, como é natural, anuir e esperar não serem desfavoravelmente afetados pelas regras viciosas, do que principiar por contender com o sujeito licitador, despertando-lhe a animosidade antes mesmo de serem avaliados na fase de habilitação e de exporem a julgamento suas propostas no cotejo com as dos demais concorrentes.

Aliás, se tal anuência — quase que inevitável — fosse havida como renúncia a direitos irrenunciáveis e obstasse ulterior questionamento de cláusulas nulas, das quais lhes resultou prejuízo ulterior, a Administração direta e sobretudo indireta ficariam isentas do único dos controles que se tem revelado mediocremente eficaz: o suscitado pelos participantes da disputa, pois são os diretamente interessados e por isso os mais vigilantes.

18. De toda sorte, como a licitação é instituto em que se compõem interesses do administrado (na medida em que se propõe a assegurar-lhe o direito a isonomia) e interesses públicos e como o administrado não pode interferir com sua vontade para legitimar cláusulas nulas, é inadmissível imaginar que sua submissão a elas o impossibilite de ulteriormente opor-se, caso lhe resultem prejudiciais.

Sobremais, *licitação não é um contrato*. É relação jurídica instaurada por regras expedidas unilateralmente por uma das partes, sob cujo plexo se inserem as outras, cujas vontades não concorrem (como no contrato) para a validade das referidas regras. A inserção dos licitantes no plexo normativo componente da licitação nem válida nem invalida o que nela se disponha. Daí que o fato de terem, *por força destas mesmas regras*, firmado documento em que se declaram submissas a elas não lhes retira o direito de impugnar-lhes ulteriormente a correção jurídica, se daí lhes resultou prejuízo.