PROCESSO DE LICITAÇÃO: Nº 058/2022
PREGÃO PRESENCIAL: Nº 019/2022

PARECER

Trata-se de pedido de desistência de 01(um) item da proposta apresentado pela empresa MINAS VERDE CONSTRUÇÃO E CONSERVAÇÃO LTDA, já qualificada nos autos em comento, ante o não acolhimento de suas contrarrazões em relação do desenquadramento do simples nacional para a realização do serviço de mão de obra de Técnico em Segurança do Trabalho. Fundamenta seu pedido no art. 43, §6°, da Lei 8.666/93, requerendo para tanto a convocação do licitante remanescente, nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado.

Os autos vieram para parecer.

Pois bem, a Lei 10.520/2002, Lei do Pregão, aplicada na presente licitação, é silente sobre a desistência, entretanto ressalva, *in verbis*:

> *"**Art. 7°** Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportarse de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 40 desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais."*

Aplicada de forma subsidiária ao que a Lei do Pregão for omissa, a Lei n° 8.666/93, em seu artigo 43, § 6°, prevê que "*após a fase de habilitação, não cabe desistência de proposta, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão*".

Trata-se, pois, de uma **faculdade** da Administração Pública aceitar a desistência da proposta ou manter a contratação nos mesmos termos, desde que presentes dois requisitos: "*fato superveniente*" e "*justo motivo*".

Nesse sentido, vejamos o julgado do Eminente Ministro Roberto Barroso, no Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n° 35.244

"DIREITO ADMINISTRATIVO. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. DESISTÊNCIA DA PROPOSTA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. DESISTÊNCIA DA PROPOSTA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. *1. Da leitura do art. 43, § 6º, da Lei nº 8.666/1993, chega-se à conclusão de que a desistência da proposta, após a fase de habilitação, não é ato unilateral do licitante, havendo a necessidade da conjugação de três condições: (i) motivo justo; (ii) fato superveniente; (iii) autorização da Comissão de licitação."*

E continua:

(...) Em relação à primeira condição, existência de motivo justo, tem-se que o legislador pretendeu exigir do licitante a demonstração de certa razoabilidade na fundamentação apresentada em eventual pedido de desistência. O grau de controle que recairá sobre essa fundamentação, no entanto, não deve ser tão rigoroso como aquele que recai em uma fundamentação baseada na "força maior" ou no "caso fortuito", tal como ocorre com a hipótese de rescisão contratual prevista no art. 78, XVII, da Lei nº 8.666/1993. De qualquer maneira, a necessidade da demonstração de motivo justo pressupõe a apresentação de argumentos minimamente razoáveis para a desistência do procedimento licitatório. (...)

Em relação à segunda condição, fato superveniente, a lei exige que o fato justificador do pedido de desistência, além de ser coberto pela razoabilidade, deva ter surgido em momento posterior ao da apresentação da proposta. Se o fato é anterior à proposta, existe a presunção de que o proponente tinha perfeito conhecimento de sua existência no momento em que aquela foi elaborada. A aquiescência na utilização de fato anterior para justificar eventual desistência poderia ter, assim, o inconveniente de se fomentar a elaboração de propostas inconsequentes e imprudentes.

Por fim, em relação à terceira condição, autorização da Comissão de licitação, considerando a indeterminação do conceito 'motivo justo', tem-se que a análise dos fundamentos apresentados pelo licitante em seu pedido de desistência deve sempre passar por um juízo valorativo discricionário da Administração Pública.

> *Entretanto, esse juízo não representa uma faculdade incondicionada. Inexiste uma liberdade absoluta do administrador que seja imune ao controle judicial. Em última análise, o princípio da razoabilidade molda a discricionariedade administrativa, estabelecendo uma margem de valoração por parte do administrador um pouco mais estreita que a ilimitada liberdade. Não é por outra razão que a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal vem aceitando um controle judicial da razoabilidade dos atos administrativos discricionários (por todos, v. AI 800.892 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli).*

No presente caso, o fato superveniente alegado foi que com a decisão que julgou parcialmente procedente os recursos, com a recomendação do desenquadramento do simples nacional pela empresa Minas Verde em razão do item TÉCNICO DE SEGURANÇA DO TRABALHO, não seria viável a proposta.

Assim, trazendo para o caso em apreço, por se tratar de Pregão, fica tal decisão sobre a justificativa válida para aceitar ou não a desistência a cargo do Pregoeiro, em analogia à referência de Comissão de Licitação exposta no artigo supramencionado.

Neste caminho é dizer que a Administração, por decisão do Pregoeiro, poderá aceitar a desistência do proponente vencedor ou não. Se aceitar, bastará a convocação do licitante que tenha apresentado a segunda melhor proposta, devendo realizar a devida negociação de valores com o mesmo.

Noutro norte, em que pese no processo em análise não ter ocorrido uma convocação para a empresa assinar o contrato, os recursos impetrados quando da fase de lances e habilitação já haviam sido julgados e publicada a decisão, estando cientes os licitantes de que a empresa MINAS VERDE CONSTRUÇÃO E CONSERVAÇÃO LTDA seria vencedora, restando apenas a publicação de convocação para assinatura do contrato.

Desta forma, o preço, a proposta e o licitante vencedor já estavam bem delimitados dentro do processo, devendo ser aplicado o que dispõe o art.43, §6°, da Lei n° 8.666/93:

> *"**Art. 43**. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:*
> *(...)*

> *§ 6º Após a fase de habilitação, não cabe desistência de proposta, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão."*

Neste passo, caso o pregoeiro acolha o pedido de desistência, necessário se faz a convocação do licitante remanescente para que a mesma manifeste seu interesse em assumir o item, nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, nos termos do art. 64, §2° da Lei 8.666/93:

> *"**Art. 64**. A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei.*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º É facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 desta Lei."*

No entanto, vale lembrar que o licitante classificado em segundo lugar não estará obrigado a oferecer o mesmo preço. Já decidiu o TCU:

> *"É ilegal a contratação, mediante a dispensa de licitação prevista no art. 24, inciso XI, da Lei 8.666/93, de remanescente de obra com base em condições diversas daquelas que venceram o processo licitatório. Não estão obrigados nem o gestor público a aproveitar o certame, nem os demais licitantes a aceitar os termos da proposta vencedora. No entanto, para legitimar a contratação direta, devem ser adotadas as condições vencedoras do processo concorrencial" (TCU. Acórdão 552/2014-Plenário).*

Nesse diapasão, para que seja acolhido o pedido de desistência da ata, necessário a conjugação de três condições: *(i) motivo justo; (ii) fato superveniente; (iii) autorização do Pregoreiro."*

Ato continuo, caso deferido o pedido, deverá a Administração convocar a licitante remanescente, para manifestar interesse em manter o preço ofertado pela empresa desistente, nos termos do artigo 64, § 2º da lei nº 8.666/1993.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Varginha/MG, 04 de julho de 2022.

GUILHERME TADEU RAMOS MAIA
PROCURADOR – OAB/MG 82.618