

## ***Desistência de Proposta em Concorrências*** ***(Interpretação do § 6º do art. 43 da Lei 8.666/93)***

***Antônio Carlos Cintra do Amaral***

A licitação se insere no **processo de contratação**, que abrange quatro etapas:

- a)** planejamento;
- b)** licitação;
- c)** formação do vínculo contratual;
- d)** execução do contrato.

Na etapa de **planejamento**, são tomadas as decisões básicas sobre o quê e como licitar, resultando, desse trabalho, o edital.

A licitação compreende mais de uma **fase**. Entre essas fases, estão a **habilitação de empresas** e o **julgamento de propostas**.

Em regra, os licitantes apresentam, simultaneamente, dois envelopes, um contendo os **documentos para habilitação** e, o outro, as **propostas**. No caso de licitação de “*melhor técnica*”, ou de “*técnica e preço*”, são três os envelopes: um contendo a documentação, outro a proposta técnica e o terceiro a proposta comercial. De acordo com o art. 43 da Lei 8.666/93, abrem-se os envelopes contendo a documentação e decide-se quanto à habilitação (inciso I), devolvendo-se (inciso II) os envelopes, fechados, contendo as propostas dos licitantes inabilitados, desde que não tenha havido recurso, ou após sua denegação. Abrem-se os envelopes contendo as propostas dos licitantes habilitados e classificam-se essas propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital (incisos III, IV e V).

Esse processo pode ser substituído por outro, em que se adote a **pré-qualificação**, que é prevista no art. 114 da Lei 8.666/93 nos seguintes termos:

*“Art. 114. O sistema instituído nesta Lei não impede a pré-qualificação de licitantes nas concorrências, a ser procedida*

*sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados.”*

A decisão sobre qual deve ser o esquema adotado é tomada na etapa de **planejamento**. Se a opção, com base no art. 114 da Lei 8.666/93, recai na adoção da pré-qualificação, pode dizer-se que a contratação se desdobra em cinco - e não quatro - etapas:

- a)** planejamento;
- b)** pré-qualificação;
- c)** apresentação e julgamento de propostas;
- d)** formação do vínculo contratual; e
- e)** execução do contrato.

Dispõe o § 6º do art. 43 da Lei 8.666/93:

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

Repito: a concorrência pode ser desenvolvida mediante o recebimento, simultâneo, de documentos para habilitação e de propostas, ou pode prever uma pré-qualificação. Parece-me óbvio que o § 6º do art. 43 da Lei 8.666/93 aplica-se à primeira hipótese. Não é aplicável às concorrências com pré-qualificação.

O art. 43, em seu “*caput*”, disciplina a concorrência realizada mediante a chamada “*habilitação simultânea*”. Tanto é que prevê a devolução, aos concorrentes inabilitados, dos envelopes contendo suas propostas. Propostas, evidentemente, **que já foram apresentadas**.

Na pré-qualificação, não se devolvem, aos inabilitados, envelopes contendo propostas, **porque estas não existem**. Os inabilitados, simplesmente, **não são convocados para apresentar propostas**.

Para entender-se o “*sentido*” desse § 6º, sua “*ratio*”, é indispensável buscar as regras relativas a propostas, contidas na legislação civil.

O art. 427 do novo Código Civil brasileiro dispõe:

*“Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.”*

Diz *J. M. DE CARVALHO SANTOS*, ao comentar o art. 1.080 do Código anterior, que tinha exatamente a mesma redação, “*Código Civil Brasileiro Interpretado*”, Rio/São Paulo, Freitas Bastos, vol. XV, 10<sup>a</sup> ed., 1982, p. 61):

*“O interesse público exige que assim seja, que a proposta nunca deixe de ser séria, e, precisamente por isso a lei, em defesa desse interesse público, obriga o proponente a mantê-la, salvo os casos que passa a enumerar.*”

*Note-se bem: a proposta por si só não faz nascer o contrato, mas, apesar disso, é obrigatória, por isso que, como já vimos, o interesse público exige que ela seja séria e tenha estabilidade.”*

Por sua vez, escreve *ORLANDO GOMES* (“*Contratos*”, Rio, Forense, 12<sup>a</sup> ed., 1987, p. 67):

*“A **proposta a presente** sujeita-se, conforme o caso, a diferentes regras. Pode ser feita **com** ou **sem prazo**. Se feita **com** prazo, caduca, se nele não for aceita. Se feita **sem** prazo, a aceitação deve ser imediata.”*

Nas contratações públicas, exige-se, no edital, que a proposta seja apresentada **com prazo de validade**. Durante esse prazo, o proponente fica a ela vinculado, ou seja, fica obrigado a cumprir seus termos. Caso contrário, será penalizado com a execução da garantia de cumprimento de proposta, quando exigida (art. 31, inciso III, da Lei 8.666/93), e outras sanções cabíveis (arts. 64 e 81 da mesma lei).

Na vigência do Decreto-lei 2.300/86, o proponente não podia exonerar-se do cumprimento de sua proposta, durante o prazo de validade desta. A Lei 8.666/93 passou (**inexplicavelmente**) a permitir a desistência da proposta, desde que até a fase de habilitação. Desistindo da proposta, nos termos do § 6º do art. 43 dessa lei, o proponente não estará sujeito a sanções, de qualquer natureza.

O § 6º do art. 43 da Lei 8.666/93 está, como de resto todo o artigo, regulando a hipótese de que a proposta **já tenha sido apresentada**. No caso de concorrência com **pré-qualificação**, as propostas ainda não foram apresentadas pelos concorrentes pré-qualificados.

Suponha-se que um pré-qualificado decida não apresentar proposta. O que acontecerá? Nada. É um direito que lhe assiste.

No caso de concorrência com pré-qualificação, portanto, não se pode falar em “*desistência de proposta*”, que não foi ainda apresentada, e sim em **desistência de**

**apresentar proposta.** Assim, a norma do § 6º do art. 43 da Lei 8.666/93 somente se aplica às concorrências realizadas mediante a chamada “*habilitação simultânea*”.

*(Comentário CELC nº 79 – 15.04.2003, divulgado no site [www.celc.com.br](http://www.celc.com.br))  
Esta página é renovada quinzenalmente, nos dias 1 e 15 de cada mês.*