

DESISTÊNCIA INJUSTIFICADA DA PROPOSTA E AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NAS LICITAÇÕES – ASPECTOS PRÁTICOS – UM (PROVÁVEL) EQUÍVOCO DOUTRINÁRIO*

Jair Eduardo Santana

Mestre em Direito do Estado pela PUC – SP

Sumário: I. Introdução: a interpretação no (e do) Direito Administrativo é (ou deveria ser) um capítulo à parte. II. Norma jurídica e sua estrutura. III. O *caso concreto*: qual norma incide sobre ele?. IV. Diz a doutrina: a desistência da proposta equivale à recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato. V. Impossibilidade de haver punição por equiparação. VI. Necessidade de corrigir o fluxo do procedimento licitatório. VII. Sanção heterônoma e desistência da proposta: uma sugestão possível. VIII. Síntese conclusiva.

- Pode o licitante, no curso de processo licitatório, alegar erro na formulação da proposta ou invocar qualquer outra causa para desvincular-se do certame?
- É possível a desistência da proposta em casos tais?
- Configurada a desistência injustificada, há sanção prevista para a hipótese específica?
- Deve ser previamente formalizada a adjudicação para, sendo o caso, punir licitante, com fundamento na recusa do adjudicatário em assinar o contrato?
- Seria razoável, na hipótese, conduzir o procedimento até a etapa falada acima mesmo sabendo previamente que o licitante não honrará o compromisso? Quais as soluções possíveis?

I. Introdução: a interpretação no (e do) Direito Administrativo é (ou deveria ser) um capítulo à parte

Uma das afirmações que mais se ouvem em torno dos procedimentos licitatórios é que a Administração Pública contrata mal, incluindo-se aí a habitual aquisição de bens de péssima qualidade, bem assim a contratação de serviços de presteza e eficiência duvidosas.¹

Nunca acreditamos que a culpa por isso tudo estivesse na legislação, como se propaga aos

quatro ventos. Ao reverso, sempre propugnamos que a maioria dos equívocos cometidos são operacionais e de “leitura”, e, por isso mesmo, passíveis de correção.

Se, para nós, grande parte do problema é operacional (incluindo-se aí a “interpretação” ou a “leitura” dos milhares de “casos do dia-a-dia”), não poderíamos deixar de enfatizar que os usuários da lei muitas vezes mantêm visão deficiente do seu instrumental de trabalho, o texto normativo.

* Artigo escrito com a colaboração da Dr^a Fernanda Andrade. Texto concebido a partir de demanda localizada no TJMG/Dirsep (Tribunal de Justiça de Minas Gerais/Diretoria Executiva de Gestão de Bens e de Serviços).

1. Não é nosso objetivo, por evidência, tratar das fraudes nas licitações e contratações. Não obstante, não se poderia deixar de registrar, a título de curiosidade, uma – dentre muitas – pérola localizada recentemente por auditores da Controladoria Geral da União. Num dado Município para onde se destinou certo valor via Fundação Nacional de Saúde (objetivando a compra de medicamentos), a regra da publicidade colocou à prova a inteligência humana. Apenas os exemplares de jornal que circularam na prefeitura continham o aviso. Nos demais exemplares, no local respectivo, viam-se simples textos jornalísticos (fonte: jornal *Estado de Minas*, Política, 20.6.04, p. 3).

A Administração Pública tem – sempre teve, aliás – o dever de fazer valer as regras do jogo, que basicamente se assentam na supremacia do interesse público. Por evidência que essa matriz fundamental nunca permitiria a deficiência nas contratações, em homenagem e detrimento ao legalismo, formalismo e vetores do gênero.

Seja durante a parametrização do procedimento – ainda na etapa interna – ou no decorrer da etapa externa (em que, para o fim único de coesão do raciocínio, incluímos também a contratação enquanto gênero), a Administração tem meios para se acautelar e prevenir dissabores futuros.

Se, porventura, a prevenção não foi suficiente, ainda assim há mecanismos legais (ou decorrentes expressamente da lei) para punir infratores (quando o caso), pois, como dissemos, o interesse público não compactua com cenário adverso aos propósitos administrativos.

Reafirmamos, pois, que a incompreensão sistemática dos textos legais leva muitas vezes a conclusões ou não permitidas, ou inconsistentes. Não sem importância, nessa linha de raciocínio, a produção de soluções inviáveis.

Afirmamos que um *quase-consenso doutrinário* em torno do assunto de fundo não poderia ter *poder axiomático* a ponto de subverter o sistema normativo e ferir *postulado secular*. É o que nos parece ocorrer no presente momento.

Por isso, para enfrentar as questões colocadas no início, permitamo-nos avançar sobre ponto indispensável ao conhecimento e interpretação da lei.

II. Norma jurídica e sua estrutura

A norma jurídica é, por assim dizer, a ferramenta principal de trabalho daquele que opera as licitações. E, como bem se sabe, grande parte desses operadores não tem domínio sobre aquela especialidade, porque muitos, se não a maioria,

não detêm formação acadêmica respectiva para tanto.

Não bastasse tal circunstância, a hermenêutica (enquanto “setor dedicado à interpretação”) é algo que no geral não ocupa a mente dos usuários das letras jurídicas. E não fosse apenas assim, a interpretação do (e no) Direito Administrativo é tema normalmente deixado em plano secundário.

Mas seja como for, para solucionar o “caso” presente (e qualquer outro), imprescindível conhecer a *norma jurídica* que sobre ele incide. Desse *embate e confronto* sobressairá(ão) solução (ou soluções) possível (possíveis), albergada(s) pelo *plexo normativo* em que se insere(m).

Permitimo-nos, portanto, registrar algumas breves noções acerca da *norma jurídica*.

Não é conveniente aqui debater conceitos e imprecisões terminológicas em relação aos termos *norma jurídica* e *proposição jurídica*, embora de reconhecida importância tal circunstância que não se circunscreve aos meios puramente acadêmicos.

Importa verificar que a estrutura do *comando normativo* possui antecedente e conseqüente ou, para alguns, hipótese e conseqüente,² o que significa dizer que a lei prevê uma dada conduta hipotética, deixando ao seu lado a correspondente sanção.

É dizer: “a dado antecedente (hipotético) corresponde o seu conseqüente”. Ou, “estabelecida a prestação jurídica (endonorma)”, a ela se segue “a fixação da sanção (perinorma)”.

Ilustrando por outro modo:

(a) se “b” é eleitor (maior de 18 anos de idade, por exemplo), como tal **deve votar** (CF, art. 14, § 1º, I);

(b) não votando “b”, **deve ser multado**³ (segundo legislação ordinária).

2. Para aprofundar conhecimento a respeito da *norma jurídica*, registramos ser interessante conferir os escritos de alguns autores, como Hans Kelsen, Carlos Cossio, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Norberto Bobbio, Maria Helena Diniz, Lourival Vilanova e Marco Aurélio Greco.

3. Obviamente a *eclosão conseqüencial* ali prevista (“deve o eleitor ser multado”) pode vir, como de fato vem, acompanhada – no caso – de outras sanções igualmente previstas na legislação subalterna. A verificação concreta de tais conseqüências poderá estar condicionada a outros *antecedentes* (como é o caso da *justificação eleitoral* a ser feita pelo *eleitor faltoso* em prazo legalmente fixado).

Em (a) podemos identificar a *endonorma* e em (b) a *perinorma*, denominadas de *norma secundária* e *norma primária*, respectivamente, por Kelsen.

Cumpra ressaltar que o *conseqüencial normativo* não se resume *necessariamente* numa sanção propriamente dita. O que interessa a este estudo, no presente instante, é saber que a estrutura básica exposta é *ordenadora do sistema jurídico*, aplicando-se, por evidência, às licitações e contratações feitas pelo Poder Público.

E assim, por evidência, a proposição jurídica difere daquelas regras que encontramos fora do *mundo jurídico*. De fato, as *leis da física* (“gravidade”), da *economia* (“oferta e procura”) e outras tantas *não apresentam modais do tipo* “dever-ser”, porque tal função é algo que se reserva e toca a uma *imputação jurídica*. É dizer, há proposições *não-jurídicas* que simplesmente *descrevem eventos como eles efetivamente* “são” (é o caso das *leis naturais*).

Por isso, reserva-se o “dever-ser” (na estrutura proposicional jurídica) para aquilo que um dado sistema jurídico alberga.

Assim colocadas algumas noções elementares da norma jurídica e de sua estrutura, podemos avançar sobre o nosso “caso”, apartando as regras que sobre ele incidem, descortinando as soluções que entendemos pertinentes a ele.

III. O caso concreto: qual norma incide sobre ele?

No plano fático, ocorre o seguinte:

O licitante, no curso de processo licitatório, alega erro na formulação da proposta ou invoca qualquer outra causa para desvincular-se do certame. Antecipa que não honrará sua proposta. Como proceder em casos tais?

Num primeiro instante, relevamos não importar se o fato ocorre numa modalidade “x” ou “y” de licitação (concorrência, tomada de preços

ou pregão). Tal circunstância é, no momento, irrelevante para nossas observações.⁴

A questão é: *como solucionar o impasse? Há possibilidade de, antes da adjudicação, resolver o problema?*

E em quais circunstâncias sancionatórias?

É claro que a solução deverá ser obtida a partir da lei de regência (a Lei nº 8.666, de 21.6.1993).

O art. 43, § 6º, textualmente prescreve:

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

Imagine-se, por hipótese, que o “caso” (desistência da proposta) tenha-se dado depois da habilitação, sem os pressupostos que afastam a respectiva permissividade, ou seja, estamos diante de uma *desistência injustificada de proposta*.

E como sabemos, a esta altura, a *densificação* da proposição jurídica em tela prevê, em resumo:

(a) ultrapassada a fase de habilitação, desca-be desistir da proposta;

(b) exceto se (simultaneamente):

(b.1) houver motivo *justo*

(b.2) decorrente de *fato superveniente*

(b.3) *acatado* pela Comissão.

A simples *decomposição da proposição jurídica* já anuncia que a proposição jurídica formulada pelo legislador [(a)], *endonorma*, não se faz acompanhar do seu conseqüente (*perinorma*), como seria natural, ou seja, há *antecedente* sem o seu respectivo *conseqüente*. Ao menos de modo expresso na estrutura em questão.

Posto está, pensamos, o problema: diante do *caso concreto* (havendo desistência da proposta após a fase da habilitação), como proceder? Insistimos em não haver, no caso, a exclu-

4. No pregão, por haver inversão de fases (primeiro avalia-se a proposta comercial e depois a habilitação), seria irracional pretender aplicar a regra do art. 43, § 6º. Mas pensamos que é possível ao licitante desistir validamente da proposta feita até o momento de sua *classificação*, quando poderá invocar (aí, sim) os motivos expressos na lei geral (nº 8.666/93). Registramos encontrar em doutrina quem sustente a *impossibilidade de retirada (desistência) da proposta no pregão* (veja-se, por curiosidade, ILC 215/97, Perguntas e Respostas, Pergunta 8, Curitiba, Zênite, mar. 2002).

são prevista em [(b)], ou seja, não se faz presente o *motivo justo decorrente de fato superveniente acatado pela Comissão*.⁵

IV. Diz a doutrina: a desistência da proposta equivale à recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato

A doutrina pátria aponta como solução a aplicação do *regime contratual* (e pré-contratual), previsto no art. 81 da Lei de Licitações (invoca-se também a incidência do disposto nos arts. 86 e 87; agitam-se, ainda, os arts. 64, § 1º, e 78, para outros não citar). Vejamos o que dizem alguns de nossos doutrinadores.

Carlos Pinto Coelho Motta afirma:

“O § 6º, inovando, afirma que após a fase de habilitação não cabe desistência da proposta, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente aceito pela Comissão. *A desistência injustificada do adjudicatário equivale a descumprimento da obrigação assumida (art. 81), sujeitando-se às sanções do artigo 86*. Oportunamente, a propósito do artigo 86, farei transcrição de jurisprudência específica” (*Eficácia nas Licitações e Contratos*, 10ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 392; os destaques são meus).

Jessé Torres Pereira Junior pontua:

“... a Comissão deverá providenciar a instauração do procedimento previsto nos arts. 81⁶ e 87, para o fim de apurar se se configura hipótese do art. 88, com vistas à aplicação da sanção que lhe for cabível, assegurado o direito à defesa”.

“Enquanto desconhecidos os habilitados, ainda haverá oportunidade para que o licitante desista de propor, vale dizer, de participar do certame, deste retirando-se voluntariamente. Uma vez definidos os licitantes habilitados, suas respectivas propostas per-

tencem à Administração, tornam-se indisponíveis e deverão ser conhecidas, julgadas e classificadas, ou desclassificadas” (*Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pp. 469/470).

Marçal Justen Filho relata:

“Antes de assinado o contrato, o particular poderá invocar a existência de motivo justo (para desistir do certame após a fase de habilitação) ou de motivo justificado (para prorrogação do prazo para assinar o contrato). Afigura-se claro, porém que a liberação do licitante convocado para assinar o contrato somente poderá deferir-se em casos de força maior ou caso fortuito. É que o artigo 81 determina que a ausência de assinatura do contrato caracteriza inadimplemento total da ‘obrigação assumida’. Portanto o regime jurídico para o adjudicatário é idêntico ao previsto para o contratado. Se este somente pode invocar força maior ou caso fortuito, seria um contra-senso supor que a situação jurídica daquele seria diversa e menos rigorosa.

Ora, se a situação do adjudicatário é equivalente à do contratado, também deve supor-se que o regime jurídico antes da adjudicação e após a abertura das propostas é similar. É que, abertas as propostas, todos podem prever a proposta vencedora. Logo, o sujeito desinteressado em executar a própria proposta estaria em situação peculiar. Diante da perspectiva de sair vencedor, invocaria a previsão do artigo 43, § 6º e pretenderia a desistência. Essa interpretação constituir-se-ia em incentivo à manutenção de propostas inadequadas e à fraude ao rigorismo legal. Ou seja, se o sujeito dispuser de motivo justo para desistir, deverá formular pleito à Administração antes da

5. A *excludente* colocada em [(b)] não se aperfeiçoa de modo mecânico, ou seja, para a desistência da proposta materializar-se, pode haver situação (e há) na qual o *motivo não decorra de fato superveniente*. O Acórdão nº 2003.70.00.049989-7-PR (3ª T. do TRF, 4ª R., rel. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz) apreciou a questão. No caso submetido a julgamento, o licitante *cotou 180 unidades* de determinado produto em lugar de *180 caixas com duas unidades* daquele mesmo bem. A Administração Pública não havia acatado o pedido de desistência e terminou por impor sanção ao licitante. O fato ocorreu em pregão. O Tribunal entendeu que *erro material é causa para desistência da proposta* e afastou as sanções impostas.

6. Em outras passagens daquela obra, sobre o mesmo tema, o autor deixa claro que a hipótese atrai a solução posta no *regime contratual e pré-contratual*.

abertura das propostas. Depois disso, passa a incidir o regime de caso fortuito ou força maior” (“Algumas considerações acerca da desistência de proposta”, in *Licitações e Contratos Administrativos: Temas Atuais e Controvertidos*, coord. Armando Verri Junior e outros, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 272; os destaques feitos são nossos).

A solução dada pelos nossos ilustres “best sellers” das licitações abre espaço para críticas. E, com todo respeito, ousamos discordar da posição que assumem.

Analisada a postura doutrinária por outro ângulo, nitidamente pode ser visto que o respectivo *ponto de partida* (premissa) é a ausência de norma expressa reguladora do *fato* em estudo (regime jurídico da desistência injustificada da proposta).

A *falha normativa* (ou a *situação lacunosa*) induziu os doutrinadores a pensar⁷ numa *solução auto-integradora* não permitida, porquanto a fórmula adotada se traduziu numa *permissão para equiparar a “ratio legis” da situação não normada* (situação ou fato imprevisto) *àquela situação efetivamente legislada* (normada ou prevista).

Apontamos *equivoco* na fórmula doutrinária exatamente porque a *similitude pretendida se faz para expandir a hipótese imprevista a uma hipótese punitiva prevista*. E tal extensão sancionatória é vedada.

O argumento utilizado (*a simili ad simili*) pela doutrina poderia ser sistematizado assim:

Q é P

S é Q

S é P

Onde:

Q = a recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato ... caracteriza descumprimento total da obrigação (art. 81);

P = e o sujeita a sanções (art. 87); e

S = a desistência injustificada da proposta (art. 43, § 6º) é semelhante a Q.

E a conclusão obtida assim se manifesta, em termos proposicionais:

(se) Q é P

(e se) S é semelhante a Q

S é P

É claro que *a semelhança entre o caso imprevisto e o análogo contemplado descansa sobre o elemento comum M, que justifica a atribuição ao imprevisto da consequência que a norma enlaça ao análogo previsto deve também fundar-se no elemento comum M e no caso imprevisto não deve existir nada que impeça o fundamento comum M determine a aplicabilidade ao próprio caso da norma referente ao caso previsto*.⁸

Mas, como sabemos, o *fator ou fundamento M* – para continuar utilizando a simbologia adotada por Maria Helena Diniz – jamais poderá ser utilizado para expandir o *previsto ao imprevisto* no domínio das punições.

É o que demonstraremos a seguir.

V. Impossibilidade de haver punição por equiparação

Pensamos, em primeiro lugar, não ser possível a *punição por equiparação* pura e simplesmente.

Não há autorização na *proposição jurídica* respectiva (art. 43, § 6º) para a *equiparação* feita, notadamente porque a *similitude pretendida* se reveste de caráter *punitivo*.

A norma em questão, como vimos, tão-somente estabelece em sua estrutura o seguinte (repetimos a fórmula deliberadamente):

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

Ou, em termos decompostos:

(a) ultrapassada a fase de habilitação, desca-be desistir da proposta;

(b) exceto se (simultaneamente):

(b.1) houver motivo *justo*

7. Longe de pretender omitir a relevante doutrina existente sobre *tópica*, esclarecemos possuir trabalho publicado em que o tema pode ser analisado. Veja-se Jair Eduardo Santana, *Os Limites da Decisão Judicial na Colmatação de Lacunas. Perspectiva Social da Atividade Judicante*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998. Confira-se, em especial, o capítulo intitulado A Tópica como Recurso à Colmatação de Lacunas (pp. 37 e ss.).

8. Maria Helena Diniz, *As Lacunas no Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 146.

(b.2) decorrente de *fato superveniente*

(b.3) *acatado* pela Comissão.

Onde, portanto, estaria a *permissividade normativa* para se atribuir àquela *endonorma* uma sanção equiparada?

Toda e qualquer sanção (pertença ao Direito Administrativo, ao Direito Penal, ao Direito Civil ou onde for) abraça a *teoria da tipicidade*. Isso hoje é decorrência do *Estado de Direito* (art. 5º, XXXIX, da CF) e, seguramente, é herança de postulado secular⁹ (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*; em tradução livre: *não haverá crime nem pena sem prévia previsão legal*) que ao nosso *sistema normativo se agrega* por expressa disposição legal (§§ 1º e 2º do art. 5º citado).

De outra parte (e em segundo lugar), o *regime jurídico* posto no art. 81 se passa no plano *pré-contratual* e tem destinatário específico; e se dissipa, na dimensão pragmática, do seguinte modo:

“Art. 81. A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas”.

(a) o adjudicatário deve assinar o contrato, quando convocado no prazo legal;

(b) recusando-se, sujeita-se a determinadas penalidades

(b.1) a recusa injustificada caracteriza *descumprimento total das obrigações assumidas*

(b.2) a recusa pode ser justificada

(b.3) a recusa justificada afasta as penalidades.

O *regime* de tais prescrições se destina a um momento que chamamos de *pós-licitatório*,

porquanto o certame propriamente dito chegou ao fim. Ressalvam-se, por evidência, aquelas circunstâncias relativas ao § 2º do art. 64 (convocação de remanescente em caso de recusa do adjudicatário).

E mais (ainda como decorrência da segunda observação): ao se remeter a solução para o art. 81, obrigatoriamente dever-se-ia aplicar a sanção do art. 87, e não a do art. 86, como sugerido por outrem.

É que a segunda parte do art. 81 descreve caso de “recusa injustificada” do adjudicatário, e diz que ela equivale a “descumprimento total da obrigação assumida”, que é “inexecução total ou parcial do contrato” (art. 87), enquanto o art. 86 cuida de hipótese de “atraso injustificado na execução do contrato”.

Notamos que são hipóteses distintas, que não se equivalem. Ademais, as sanções são para o adjudicatário, figura que pode ainda não existir no momento da desistência.

VI. Necessidade de corrigir o fluxo do procedimento licitatório

Não nos parece razoável, de outra parte, sabendo-se que a *desistência prematura inaceitável* ocorrerá de fato e se materializará (porque, por exemplo, fora anunciada expressamente pelo proponente), aguardar todo o curso do procedimento para, uma vez adjudicado o objeto, aplicar uma das soluções possíveis (quem sabe, também por exemplo, convocando o remanescente), ou seja, *a Administração teria de prosseguir com o certame para adjudicar o objeto e, então, tomar as providências pertinentes* (convocar remanescentes e impor ao adjudicatário eventual sanção pela recusa)?

Entre os fatos (a) manifestação da desistência e sua não-aceitação pela Administração, (b) adjudicação, convocação e recusa, e (c) solução (convocação de remanescente, por hipótese), largo tempo poderá passar-se, como todos bem o sabem.

9. Resquícios de tal postulado podem ser coletados na *Magna Carta Libertatum* do ano de 1215 (art. 39), seguindo-se o *Petition of Right* (1628), *Bill of Rights* (1689) e *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão* (1789). Neste último documento se lê: “Art. 8º A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

E, nesse caso, a *licitação* está em andamento, e o resultado prático relativamente à desistência operada já é conhecido.

Passar por todas as etapas do procedimento para chegar ao ponto final já conhecido parece não ser lógico e tampouco razoável.

Mas, em contrapartida, lembramos que a *norma primária de regência* não traz a sanção expressa em seu corpo.

Pensamos, no entanto, em afirmar: “não se diz por isso que não há possibilidade de sanção e de solução mais eficaz. Aquela sanção é, no caso, heterônoma e por isso deve vir expressamente prevista no edital”. Explicamo-nos.

O edital, enquanto lei interna da licitação, corporifica-se na densificação das normas legais (e constitucionais) que dão conformação ao certame, agregando a este soluções que não estejam expressamente previstas para as diversas hipóteses que elenca. É o caso das sanções.

Já vimos que as sanções administrativas na licitação (arts. 81 e ss.) estão a reger, num olhar rápido, questões que se situam na órbita contratual. Por isso os doutrinadores solucionam a desistência da proposta (que ainda não alcançou a fase do contrato ou algo próximo dele) à vista da regra prevista no art. 87 (inexecução total ou parcial do contrato).

Como já dissemos, a solução tradicionalmente dada pela nossa doutrina faz alusão a *punição por equiparação*, que não abonamos.

Se o “caso” ainda se encontra na fase do procedimento propriamente dito e se a Lei nº 8.666/93 não tem uma conseqüência expressa para o descumprimento do art. 43, § 6º, o que sugerimos seja feito é escrever nos editais a sanção administrativa correspondente ao descumprimento de uma *regra* para ocorrência que se verifique no *curso procedimental* (e não contratual).

VII. Sanção heterônoma e desistência da proposta: uma sugestão possível

Não estamos seguros de que o fundamento para solucionar o problema levantado pudesse ser o inc. III do art. 40 da Lei de Licitações, como pensamos inicialmente:

“Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

.....
 III – sanções para o caso de inadimplemento;”.

É que o § 3º do art. 40 relata *o que é adimplemento*, e de tal previsão escapa o que queremos homenagear.

Talvez a solução buscada possa melhor encaixar-se no inc. XVII daquele mesmo dispositivo:

“XVII – outras indicações específicas ou peculiares da licitação”.

A Lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão) solucionou expressamente a questão, ou seja, em se tratando de pregão (eletrônico ou presencial), há sanção expressa para a desistência da proposta (art. 7º). Igualmente tal lei faz previsão para o detalhamento das *normas procedimentais* a serem inseridas no edital (art. 4º, III).

Por certo que *não basta reproduzir no edital de pregão que a sanção para a desistência injustificada da proposta é aquela do art. 7º*. Pensamos que tal previsão deve detalhar *qual é efetivamente a sanção* nas dimensões *espécie e quantidade* (sem prejuízo da especificação do respectivo *procedimento*).

Nos casos não contemplados pela *lei específica*, parece-nos que é no edital que se poderá estabelecer a vinculação expressa entre a desistência da proposta e alguma sanção a ser levada a efeito.

Seguramente não se poderia dar ao *fato* (desistência imotivada) solução sacada do Direito Privado. Por ali, agitado seria o art. 427 do Código Civil (*a proposta obriga o proponente*), e a *retirada da proposta* nas circunstâncias aqui narradas – se lesão ocasionasse – permitiria ao le-

sado (Administração Pública) buscar em Juízo eventual reparação.¹⁰

A transgressão das regras materializadas durante o certame pode sujeitar-se ao sancionamento (não apenas no aspecto *processual*, mas igualmente no que toca a algum tema *essencial*, como é o caso da própria *desistência* aqui falada).

E para dar efetividade ao comando posto no art. 43, § 6º, da Lei nº 8.666/93, sugerimos cláusula que preveja mais ou menos o que segue:

“Não será admitida a desistência da proposta, ressalvado o previsto no § 6º do art. 43 da Lei nº 8.666/93, ficando o licitante sujeito a (a) advertência, (b) multa, em valor definido no artigo xxx deste Edital, [descrever as sanções], sem prejuízo de suportar eventuais *perdas e danos* a serem apuradas na forma legal.

A apuração de tal falta e a imposição das penalidades respectivas seguirão o rito previsto no ato normativo xxx [descrever] ...”.

VIII. Síntese conclusiva

I. A interpretação do (no) Direito Administrativo é assunto que não deveria ocupar espaço secundário dentre os operadores e usuários do Direito. Alguns *saberes* correlatos devem ser colocados em evidência.

II. Fundamental conhecer a estrutura da norma jurídica, posto que a *essência do Direito exprime-se numa proposição, na qual a um deter-*

*minado pressuposto vai ligado o ato de coação como consequência.*¹¹

III. Qual a sanção para a *desistência injustificada da proposta*? O texto normativo de incidência prescreve:

“Após a fase de habilitação, não cabe desistência de proposta, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão” (art. 43, § 6º, da Lei nº 8.666/93).

Por outra maneira de ver, o comando é:

(a) ultrapassada a fase de habilitação, desca-be desistir da proposta;

(b) exceto se (simultaneamente):

(b.1) houver motivo *justo*

(b.2) decorrente de *fato superveniente*

(b.3) *acatado* pela Comissão.

Não há, como se vê, sanção para a espécie.

IV. A doutrina criou uma *sanção por equiparação* afirmando que a desistência da proposta equivale à recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato.

V. Imaginamos ser impossível *punir por equiparação*. Tal solução não encontra sustentação no sistema normativo vigente e, a um só tempo, fere norma expressa e agride postulado secular.

VI. Havendo necessidade de corrigir o problema, experimentado no curso da licitação, propomos que o edital preveja a solução.

10. Interessante decisão foi proferida pela 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na qual assentou que ao adjudicatário devidamente convocado para firmar contrato, mas não o faz, não se pode dar o regime da *inexecução total ou parcial do contrato*, simplesmente *porque contrato firmado não há*; logo, “a Administração não pode fundamentar as sanções aplicadas no fato de ter ocorrido descumprimento total da obrigação assumida, uma vez que o contrato não foi assinado pela vencedora da licitação” (AgI nº 70009295783, rel. Desembargador Sérgio Luiz Grassi Beck).

11. Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 34.