

MUNICÍPIO DE CAPINZAL – SC

ASSESSORIA JURÍDICA

PARECER JURÍDICO Nº 0152/2019

De: Assessoria Jurídica

Para: Setor de Compras e Licitações

Objeto: Pedido de desistência da proposta formulada pela empresa Construtora JHR – EIRELI ME, referente aos processos:

1. Processo Licitatório nº 0046/2019 – Tomada de Preços nº 0006/2019 – Corpo de Bombeiro.
2. Processo Licitatório nº 0003/2019 – Tomada de Preços nº 0001/2019 – Casa Lar.

Trata-se de pedido de desistência da proposta vencedora formulado pela empresa Construtora JHR - EIRELI ME, que se refere ao Processo Licitatório nº 0046/2019 – Tomada de Preços nº 0006/2019, que trata da ampliação e reforma da Sede do Corpo de Bombeiros Militar de Capinzal, bem como do Processo Licitatório nº 0003/2019 – Tomada de Preços nº 0001/2019, que se refere a execução de obra de ampliação e adequação do Consórcio Intermunicipal Abrigo Casa Lar, com sede neste Município.

Em síntese, alega a requerente que, na condição de vencedora dos referidos processos Licitatórios, deparou-se com fato superveniente, onde o responsável técnico da empresa, o engenheiro civil Ezequiel Antônio Tomachescki, solicitou afastamento por aproximadamente 12 meses, por questões de cunho pessoal/familiar.



Argumenta a requerente que, quando apresentou sua proposta de preços ainda fazia parte de seu quadro de colaboradores o citado responsável técnico, o qual, segundo esclarece, também era responsável operacional, exercendo “ambigualmente” e por um preço uno, a função de mestre de obras, coordenando todos os profissionais envolvidos.

Alega que diante do afastamento do citado responsável técnico, buscou a substituição do profissional, a fim de cumprir a proposta de preço apresentada, contudo, o custo da substituição tornou inviável tal alternativa, razão pela qual reitera a desistência da proposta no que tange ao processo nº 0046/2019, ao mesmo tempo que também formula pedido de desistência, pelas mesmas razões, em relação ao processo licitatório nº 0003/2019.

Juntou orçamentos de 3 profissionais, onde demonstra que os valores para substituição do responsável técnico seriam superiores daqueles orçados na proposta, para remunerar o engenheiro civil Ezequiel Antônio Tomachescki, o qual solicitou afastamento.

Diante desta situação, entende a requerente, não haver possibilidades de execução das referidas obras, em face dos custos necessários para a substituição do responsável técnico afastado, razão pela qual requer a desistência da proposta.

Alternativamente, em não sendo acudido o referido requerimento, requer realização de adendo aos editais que regulamentam os certames, com o fim de contemplar os custos necessários para a substituição do responsável técnico, conforme valores apresentados nos orçamentos juntados.

É o necessário relato.

Antes de adentrarmos na análise dos requerimentos formulados, interessa lembrar que a empresa Construtora JHR - EIRELI ME, ora requerente, já formulou junto ao processo licitatório nº 0046/2019 – Tomada de Preços nº 0006/2019, idêntica solicitação, através de documento denominado “CARTA DE RENÚNCIA”, sendo que a mesma foi submetida a análise desta

N

assessoria jurídica, cuja manifestação se deu através do parecer nº 0129/2019, com a seguinte conclusão:

“Ante o exposto, o parecer é no sentido de que a aceitação do pedido de desistência da proposta formulado pela empresa Construtora JHR - EIRELI ME, somente é cabível caso a Comissão, quando da análise do motivo apresentado pela proponente vencedora, entenda seja justo e decorrente de fato superveniente, nos termos do § 6º, do art. 43 da Lei nº8.666/93. Do contrário a desistência deve ser indeferida”.

No caso presente, conforme acima já declinado, a manifestação desta assessoria será no sentido de abranger ambos os certames, (Processo Licitatório nº 0046/2019 e Processo Licitatório nº 0003/2019), já que se trata de requerimentos idênticos.

Cabe de início fazer a devida localização em relação às fases do certame. Assim, compulsando os autos, verifica-se que, em ambos os processos licitatórios já transcorreu a fase de habilitação dos licitantes, sendo inclusive abertas as propostas, conforme consta das respectivas atas, tanto é, que já se conhece o vencedor, que no caso é a empresa ora requerente.

Ao tratar da possibilidade de desistência da proposta, dispõe a 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.

O caso em tela, condiz com o disposto no parágrafo acima transcrito, na medida que a solicitação de desistência da empresa proponente vencedora ocorreu após a fase de habilitação e abertura das propostas e anteriormente a formalização do contrato.



Conforme define o dispositivo acima, após essa fase, a desistência não se opera, salvo, por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão.

Note-se que, transcorrida a fase de habilitação, para se justificar a desistência do proponente vencedor, devem ser preenchidas 3 condições, a saber:

1. Que o pedido embasado em motivo justo;
2. Que o justo motivo decorra de fato superveniente; e,
3. Que o motivo justo e decorrente de fato superveniente seja aceito pela Comissão.

Sobre o tema, assim se manifesta majoritariamente a doutrina:

Carlos Pinto Coelho Motta afirma:

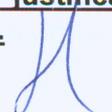
“O § 6º, inovando, afirma que após a fase de habilitação não cabe desistência da proposta, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente aceito pela Comissão. A desistência injustificada do adjudicatário equivale a descumprimento da obrigação assumida (art. 81), sujeitando-se às sanções do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

Jessé Torres Pereira Junior pontua:

“... “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 pertencem 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). (grifei)

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 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.

Aliás, a matéria aqui tratada já foi enfrentada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina – TJSC, em caso análogo:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. MENOR PREÇO. ITEM COTADO PARA QUANTIDADE INFERIOR. MANIFESTO ERRO MATERIAL. DESISTÊNCIA DA PROPOSTA. POSSIBILIDADE. EXEGESE DO ART. 43, § 6º, DA LEI Nº 8.666/93. Em regra, abertas as propostas e anunciado o resultado da licitação, não é dado ao vencedor desistir. Todavia, se restar demonstrado, por iniciativa do próprio vencedor, que houve manifesto erro material na estimação do preço da mercadoria a ser fornecida em ordem a tornar inexecutável o cumprimento do contrato, cumpre à Administração acolher o pedido e desclassificar a proposta apresentada nestas condições. (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2002.022520-2, de Videira, rel. Des. Newton Janke, j. 22-03-2005).

No presente caso, a proponente vencedora alega como motivo a justificar sua desistência, o pedido de afastamento do engenheiro responsável técnico pela obra, tendo em vista que a sua substituição demandaria custos elevados para a proponente.



Analisando o caso concreto, frente ao cumprimento dos requisitos exigidos pelo § 6º do art. 43, da Lei nº 8.666/93 (**motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão**), nota-se que, segundo as razões apresentadas pela requerente, mesmo que o pedido de afastamento do responsável técnico tenha ocorrido após a formulação da proposta, não se pode classificar a situação como fato superveniente, na medida que, a priori, se trata de situação previsível.

Quanto ao motivo ser justo, a análise deve ser feita a partir dos argumentos trazidos na solicitação da empresa requerente.

Conforme acima já referido, a requerente alega como motivo a justificar sua desistência, que a substituição do engenheiro responsável pela obra demandaria custos elevados para a proponente, já que o citado responsável técnico, também era responsável operacional, exercendo “ambiguamente” e por um preço uno, a função de mestre de obra e coordenação de todos os profissionais envolvidos.

Com o fim de justificar tal alegação, a empresa requerente juntou, dentre outros, os seguintes documentos:

1. Contrato de prestação de serviços de assessoria técnica de engenharia civil;
2. Orçamento do engenheiro civil Nadir Bizzotto;
3. Orçamento do engenheiro civil Rodrigo Grutzmacher;
4. Orçamento da empresa JRD Engenharia.

Do contrato de prestação de serviços celebrado com o engenheiro Ezequiel Antônio Tomacheski, constata-se que o objeto é o seguinte:

“Cláusula 1ª. O presente contato tem como OBJETO a prestação, pelo CONTRATADO, dos serviços de assessoria técnica para elaboração e execução de projetos, bem como o acompanhamento da execução dos mesmos”.

Quanto ao valor contratado, segundo a cláusula 4ª, era de 3 salários mínimos mensais.



Note-se que o contrato celebrado com aquele profissional tem como objeto, apenas a assessoria técnica para elaboração e execução dos projetos, não incluindo outras responsabilidades, a exemplo da alegada responsabilidade operacional como mestre de obras e coordenação de todos os profissionais envolvidos nas obras.

Por outro lado, a afirmação de que o profissional exercia as responsabilidades não previstas no contrato “ambiguamente”, é por demais temerário, dada a ausência de previsão legal no contrato, bem como pela carga horária contratada, a qual foi estipulada em apenas 15 horas semanais.

Há que se ressaltar que a função adicional e gratuita de mestre de obras supostamente exercida pelo engenheiro afastado, exige presença contínua na obra, sendo difícil de admitir que aquele profissional pudesse exercê-la com carga horária de apenas 15 horas semanais, considerando-se ainda que muito provavelmente exercia a responsabilidade por diversas obras da empresa.

Ainda há que se questionar a benevolência do abnegado profissional, na medida que se dispunha a exercer adicionalmente e sem custos para a empresa, o gerenciamento das obras, quando os valores orçados pelos 3 engenheiros (orçamentos anexados), para aquela função, variam entre 5 e 6 salários mínimos mensais.

Outra observação que deve ser registrada é que os orçamentos apresentados, tais funções, constam separadamente, sendo a responsabilidade técnica orçada entre 3 e 3,5 salários mínimos e o gerenciamento da execução da obra em 5 e 6 salários mínimos mensais.

Considerando que o contrato celebrado com o profissional afastado tem como objeto, apenas a assessoria técnica para elaboração e execução dos projetos, não incluindo outras responsabilidades, a exemplo da alegada responsabilidade operacional como mestre de obras e coordenação de todos os profissionais envolvidos nas obras, os orçamentos obtidos junto aos outros profissionais são compatíveis, na medida, o valor contratado era de 3 salários mínimos e os valores dos orçamentos obtidos variam de 3 a 3,5 salários mínimos mensais.

N

Contudo, a situação destoa no que se refere às atribuições de gerenciamento da execução das obras, na medida que os valores orçados para essa função variam entre 5 e 6 salários mínimos mensais, ao passo que, segundo alega a requerente, o engenheiro anteriormente indicado exercia tal mister gratuitamente.

A alegação da requerente no sentido de que referido profissional exercia tais funções cumulativamente, sem ônus adicional para a contratante, resta fragilizada, na medida que tal condição não está prevista contratualmente, nem tampouco em outro documento que se possa aferir autenticidade ao alegado.

Neste sentido, vale salientar que, a administração pública é regida pelo princípio da legalidade, razão pela qual não pode considerar as alegações da requerente, no sentido de avalizar a responsabilidade do cumulativa e não remunerado do engenheiro afastado, sem que isso conste formalmente em contrato celebrado entre as partes. Meras alegações da parte neste sentido não são suficientes para considerar justo motivo a ensejar a desistência da proposta vencedora.

Se assim fosse, é de se considerar que, em função do afastamento do referido responsável técnico, todos os contratos da empresa se tornariam inviáveis e seriam rescindidos.

Por outro lado, há que se ter em mente que, quando da formulação das propostas, o proponente deve levar em conta o preço de mercado, não podendo considerar promoções bonificações ou outras vantagens que não possam ser mantidas até o final da vigência do contrato.

Neste sentido assim disciplina o art. 44 da Lei nº 8.666/93:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

§ 2º Não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou

M

a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes.

§ 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Ora, ao formular a proposta, o proponente deve levar em consideração as vedações previstas no dispositivo acima, razão pela qual os preços dos produtos e valores dos salários propostos pelo licitante, serão considerados como viáveis e dentro do valor de mercado pela comissão de licitação.

Eventuais ajustes da empresa proponente com seus fornecedores e colaboradores não tem o condão de obrigar o Município contratante, na medida que este não fez parte do referido acordo.

Por outro lado, é obrigação do proponente considerar que a benevolência do engenheiro afastado não seria eterna e que um eventual substituto poderia não ser tão generoso, razão pela qual deveria prever em sua proposta os reais valores de mercado, sem considerar aquela vantagem, que poderia ser momentânea, como de fato assim se confirmou.

Ainda há que se considerar que, conforme já referido no parecer 129/2019, não há óbice legal para substituir o responsável técnico inicialmente indicado. É o que dispõe o § 10 no art. 30, da Lei nº 8.666/93, que assim dispôs:

§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-operacional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração.

(Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

(grifamos)



Em não havendo óbice legal, a análise deve ser no sentido de se verificar se o fato é superveniente e se o motivo é justo, diante do alegado custo pela substituição do responsável técnico inicialmente indicado.

A respeito, conforme acima já argumentado, o entendimento desta assessoria é no sentido de que, no presente caso, não restou configurado, tanto o fato superveniente, quanto o justo motivo.

É que, muito embora não se desconheça que o pedido de desligamento do engenheiro indicado como responsável técnico pela obra, ocorreu após quando da apresentação da proposta, a proponente tinha conhecimento que, aquela situação, onde supostamente o profissional respondia cumulativamente por outras atribuições, sem a correspondente remuneração, era totalmente atípica às reais condições de mercado e que, a qualquer momento, tal condição favorável poderia findar, devendo ser isso levado em conta quando da formulação da proposta.

No mesmo sentido, esta assessoria entende que no presente caso, não se trata de justo motivo, tendo em vista que a substituição do profissional é perfeitamente legal e, além do mais, uma situação previsível, já que a alegada generosidade do referido responsável técnico, se constitui em situação excepcionalíssima dentro da realidade do mercado de trabalho, devendo ser prevista a possibilidade futura de desembolso desta remuneração, quando da formulação da proposta.

Feitas essas considerações, é necessário deixar assente que, nos termos da lei, compete à Comissão de Licitação apreciar os motivos apresentados pela proponente vencedora, notadamente quanto à análise do justo motivo decorrente de fato superveniente que impossibilite o fornecedor de cumprir o acordado.

Assim, somente é dado a Comissão acatar o pedido de desistência da proposta se entender que os argumentos trazidos pela empresa vencedora são justos e decorrentes de fatos supervenientes, ao ponto de impossibilitar a proponente de executar o objeto que se sagrou vencedora.

Contrário sensu, a Comissão deve indeferir o pleito da requerente.

Por fim, deve ser julgado totalmente improcedente o pleito alternativo formulado pela requerente no sentido de que, não sendo acudido o requerimento de desistência da proposta, seja realizado adendo aos editais que regulamentam os certames, com o fim de contemplar os custos necessários para a substituição do responsável técnico, na medida que, a fase de impugnação do edital já transcorreu, estando os processos em fase final, apenas dependente de contratação.

CONCLUSÃO

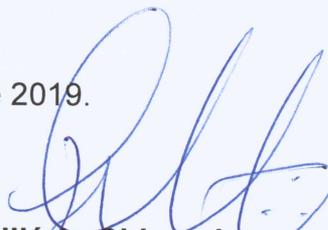
Ante o exposto, o parecer é no sentido de que, diante das razões e documentos trazidos à análise, esta assessoria entende que a requerente não preenche as condições previstas no § 6º, do art. 43, da Lei nº 8.666/93, no sentido de restar comprovado justo motivo, decorrente de fato superveniente, a embasar a desistência da proposta.

Contudo, nos termos previstos na parte final do referido dispositivo, a análise cabe somente a Comissão, devendo acatar o pleito da requerente caso entenda seja justo o motivo e decorrente de fato superveniente. Do contrário a desistência pleiteada deve ser indeferida.

Caso haja o indeferimento do pleito e a requerente opte por não honrar a proposta formulada, deverão ser aplicadas as penalidades correspondentes a condição de recusa em assinar o contrato, nos termos da lei de regência.

Salvo melhor juízo, é o parecer que submetemos a vossa consideração.

Capinzal, 14 de maio de 2019.



Hilário Chiamolera

Assessor Jurídico

OAB/SC 7.681