

Tema em Destaque

**Microempresas e Empresas de
Pequeno Porte nas Licitações***

Palestra proferida por:

Jair Eduardo Santana

Mestre em Direito do Estado pela PUC – SP

Bom dia senhoras e senhores participantes, meu estimado professor e amigo Dr. Diogenes Gasparini, meu especial amigo Dr. Cerdônio Quadros, a todos, os meus cumprimentos. O tema que nos traz aqui nesta ocasião diz respeito a um novo instituto jurídico, a Lei Complementar nº 123/06. Esse novo tema certamente já nos propicia uma série, não diria infindável, mas uma série extensa de assuntos, reflexões, debates, posições e, sobretudo, de idas e vindas, porque afinal de contas estamos sob o domínio jurídico; e aqui, no domínio jurídico, há um pressuposto sempre muito interessante: a permissão normativa habitual para – diante de uma leitura (na verdade *releitura*) – realizar-se a interpretação de uma norma e de um conjunto de normas descortinando-se validamente diversos caminhos para a Administração Pública.

E bem imagino eu, presumindo e pressupondo que o que se passa na mente de todos nós no

presente instante diz respeito não à interpretação da lei (interpretação enquanto *processo de conhecimento*), mas à sua aplicação mais efetiva (interpretação enquanto *resultado daquele processo*). Justifica-se o que dizemos porque nós que estamos com os processos administrativos nas mãos queremos aplicar a lei fielmente, como, aliás, recentemente já disse o Tribunal de Contas da União, que independentemente de haver previsão editalícia, de haver albergue no instrumento convocatório, o nosso instrumental humano, quer seja ele o pregoeiro ou o membro da comissão de licitação, ou a própria comissão, independentemente dessa previsão no edital, temos que fazer a aplicação da lei; temos que integralmente dar concretude a esses comandos. Sabemos todos que os dois primeiros benefícios anunciados pela LC 123/06 (habilitação e julgamento de proposta) estão em pleno vigor desde dezembro de 2006. Tais comandos são bastante em si e nem mesmo demandam qualquer regulamentação.

* Painel nas Jornadas de Estudos NDJ de Direito Administrativo, realizado no dia 25 de outubro de 2007, em São Paulo – SP.

Já houve um anúncio do TCU nesse sentido (de que não podemos postergar mais a aplicação da LC 123/06). Muitos órgãos, lamentavelmente, ainda não aplicam a lei, não adequaram seus instrumentos convocatórios. A lei ainda “não pegou”, como se diz na linguagem corrente brasileira. Essa lei ainda “não pegou” em muitos setores da Administração, mas em muitos já, e com esse anúncio do TCU, creio eu, foi dito o que nós já sabemos e vale repetir: a lei está em vigor desde o ano de 2006. Então, neste sentido, são louváveis todos esses eventos que visam discutir, fomentar e propiciar uma ampla discussão sobre os temas dificultosos que o estatuto das microempresas e das empresas de pequeno porte nos traz. Eu fui “escalado” – vamos dizer assim – para tratar de um aspecto específico da Lei Complementar nº 123/06 e acho que não devemos fragmentar a visão, de início, para que tenhamos aí a noção do todo, numa espécie de seqüência. Peguemos uma “carona” naquilo tudo que o professor Diogenes acabou de dizer, ou seja, a LC nº 123/06, se fosse pensada num círculo e, dentro deste círculo, um círculo que trouxe novas regras é um círculo que se sobrepõe de forma concêntrica a outros círculos. Quais círculos? O círculo da Lei nº 8.666/93. A Lei nº 8.666/93 envolve as licitações que ela própria regula. Um outro círculo, que também a esse círculo se sobrepõe, é o da Lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão). E agora, a Lei Complementar nº 123/06 “abraçou” parte desses dois círculos já existentes, de forma que os assuntos são todos ali interligados, são todos inter-relacionados e co-relacionados. Portanto, vendo assim a problemática,

é certo que a lei complementar, quando irradia seus efeitos no âmbito das licitações, o faz em relação a quatro assuntos básicos, a quatro temas grandes (ou seis, a depender da forma como se contabilizam as disposições do art. 48). São assuntos que estão distribuídos nos arts. 42 a 49 desta mesma lei complementar.

O primeiro assunto (não pela ordem da lei, necessariamente) diz respeito a julgamento de propostas, que nos trouxe a questão do empate ficto e do desempate. A LC 123/06 criou situação de *empate artificial* e criou, obviamente, a resolução respectiva: o *desempate artificial*, dando as

soluções que ela entendeu por bem dar, dentro daquilo que é possível. E foi possível à legislação fazer a diferenciação e a criação de um ambiente de privilégios para as microempresas e para as EPPs em relação às empresas que não ostentem essa qualidade. Esse é o primeiro assunto.

O segundo assunto, do qual me ocuparei com maior incidência e com maior vigor, é a questão da habilitação. A habilitação também teve um tratamento todo especificado na Lei Complementar nº 123/06, dando privilégios em relação às outras empresas que não tenham essa qualidade. Qual qualidade? A de microempresa e empresa de pequeno porte.

O terceiro assunto não está, como já disse o professor Diogenes Gasparini, muito “dentro” do processo de licitação, mas fora dele; cuida-se da criação do instituto da cédula de crédito microempresarial. É algo que tem e não tem a ver com licitação, porque é uma “pós-licitação”, vamos dizer assim. E nem mesmo pós-licitação às vezes é. É que pode ocorrer de alguém (ME ou EPP) que detenha empenho já liquidado decorrente de uma contratação direta, expedir a cédula de crédito microempresarial. Mas, enfim, estamos no regime da realização da despesa pública, e para não voltar neste assunto, eu digo que ali, não obstante já haja na legislação toda (na Constituição Federal, na Lei nº 8.666/93, na Lei nº 4.320/64 e em toda a legislação que pode ser resgatada por esse assunto) um tratamento específico, de sorte que, agora, a lei meio que “criou” uma possibilidade de reconhecer o “calotezinho”, que às vezes a Administração Pública pode vir a dar em alguém; e permitiu que nessa circunstância o microempresário emita essa cédula de crédito, com lastro do próprio Poder Público, para aquela despesa que já tenha sido liquidada e esteja, portanto, pendente, tão-somente, de pagamento. Esse é o terceiro assunto.

O quarto assunto, tratado também pela LC nº 123/06, diz respeito às licitações diferenciadas, privilegiadas, simplificadas e ali dentro deste quarto assunto estabeleceram-se três diretrizes, três objetivos para exatamente se fomentar atividade microempresarial, fomentar a atividade da microempresa. De que forma esses objetivos todos serão alcançados? quais objetivos? por exemplo, promover o desenvolvimento regio-

nal, social etc.? A lei estampa ou guia para a microempresa três grandes caminhos, e diz como esses três grandes caminhos serão alcançados, criando também “submodalidades de licitações” – vamos dizer assim – como é o caso das licitações chamadas *exclusivas* para a microempresa. Aliás, já tem bastante gente que as utiliza.

Às pessoas que têm me dado esta notícia: “– Eu já estou fazendo a licitação de até 80 mil, exclusivamente, para microempresa”; marotamente, sem desdenhar de quem quer que seja, eu pergunto assim: “– Pois bem, só que essa licitação, limitada por esse valor, está impactada por um limite quantitativo anual, que você não tem, porque você não sabe quanto vai licitar durante todo o período. Então os seus 80 mil, no caso, eles têm que estar limitados a 25% do seu total”. Ou seja, será preciso que tenhamos um planejamento prévio muito correto, austero e reto, para saber se eu posso, por exemplo, dentro dos 100%, tirar os 5% e saber se os 5% estão dentro dos R\$ 80.000,00... É óbvio, evidente, então que se não houver esse planejamento não será possível fazer esta licitação exclusiva com muita segurança.

Tanto é verdade, que o decreto que veio agora regulamentar a LC nº 123/06 na esfera federal, ele anuncia, sim, que haverá necessidade de um planejamento efetivo. Sem o planejamento não conseguiremos fazer a tal licitação exclusiva. Então, esse é um dos focos: a licitação exclusiva para até R\$ 80.000,00.

Outro assunto é subcontratação obrigatória ou compulsória. O que significa isso? Também os “licitantes grandes” – vamos chamar assim – eles ficaram pela LC nº 123/06, pelo Decreto nº 6.204/07, pelo instrumento convocatório, obrigados a subcontratar até um limite “x” (30% no caso do valor total daquele objeto), nesse caso, inclusive, permitindo o faturamento direto. Está na lei: faturamento direto, ou seja, a Administração faz uma licitação, quem vence é uma GE (grande empresa); a GE, pela lei, pelo regulamento e pelo instrumento convocatório, ficará obrigada a subcontratar para a microempresa até um percentual “x” (limitado a 30% do total licitado). E assim se faz: cria esse vínculo. Até aí nós já conhecemos essa mecânica, que é a me-

cânica antiga prevista na Lei nº 8.666/93. Só que agora a novidade é que o faturamento é feito direto – da microempresa para a Administração Pública – por isso eu me senti até muito aliviado quando o professor Diogenes internalizou sua posição no sentido de exigir norma (lei) para a materialização deste comando. Eu também tenho falado disso: precisa de lei para regulamentar estes dispositivos, porque no caso, se alguém está *procedendo a um faturamento direto*, por evidência que há que se saber se *operacionalmente* isso é possível ou se, em contrário, há dificuldades operacionais exatamente porque a *regulação normativa ainda é insuficiente*. Entendemos que a segunda opção é a correta. Ou seja, *liquidar uma despesa* no domínio público demanda cumprir não apenas uma regra de licitação, mas especialmente regras outras relativas à execução do orçamento. Assim, pensamos que não apenas os sistemas (ou, melhor dizendo, *subsistemas*) operacionais imporão dificuldades (Siafi, por exemplo), mas reflexos de ordem tributária ocorrerão. Por isso, simples decreto talvez não seja suficiente para regular a matéria.

Há, ainda no art. 48, a licitação parcelada (ou por *cotas*), que é o terceiro caminho. No caso, a Administração Pública pode dividir o objeto (se ele for divisível) e *parte* reserva-se para as MEs/EPPs e a outra parte é *aberta* (todos, inclusive MEs/EPPs, poderiam *concorrer* ali). Então resumo novamente para vocês: a Lei Complementar nº 123/06 veio trazer quatro grandes assuntos: habilitação, julgamento de proposta (criando empate ficto e desempate), cédula de crédito microempresarial e as licitações simplificadas e privilegiadas para microempresas (estas comportando, como anunciamos, três vertentes).

Vamos para o assunto específico que nos fora reservado: a questão da habilitação propriamente dita. O estudo da habilitação na LC 123/06 sugere que pensemos, novamente, nas *leis de regência*. Primeiro, centremo-nos na Lei nº 8.666/93; nós temos os arts. 27 a 31 para cuidar do tema de forma clássica. Todos nós conhecemos esses dispositivos, art. 27, art. 31 da Lei nº 8.666/93 para cuidar de habilitação, com seus respectivos desdobramentos: habilitação jurídica, técnica – a técnica “técnica” e a técnica operacional –, a geral e a operacional, a qualificação

econômico-financeira e, por fim, a regularidade fiscal. Voltaremos nisso daqui a pouquinho. Em segundo lugar, resgatemos a Lei nº 10.520/02. Logo se indaga: Mas, afinal, a habilitação tem como regência a Lei nº 8.666/93 ou a Lei nº 10.520/02? Digo sempre que o art. 9º da Lei nº 10.520/02 nos ensina, ou manda, ou comanda que a lei do pregão “atrai” a Lei nº 8.666/93 de forma exclusivamente subsidiária. Ou seja, há na lei do pregão norma expressa para dar o *norte* à habilitação. A subsidiariedade de que fala a lei do pregão é indicativo de que devemos resolver o assunto no nosso círculo principal; caso não seja possível, emprestamos aquilo que há em outro círculo e lá na Lei nº 10.520/02 há um dispositivo específico para tratar de habilitação. É o art. 4º, XIII. Como sempre estou a insistir, em sua gênese, na essência, na mais profunda, na mais abissal essência dos institutos, a habilitação do pregão é uma habilitação diferente da habilitação das modalidades convencionais. O que eu quero dizer com isso? A Lei nº 10.520/02 contém o código genético do pregão, e se esse código genético do pregão traz consigo a sumariade do procedimento, a concentração de atos procedimentais, a celeridade, tudo aquilo que os senhores conhecem em torno do pregão, que é para ser um procedimento abreviado, e que é um procedimento que se destina a bens e serviços comuns, naturalmente nós não deveríamos trazer à nossa mente aquela relação inteira de documentos da Lei nº 8.666/93, como sugere o inc. XIII do art. 4º da Lei nº 10.520/02, que fala em CND e FGTS e tem vírgula, é óbvio, para, quando for o caso, nós exigirmos um pouquinho mais.

Então, via de regra, não é para se exigir muito (no pregão), ou seja, há que se estabelecer uma equivalência entre as exigências feitas naquele procedimento e o próprio objeto; até mesmo porque, não sei se pensaram assim, quanto mais exigências nós formos colocando no procedimento em relação à habilitação, menor é o círculo de possíveis fornecedores e competidores. É claro, é óbvio, se as exigências são maiores, o número de potenciais licitantes é menor, e o pregão quer a competitividade.

Bem, desenhamos já os dois círculos normativos (aquele círculo que alberga as normas das lici-

tações convencionais e o outro que trata do pregão) e recentemente sobreveio o novo e terceiro círculo, ingressando também de forma sobreposta naqueles outros dois, que é o círculo da Lei Complementar nº 123/06. Então a Lei Complementar 123/06, ao tratar da habilitação, o faz em dois pequenos e paradoxais artigos (42 e 43). Esses dispositivos fazem frente, portanto, aos procedimentos da Lei nº 8.666/93 e aos procedimentos da Lei nº 10.520/02, e há que se distinguir e que se saber em qual procedimento ou para qual procedimento desenvolveremos o nosso raciocínio, de sorte que, se os senhores forem fazer atualização (quem ainda não fez) dos seus instrumentos convocatórios, de todas as suas rotinas internas, terão que levar isso em consideração. Há que se apartar então procedimento por procedimento e se redesenhar todo o fluxo, para quê? Para aplicar os benefícios, os privilégios, os diferenciais que a lei deu e ela poderia dar às microempresas e às empresas de pequeno porte em relação a esse assunto.

Antes de entrar nessa ritualística, nesses caminhos que são muitas vezes bipartidos ou tripartidos, porque há mais de uma opção em algumas circunstâncias, me parece ser oportuno dizer o seguinte: nós teremos que conviver em algumas circunstâncias com algumas divergências. Eu tinha uma expectativa de que pela via do Decreto nº 6.204/07 nós conseguiríamos resolver algumas dúvidas que tínhamos em teoria, mas lamentavelmente o decreto complicou. Como vou lhes mostrar, permanecemos com as mesmas e talvez tenhamos aumentado as dúvidas e as dificuldades. Agora, a todo modo, como sabem todos os senhores, principalmente os letrados nas palavras jurídicas, o decreto não geraria e nem poderia gerar um quarto círculo autônomo; ele deveria se circunscrever aos limites daquele terceiro círculo que hipoteticamente pediu para que desenhassem em suas mentes, ou seja, o decreto tem que estar contido dentro da lei e não o contrário. Por quê? O eventual desbordamento do decreto faz com que essa parte que desbordou seja uma parte crônica, uma parte doente, patológica. E há isso também no decreto; agora, vai ser uma questão de (in)aplicação.

Então, insisto que, muitas vezes, para essas situações, que são as duas primeiras, os dois primeiros assuntos da LC (julgamento de pro-

posta e habilitação), ali não, a auto-aplicabilidade da norma é patente. Então não precisa se preocupar com a elaboração do decreto, caso algum Município, algum Estado não o tenha editado ainda? Caso não tenha, não se preocupe. O próprio edital regulamenta o tema.

É possível aplicar norma dando simplesmente a ritualística. Neste caso, o edital terá um papel fundamental na escrita do *script* e do roteiro.

Bem, então antes de falar propriamente dessas ritualísticas, um segundo ponto: a habilitação, os senhores sabem (eu disse que voltaria nisso), a tradicional, a clássica, ela se desdobra naqueles quatro pontos: habilitação jurídica, técnica, qualificação econômico-financeira e a regularidade fiscal. O benefício que a Lei Complementar nº 123/06 conferiu às micro e às pequenas empresas diz respeito tão-somente a esse último item, só esse último item foi alvo do benefício, ou seja, todos os demais têm que estar positivados por ocasião do procedimento respectivo.

Todos os demais, aliás, sem ter que recorrer à norma, já lhes adianto, toda a documentação relativa à habilitação, seja ela qual for a exigida no caso concreto, tem que obrigatoriamente ser apresentada, ainda que contenha restrição à regularidade fiscal. Ou seja, os licitantes, os microempresários, têm que apresentar todos os documentos, inclusive aquele que está com restrição;

essa é a regra, vamos dizer assim, primeira ou derivada da primeira. A regra primeira, qual é? O benefício só alcança a regularidade fiscal. Segunda regra: os documentos de habilitação (todos que forem exigidos no edital) têm que ser apresentados de uma só vez na mesma oportunidade, inclusive se houver a falada *restrição fiscal*. No convite há uma situação à parte; há quem instaura fases de habilitação em convite; há quem não as instaure. A lei, embora seja uniforme no Brasil inteiro, é lida e aplicada de várias maneiras. Esse é um caso à parte, como dito. Mas seja como for, fixem isso: todos os documentos devem obrigatoriamente ser apresentados na época oportuna, entendida como época oportuna aquela que é própria do procedimento respectivo.

Lembremos, assim, que a benesse criada pela LC 123/06 se deu em relação à regularidade fiscal. Tão somente a ela. Criou-se para as MEs/EPPs o direito ao *saneamento*. Esse saneamento, o que é? Poderá a microempresa que não tenha regularidade fiscal sanear; a medida na sua substância me parece ter mais sentido evidente para o pregão: “– Por que para o pregão, professor?”. Pelo seguinte: o pregão tem fases invertidas, com exceção daqueles Estados, daquelas unidades administrativas que já executam, já aplicam a inversão de fases nos procedimentos (façamos a ressalva), mas, via de regra, a medida tem mais sentido no pregão porque nele o licitante já foi classificado em relação a sua proposta comercial, ele já teve a sua proposta comercial apreciada, a verificação de conformidade já ocorreu, a Administração já fez a aceitabilidade, já sabe que seu preço é exequível e que está tudo *ok*, então, somente na fase da leitura de seus documentos apresentou uma restrição. E aí, imagino eu, pensou a lei (pensou bem) que nessa fase pode-se fazer o saneamento (e falando de pregão, o sujeito já está, vamos dizer assim, numa situação meio que confortável). Assim, o saneamento é muito apropriado. Por que o saneamento é muito apropriado nestas circunstâncias? Porque, falando por outras palavras, o licitante microempresário já está com uma mão no seu empenho e a outra no seu documento irregular, de modo que é ele quem avaliará a conveniência e a oportunidade de se regularizar. Na verdade, tenho dito que há uma polêmica nesta fase:

a Administração não pode (ou deve) impor a esse licitante a obrigação de sanear a sua restrição fiscal? O prazo para saneamento é de dois dias úteis. Isso não gera qualquer dificuldade. A questão é em relação ao dar os dois dias de ofício ou apenas mediante provocação. Findo os primeiros dois dias úteis, a lei dá ao licitante que está em fase de saneamento da sua habilitação o direito à prorrogação (por mais dois dias). Diante de requerimento formulado a tal respeito, a Administração avalia. Eu tenho sustentado que o edital deveria prever isso.

Não nos esqueçamos de que diante da *inabilitação* surge uma remissão ao art. 81 da Lei nº 8.666/93. O art. 81 não tem sanção. Não me lembro de cabeça, mas os senhores entrem depois,

se alguém estiver interessado nesse assunto: www.ndj.com.br, procurem lá pelo meu nome, Jair Santana; vão ver um artigo que está publicado no *Boletim de Licitações e Contratos*, que trata desse sancionamento do art. 81, porque os doutrinadores costumam cometer um equívoco em relação a ele, atrelando-o ao art. 87, e não vale para essa circunstância, porque nós estamos falando de uma coisa diferente:

os arts. 81 e 87 se destinam ao sancionamento de condutas que se desenvolvem, se perpetraram e se materializam na fase da formalização dos contratos. Eu estou aqui a conversar com os senhores sobre outro assunto, estou falando de licitação, não estou falando de contrato.

Então, a conclusão que tem nesse artigo acadêmico-científico, que está publicado nos boletins, é que não pode haver sanção, punição por analogia ou, por equiparação, *nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege*. Tem que haver pena, tem que haver previsão legal para poder punir e aqui novamente não há, mas enfim, isso é uma questão para o licitante, porque normalmente acontece, deflagra-se o procedimento e a Administração, então, pune, como se contrato fosse, mas nós estamos falando de licitação, de procedimento, nós estamos especificamente falando de uma falta ou de uma falha, eventual falha. Nesse caso acho que nem falha houve, porque o sujeito não pediu nada, ele não queria mesmo se regularizar. Mas ainda que pedisse e não se regularizasse, foi uma falha de percurso procedimental, e não uma falha de contrato propriamente dito, e aí a lei também pode ser criticada sob outro aspecto, porque se o sujeito licitante não se regularizar, a lei também parece ter errado com relação às alternativas; a lei disse que a Administração poderia fazer duas coisas, e quando fala poderia fazer duas coisas, essas coisas estão separadas por um disjuntor, uma palavrinha “ou”, assim a Administração poderia, “sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação”. Não podemos desenvolver aqui uma leitura apressada e desavisada,

porque diante de uma circunstância de não-saneamento, a Administração não pode revogar a licitação caso haja remanescentes. Ve-

jam bem: então, na linha de raciocínio, se o sujeito licitante pediu ou não pediu, não importa, correu o fluxo no rumo do saneamento; se saneamento não houve, vamos para a parte final do dispositivo. Lá, numa leitura apressada, poderia dar a entender que a Administração pode revogar ou pode convocar o remanescente. Não, não há dois caminhos simultâneos.

Primeiro um, depois o outro; porque se houver remanescente (classificado), primeiro nós esgotaremos. Se houver remanescentes, a Administração deverá aproveitá-los. A redação legal (da LC 123/06) que fala de revogação tem que ser bem lida para que não se fique com a falsa impressão de que, inabilitado aquele que estava em *saneamento*, faculta-se a revogação, que atrairá toda aquela sistemática já conhecida do art. 49 da Lei nº 8.666/93. Então vejamos: dentro desses dois assuntos clássicos trazidos pela LC nº 123/06, há o julgamento de proposta e há habilitação. Na habilitação o direito ao saneamento é um benefício dado às micro e pequenas empresas. Esse saneamento só atinge a regularidade fiscal; os demais itens, caso não sejam atendidos, implicam a inabilitação sumária da empresa, como se inabilitam normalmente as empresas tradicionais; façamos do modo como estamos acostumados a fazer. Bem, se houver então uma microempresa que tem a sua documentação analisada, essa microempresa terá direito ao saneamento; esse direito, já disse eu aqui, deverá ser provocado ou deflagrado de ofício e mediante requerimento num segundo instante (prorrogação de prazo), com essas implicações.

Então, conhecidas as “variantes principais”, vamos para o que nos atormenta. É agora que a coisa se torna excessivamente “espinhosa, tortuosa, dificultosa” etc. Falo da ritualística, do como operacionalizar isso na prática nos diversos procedimentos. Então, teremos que desenvolver aqui um raciocínio para cada modalidade específica. Podemos iniciar pelo pregão sem problema algum. Muito bem, vamos rever as fases do pregão na etapa externa. No pregão, em tese, seria tudo concentrado num ato único. No eletrônico, é a mesma coisa, a idéia é a mesma. Ultrapassado o credenciamento, voltam-se os olhos para a

proposta comercial; resolve-se a proposta comercial, tem-se uma lista de classificados; a verificação de conformidade já foi feita; a disputa encerra (pelo randômico, se for eletrônico, ou pela exaustão, se presencial o certame); tem-se ali uma classificação provisória, os senhores sabem que não pode negociar nesse instante. Por força da própria Lei Complementar nº 123/06, a negociação foi postergada; primeiro ingressamos com a LC nº 123/06, para depois negociar; motivos também óbvios, não é o tema específico aqui, mas nos debates se for o caso a gente volta nisso. Resolvemos a questão de propostas, enfim, e chegamos na fase de habilitação no prego. Havendo restrição fiscal, parte-se para o saneamento. Muito bem, não dá para ler os dois artigos (42 e 43) na sua literalidade, porque o art. 42 diz assim: ele pode se regularizar até a fase do contrato; até o instante pré-contratual. Vocês devem ficar com a dúvida: “– Então como é que eu faço? Eu julgo as três habilitações?”. Quais são as três? A jurídica, técnica, a econômico-financeira e deixo a fiscal de fora, para julgar depois, no contrato. Para quem está de olhos fixos no art. 42, e vejo que muitos estão consultando a lei, note a dificuldade que a lei criou. Diante disso, eu vislumbro três caminhos. Notem que estou dizendo apenas o que eu visualizo;

é possível num desses três raciocínios imaginar que, das quatro dimensões da habilitação, essa quarta, que é alvo do benefício, não será objeto de julgamento nos moldes do julgamento tradicional que se faz em relação às outras três, a fim inclusive de gerar recurso, porque, se julgou a habilitação, conseqüentemente e naturalmente se faria, se oportunizaria recurso. Então, em tese (muito em tese), de forma abstrata é possível se apartar, se separar, a lei não quis que se julgasse a ponto de gerar recurso a regularidade fiscal e essa pode ficar para depois;

judgam-se então somente essas três e prossegue-se no caso, deixando o prazo para saneamento correr nessa outra via. É um caminho. Eu não adotei esse caminho porque eu acho que não devia fazer assim. Foi uma opção nossa, da minha unidade administrativa. A outra opção, que é a que nós adotamos e que nós temos feito assim, é ler no art. 42 e no art. 43 o direito, ele

tem o direito de sanear e esse direito para nós, como se trata de habilitação, é um direito a ser exercido dentro do processo licitatório, e não na fase pré-contratual. Então nós fazemos, vamos dizer assim, uma leitura em voz baixa para que o art. 42 não cause eco; o que significa isso?

Não vou negar jamais o direito a nenhum microempresário de sanear; isso pode levar dois dias, quatro dias com prorrogação, mais um quinto dia, contando sempre os dois dias (o procedimento atrasou) etc., mas nós aguardamos, suspendemos o procedimento para que ele encaixe a regularidade fiscal nas outras três e aquilo tudo continue no seu fluxo natural, ou seja, julgou a habilitação, declara vencedor, imediatamente recurso, do recurso à adjudicação, à homologação;

então, nessa conversa nós tivemos aí as duas vertentes mais significativas, havendo talvez a possibilidade de sustentar uma coisa um pouco mais complicada, que é postergar, condicionar o julgamento da habilitação para a fase pré-contratual. Como eu já li alguns artigos de alguns professores dizendo que poderia ser assim; o que significa isso? Deixa lá para a fase do pré-contrato, para julgar tudo, porque lá depois abre o recurso; eu acho que inverte demais e subverte até todo o procedimento; é uma solução, em tese, passível de realização, mas a minha preocupação sempre é com o seguinte: o procedimento é procedimento; é meio, é instrumental e não podemos transformar um meio num fim. Então se durante o percurso nós temos que assegurar ao licitante o direito X ou Y, asseguremos. Até agora não tive questionamento nenhum, não vi questionamento pela adoção dessa postura; o tempo se encarregará de dizer se estamos no bom ou no mau caminho.

Com relação às outras modalidades a coisa seguirá mais ou menos dessa forma: a fase de habilitação na concorrência fará com que se abram os envelopes de habilitação; daquela documentação deverá constar o quê? Todos os documentos, como eu já disse. Se o licitante, microempresário, não tiver a regularidade fiscal positivada, ele requer o prazo para saneamento (ou concedemos de ofício?), seguindo-se, quando preciso, a prorrogação do prazo para o saneamento, e assim esperamos para passar a

outra etapa, a outro degrau, a outra fase, então, me parece que fica claro que nós temos duas básicas soluções: ou fazer com que esse assunto seja decidido no curso da própria licitação, postergando um pouquinho a passagem de fases procedimentais de uma para outra, ou então esperar ao final do processo, que não está me parecendo algo muito correto.

Agora tem a questão do convite. Em concorrência e tomada de preços, tudo certo, como visto. Com relação ao pregão, *idem*. Lembremos que o convite é uma modalidade que dispensaria a fase de habilitação, segundo a definição da própria norma, ou seja, “são os nossos convidados”, são aqueles que constam dos nossos cadastros, e esses convidados é que terão as suas propostas comerciais analisadas. O que nós teríamos aí de diferente é o seguinte: nós não podemos previamente, penso eu, consultar o nosso cadastro e verificar lá no nosso cadastro, na nossa listinha, “Ah! esse sujeito aqui está sem regularidade fiscal”, naquele caso do rodízio (porque há casos em que nós temos que fazer rodízio, para não ficar chamando sempre os mesmos três); nós não podemos olhar para aquele que é o da vez, aquele que deveria ser chamado, e, por conta da apresentação de uma restrição fiscal, pulá-lo.

Não podemos pular a ordem natural do nosso cadastro porque, eventualmente, esse licitante apresenta uma restrição fiscal. Agora, se ele mesmo no nosso cadastro contém essa restrição, aí nós temos que abrir uma fase de saneamento para ele dentro do convite. De que forma? Disciplinando no instrumento convocatório;

há que se fazer essa disciplina no instrumento convocatório. Então, nós vimos que para os di-

versos procedimentos nós temos diversos caminhos a prosseguir ou a seguir. Eu desenvolvi um raciocínio imaginando que o licitante fosse se regularizar e vai se regularizar, pediu prazo, pediu prorrogação, seja o que for, regularizou, *ok*, cheguei lá na adjudicação, homologação e é ele.

Ainda temos uma outra questão importante para analisar: da não-habilitação (ou inabilitação) decorre a figura do aproveitamento, a da convocação do remanescente. E se o remanescente tiver que ser convocado por fato derivado dessa circunstância. Qual circunstância? Pelo não-saneamento, nós devemos nos posicionar em relação ao seguinte: se nós convocamos alguém que foi inabilitado, convocamos um remanescente inabilitado, nós voltamos com o nosso fluxo, apontamos todo nosso pensar, a nossa visão, lá para aquele instante onde seja necessário, se for o caso, inclusive, tratando das propostas comerciais novamente, para fazer todo o caminho; imaginando que pudesse ser, esse exemplo meu, um pregão, aquele que foi inabilitado, remanescente, olha para o remanescente, olha para aquela listinha e aí volta na proposta de preço, conversa com ele e assim prossegue até chegar no enfrentamento dessas questões todas, com, é claro, um ou outro probleminha que possa surgir no campo prático. Então, minhas senhoras e meus senhores, resumo: a LC nº 123/06 nos trouxe um tratamento privilegiado, favorecido, diferenciado para as microempresas e para as empresas de pequeno porte; criou quatro temas básicos dentro dos arts. 42 a 49: habilitação, julgamento de proposta, cédula de crédito microempresarial e as próprias licitações diferenciadas e simplificadas, tendo aqui nesse último caso três vias para materializar as intenções todas do legislador. Por hora, a todos, o meu muito obrigado.