



## Estatuto das Micro Empresas e Licitação

Ensaio sobre a interpretação do § 2º, do art. 43, da LC 123/06:

A convocação de remanescentes derivada da inabilitação pelo não-saneamento da regularidade fiscal.

**T**enho manifestado preocupação com a convocação de remanescentes derivada da inabilitação pela não-regularização (ou não-saneamento) da regularidade fiscal. E, assim dizendo, estou me referindo à interpretação do § 2º, do art. 43, da LC 123/06 (Estatuto das Micro Empresas).

O assunto – longe de pertencer tão somente ao domínio teórico – se reveste de imenso conteúdo pragmático porque o dispositivo citado poderá induzir a conseqüências concretas das mais variadas. E, a depender da solução adotada no caso específico, poderá ainda estar ocorrendo grave ofensa à lei com sérios prejuízos tanto para a Administração Pública quanto para os licitantes.

**(...) Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 2 (dois) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração Pública, (...)**

A temática se insere – e aqui me permito registrar umas poucas palavras introdutórias – geograficamente numa das questões sensíveis trazidas pela LC 123/06 para o interior das licitações: a habilitação das microempresas e empresas de pequeno porte.

Diz o texto legal, aqui transcrito para comodidade do leitor:

**Art. 43.** *As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.*

**§ 1º.** *Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 2 (dois) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração Pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.*

**§ 2º.** *A não-regularização da documentação, no prazo previsto no § 1º deste artigo, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação”.* (destaque do autor)

Importa-me aqui tão somente a análise do § 2º e suas conseqüências práticas (e operacionais).

Em primeiro lugar, a LC 123 – no seu art. 43 – não faz qualquer distinção entre a convocação de remanescentes nos diversos procedimentos. Ou seja, dita convocação, derivada e ocasionada pelo efeito negativo do § 1º gera o aproveitamento do certame em relação aos licitantes remanescentes, na ordem de classificação, em qualquer que seja a modalidade: Concorrência, Tomada de Preços, Convite e Pregão.

Quanto a isso, os comentadores pátrios têm sido unânimes em apontar a simples solução da lei complementar ao repetir o que já está claro na lei analisada. Ou seja, é unânime que não havendo saneamento, é possível a convocação de remanescentes.

O interessante problema que surge, no entanto, ocorre quando queremos saber se ao se convocar remanescentes, na ordem de classificação, para aproveitamento do certame, aplica-se ou não a regra do art. 64, § 2º, da Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/93).

Traduzindo a dúvida em pergunta expressa a qual, aliás, é o mote deste ensaio: ao se chamar o remanescente, aplica-se a regra do art. 64, § 2º, da Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/93)?

Recolhemos da doutrina o seguinte:

*“Na hipótese da convocação dos remanescentes, há duas ressalvas: (a) se a modalidade licitatória for regida pela LNL, o licitante convocado submeter-se-á à regra do art. 64, § 2º, do referido texto; (b) se for regida pela Lei do Pregão, o convocado estará sujeito ao art. 4º, inc. XVI, da Lei 10.520/02”.* (Motta, Carlos Pinto Coelho. Regime Licitatório Diferenciado das Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte Lei Complementar 123/06. BLC – setembro de 2007, p. 863).

Ouseja, Carlos Motta concluiu que a não-regulamentação da habilitação conduz a duas soluções: (1) Acaso se trate de Pregão, aplica-se a Lei 10.520/02 não incidindo, desta feita, o limite do art. 64, § 2º, da Lei 8.666/93; (2) se a modalidade for qualquer outra que não o Pregão, a incidência do art. 64, § 2º, da Lei 8.666/93 é imperiosa.

Já Fabrício de Souza Duarte escreveu em sentido oposto:

*“Quanto à convocação dos demais licitantes, a lei não cuidou de tratar se os mesmos deverão oferecer as mesmas condições do primeiro colocado, tal como ocorre no permissivo constante do artigo 64, §2º da Lei 8.666/93. A priori, parece-nos que não é o caso de se estabelecer a necessidade de que os convocados ofereçam as mesmas condições, uma vez que falta tal determinação na lei.*

*Também não há que se aplicar subsidiariamente a Lei de Licitações a caso em tela, posto que, ao nosso sentir, a Lei Complementar nº 123/06 é especial em relação a Lei nº 8.666/93, que é norma geral de licitações e contratos. Assim, pelo princípio da especialidade, deve-se afastar a aplicação a lei geral em benefício da lei específica. Portanto, ao nosso ver, não deve ser aplicada a regra do artigo 64, § 2º da Lei 8.666/93, quando da convocação do segundo a convocação decorre*

*da inabilitação de pequena empresa decorrente de irregularidade fiscal não sanada no prazo do artigo 43, §1º da Lei Complementar nº 123/06”.* (As inovações da Lei Complementar nº 123/06 no que tange a licitações para micro e pequenas empresas. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, n. 65, ano 06.05.2007, p. 37-41; destaque do autor).

Ivan Barbosa Rigolin, ao seu turno, não chega a elucidar o ponto que agora abordamos mas, com sua habitual inteligência e argúcia, relata que do dispositivo em tela aproveita-se a própria convocação do remanescente, ocasionada pela não-regularização da habilitação pelo microempresário (ou empresário de pequeno porte) na forma do §1º respectivo (Micro e pequenas empresas em licitação – A LC 123, de 14.12.2006 – Comentários aos arts. 42 a 49. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, n. 61, ano 06.01.2007, p. 33 a 41).

Igualmente não encontramos respostas em diversos outros textos da nossa doutrina. Confira-se, a respeito, Palaveri, Marcelo. Lei das micro e pequenas empresas e seu impacto nas licitações públicas. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, n. 67, ano 06.07.2007, p. 7-19; Dotti, Marinês Restelatto. Lei Complementar 123, de 14.12.2006 Implicações jurídicas e soluções operacionais . Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, n. 64, ano 06.04.2007, p. 14-30; Oliveira, Antônio Flávio de. Interpretação aos arts. 42 a 49 do Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte . Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, n. 68, ano 06.08.2007, p. 74-77; Fernandes, Jorge Ulisses Jacoby. O Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, a Lei de Licitações e Contratos e a Lei do Pregão. BLC, agosto de 2007, p. 775 e ss.

Refletindo sobre a polêmica, acabei entendendo que em realidade o caso é simples.

De modo abreviado (depois justificarei) poderia dizer que a LC 123/06 regulou de uma dada maneira certa questão. Ou seja,

- A LC 123 permitiu o saneamento da restrição fiscal para a Micro Empresa (ou Empresa de Pequeno Porte);

- Sugeriu que a inabilitação (derivada do não-saneamento supra) acarreta conseqüências (a ou b);
- Uma dessas conseqüências (a) é a convocação do remanescente classificado.

A LC 123/06 disciplinou o tema até aqui, não ultrapassando o presente ponto para regular o como se dará tal convocação. Nem tampouco tratou de limites para tal convocação. Sendo assim, a LC 123/06 relegou ao vazio normativo a disciplina da matéria que estamos estudando.

E se a LC 123/06 não tratou do assunto, parece evidente que devemos buscar no regime licitatório respectivo a solução para eventual impasse que possa existir.

Caso estejamos a tratar de Pregão (Eletrônico ou Presencial, não importa tal circunstância para desate da questão), a Lei 10.520/02 tem solução expressa para prosseguimento do certame a partir da convocação de remanescente.

O artigo 4º, inciso XVI em combinação com o inciso XVII, dá a tônica interpretativa. As normas invocadas incidem direta e expressamente sobre a situação que está em comento. Por isso, tratando de matéria específica, devem ser tais normas irradiar seus efeitos sobre o instante que demanda de regulação.

Vale conferir:

**Art. 4º.** *A fase externa do Pregão ..... e observará as seguintes regras:*

(...)

*XVI. se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;*

*XVII. nas situações previstas nos incisos XV e XVI, o pregoeiro poderá negociar com o proponente para que seja obtido preço melhor. (os destaques são meus)*

No Pregão, como sabemos, as normas de incidência determinam que, inabilitado o primeiro classificado, o procedimento se volta para os remanescentes, observada a ordem de classificação. O procedimento prossegue, retirando-se da classificação provisória o segundo classificado. Torna-se a aplicar a negociação e, conforme o caso, antes dela impõem-se o

respeito à própria LC 123/06 no tocante ao julgamento de propostas (pode ter ocorrido o empate ficto, demandando se faça o desempate). Parte-se, assim, para a habilitação que, anunciada de maneira positiva, imporá a declaração de vencedor transpondo-se o expediente para a fase recursal.

Não há, e nem poderia haver, restrição ao segundo classificado (remanescente convocado) em não aceitar a oportunidade nas mesmas condições do então primeiro classificado, agora inabilitado. A Lei de Regência (Lei 10.520/02) recomenda nova negociação e não há amarras em tal sentido. Tudo em nome da apuração de uma oferta que melhor atenda os interesses da Administração.

Não está o licitante remanescente (convocado) limitado à proposta (oferta) daquele que fora inabilitado. É a regra do Pregão.

Mas lembremos: resolvida a questão da proposta, ainda haverá de se superar a habilitação do remanescente convocado.

Assim, no Pregão a questão fica bem clara e não gera qualquer dúvida. Apenas não se pode levar na literalidade as expressões contidas na disposição paragrafária do art. 43 (que daria a entender que, convocado o remanescente, este o seria para assinar o contrato). Não haverá convocação de remanescente para assinar contrato, no caso. O convocado, é claro, ainda se submeterá às demais etapas do procedimento.

E merece dizer, ainda, que a estrutura normativa do § 2º do art. 43 da LC 123/06 não pode ser compreendida de modo ambivalente, a partir do disjuntor ali inserido. Alguém enganadamente poderia ficar com a falsa impressão de que a Administração tem a faculdade de (a) convocar o remanescente ou (b) revogar a licitação. Noutras letras: é falso pensar que há opção entre uma ou outra coisa.

Não há opções calcadas diretamente em tal disjuntor. Se existir remanescentes classificados provisoriamente, a inabilitação do primeiro classificado obrigatoriamente desencadeará o prosseguimento do certame (apontado o expediente para o remanescente) e nunca a sua revogação.

**O convocado remanescente se já habilitado (o que ocorreria em todas as modalidades que não o Pregão), o será para assinar o contrato; e então ele será considerado adjudicatário.**

**E se já ostentará a condição de adjudicatário, parece-nos que deve se submeter às restrições do art. 64, § 2º da Lei 8.666/93.**

Se parece não restar dúvida no tocante ao problema dimensionado para o Pregão, talvez ainda possam existir inquietações em relação à concorrência, à tomada de preços e ao convite: a convocação de remanescente classificado traz a limitação escrita no art. 64, § 2º, da Lei Geral de Licitações – LGL? Ou seja, o convocado somente poderá ser contratado se estiverem presentes as mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços?

Parece que a minha posição já foi anunciada. Se estamos sob domínio da LGL, obrigatoriamente devemos retornar nosso raciocínio para o instante de cessação de efeitos da LC 123/06 a fim de verificar como a Lei Geral cuida do assunto.

Diz a norma de regência:

**Art. 64. (...)**

*§ 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 aze-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". (destaque do autor)*

A LC 123/06, quando tratou da convocação de remanescente, não só pretendeu racionalizar o certame mas também (e como motivo de sua razão de ser) desejou que outro microempresário ou empresário de pequeno porte tivesse a mesma oportunidade que teve aquele que não logrou êxito na finalização do certame.

O convocado remanescente se já habilitado (o que ocorreria em todas as modalidades que não o Pregão), o será para assinar o contrato; e então ele será considerado adjudicatário. E se já ostentará a condição de adjudicatário, parece-nos que deve se submeter às restrições do art. 64, § 2º da Lei 8.666/93.

Em tal caso, a aceitação da posição (assume o lugar de quem originariamente seria o contratado) deve obrigatoriamente se dar pelas melhores condições reveladas pelo procedimento licitatório até então. Ou seja, o remanescente convocado (nas licitações tradicionais ou convencionais) deve assumir a proposta feita em igualdade de condições, inclusive em relação ao preço.

Lembramos no particular aspecto que a negociação, em sentido amplo, é elemento tipificador do Pregão e não das demais modalidades. Nestas, a oportunidade de negociação ou não existe ou, acaso existente, já foi exercida (fazemos referência à nova proposta em caso de empate ficto. Tirante tal hipótese, não sealaria em negociação nas modalidades tradicionais).

Assim, permito-me concluir que a convocação do remanescente (derivada da inabilitação de microempresário que não saneou sua regularidades fiscal) estará atraindo a regra do art. 64, § 2º, da Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/93) quando o procedimento for concorrência, tomada de preços ou convite.

Ou seja, o convocado terá como limite para se transformar em adjudicatário os termos da proposta do inabilitado, inclusive quanto ao preço.

Se a hipótese ocorrer num Pregão, a solução é encontrável no art. 4º, incs. XVI e XVII, ambos da Lei 10.520/02. Quer dizer, em tal caso o convocado não está adstrito ou obrigado às condições do inabilitado, sendo possível até mesmo a negociação. **NP**

**JAIR EDUARDO SANTANA**

**Mestre em Direito do Estado (PUC/SP), Professor em cursos de Pós Graduação. Atua na capacitação de servidores públicos das três esferas de governo. Magistrado de Entrância Especial.**