

LICITAÇÃO: ETAPAS DE ELABORAÇÃO DAS LICITAÇÕES, REGISTRO CADASTRAL E HABILITAÇÃO

José Carlos de Oliveira

Professor de Direito Administrativo na Graduação
e no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de
Ciências Humanas e Sociais da Unesp/Franca

1. Etapas de Elaboração das Licitações

1.1 – Fase interna

Neste momento do curso, passaremos a examinar a primeira divisão feita no âmbito de um procedimento licitatório, qual seja, a separação em fase interna e fase externa.

A fase interna, também chamada de preparatória, compreende o momento em que se estabelecem, de fato, as condições da licitação e da contratação a serem realizadas. Em tal etapa, segundo a doutrina, serão praticados atos destinados a:

- a) verificar a necessidade e a conveniência da contratação de terceiros;

- b) determinar a presença dos pressupostos legais para contratação (inclusive a disponibilidade de recursos orçamentários);
- c) determinar a prática dos atos prévios indispensáveis à licitação (quantificação das necessidades administrativas, avaliação de bens, elaboração de projetos básicos etc.);
- d) definir o objeto do contrato e as condições básicas da contratação;
- e) verificar a presença dos pressupostos da licitação, definir a modalidade e elaborar o ato convocatório da licitação (JUSTEN FILHO, 2012).

O início dessa etapa se dá com a constatação de uma necessidade a ser atendida e se estende até o momento anterior ao da publicação do instrumento convocatório. Em suma, será nessa fase definidas as necessidades da Administração, bem como as condições da disputa e da contratação.

1.2 – Fase externa

A fase externa, por sua vez, compreende todos os atos do procedimento tendentes a selecionar a melhor proposta para a Administração Pública, nos termos previamente definidos no instrumento convocatório da licitação.

Esta etapa se inicia com a publicação do ato convocatório, abrangendo a seguinte ordenação:

- f) Fase de Divulgação: destinada a dar ciência aos terceiros da existência da licitação (seja para que participem da licitação, seja para que fiscalizem sua regularidade);
- g) Fase de Proposição: destinada à formulação de propostas pelos interessados em participar da licitação;
- h) Fase de Habilitação: destinada à Administração verificar se os interessados possuem condições de satisfazer as obrigações que pretendam assumir;
- i) Fase de Julgamento: destinada à seleção da proposta mais vantajosa;
- j) Fase de Deliberação: destinada à revisão dos atos praticados e avaliação da conveniência e legalidade do resultado. (JUSTEN FILHO, 2012)

Estudaremos maiores detalhes dessa fase no decorrer do curso, uma vez que cada um dos pontos serão abordados especificamente, em observância à ordem cronológica do procedimento.

2. Dos Registros Cadastrais

2.1 – Fundamentação

O artigo 34 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 2012b) dispõe que “os órgãos que realizem frequentemente licitações manterão registros cadastrais para efeito de habilitação, na forma regulamentar, válidos por, no máximo, um ano”.

Tal cadastro consiste em um “conjunto de arquivos que documentam a situação jurídica, técnica, financeira e fiscal das empresas que participam, usualmente, de licitações” (JUSTEN FILHO, 2012, p. XX), concentrando informações importantes sobre potenciais licitantes, de modo a agilizar o processo de comprovação dos pressupostos legais genéricos exigidos para a participação em qualquer certame.

Ainda segundo Justen Filho (2012), a ideia da existência de uma base de dados que reúne tais informações cumpre uma dupla finalidade: de um lado, simplifica e torna mais rápido o processo de comprovação, pelo interessado, dos requisitos gerais para ser parte em licitações; de outro, dá à própria Administração uma noção prévia sobre o universo de eventuais licitantes em condições de executar um determinado tipo de prestação a ser contratada.

A previsão de isonomia e amplo acesso aos procedimentos licitatórios (CF, art. 37, XXI [BRASIL, 2012c]) também se aplica aos sistemas

cadastrais de licitantes, decorrendo logicamente do princípio de liberdade de concorrência, uma vez que o direito de requerer a inscrição cadastral é conexo ao próprio direito de licitar.

Demais disso, a lei faculta a troca de informações cadastrais entre órgãos e entidades administrativas (art. 34, § 1º, Lei 8.666/93 [BRASIL, 2012b]), desde que prevista em edital, podendo um determinado ente administrativo pesquisar o cadastro de outro ente, e até mesmo solicitar, como documentação prévia, o Certificado de Registro Cadastral (CRC) já emitido pelo outro órgão.

O fundamento maior da manutenção de cadastros, na forma prevista neste artigo, portanto, é a realização do princípio da eficiência, através da promoção da celeridade e da simplificação de procedimentos e levantamento de dados comuns a todos os tipos de licitações.

2.2 – Documentos necessários (artigos 27 a 31 da Lei n. 8.666/93)

Os dados constantes dos cadastros têm natureza genérica – uma vez que não são orientados pelos critérios de uma dada licitação específica –, não gerando, portanto, direito adquirido à habilitação. Trata-se, segundo a doutrina, de uma habilitação parcial (JUSTEN FILHO, 2012), referente tão-somente a algumas condições gerais para a participação num determinado procedimento licitatório.

Assim, a comprovação de inscrição no cadastro geral não dispensa o licitante de apresentar a documentação comprobatória do preenchimento dos requisitos elencados nos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/93 – referentes à habilitação jurídica, à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira, à regularidade fiscal e trabalhista e ao atendimento ao preceito constitucional do art. 7º, XXX III –, que serão analisados mais adiante, no item 3 (BRASIL. 2012c).

Por outro lado, uma vez que o interessado esteja inscrito no cadastro correspondente, consideram-se válidas e comprovadas às informações dele constantes – desde que ainda no prazo de validade –, não sendo lícito que a entidade organizadora de um certame exija a apresentação de documentos que tenham o mesmo objeto, conforme entendimento jurisprudencial do TCU:

1. É vedada a exigência, em procedimentos licitatórios na modalidade pregão, da apresentação de documentos e informações que já constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF ou sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios.” (Acórdão nº 1.564/2006, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler [BRASIL, 2012d]).

2.3 – Validade

O prazo de validade das informações inseridas nos dados cadastrais, a teor do caput do mesmo artigo 34 da Lei de Licitações (BRASIL, 2012b), é de um ano, no máximo, devendo a unidade por eles responsável “proceder, no mínimo anualmente, através da imprensa oficial e de jornal diário, a chamamento público para a atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados” (§ 1º).

A necessidade de atualização e a validade restrita das bases de dados visam, evidentemente, impedir que a Administração incorra em erro ao tomar por verdadeiras informações que não mais correspondem à situação do interessado, por ocasião da utilização dos cadastros. Tal vício atuaria no sentido diametralmente oposto ao propósito da manutenção dos registros, comprometendo a eficiência do procedimento e até mesmo gerando a nulidade de determinados atos.

Em razão disso, decorrido o prazo de um ano do fornecimento das informações, o registro perde sua validade para a comprovação de preenchimento dos requisitos gerais (habilitação parcial), sendo obrigação de o interessado comunicar qualquer evento superveniente que impeça sua habilitação (art. 32, § 2º, Lei 8.666/93 [BRASIL, 2012b]).

De outro lado, também a Administração tem o dever de chamar, periodicamente, os administrados constantes dos bancos de dados para atualização de seus cadastros, além de estimular a inclusão de novos

interessados, de modo a ampliar as informações sobre potenciais licitantes e a facilitar ao máximo os procedimentos iniciais de habilitação.

Por fim, é lícito à Administração, a teor do art. 37 da Lei de Licitações (BRASIL, 2012b), realizar, a qualquer tempo, a revisão do registro, que pode levar à sua alteração, suspensão ou até mesmo ao seu cancelamento. Tal revisão poderá ser feita de ofício ou mediante provocação de terceiro, sempre que algum motivo relevante indique que os dados cadastrados não mais espelham a realidade. Em qualquer caso, a Administração deverá observar o exercício da ampla defesa e do contraditório, proferindo decisão de caráter vinculado (JUSTEN FILHO, 2012).

2.4 – Cadastro Unificado de Fornecedores – Decreto 3.772/01

Operacionalizando o comando do art. 34 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 2012b), foi instituído, em 17 de fevereiro de 1992, pelo Decreto Federal 449 (BRASIL, 2012e), o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF.

O SICAF é o principal sistema de cadastro de dados e informações sobre empresas que participam frequentemente de procedimentos licitatórios. O cadastramento envolve diferentes níveis, conforme as diferentes exigências para habilitações diversas, nos termos do art. 8º da I.N. nº 02 (JUSTEN FILHO, 2012).

A inscrição do interessado no sistema não é obrigatória, exceto nos casos de pregão eletrônico e cotação eletrônica para contratação direta, em que somente os interessados credenciados perante tal cadastro podem licitar (I.N. nº 02, art. 11 [BRASIL, 2012h]).

Sobre a não obrigatoriedade da inscrição, há jurisprudência específica do Tribunal de Contas da União (TCU), nos seguintes termos:

O tema é cediço nesta Corte e os precedentes são uniformes no sentido de que a exigência de inscrição no SICAF como condição de habilitação ao certame licitatório, constitui cerceamento do seu caráter competitivo, em evidente afronta ao mandamento insculpido no inciso I do § 1º do art. 3º da lei nº 8.666/1993. (Acórdão nº 1.070/2005, 1ª C., rel. Min. Guilherme Palmeira [BRASIL, 202f])

Ao contrário do que ocorria sob a égide da redação original do Decreto 3.722/2001 (que era inconstitucional, neste ponto, em seu art. 5º [BRASIL, 2012g]), o registro, a retificação, a alteração e a retificação de dados cadastrais perante o SICAF serão feitos sem custos aos interessados (art. 20, § 4º, da I.N. nº 02/2011 [BRASIL, 2012h]). Se um licitante, devidamente habilitado, se sagrar vencedor em um certame, mas não possuir inscrição no cadastro, sua inclusão será feita de ofício pela entidade promotora da licitação, se houver a necessidade de assinatura de instrumento de contrato (art. 3º, § 2º).

Dentro de um procedimento licitatório específico, a verificação dos requisitos do art. 27 e seguintes da Lei 8.666/93 (item 3, infra [BRASIL, 2012b]) deverá ser feita *on-line* pela entidade administrativa, em data estabelecida no edital (art. 4º, § 3º, I.N. nº 02/2011 [BRASIL, 2012h]). O interessado deverá atender às condições exigidas para cadastramento no SICAF até o terceiro dia útil anterior à data prevista para recebimento das propostas (JUSTEN FILHO, 2012).

Caso o licitante não preencha, dentro do prazo, todo o requisito poderá participar normalmente do certame, mas não poderá se utilizar do SICAF, devendo apresentar todos os documentos comprobatórios de sua habilitação. Da mesma forma, se a documentação constante do SICAF estiver vencida, terá a oportunidade de apresentar documentação atualizada (I.N. nº 02, art. 43, inc. III [BRASIL, 2012h]).

É importante ressaltar também que, nos termos do art. 3º, § 3º da I.N. nº 02¹, todas as penalidades impostas a um determinado particular – sobretudo as que acarretem impedimento para participar contratar com a Administração Pública – deverão constar da base de dados do SICAF, para impedir que o ente administrativo contrate com interessados não autorizados para tanto, em virtude de sanção legal.

1 Ibidem.

3. Dos Documentos de Habilitação

A segunda fase do procedimento da licitação é a habilitação, em que há abertura dos envelopes, da documentação e a sua avaliação.

Em ato público, a Administração recebe os envelopes contendo a documentação referente à habilitação dos licitantes e a proposta.

É neste momento que se procede, efetivamente, à constatação da capacidade e idoneidade para prosseguir no procedimento licitatório. Isto porque o rol de documentos, de imprescindível apresentação nessa etapa, corresponde, em suma, à constatação prévia da aptidão para celebrar eventual contrato com a Administração, seja no campo jurídico, técnico, econômico-financeiro, fiscal, trabalhista, ou em atendimento a preceito constitucional (inciso XXXIII do art. 7º da Constituição [BRASIL, 2012c]). Não atendidos os requisitos dessa etapa, ocorre a exclusão do licitante do procedimento.

Nessa fase são abertos os envelopes contendo os documentos exigidos no edital, que devem ser assinados pelos licitantes presentes e pela comissão. Essa exigência atende aos interesses dos próprios licitantes, pois impede qualquer substituição posterior, em benefício ou prejuízo de um ou outro.

Os documentos exigíveis para a habilitação, indicados no artigo 27², somente podem se referir à habilitação jurídica, à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira, à regularidade fiscal e trabalhista e ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal. Essa última exigência visa impedir que, participem de licitações empresas que descumpram a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos, e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos.

É importante frisar que os documentos exigidos nessa etapa podem ser apresentados em original, em cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração, ou por publicação em órgão da imprensa oficial.

No que se refere ao certificado de registro cadastral, previsto no § 1º do artigo 36, cabe lembrar, como já dito, que este substitui os documentos necessários à habilitação, quanto às informações disponibilizadas em sistema informatizado de consulta direta, se tal hipótese estiver indicada no edital, obrigando-se a parte a declarar, sob as penas legais, a superveniência de fato impeditiva para a habilitação.

Conforme previsto na Lei de Licitações, é possível também que a comissão, aceite certificados emitidos por outros órgãos ou entidades

2 Ibidem

públicas (DI PIETRO, 2011), sendo imprescindível, no entanto, previsão editalícia expressa nesse sentido.

As exigências contidas no instrumento convocatório, nesse momento, devem ser pautadas em extrema cautela. Essa conclusão é retirada da jurisprudência dos Tribunais Judiciais e de Contas, haja vista que, conforme entendimento sedimentado em reiterados julgados é cediço que os documentos exigidos devem guardar relação com o objeto da licitação (STF, RE 210.721 [BRASIL, 2012i]), bem como que o rol de documentos dos artigos 27 a 31 da Lei de Licitações é exaustivo (TCU, Acórdão 991/2006, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer [BRASIL, 2012j]). Se assim não fosse, restaria configurada restrição ao caráter competitivo do certame.

Passemos, agora, a tratar pontualmente de cada uma das exigências para a habilitação, previstas nos incisos do artigo 27 da Lei 8.666/93.

3.1 – Habilitação jurídica

Segundo ensina a doutrina, a prova da habilitação jurídica corresponde à comprovação de existência, da capacidade de fato e da regular disponibilidade para exercício das faculdades jurídicas pelos licitantes (JUSTEN FILHO, 2012).

Em outras palavras, os documentos dispostos no artigo 31 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 2012b) exigem a comprovação de requisitos formais,

que atestem a capacidade do particular para contratar. Tal demonstração é feita a) mediante a identificação civil e a prova da regularidade de atos constitutivos; b) através da autorização para funcionamento, quando necessária; e c) através da indicação do atual quadro de administradores da pessoa jurídica.

Destarte, a participação de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no Brasil, quando admitida em um certame, pressupõe a comprovação dos requisitos formais de constituição nos termos da lei do país de origem, não sendo possível exigir que os atos constitutivos estejam de acordo com a lei brasileira. Para tanto, o legislador brasileiro, de forma a garantir os termos dessa possível contratação, previu a necessidade de existência de decreto de autorização e de ato de registro por parte da sociedade estrangeira, estes sim, nos termos da legislação pátria.

A comprovação da habilitação jurídica, como se percebe, é indispensável para a validade, efetividade e segurança da contratação.

Ademais, pode-se concluir que os incisos do mencionado artigo 31³ são aplicáveis em diferentes formas de contratação, uma vez que há requisitos atinentes à demonstração de habilitação jurídica de pessoas físicas (inciso I), empresas individuais (inciso II) e pessoas jurídicas (incisos III e IV).

3 Ibidem.

A fase inicial da habilitação, portanto, demanda o contato inicial com os documentos dos licitantes, sendo indispensável averiguar a situação e personalidade jurídica do possível contratante.

Nessa etapa, segundo a jurisprudência, convencionou-se afastar a participação de cooperativas de mão de obra, mormente na esfera federal, em que vigora um acordo firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia-Geral da União. Recomenda-se, todavia, a adoção do mesmo expediente nas demais esferas de governo, porquanto tal situação está relacionada aos riscos de fraude à legislação trabalhista, especialmente com a perspectiva de responsabilização solidária da Administração Pública pelos encargos não saldados adequadamente por «empregadores ocultos» (JUSTEN FILHO, 2012).

Assim já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

Administrativo. Licitação. Serviços gerais. Vedação à participação de cooperativas. Razoabilidade da exigência. Inexistência de ilegalidade.

1. É fato público e notório que a legislação trabalhista e previdenciária é implacável com os tomadores de serviço, atribuindo-lhes, inclusive, a condição de responsáveis solidários pelo pagamento de salários atrasados e tributos não recolhidos.

2. Com base nessa premissa, há acordos celebrados perante a Justiça do Trabalho, inclusive em ação civil pública, nos quais o Banco

do Brasil e a União comprometem-se a não contratar cooperativas para prestação de serviços em que se mostram presentes elementos da relação de emprego.

3. Legalidade da previsão editalícia que proíbe a participação das cooperativas em licitações para prestação das cooperativas em licitações para prestação de serviços à administração pública.

4. Acórdão do TCU, com caráter normativo, cancelando a vedação em questão, e precedentes da Corte Especial do STJ em sede de Suspensão de Segurança.

5. Recurso especial provido. (STJ; REsp. 1031610; Min. Eliana Calmon [BRASIL, 2012k]).

3.2 – Qualificação técnica

A documentação relativa à qualificação técnica, nos termos do que prevê o artigo 30 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (BRASIL, 2012b), compreende a demonstração de requisitos de ordem operacional.

Certifica-se, pela via documental, a competência e a habilidade profissional, mediante a apresentação de documentos comprobatórios de inscrição em órgão de classe competente; a aptidão para execução de atividade de vulto e características semelhantes à do objeto da licitação, mediante atestados de pessoas jurídicas de direito público e de direito

privado, e a detenção de instalações, maquinário e pessoal qualificado para o cumprimento do objeto do futuro contrato administrativo.

Cabe ao licitante, além de indicar os profissionais técnicos, qualificar cada um dos membros da equipe que se responsabilizará pelos trabalhos, sendo admitida, por sua vez, a substituição do quadro operacional indicado, desde que haja aprovação da administração e que a troca propicie a execução da atividade por profissionais com experiência equivalente ou superior à dos anteriores.

Relevante lembrar também que, nos termos do Informativo nº 92 do Superior Tribunal de Justiça (Resp. 172.199-SP Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 16/4/2001[BRASIL, 2012I]), a qualificação técnica deve ser comprovada pela própria empresa participante do certame, razão pela qual o atestado a que se refere o artigo 30, § 1º, I, da Lei 8.666/93 (BRASIL, 2012b), deve ser expedido em nome da pessoa jurídica, e não em nome dos profissionais que a compõem.

3.3 – Qualificação econômico-financeira

A qualificação econômico-financeira envolve a prova da satisfatória capacidade financeira do licitante, isto é, a aptidão para suportar os ônus de natureza econômica decorrentes do contrato administrativo.

Dentre os documentos elencados para tal comprovação encontram-se o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis do último

exercício social, a certidão negativa de falência, de concordata ou de execução patrimonial, e garantia limitada a 1% do valor estimado do objeto da contratação.

Nesta fase, pode, ainda, a Administração, nos termos do que prevê o artigo 31, §§ 2º e 3º, da Lei de Licitações (BRASIL, 2012b), estabelecer, de acordo com previsão no instrumento convocatório, que, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, seja demonstrado por parte do licitante um capital ou patrimônio líquido mínimo, o qual, por sua vez, não pode exceder a 10% do valor estimado para o contrato.

Nesse aspecto, Carvalho Filho (2012) ressalta que como essa exigência vale somente como dado objetivo de comprovação da qualidade econômico-financeira dos licitantes, as referências ao capital mínimo e ao patrimônio líquido devem corresponder aos valores existentes na data da apresentação das propostas, e não em momento anterior, sendo lícito, então, até mesmo atualizar os valores para ficarem pertinentes com a data de apresentação das propostas.

3.4 – Regularidade fiscal e trabalhista

A regularidade trabalhista, incluída como exigência na fase de habilitação com o advento da Lei nº 12.440, de 07 de julho de 2011 (BRASIL, 2012m), prevê a necessidade de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, devidamente comprovada

mediante apresentação de certidão negativa.

Para (JUSTEN FILHO, 2012) a exigência é totalmente descabida e inconstitucional (é, inclusive, objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4716 [BRASIL, 2012n]), tendo em vista que a demonstração de inadimplência trabalhista não teria relação com o escopo perseguido pelo procedimento licitatório. Utilizar-se-ia, dessa forma, de um mecanismo de dívida trabalhista para excluir o licitante do certame, sendo que tal fato não teria maior repercussão na contratação pública.

Já no tocante à regularidade fiscal, são solicitados documentos que comprovem a situação positiva do licitante frente ao erário (inscrição no CPF, CGC, cadastro de contribuintes, regularidade frente ao INSS, ao FGTS e ao ente contratante). Isso porque é compreensível e viável a escusa de contratação, por parte da Administração, em relação a particular que possua dívida com os cofres públicos.

O fundamento dessa regra emana da própria Constituição Federal, em seu artigo 195, § 3º (BRASIL, 2012c), que prevê que a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Nessa esteira, ressalta a doutrina que inobstante a contratação se dê em esfera de governo distinta da federal, é indispensável à prova da regularidade em relação à Seguridade Social, nos termos do art. 29, IV, da

Lei de Licitações. Afora tal aspecto, será exigível somente a demonstração da regularidade fiscal em relação ao ente federativo que realiza o certame (JUSTEN FILHO, 2012).

Impertinente e ilegal, porém, é a utilização dessa fase como meio de cobrança de dívidas por parte da Administração contra o particular que queira participar do procedimento licitatório, conforme já decidiu o Tribunal de Contas da União:

A Lei 8.666/93 condiciona a habilitação de licitante à prova de sua regularidade fiscal e, dessa forma, exige regularidade perante a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, além de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Silencia, entretanto, quanto à possibilidade de condicionamento de celebração de contrato à quitação de dívidas de licitante perante a instituição promotora do certame.

A doutrina e a jurisprudência desta Corte reprovam o estabelecimento de condições impertinentes ou sem amparo legal, por implicarem restrição ao caráter competitivo da licitação.

A cobrança de dívidas de licitantes perante a instituição realizadora do procedimento licitatório deve ser buscada pelos meios administrativos ou judiciais adequados. A

quitação dessas dívidas como condição para contratação com a entidade não pode ser empreendida por falta de permissivo legal. Admitir sua realização seria criar procedimento de afronta ao princípio da legalidade que rege a Administração e de estabelecimento de meio abusivo de cobrança.

Ao contrário, do que sugerem os responsáveis, a contratação de empresa que porventura tenha débito com o Banco do Brasil de forma alguma configura compensação de créditos e débitos. “Antes, conforma relação jurídica distinta e independente da anterior, que não pode ser erigida à condição de obstáculo à participação em licitação promovida pela entidade.”

(TCU, Acórdão nº 965/2003, Primeira Câmara, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues –[BRASIL, 2012o]).

Ainda na temática da regularidade fiscal, (DI PIETRO, 2011) atenta que a Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006 (BRASIL, 2012p), veio estabelecer que a sua comprovação pelas microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato (art. 42); em caso de alguma restrição, elas terão o prazo de dois dias úteis, a contar do momento em que o proponente for declarado vencedor, prorrogáveis por igual período, para ‘regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito,

bem como emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa' (§2º do art. 43); a não regularização no prazo previsto implicará em decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no artigo 81 da Lei nº 8.666, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para assinatura do contrato, ou revogar a licitação (§3º do art. 43).

O Tribunal de Contas da União, a reforçar a ideia supramencionada, já decidiu, em Plenário, que o edital não pode afastar a exigência posterior de prova da regularidade fiscal das micro e pequenas empresas. Vejamos:

Os responsáveis deixaram de observar o disposto no art. 43, § 1º, da Lei Complementar 123/2006, que permite a regularização da situação fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte, após declaradas vencedoras de certame licitatório.

Prenderam-se à literalidade do instrumento convocatório, que não previa a posterior regularização de débitos fiscais pelas empresas indicadas na Lei Complementar 123/2006.

Sobrevalorizam o princípio da vinculação ao instrumento convocatório e, por isso, negaram eficácia ao dispositivo da Lei Complementar 123/2006.

(TCE, Acórdão nº 1.739/2010, Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues – [BRASIL, 2010]).

Por último, cabe acrescentar que os débitos pendentes de discussão administrativa ou judicial não podem constituir óbice à habilitação nessa etapa, uma vez que inexistente prova constituída e cabal acerca da inviabilidade de contratação. Assim, existindo parcelamento administrativo ou processo em trâmite que discuta possível débito, não é constitucional decidir pelo prejuízo ou pela presunção de irregularidade fiscal em face do particular.

3.5 – Cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF

O mandamento aqui referido deriva diretamente da Constituição Federal. A norma da Lei de Licitações privilegia a proteção conferida, em termos de Direitos Sociais, aos menores de 18 (dezoito) anos.

O inciso V do artigo 27 da Lei 8.666 (BRASIL, 2012b) faz remissão à proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos. Analisado pelo viés técnico, o trabalho insalubre é aquele que expõe os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância, fixados em razão da natureza, da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos; já o trabalho perigoso é o que demanda o contato permanente com inflamáveis ou explosivos, em condições de risco acentuado. O trabalho noturno, por sua vez, se dá entre as 22 horas

de um dia e às 5 horas do dia seguinte, nos termos do artigo 73, §3º, da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 2012p).

Optou o legislador infraconstitucional, portanto, por conferir efetiva proteção ao preceito constitucional, de tal forma que, constatada a contratação de menor em desacordo com o previsto na norma mencionada, ou inexistindo comprovação efetiva nesse sentido, por parte da licitante, ocorrerá à inabilitação no certame.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Tribunal de Contas de Mato Grosso. Ato de aposentadoria voluntária. Registrar. Legalidade do ato e do cálculo do benefício, conforme legislação pertinente. Relator: Ministro Walton Alencar Barros. TCMT, 24 junho 2010. Diário Oficial, Mato Grosso, p. 44, jun. 2010.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 70 de 29 de março de 2012. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_29.03.2012/CON1988.shtm. Acesso em: 16 jul. 2012c.
- BRASIL. Decreto nº 3.722, de 09 de janeiro de 2001. Regulamenta o art. 34 da lei 8.666, de 21/06/1993, e dispõe sobre o sistema de cadastramento unificado de fornecedores - sicaf. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2001, p. 1. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3722.htm. Acesso em: 10 set. 2012g.
- BRASIL. Decreto nº 449, de 17 de fevereiro de 1992. Institui o Catálogo Unificado de Materiais, os Sistemas Integrados de Registro de Preços e de Cadastro de Fornecedores, na Administração Direta, nas Autarquias e nas Fundações Públicas, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 fev. 1992, p. 1981. Disponível

em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d0449.htm. Acesso em: 10 set. 2012e.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 10 set. 2012q.

BRASIL. Instrução Normativa nº 02, de 30 de março de 2011. Estabelece normas acerca do controle exercido pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais sobre os recursos públicos do Estado de Minas Gerais e da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte destinados à organização e à realização da Copa das Confederações FIFA 2013 e à Copa do Mundo FIFA 2014. Disponível em: <portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2156117.PDF>. Acesso em: 10 set. 2012h.

BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nºs 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 dez. 2006. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/leiscomplementares/2006/leicp123.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012p.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços

comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 30 ago. 2012a.

BRASIL. Lei nº 12.440, de 07 de julho de 2011. Acrescenta Título VII-A à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, para instituir a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, e altera a Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 08 jul. 2011. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12440.htm. Acesso em: 10 set. 2012m.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 24 jul. 2012b.

BRASIL. Recurso extraordinário nº 210.721-SP, de 18 de agosto de 2008. Licitação estadual. Exigência de declaração relativa à segurança e à saúde do trabalhador expedida por repartição federal. Disponível em: <http://www.interessepublico.com.br/?p=40764>. Acesso em: 10 set. 2012i.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 172199. ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - COMPROVAÇÃO DE IDONEIDADE TÉCNICA (ART. 30, § 1º DA LEI N. 8.666/93). Relatora: Ministra Eliana Calmon. STJ, 13 de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7970276/recurso-especial-resp-172199-sp-1998-0030187-9-stj>. Acesso em: 10 set. 2012l.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4716. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4194622>. Acesso em: 10 set. 2012n.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.070. Representação formulada por Unidade Técnica. Realização de inspeção no Departamento Nacional de Obras Contra as Secas - Coordenadoria Estadual em Pernambuco. Conversão do processo em Tomada de Contas Especial. Citação. Remessa de cópias ao Ministério Integração Nacional. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. TCU, 12 de agosto de 2005. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-51649&texto=2b2532384e554d41434f5244414f253341313037302b4f522b4e554d52454c4143414f253341313037302532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323030352b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303035253239&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=>. Acesso em: 10 set. 2012f.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.564. Pedido de reexame. Licitação. Vedação de exigência de documentos e informações já constantes do SICAF. Processual. Conhecimento em caráter excepcional. Argumentos incapazes de justificar a revisão do acórdão. Negado provimento. Relator: Ministro Benjamim Zymler. TCU, 01 de setembro de 2006. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-59610&texto=2b2532384e554d41434f5244414f253341313536342b4f522b4e554d52454c4143414f253341313536342532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323030362b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303036253239>

[&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=](#) Acesso em: 10 set. 2012d.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 991. PRESTAÇÃO DE CONTAS. EXERCÍCIO DE 1999. FALHAS FORMAIS. CONTAS REGULARES COM RESSALVA. ATOS DE GESTÃO ANTIECONÔMICOS. CONTAS IRREGULARES. 1. Julgam-se regulares com ressalva as contas dos responsáveis pela prática de falhas de natureza formal. 2. Julgam-se irregulares as contas com aplicação de multa aos responsáveis pela prática dos seguintes atos de gestão antieconômicos: realização de gastos excessivos com divulgação e propaganda, bem assim com reformas e benfeitorias em imóvel alugado em perfeitas condições de conservação; pagamento de aluguel de imóvel sem a utilização de suas dependências; e disponibilização de empregados sem respaldo contratual. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. TCU, 26 de abril de 2006. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>. Acesso em: 10 set. 2012j.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Recurso Especial nº 1.031.610. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SERVIÇOS GERAIS. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS. RAZOABILIDADE DA EXIGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. Relatora: Ministra Eliana Calmon. TCU, 31 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6061042/recurso-especial-resp-1031610-rs-2008-0031935-3-stj>. Acesso em: 10 set. 2012k.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº 965. Recurso de revista. Negativa de prestação jurisdicional. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. TST, 14 de novembro de 2008. Disponível em: <http://br.vlex.com/vid/-62349459>. Acesso em: 10 set. 2012o.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Lei 8.666/93 **Licitações e contratos e outras normas pertinentes**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Método, 2011.