

## APLICAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123 NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS: NOVO DESAFIO

Por: Valéria Cordeiro

*Pós-Graduada em Direito da Administração Pública na Universidade Federal Fluminense. Assessora Técnica de Licitações do TRE/RJ, atuando há 12 anos na área; Pregoeira desde 2001, premiada no II Congresso Brasileiro de Pregoeiros; Presidente da CPL; Instrutora da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal; Professora da Fundação Escola Superior do Ministério Público da Paraíba e do Curso de Pós-Graduação em Gestão e Controladoria em Serviços Públicos/UNIFOA - Especialidade Técnica Licitações; Instrutora Responsável pela formação de mais de 3000 Pregoeiros em todo o território nacional. Autora do Manual Prático de Licitações – Pregão Presencial e Eletrônico.*

O Governo Federal em busca de medidas que proporcionem a aceleração do crescimento econômico, publicou em 15 de Dezembro de 2006 a Lei Complementar nº 123 que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, estabelecendo normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Os artigos 42 ao 49 tratam exclusivamente da matéria de licitações, em específico de regras que implicam na participação destas nos certames licitatórios - Capítulo V - DO ACESSO AOS MERCADOS - Das aquisições públicas, os quais promovem significativas mudanças nos formatos dos procedimentos da Lei de Licitações nº 8.666/93 e a Lei do Pregão, nº 10.520/02, remetendo diretamente ao exercício do direito de preferência conferido às empresas que se enquadram na condição definida no artigo 47, Inciso II, § 1º - Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – Constituição Federal de 1988, que passam a contar com privilégios e tratamento diferenciado que as favorecem nas contratações públicas, através da simplificação de obrigações fiscais, tributárias e trabalhistas. As mudanças pretendidas, com respaldo nos artigos 170 e 179 da Constituição, sinalizam a intenção do Governo de se utilizar mais e melhor de seu poder de compra, fomentando o crescimento das economias locais e dos micros e pequenos empreendimentos, buscando, ainda, incentivar a competitividade, permitindo a redução dos preços ofertados à Administração. As várias inovações contidas na legislação com alterações tanto na etapa de lances como na fase de habilitação e contratação implicam em mudanças procedimentais de grande relevância, vindo a alterar o resultado final da licitação. Alguns artigos encontram-se pendentes de regulamentação, no entanto, conclui-se pela auto-aplicabilidade daqueles que se encerram com a clareza das regras previstas no diploma legal. Cita-se Acórdão do TCU nº 702/2007 – Plenário – Benjamim Zymler:

**”... 19. Apesar da ausência de previsão editalícia de cláusulas que concedam a estas categorias de empresas os benefícios previstos nos arts. 45 e 46 da lei supradita, não há impedimentos para a aplicação dos dispositivos nela insculpidos. 20. Tais disposições, ainda que não previstas no instrumento convocatório, devem ser seguidas, vez que previstas em lei. Cometerá ilegalidade o Sr. Pregoeiro caso, no decorrer do certame, recuse-se a aplicá-las, se cabíveis. 21. Não se vislumbra, deste modo, a necessidade de inclusão, no edital, destes dispositivos, conforme requerido pela Representante.”**

A consistência do Acórdão nos permite concluir pela necessidade emergencial de adequação da Administração aos novos procedimentos com vistas à conclusão dos certames licitatórios de forma eficiente objetivando resultados positivos para o interesse público. No intuito de evitar questionamentos e impugnações ao ato convocatório que levem à protelação da licitação, ou mesmo embaraços aos membros das CPL e Pregoeiros durante a sessão pública, indica-se, como boa prática, que sejam promovidas, de imediato, as devidas alterações nos editais, readequando-os às novas regras contidas na Lei Complementar nº 123.

Especificamente no que tange aos artigos 42 ao 45, aqueles considerados auto-aplicáveis, as mudanças a serem processadas se destinam a beneficiar as microempresas e empresas de pequeno porte em duas situações distintas: a primeira ao instituir uma nova oportunidade de redução de valor, após a fase normal de lances, possibilitando o arremate do objeto licitado; a segunda no benefício da concessão do prazo de dois dias, prorrogáveis, para comprovação de regularidade fiscal da licitante. No caso do pregão, a condição relacionada à oportunidade de nova redução do preço após o término da fase de lances, apenas insere mais uma etapa procedimental no formato existente, já que a etapa competitiva, regulamentada em legislação, é exatamente o referencial marcante da modalidade. Já no tocante ao formato dispensado às modalidades da Lei nº 8.666/93, que até então se encerrava na oferta única de preços constantes dos envelopes, a possibilidade de redução do valor contido no envelope de proposta se configura como expressiva inovação.

Em uma breve e literal análise do disposto no artigo 42, resta evidente que somente na fase de contratação as ME ou EPP deverão comprovar a regularidade fiscal. Do disposto no artigo 43 compreende-se que a desnecessidade de comprovação da regularidade fiscal em momento anterior à contratação, não isenta as mesmas de apresentarem toda a documentação exigida para o certame, mesmo com restrição.

Em síntese, a intenção do legislador se concretiza pela concessão às ME e EPP do prazo de 2 (dois) úteis, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração, conforme dispõe o parágrafo 1º do artigo 43, para comprovarem a regularidade, que, em situação normal, as levariam à inabilitação. Evita-se desta feita, que as pequenas empresas sejam alijadas de participarem dos certames em razão de pendências de cunho fiscal.

Decerto para que tais medidas alcancem o resultado, o destinatário dos privilégios deve estar imbuído de atitudes de boa-fé, e participação devida e responsável nos certames. De outra forma, a Administração além de não alcançar o objetivo a que se destina no cumprimento da nova regra com a contratação da ME ou EPP, não estaria a atender aos princípios da celeridade, da economicidade, da eficiência, enfim, ao interesse público. Atenta-se para a obrigatoriedade da apresentação por parte da empresa de declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação, como condição de participação, conforme dispõe o artigo 4º, VII, da Lei nº 10.520/02, cujo descumprimento de regras e a incidência em quaisquer das situações descritas no artigo 7º implica em apuração de responsabilidade da empresa licitante. As ME's e EPP's, não diferentemente estarão sujeitas a tais regras, podendo, ainda, terem a punição agravada, caso imposta, se ao se beneficiarem dos direitos conferidos, que se revelam como privilégios, não comprovarem aptidão para contratar com a Administração, restando inabilitadas no certame. Isto significa dizer que ao se valer do benefício conferido pela Lei Complementar nº 123 para comprovação da regularidade fiscal no prazo de 2 (dois) dias úteis, prorrogáveis por igual período, a microempresa e empresa de pequeno porte, além de se sujeitar, da mesma forma, às responsabilidades cabíveis, poderão ter o agravamento da penalidade, se aplicada, pelo comprometimento da celeridade e o não cumprimento ao exigido. Frisa-se como descabida e inconstitucional a aplicação de penalidades a qualquer empresa sem que se constitua o devido processo legal, garantindo-se o direito de defesa. Apura-se a responsabilidade com base no § 2º do artigo 43 da Lei Complementar nº 123 cujos termos dispõem que "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 no 8.666, de 21 de junho de 1993".

Ressalvadas as dificuldades surgidas com a nova regra, a modalidade pregão, principalmente na sua forma eletrônica, continua se mostrando totalmente eficiente, eficaz e de absoluto sucesso, incentivadora, inclusive, das citadas medidas governamentais que visam à aceleração do crescimento do país – sinaliza-se para as alterações contidas no Projeto de Lei nº 7.709/07, que, dentre outras, altera as fases do certame para todas as modalidades, a exemplo do pregão, com vistas à concretização da licitação em menor tempo, o que induz, por conseqüência, à oferta de preços inferiores, em razão da rapidez com que as contratações se finalizam. A celeridade é a marca registrada do pregão.

O sucesso do pregão não foi, em absoluto, prejudicado com as novas regras instituídas pela Lei Complementar, no entanto, evidentemente, reduziu a capacidade de oferecer resultados à Administração com a prontidão costumeira. A prática revela a conclusão de certames com a homologação em 8 a 10 dias úteis, quando o procedimento ocorre sem a interposição de recursos e esta vem sendo uma constante. Com a interposição de recursos e vencidas suas fases, a conclusão ocorre em até 17 dias. A prática procedimental deve ser seguidora de leis, doutrinas e princípios que se harmonizam. Há de se frisar, contudo, a preocupante constatação de leis que se incompatibilizam na sua aplicabilidade. Cita-se a máxima de que "o Administrador público só pode fazer o que está expressamente autorizado em lei" e, ainda, "normas existem para serem cumpridas". Contudo, tais normas somente se tornam eficazes, quando são claras, sem margem para interpretações diversas que levam a dubialidade de comportamento no plano prático, encerrando-se com a certeza e perfeição do decidido, quando evocadas para tal fim.

No tema ora em estudo pôde-se evidenciar a situação no caso concreto. Atenta-se para o conflito de plano na operacionalização dos artigos da Lei Complementar nº 123, que tratam da matéria de licitações. Observa-se que o legislador ao disciplinar a forma de conceder os privilégios às ME e EPP nas licitações públicas não se ateve às diferenças que envolvem a adoção das regras na prática. Isto porque nas modalidades da Lei nº 8.666/93 promove-se a avaliação da documentação de habilitação de todas as participantes para, ultrapassada a fase recursal, se avaliar as propostas e, então se obter a classificação final com a declaração da vencedora. Note que somente são abertos os envelopes de propostas das empresas que ultrapassaram a fase de habilitação com êxito. Neste ponto, seguramente, tem-se a classificação final com a declaração da vencedora do certame, de fato. No tocante à modalidade pregão, em razão da inversão das fases, promove-se a abertura das propostas de todas as empresas, seguindo com a fase de lances, com

posterior avaliação da documentação somente da empresa detentora do menor preço. Configura-se, então, a problemática na aplicabilidade do contido na legislação em razão das diferenças evidenciadas na prática procedimental das modalidades nos moldes comuns e pregão. Neste último, a vencedora do certame somente será declarada após vencida a fase de avaliação da documentação que se promove somente da primeira colocada no certame. Portanto, são comportamentos diversos que mereceria tratamento distinto, a fim de se adequar à regra às peculiaridades das modalidades.

O artigo 43, § 1º dispõe que "... 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."

Adverte-se em primeiro momento, no caso do pregão, quanto à empresa vencedora do certame somente ser anunciada após a demonstração do atendimento ao exigido no ato convocatório, quando se constata a total regularidade, inclusive no tocante àquela de cunho fiscal, objetivada na Lei Complementar nº 123 que conferiu tratamento privilegiado às pequenas empresas. Diante das indispensáveis comprovações, e tão-somente neste caso, as empresas detentoras dos menores preços são consideradas habilitadas, e por isso, sagram-se vencedoras. No contexto, considerando, contudo, o contido no artigo 42 do mesmo diploma legal, ao dispor "Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.", também restou evidente não ter sido intenção do legislador de que o prazo para regularização conferido pela LC nº 123, devesse ser concedido à primeira colocada ao término da fase de lances, mas sim daquela que venceu a licitação, provisoriamente, com restrição a ser demonstrada regular no momento da contratação.

O fato é que seguindo os trâmites normais, os atos procedimentais não admitem a existência de vencedora na fase de comprovação de regularidade, vez que não se finalizou o certame com a efetiva demonstração do atendimento ao exigido, e sim de definição da primeira colocada. Em próximo momento, face à ausência de regularidade da convocada, ocasionadora da inabilitação da empresa primeira colocada, será promovida a convocação das remanescentes, na ordem de classificação, que, da mesma forma, neste mesmo caso, não será sagrada vencedora. Mais adiante, o § 2º do mesmo artigo dispõe: "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 no 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". Na literalidade da norma, o legislador ao permitir a convocação dos licitantes remanescentes indica que o fará para fins de assinatura de contrato, podendo ser revogada a licitação. Reitera-se que não se convocará remanescentes sem que tenham sido aceitas suas propostas com posterior, habilitação, observados os direitos deferidos às ME e EPP, conforme o caso.

Em uma análise bem minuciosa e cautelosa, com base nas questões discutidas, práticas divergentes podem ser identificadas na aplicação da Lei Complementar nº 123. Da redação dos artigos 42 e 43, vislumbram-se duas formas de interpretação, o que já vem sendo objeto de orientação doutrinária com posicionamentos diversos acerca do momento em que a ME e EPP terão o benefício da extensão do prazo para comprovação da regularidade fiscal.

A primeira hipótese em que, mesmo a empresa apresentando restrições fiscais é sagrada vencedora, provisoriamente, para após a homologação do certame, e, tão-somente neste momento, ser beneficiada com direito conferido às ME e EPP, para no prazo de 2 dias úteis, prorrogáveis por mais 2 dias úteis, comprovar a regularidade fiscal. Nesta situação, questiona-se acerca do momento em que será concedido direito de recurso aos licitantes concorrentes, considerando que a habilitação provisória não enseja motivação para recurso em primeiro momento. Questiona-se, no plano procedimental, a atuação do Pregoeiro, após a homologação, para realização da habilitação final, suspensa para a concessão do prazo legal para regularização. Em que momento haveria manifestação dos licitantes concorrentes, visando à aferição dos atos do pregoeiro quanto à verificação de comprovação da regularidade – habilitação provisória? O procedimento não estaria sujeito à abertura de novo prazo de recurso para manifestação dos demais concorrentes quando da divulgação do resultado final? Ou a manifestação de inconformismo do licitante quanto à decisão da habilitação teria forma de representação, já que foi ultrapassado o momento para manifestação de recursos durante a sessão?

Surtem as dúvidas na aplicabilidade. Decerto não vislumbrou o legislador o comprometimento da boa prática, caso se faça necessária a convocação do segundo colocado e, assim, sucessivamente, até que se alcance o vencedor do certame. Haverá necessário retorno de cada fase, cancelamento da homologação, da adjudicação, com novas habilitações provisórias das remanescentes na ordem de classificação, que poderão

ser ME's e EPP's, novas fases de recursos supridas, já que, s.m.j., não deverão ser aceitos quaisquer motivações relacionados à inabilitação da ME ou EPP em primeiro momento, considerando que o condutor do certame está a cumprir a lei; e, por fim, nada disciplinou o legislador sobre a necessidade de nova sessão para divulgação do resultado da aferição da comprovação da regularidade da documentação da ME ou EPP sobre o direito constitucional do licitante recorrer contra os atos administrativos.

Situando a questão na prática: na primeira hipótese, o pregoeiro ao finalizar a etapa de lances, passa a realizar os procedimentos relacionados ao exercício do direito de preferência conferido às ME e EPP's em relação à fase classificatória. Promove-se o desempate permitindo à ME ou EPP mais bem classificada, dentro do parâmetro de 5% do menor valor ofertado pela empresa média ou grande porte, até então primeira colocada, a reduzir seu valor e se tornar primeira colocada no certame. Inicia-se, então, a análise da documentação de habilitação daquela que ofertou o menor preço. Começa nesse momento a torcida e o esforço da Administração, representada neste momento pelos pregoeiros e equipes de apoio, para que a ME ou EPP se encontre devidamente habilitada no torneio. Dentro do permitido, inicia-se a saga das diversas diligências, junto aos órgãos promotores das certidões, visando sanar as possíveis irregularidades fiscais, para que a ME ou EPP se encerrem habilitada. Do contrário, iniciam-se os enormes problemas, que, a princípio, pareciam meras preocupações com a forma de condução do certame.

Isto porque, ao seguir especificamente o que indica a redação do artigo 42, o Pregoeiro deverá, com o devido amparo legal, habilitar provisoriamente a ME ou EPP melhor classificada, mesmo que se encontre em situação fiscal irregular. Na continuidade dos atos procedimentais, adjudicar-se-ia o objeto à ME ou EPP, provisoriamente. Os problemas permanecem, com a abertura do prazo de recursos na seqüência dos atos. Em que pesem reações contrárias dos licitantes concorrentes, o condutor do certame não deve aceitar o registro de intenção de recurso, cuja motivação seja a discordância da habilitação da ME ou EPP com situação fiscal irregular, já que tal ato objetivou atender ao disposto no artigo 42 da Lei Complementar nº 123. Os termos do citado artigo não deixam dúvida acerca dos procedimentos a serem adotados. Art. 42 "Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato."

Seguindo os procedimentos, caso se constate a irregularidade da ME ou EPP, o Pregoeiro concederá, em cumprimento ao disposto em legislação, o prazo de 2 dias úteis, prorrogáveis por mais 2 dias úteis, a critério da Administração, devidamente justificados caso não seja concedido, para que a pequena empresa demonstre a regularidade fiscal. Surge assim mais uma das controvérsias ao compatibilizar o dispositivo legal com a prática, deparando-se com a necessidade de adequação administrativa, visando complementar instrução, sem que os atos percam sua continuidade. Seguindo-se com o caso prático, encerrada a atuação do Pregoeiro na adjudicação, o processo segue para homologação da autoridade competente. Homologado o processo, ficam os autos no aguardo da comprovação da regularidade da ME ou EPP, classificada em primeiro lugar, vencedora provisoriamente. Pergunta-se: O Pregoeiro finaliza sua participação no certame, ou continuará atuando, sendo convocado posteriormente pela Autoridade Competente, após a homologação, já que a adjudicação foi provisória, visando à conferência do direito à ME ou EPP, e, tão-somente após tal comprovação a adjudicação e homologação terão eficácia? A sessão pública é retomada para que os demais licitantes tenham acesso à documentação apresentada pela ME ou EPP? Uma vez que houve a preclusão da fase de recurso, serão consideradas representações as manifestações contrárias à decisão do Pregoeiro?

Não diferentemente, continuam as dificuldades na adoção das regras da Lei Complementar nº 123 às modalidades da Lei de Licitações, na medida em que a Comissão Permanente de Licitação, na primeira hipótese, ao constatar alguma irregularidade fiscal das ME's e EPP's na fase de habilitação, igualmente, habilitará estas, provisoriamente, para, então, conceder àquela que se sagrar vencedora, o direito de comprovar a regularidade no prazo legal. Destaca-se que o legislador indicou que somente será exigida regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte para efeito de assinatura de contrato. Isto importa no cumprimento de atos similares aos parâmetros adotados ao pregão: declaração de habilitação de empresa ME ou EPP, com restrição, de maneira provisória face à imposição legal de somente proceder à comprovação para fins de contratação; fase de recursos prejudicada e de difícil adequação, considerando a desnecessidade de motivação imediata, bem como o juízo de admissibilidade por parte da CPL, como ocorre no pregão. Nas modalidades da Lei nº 8.666/93, a mera ausência do representante no certame e a conseqüente falta de declaração expressa de concordância com o decidido pela CPL implica na suspensão da licitação para aguardo do prazo recursal. E, por fim, declaração de vencedora provisória, condicionada à comprovação da regularidade fiscal que motivou a habilitação mesmo com restrição. Seguindo estritamente o disposto no artigo 43 § 1º, o qual disciplina como termo inicial para a contagem do prazo para fins de comprovação de regularidade, o momento em que a empresa for declarada vencedora, neste ponto seria

concedido o prazo previsto na legislação. No entanto, revendo o artigo 42, cuja redação dispõe que somente para efeito de assinatura do contrato será exigida tal comprovação, parece claro que deve ser promovida a homologação do certame e, tão-somente na convocação para contratação, de fato, seja concedido o prazo para que a vencedora provisória demonstre e comprove a regularidade que o levaria à inabilitação em situações normais. A sistemática prossegue caso não sejam comprovadas as condições exigidas com a convocação das remanescentes.

As dúvidas suscitadas na modalidade pregão permanecem no caso da adoção das regras da LC nº 123 para as modalidades da Lei nº 8.666/93. Deverá ser remarcada a sessão pública para divulgação de resultado? A CPL retoma a sessão para análise da documentação apresentada visando à comprovação da regularidade no prazo concedido, quando já havia finalizado sua participação no certame com a declaração da vencedora? Como proceder caso alguma empresa licitante queira se manifestar após a homologação acerca do decidido quanto à comprovação da regularidade?

Na segunda hipótese há a interpretação da norma e a construção do direito com o fim de alcançar a intenção do legislador que se coaduna com o interesse público, adequando procedimento, sem que se altere a intenção maior a que se objetivou e destinou à instituição da regra. No Pregão, o benefício de conceder os 2 dias úteis à ME ou EPP para comprovação da regularidade fiscal se operacionalizaria com a suspensão dos trabalhos na fase de habilitação. Somente depois de conferido tal benefício, habilitar-se-ia, a empresa primeira colocada e avançar-se-ia à fase de recurso com posterior adjudicação e conseqüente homologação. Esta condição privilegia a celeridade dos atos, sem ferir o direito ao benefício concedido às ME e EPP, promovendo a condução dos procedimentos de forma seqüencial, sem que seja necessário o retorno de fases que torna o procedimento moroso e dificultado, e, finalmente, de maior relevância, sem que seja suprimida a fase de recursos contra os atos do Pregoeiro que julga a comprovação da regularidade fiscal da ME ou EPP, situação esta que ficou devidamente comprometida na primeira hipótese, em que sequer o legislador cogitou a possibilidade de a decisão do condutor do certame ser questionada, e, por essa razão, sujeita à contestação.

Nos moldes das modalidades da Lei 8.666/93, na segunda hipótese, ainda com as dificuldades evidentes, promover-se-ia a habilitação das ME's ou EPP's que se encontrem com situação fiscal irregular, condicionada a posterior comprovação de regularidade, caso estas venham a se tornar detentoras do menor preço. Os recursos provenientes desta convocação deverão ser negociados já que somente se estas se tornarem vencedoras será concedido o prazo para regularização. Observa-se que se altera substancialmente o rito procedimental, já que, segundo o que dispõe o artigo 43, III, da Lei de Licitações, somente serão abertos os envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos.

Seguindo-se com os atos da sessão, abertas as propostas, caso estas sejam detentoras do menor preço, seja concedido o prazo de 2 dias úteis para regularização da restrição, com posterior seqüência do certame na forma usual. Ou seja, a fase recursal acerca da habilitação/inabilitação da ME ou EPP somente terá eficácia após ser concedido o prazo de regularização àquelas que se tornaram provisoriamente vencedoras.

As duas hipóteses apresentadas vêm sendo discutidas como possíveis de serem utilizadas pela Administração e merecem serem apreciadas por autores que redigem ou auxiliam na redação de textos que se tornam normas regulamentadoras, decidem ou influenciam decisões em questões administrativas. O que se busca é o zelo de adequarem regras evitando conflitos em sua aplicabilidade, e o que se constata é uma total falta de sintonia e harmonia na legislação, em que a ausência de critérios do legislador conjugando normas divergentes vem sendo uma constante.

O artigo 44 seguido das regras contidas no artigo 45 insere o empate ficto no procedimento, de maneira que, no caso do pregão, se não for a ME ou EPP classificada em primeiro lugar, convoca-se aquela dentre estas, segundo os critérios definidos na legislação, para o exercício do direito de preferência conferidos às empresas que se encontrem na condição e aptas a usufruir de tais privilégios. Almeja-se que se a ofertante do menor preço não for a ME ou EPP, todas as e que se enquadrem nesta condição que estiverem com seus preços em até 5% (10% para as modalidades da lei 8.666/93) do preço da primeira colocada, empresa de médio ou grande porte, tenham a oportunidade, na ordem de classificação, da mais bem classificada em diante, de reduzirem seus preços, mesmo por parâmetros inexpressivos, da primeira colocada, sagrando-se, provisoriamente, primeira colocada no certame e não vencedora. Isto porque somente se sagram vencedoras aquelas que comprovam a regularidade e as condições para contratação exigidas no edital. As regras a serem seguidas disciplinadas no artigo 45, são:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

O § 1º dispõe que na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput do artigo 45, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

Já o § 2º disciplina que o disposto no artigo 45 somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

Finaliza o § 3º dispondo que no caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão. Nesse ponto, informa-se que o sistema do pregão eletrônico do Governo Federal – Comprasnet – já se encontra devidamente adequado para fins da aplicabilidade das regras relacionadas ao desempate, que beneficiam as ME e EPP nas licitações, vindo a facilitar a prática procedimental do Pregoeiro na sessão pública. A empresa licitante, no momento do envio da proposta via eletrônica, deve declarar sob as penas da lei, que cumpre os requisitos estabelecidos no artigo 3º da Lei Complementar nº 123, e, que está apta a usufruir o tratamento favorecido estabelecido na referida legislação. Da mesma forma, no pregão presencial, a empresa deve se fazer representar na sessão, para ao ser convocada, dentro do prazo de 5 (cinco) minutos reduzir o valor. Os demais sistemas encontram-se em fase de adequação que enquanto não estiverem disponibilizadas obrigarão o Pregoeiro a operacionalizar as regras nos sistemas no momento da sessão, concedendo os direitos às ME's e EPP's via chat mensagem na Sala de Disputa. O sistema do Banco do Brasil – licitacoes-e encontra-se em fase final de adaptação, vindo a facilitar drasticamente a tarefa do Pregoeiro.

Em última análise da aplicabilidade da norma na prática, do todo exposto, conclui-se pela necessidade de a Administração adotar disciplinamento sobre as divergências, até que promova as indispensáveis regulamentações, evitando assim o tratamento diferenciado ou posicionamentos individualizado dos condutores dos certames, em razão da situação apresentada no momento da licitação, no caso concreto e momentâneo.

Considera-se de fundamental relevância estudo quanto à adoção dos procedimentos de forma cautelosa no que tange às divergências do conteúdo dos artigos 42 e 43, para que ao primar pelo cumprimento da lei na sua forma literal, sem interpretá-la com o zelo obrigatório do Administrador, não se desconstituam etapas obrigatórias do procedimento licitatório como a eliminação do direito de manifestação de recurso dos concorrentes, visivelmente excluído na primeira hipótese, ferindo primariamente os princípios que regem a matéria.

Em síntese, em caso de irregularidade fiscal da ME ou EPP, sugere-se a adoção da segunda hipótese em que se buscam soluções através da construção do direito fundamentado pelos princípios constitucionais, em que se promove, no caso do Pregão, a suspensão dos atos procedimentais na fase de habilitação para a concessão do benefício de 2 dias úteis para comprovação da regularidade, e, na seqüência, a continuidade dos atos procedimentais até a conclusão do certame. No caso das modalidades da Lei nº 8.666/93, a suspensão dos procedimentos para demonstração da regularização fiscal ocorrerá após a abertura dos envelopes de propostas, quando se verificará a primeira colocada, que em sendo ME ou EPP gozará do referido privilégio.

Sugere-se que o edital discipline os procedimentos quanto à abertura do prazo de 2 dias úteis para a comprovação da regularidade, sendo de bom alvitre que a Administração defina que a prorrogação somente será concedida a requerimento do representante da empresa, evitando com isso a prorrogação automática, sem que o interessado se manifeste acerca da condição de cumprir o exigido. Importante frisar que a não concessão do prazo deverá ser justificada pela Administração.

O tema é polêmico. Em que pese posição contrária de diversos doutrinadores em razão de conflito dos dispositivos legais pertinentes (Artigos 42 e 43), os procedimentos indicados na segunda hipótese são os que se afiguram mais adequados, sendo tal conclusão decorrente da prática reiterada a frente de sessões de licitações públicas, posto ser esta alternativa a que agrega e objetiva os melhores resultados para a Administração Pública com segurança, eficiência e excelência.

Em síntese, esses são os desafios a serem enfrentados no tocante à adoção dos artigos 42 ao 45 da Lei Complementar 123, considerados auto-aplicáveis, não exigindo sequer disciplinamento em editais, conforme recente Acórdão do TCU nº 702/2007 - Plenário. Os demais artigos encontram-se pendentes de regulamentação que, certamente, culminará em prática procedimental bastante inovadora, requerendo qualificação imediata e contínua dos agentes públicos que atuam na área.