



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO



Lei de Licitações: preparação da habilitação

***Sérgio Ciquera Rossi**

Secretário-Diretor Geral do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP)

A fase de habilitação nas Leis 8.666, de 1993 e 14.133, de 2021, estão disciplinadas, respectivamente, nos artigos 27 a 33 e 62 a 70, portanto com 7 e 9 artigos, mas com muitos parágrafos, incisos e alíneas em favor desta última, o que faz presumir um maior detalhamento do processo com a inclusão de dispositivos antes inexistentes causavam.

O artigo 62 define a serventia da habilitação no processo licitatório com a demonstração da capacidade do licitante cumprir o objeto do certame licitatório.

A, ainda vigente, Lei 8.666, de 1993, passa direto ao rol de documentos que serão exigidos, enquanto a Lei 14.133, de 2021, traz considerações inovadoras e que indicam o rumo para a elaboração do edital.

O inciso I, do artigo 63 da Lei mais recente estabelece que poderá ser exigida dos licitantes declaração de que atendem os requisitos de habilitação e, isso por conta de o inciso II estabelecer a exigência da apresentação dos documentos de habilitação somente do licitante vencedor do certame, no caso dessa fase anteceder a de propostas. Outra novidade é a apresentação dos documentos “relativos à regularidade fiscal, em qualquer caso, somente em momento posterior ao julgamento das propostas e apenas do licitante mais bem classificado.” O objetivo dessa condição, a meu ver, significa oportunidade da quitação de eventuais débitos que impediriam a participação do licitante.

O inciso IV, do mesmo artigo 63, exige declaração para cumprir “as exigências de reserva de cargos para pessoa com deficiência e para reabilitado da Previdência Social...”; uma clara demonstração de inclusão social a exemplo do que se faz em concursos públicos.

O § 1º, do mesmo artigo 63, traz dispositivo que vai afastar de vez a discussão sobre a aplicação de reequilíbrio econômico e financeiro por conta da impossibilidade de incidência decorrente de dissídios coletivos de trabalho, ao penalizar o licitante com desclassificação quando não apresentar exigência editalícia, consistente na “declaração de que suas propostas econômicas compreendem a integralidade dos custos para o atendimento dos direitos trabalhistas...”.

Entendo que essa condição afasta de vez tantas discussões havidas em razão de aumento dos custos, em especial, os de caráter trabalhistas.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO



A inserção contida no § 2º, do mesmo artigo 63, igualmente põe a termo questão de grande controvérsia. A obrigatoriedade de vistoria do local onde serão executadas as obras ou os serviços.

Será passível de inabilitação o licitante que se dispensar da vistoria e não apresentar o documento que ateste que “conhece o local e as condições de realização da obra ou serviço, assegurado a ele o direito de realização de vistoria prévia”, ou seja, como escrito no § 3º, a vistoria poderá ser substituída por “declaração formal assinada pelo responsável técnico da licitante...”.

No caso de vistorias os licitantes que por elas optarem obrigarão a Administração a estabelecer “data e horário diferentes para os eventuais interessados”. Fora de dúvida que essa condição põe fim às discussões sobre se a visita deve ser em único dia ou em tais dias e por consequência evita eventual conhecimento prévio de interessados e tratativas estranhas ao momento.

O artigo 64 melhor esclarece o alcance do momento de apresentação dos documentos para habilitação, que entregues não há como admitir a substituição ou apresentação de novos documentos, salvo se por interesse da Administração decida-se por diligência para complementação necessária a “apurar fatos existentes à época da abertura do certame” e para “atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas”.

Os responsáveis pela licitação poderão sanar erros que não alteram a qualidade do documento mediante despacho fundamentado e de fácil acesso a todos.

Diz ainda o § 2º do artigo 64 que em certames em que a fase de habilitação anteceder a das propostas o licitante não mais poderá ser inabilitado, salvo por superveniência de fatos que justifiquem essa rigorosa medida.

Dispositivo que pode ensejar alguns embaraços está no artigo 65, § 1º, ao fixar que o edital definirá as condições de habilitação, admitindo que as empresas criadas no exercício financeiro da licitação possam “substituir os demonstrativos contábeis pelo balanço de abertura”.

A mim parece temerária essa possibilidade dependendo do objeto do certame, além do que praticamente quase impossível atender, nesses casos, as demais fases da habilitação como, por exemplo, a fase da avaliação técnica.

Por fim, o § 2º confere a possibilidade de que a habilitação “poderá ser realizada por processo eletrônico de comunicação à distância, nos termos dispostos em regulamento”.

Como se pode ver, é que nos artigos reservados à habilitação dos licitantes, três deles, 62, 63 e 64 da nova Lei, tratam como dito anteriormente, de traçar orientações sobre



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO



condições que poderão ou deverão ser atendidas na montagem do edital de licitação, que como ensinou o insuperável Hely Lopes Meirelles: que, “Nada se pode exigir ou decidir além ou aquém do edital, porque é a lei interna...” que regerá o certame.

Esse introdutório, se assim podemos classificar, que antecede cada uma das fases da habilitação, jurídica, técnica, fiscal, social e trabalhista e econômico-financeira flexibilizou as condições de participação quando, por exemplo, no inciso I, do artigo 63, prevê que poderá ser exigida dos licitantes declaração de que atendem aos requisitos necessários à participação e só será exigida a documentação apenas do licitante vencedor, exceto nas licitações em que a fase de habilitação anteceder a da proposta.

No tocante à documentação da regularidade fiscal, só será exigida após o julgamento das propostas e apenas do licitante vencedor, ou seja, o procedimento de habilitação terá a conclusão quando o licitante vencedor apresentar o que lhe cabe, cujo prazo, certamente estará previsto no edital.

O que se pode concluir é que esses dispositivos ora tratam de faculdades ao referirem-se ao poderá e ora de obrigação ao referir-se ao deverá.

Ora, se o edital é a lei interna da licitação, como ensinou o insuperável Professor Hely Lopes Meirelles, por óbvio que suas disposições regularão todo desenrolar do certame, que permanecerá imutável até o ato de homologação. Daí porque caberá ao responsável pela competição optar pela adoção das regras que deverão ser observadas com rigor pelos interessados.

Há seguramente alterações importantes com a edição da Lei de 2021 e que, somente para exemplificar, já entrando em dispositivo de fase própria da habilitação, surge com a habilitação jurídica em que vários documentos exigidos pela Lei 8.666, de 1993, foram substituídos por um único que comprove existência jurídica e, quando cabível, a autorização “para o exercício da atividade a ser contratada” – como o fazia a Lei 8.666, de 1993 – e tornando ampla a forma de comprovação que sempre deverá estar definida no edital.

Esses cuidados na elaboração de editais são indispensáveis ao êxito da licitação e reduzirão em muito as impugnações permitidas na Lei e com isso garantida maior celeridade na sua realização.

Lembro que esse artigo nem é estudo e nem é parecer, é apenas uma apreciação pessoal sem qualquer efeito vinculativo.

* Sérgio Ciquera Rossi é Secretário-Diretor Geral do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP).