

Habilitação no convite

HABILITAÇÃO NO CONVITE

AIRTON ROCHA NÓBREGA

Advogado e professor da Escola Brasileira de Administração Pública da FGV/DF

O convite, consoante definição que se colhe na Lei nº 8.666/93, "... é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas" (art. 22, § 3º).

Algumas características contidas na lei prestam-se a dar ao convite uma feição própria, tornando-o uma modalidade de licitação simplificada e destinada à contratação mais ágil e econômica de objetos de pequeno vulto. O intuito de simplificação e de economicidade é facilmente percebido em todos os dispositivos que se referem a essa modalidade. E sendo o convite uma modalidade simplificada de licitação, merece indagar-se se comporta ele, em seu procedimento, a inclusão de uma fase específica destinada a aferir a habilitação dos licitantes? Ou seja, a exemplo do que ocorre com a concorrência, deve-se incorporar ao convite a fase de habilitação preliminar?

A resposta a tal indagação, observadas as disposições contidas na Lei 8.666/93 sobre o convite, jamais poderá ser no sentido de que seja compatível com o convite a fase de habilitação preliminar típica da concorrência. E isto é o que se constata a partir da própria definição da modalidade, inscrita no § 3º, do art. 22, da Lei de Licitações e Contratos. Nesse dispositivo, ao referir-se à obrigação de extensão do certame a não convidados, estabelece a Lei que os interessados, desde que estejam cadastrados, poderão manifestar o seu interesse no certame "... com antecedência de até 24 (vinte e quatro horas) da apresentação das propostas" (grifou-se). Forçoso concluir-se que o prazo indicado toma como referencial o momento de "apresentação das propostas" por não haver previsão legal para a inclusão de uma fase de habilitação preliminar no convite.

Mas não é somente nesse dispositivo que se percebe essa orientação. Veja-se que ao dispor acerca do prazo para a formulação de impugnação ao instrumento convocatório (art. 41, § 2º), torna a Lei a estabelecer como referencial, para a contagem do prazo respectivo, "... o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as proposta em convite, tomada de preços ou concurso, ...". Torna com isso explícita a intenção do legislador no sentido de não admitir, fora da concorrência, a fase de habilitação preliminar.

E para que dúvidas não subsistam quanto a essa peculiaridade do convite, torna a Lei, ao referir-se aos procedimentos que deverão ser observados com vista ao processamento e julgamento da licitação, a estabelecer elementos de diferenciação entre as diversas modalidades. Observe-se que nesse contexto estatui a LLC, em seu art. 43, que dentre as diversas fases da licitação inclui-se aquela de habilitação

preliminar, asseverando, no entanto, no § 4º do mesmo dispositivo que “O disposto neste artigo aplica-se à concorrência e, no que couber, ao concurso, ao leilão, à tomada de preços e ao convite” (grifou-se). Avaliando-se os diversos incisos integrados ao texto do art. 43, extrai-se necessária conclusão no sentido de que a indigitada inaplicabilidade residiria única e exclusivamente no fato de não se admitir a aludida fase de habilitação preliminar nas demais modalidades, já que os demais procedimentos se mostrariam pertinentes.

Fixada essa orientação, cumpre ver-se como integrá-la ao contido no art. 32, § 1º, da LLC, expresso no sentido de que “A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão”. De início, dá o dispositivo a impressão de que, teria a Administração a faculdade de dispensar, no todo ou em parte, os documentos alusivos à habilitação dos participantes nos casos indicados, admitindo-se, em consequência, a verificação de tais condições em fase específica de habilitação. Ora, tal entendimento, se sustentado, maxima data venia, seria totalmente equivocado e contrário à orientação que é ditada no corpo da Lei em relação ao convite.

Não é que não se possa perscrutar em nenhum momento as condições de habilitação daqueles que venham a participar do convite. Cabe dizer-se, entretanto, que considera-se habilitado o participante apenas pelo fato de haver ele sido convidado pela Administração, tornando-se desnecessária toda e qualquer verificação posterior. Advindo, entretanto, a necessidade de averiguar-se as condições dos eventuais convidados – por não ter-se, verbi gratia, conhecimento ou certeza da idoneidade dos fornecedores – pode a Administração, a partir da autorização que é expressada no dispositivo anteriormente citado, realizar essa verificação. Não o fará, no entanto, em fase de habilitação preliminar integrada ao convite, mas sim através do cadastramento prévio dos licitantes, preservando, desse modo, o rito simplificado e ágil que é pela lei estabelecido.

Essa orientação, consoante se pode ver, presta-se a dar ao convite a agilidade imaginada e desejada pelo legislador, afastando do rito dessa modalidade providências de caráter meramente burocráticos e que, longe de garantirem a idoneidade do licitante, apenas servem para encarecer o procedimento de contratação, transferindo desnecessariamente ao ente público o custo de exigências formais descabidas.

A despeito da clareza que dimana dos dispositivos legais ora referidos, é comum ver-se, de modo lamentável, a publicação de “avisos” em jornais, onde se noticia resultados de habilitação em convite. É certo que, o disciplinamento pouco sistemático que é emprestado ao tema pelos diversos dispositivos legais e a ausência de uma interpretação que se preste a integrar as disposições legais em comento, oportunizam a confusa orientação que se colhe. Até mesmo a atual Constituição Federal presta-se a embaraçar esse intuito de simplificação do convite, quando estabelece 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” (art. 195, § 1º).

Ora, é completamente absurda e inaceitável tal disposição. Uma coisa é não permitir-se a concessão de benefícios e incentivos àqueles que estejam em débito com a seguridade social. Outra coisa, completamente distinta, é dizer-se que não pode o Poder Público contratar com tais pessoas. Nessa relação, de caráter meramente contratual, o que deve prevalecer sempre é a intenção de bem contratar, buscando obter-se sempre as vantagens que o mercado pode oferecer, sem investigar-se se a empresa

fornecedora ou prestadora de serviços encontra-se em débito com suas obrigações legais. Há que se distinguir necessariamente o Estado-arrecadador do Estado-comprador. Aquele que não recolhe regularmente suas obrigações tributárias deve sofrer rigorosamente a ação específica, exercitada por órgãos competentes e aparelhados para esse fim, podendo, concomitantemente, ser fornecedor de bens ao Estado-comprador, desde que ofereça efetivamente as condições mais vantajosas.

Essa confusão que se observa no dia-a-dia traz indesejável prejuízo ao Erário, jamais percebido por aqueles a quem incumbe contratar, pois se vêem tão apegados a orientações equivocadas, que o procedimento licitatório é mais um conjunto de formalidades do que efetivamente um instrumento de seleção da melhor proposta. De todo modo, e como não se pode ignorar o absurdo dispositivo constitucional, apenas se pode crer que, tendo a Administração dispensado a exigência de documentos para as hipóteses referidas no art. 32, §1º, da LLC, deverá, entretanto, ao formalizar a contratação – e apenas nesse momento – exigir a prova de que o contratado encontra-se em situação regular perante os órgãos de fiscalização competentes.

Ante todo o exposto, mostra-se plenamente cabível concluir-se que no procedimento do convite, ante o intuito de simplificação e economicidade que deve necessariamente reger essa modalidade, não se há de incluir e tolerar uma fase preliminar de habilitação, iniciando-se o seu rito com o recebimento e abertura de propostas, presumindo-se habilitados os participantes escolhidos e convidados pela Administração.

* * *

Date Created

12/07/1998