

AS REGRAS DIFERENCIADAS DE HABILITAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DA EMPRESA DE PEQUENO PORTE E MICRO EMPRESA EM FACE DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA ENTRE OS LICITANTES

LÉA MONT'ALVERNE DE BARROS ALBUQUERQUE¹
TAMIRES AZEVEDO ARAGÃO²
JOCLEAN SOARES CAMELO³

INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei Geral de Licitações 8666/93 e posteriormente a Lei 10.520 que trata da modalidade Pregão, o Estado regulamentava a forma de contratação para aquisição de bens e serviços através do certame denominado Licitação.

Medauar (2003, p. 197) descreve licitação como sendo o processo administrativo cuja sucessão de atos e fases desencadeia na indicação de quem irá celebrar contrato com a Administração de acordo com a proposta mais vantajosa ao Poder Público. Seria considerado um processo, porque, além das fases previstas, existe pluralidade de sujeitos - licitantes e Administração – os quais possuem direitos, deveres, ônus e sujeições.

Ocorre que o certame segue um procedimento de lançamento de edital, habilitação das empresas, classificação das propostas, homologação e adjudicação do vencedor e, posteriormente, a assinatura do contrato se ainda for conveniente à Administração Pública.

Durante a fase de habilitação das empresas, momento adequado para provar que a empresa licitante está habilitada para contratar provando: habilitação jurídica; qualificação técnica; qualificação econômico-financeira; regularidade fiscal e trabalhista; cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art 2º da Constituição Federal; nos moldes do art 27 da Lei 8.666/93.

Na fase de classificação das propostas tem-se a abertura dos respectivos envelopes em busca da proposta mais vantajosa para a administração. Neste caso, poderá ocorrer empate entre

¹ Acadêmica do 10º período do Curso de Direito. E-mail: leamontalverne@hotmail.com

² Acadêmica do 10º período do Curso de Direito. E-mail: tamiresazevedo@outlook.com

³ Acadêmico de 10º período do Curso de Direito. E-mail: jocleans@hotmail.com

algumas empresas. O art 3º, II, proíbe o tratamento diferenciado entre as empresas e no parágrafo 2º apresenta os critérios de desempate frisando que deverão ser analisados em igualdade de condições.

No entanto, a Lei Complementar 123/06, que tem caráter mais empresarial do que Administrativo, apresenta critério diferenciado a favor das Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte para a habilitação e para classificação das propostas nas licitações que visem aquisição de bens e contratação de serviços.

Alguns doutrinadores criticam tal critério uma vez que a Lei Geral de Licitações prezam pelo princípio da igualdade entre os licitantes, outros, porém apoiam com base no princípio constitucional da isonomia.

Portanto, esse trabalho tem por objetivo apresentar as discussões que embasam e autorizam a utilização do critério diferenciado para ME e EPP diante desses princípios.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Este estudo tem escopo no universo das pesquisas relativas à área do Direito Administrativo, situando o tema Licitação e Contratos Administrativos. Neste sentido o objetivo é analisar os critérios diferenciados de habilitação e classificação das ME e EPP em face aos princípios da igualdade entre os licitantes correlacionando com o princípio constitucional da isonomia.

Será utilizado preponderantemente o método dedutivo utilizando basicamente a pesquisa bibliográfica da legislação federal, doutrina e jurisprudência acerca do tema escolhido.

A abordagem do assunto proposto neste projeto se dará através de leituras concernentes ao tema, além de pesquisa em sites que disponibilizem informação confiável a respeito.

A bibliografia referente a este trabalho será analisada e comparada de modo a poder oferecer as informações desejadas concernentes aos objetivos a que o trabalho se propõe.

Como passo seguinte, passar-se-á ao tratamento analítico da questão, de modo que se possa nortear a busca pela aplicabilidade desta proposição.

Abordar-se-á, sequencialmente, a aplicabilidade desta, em acordo com o enfoque principal do trabalho aqui proposto.

A metodologia está centrada na pesquisa exploratória de ordem teórica viabilizada, portanto, através de levantamento bibliográfico.

O trabalho metodológico está sendo concluído com a realização de estudo por meio de pesquisa bibliográfica e utilizaremos apenas fontes escritas tais como: artigos científicos, revistas e livros para nos aprofundarmos sobre o tema, através de seus autores.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

A Lei Geral de Licitações, em seu art 3º, *caput*, estabelece princípios próprios da licitação dentre os quais está o princípio constitucional da isonomia:

Art 3º- A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

Mais adiante, no inciso II do mesmo artigo, a Lei veda o estabelecimento de quaisquer critérios diferenciados para a contratação, vejamos:

II- estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária, ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamento, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art 3º da lei 8.248, de 23 de outubro de 1981.

Na fase de habilitação, a Lei 8.666/93 estabelece que as empresas licitantes deverão comprovar habilitação jurídica; qualificação técnica; qualificação econômico-financeira; regularidade fiscal e trabalhista; cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art 7º da Constituição Federal. No entanto, a Lei 123/06, em seus art 42 e 43, autoriza que as ME e EPP, comprovem sua regularidade fiscal apenas na ocasião de assinatura do contrato. Em caso de irregularidade fiscal, terá o prazo de dois dias para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento de débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

Na fase de classificação das propostas, a Lei 8.666/93 estabelece uma ordem sucessiva de critério de desempate nas propostas das empresas: a empresa tem bens produzidos no País; caso de os bens serem produzidos ou prestados por empresas brasileiras; bens produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no país. Não obstante, o art 44 da Lei 123/06 assegura como critério de desempate a preferência de contratação para ME e EPP de modo que, mesmo oferecendo proposta igual ou 10% superior a proposta mais bem classificada, sairá vencedora do certame. Na modalidade Pregão, a proposta poderá ser igual ou 5% superior ao menor preço.

Ao permitir que ME e EPP participem de licitações mesmo com a regularidade fiscal não comprovada e apresentada apenas no momento da assinatura do contrato, ocorre flagrante punição às demais empresas que diligentemente mantiveram regularidade fiscal um vez que são postas em situação de igualdade às que não foram diligentes com sua vida fiscal.

O princípio constitucional da isonomia estabelece que os iguais deverão ser tratados de maneira igual e os diferentes deverão ser tratados de maneira diferente, na medida de suas desigualdades. Estabelecer tratamento jurídico igual às pessoas em situações diferentes acarretaria em desigualdade fática. Aplicando a licitação, este princípio não visa a garantir igualdade de condições entre os participantes do certame, mas estabelecer maneira diferenciada de tratamento aos que se encontram em condições desiguais.

A maioria das críticas são fundadas na facilidade de burla ao procedimento de licitação, sobretudo com relação ao critério de desempate, uma vez que algumas dessas empresas, sobretudo na modalidade Pregão, ficam à margem de 5% da melhor proposta para que saiam vitoriosas do certame. Fala-se, também, em ME e EPP que participam para receber propina e desistem do certame.

CONCLUSÃO

Embora haja severas críticas a habilitação e a classificação diferenciadas, críticas essas fundadas em receio de burla ao sistema, infração ao princípio da isonomia e ao princípio de

igualdade entre os licitantes, é inquestionável que as discriminações cujo suporte esteja na Constituição, são legais e legítimas.

Ao instituir, no art 179 da Magna Carta, que deverão ser adotadas políticas públicas para dar apoio as ME e EPP que, diante das demais, são hipossuficientes, o Legislador remete à lei a criação se uma situação jurídica de tratamento diferenciado.

Portanto, tais princípios devem coabitar harmonicamente com os critérios de tratamento desiguais dado às ME e EPP do modo que deverá haver ponderação diante de casos concretos que merecem análise diferenciada.

REFERÊNCIAS

Decreto nº 5.504, de 05 de agosto de 2005. Estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5504.htm . Acesso em 09 de dezembro de 2013.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FIGUEIREDO, José Reinaldo. *Licitações Públicas para Principiantes. O Bê-a-bá das Licitações Públicas*. Florianópolis: Insular, 2002.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*, Saraiva, 2008.

JÚNIOR, Aloísio Zimmer. *Curso de direitos administrativos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2009.

Lei de Licitações e contratos administrativos: Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, com alterações posteriores. Ver. Renato Geraldo Mendes e Fábila Mariela de Biasi- 12ª edição revisada e atualizada. Curitiba: Zênite Editora, 2006.
MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 7ª ed. - São Paulo: RT, 2003.

Decreto nº 5.504, de 05 de agosto de 2005. Estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5504.htm . Acesso em 09 de dezembro de 2013.