

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

SEBASTIÃO SÉRGIO DA SILVEIRA

ANDRESSA DE OLIVEIRA LANCHOTTI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Andressa De Oliveira Lanchotti, Sebastião Sérgio Da Silveira – Florianópolis: CONPEDI,
2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-150-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Administrativo. 3. Gestão Pública. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

A presente coletânea é produto da reunião dos trabalhos apresentados no Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II, do XXV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação e Direito - CONPEDI, realizado na cidade de Brasília, no período de 06 a 08 de julho de 2016.

O resultado que ora apresentamos é fruto do labor de mais de dezenas de pesquisadores, sendo que os trabalhos refletem um pouco da situação atual de nosso direito administrativo e da gestão pública que dele decorre.

Conforme é sabido, o Direito Administrativo brasileiro vem passando por um intenso processo de ressignificação, na busca de novos paradigmas e valores, principalmente como forma de atender aos princípios consagrados na Constituição de 1988.

A gestão pública, sempre muito influenciada por velhos métodos e práticas, também vem sendo colocada à prova, diante das necessidades de busca de eficiência, economicidade e transparência.

Sempre muito resignada, a sociedade brasileira parece não mais se conformar com a situação caótica vivida pelo Estado Brasileiro e vem clamando por reformas e mudanças.

Os trabalhos ora apresentados refletem as inquietações da doutrina e os desafios existentes, principalmente em razão das aspirações de nosso povo, que sedento por melhores serviços públicos, vem exigindo transformações na administração pública.

Considerando tais premissas, os pesquisadores foram divididos em grupos, buscando alguma pertinência temática, com vistas à orientação dos debates que seguiram a apresentação dos trabalhos.

Um dos eixos discutiu temas atuais de licitações e contratos, apontando dificuldades, propostas e as perspectivas do instituto.

Os servidores públicos, foram objeto de outro eixo de discussão, onde foram abordados interessantes temas relativos à greve, regime de previdência, processo disciplinar, nepotismo e responsabilidade.

Serviços públicos e parcerias público privadas foram agregados em outro subgrupo, onde foram apresentados interessantes trabalhos, com ênfase em arbitragem, capital privado, administração penitenciária e sustentabilidade.

Por fim, no último eixo, foram tratados palpitantes temas residuais, como corrupção, bens públicos, compromisso e ato administrativo e responsabilidade dos integrantes de conselhos administrativos de paraestatais.

Convictos da qualidade e atualidades dos trabalhos apresentados, fazemos um convite à leitura e reflexão, na expectativa de que cada um dos textos possa influir no aperfeiçoamento do direito administrativo e da gestão pública em nosso país.

Brasília, julho de 2016.

Prof^a Dra. Andressa de Oliveira Lanchotti

Professora das Faculdades Milton Campos-FMC, Minas Gerais e Pesquisadora Associada à Faculdade de Direito da UFMG, Minas Gerais.

Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira

Professor da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP e da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP/USP.

PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE E A GARANTIA DA PROPOSTA NOS NEGÓCIOS PÚBLICOS COM AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

PRINCIPLE OF COMPETITIVENESS AND THE WARRANTY PROPOSAL IN PUBLIC BUSINESS WITH MICRO AND SMALL ENTERPRISES

Roseana Cíliao Sacchelli ¹

Maria Clarice Sacchelli Moraes Piotto ²

Resumo

A aquisição de bens e a contratação de serviços tem papel relevante na consecução de seus objetivos, indispensáveis ao alcance do interesse público. O princípio da competitividade está implícito no artigo 3º da Lei nº 8666/93, § 1º, inciso I, estabelece distinções ou preferências impertinentes ou irrelevantes para o objeto contratual. A Lei Complementar nº 123/2006, estabelece tratamento jurídico diferenciado no processo licitatório, é omissa sobre a garantia de proposta na fase de habilitação. Verifica-se se a garantia da proposta, exigível para microempresas e empresas de pequeno porte, contraria os preceitos de tratamento diferenciado e desenvolvimento nacional sustentável.

Palavras-chave: Desenvolvimento, Administração pública, Negócios públicos, Princípio da competitividade, Garantia da proposta

Abstract/Resumen/Résumé

The acquisition of goods and contracting services has an important role in achieving your goals are essential to reach the public interest. The principle of competitiveness is implicit in Article 3 of Law No. 8666/93, § 1, section I, make distinctions or preferences naughty or irrelevant to the contractual object. Supplementary Law No. 123/2006, establishes different legal treatment in the bidding process, is silent on the bid security in the qualification phase. It appears that the tender guarantee in the qualification phase, required for both micro and small businesses, contrary to the precepts of differential treatment and sustainable national development.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Development, Public administration, Public business, Principle of competitiveness, Warranty proposal

¹ Doutoranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2013). Advogada e Economista.

² Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba. Especialista em Direito do Trabalho pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (2014). Advogada

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 estabeleceu um novo ordenamento jurídico para a sociedade brasileira e possibilitou a construção de um novo projeto de democracia. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como norma suprema, instituidora do ordenamento jurídico pátrio, apresenta uma série de normas, princípios e regras, que, por sua vez, são sustentados por valores eleitos pelos constituintes. Desse modo, como assevera André Ramos Tavares (2006), os constituintes programaram no texto constitucional a tutela de bens jurídicos que a sociedade brasileira, por meio de seus representantes, entendeu como os mais relevantes.

Anseios e aspirações que a Constituição de 1988 pôde traduzir no texto construído pelas demandas sociais, com a colaboração dos intelectuais, pela participação popular e pelas discussões na Assembleia Nacional Constituinte. Para Eneida Desiree Salgado (2007), o projeto democrático da Constituição de 1988, além de ser fruto das distintas ideologias e diferentes interesses da sociedade brasileira, foi instituído mediante o processo mais democrático da história da cidadania brasileira.

Como bem ressalta Romeu Felipe Bacellar Filho (2003) a atual Constituição distingue das sete anteriores por ser fruto da participação de todos os segmentos da sociedade. Ademais, continua o autor: “a dignidade do ser humano foi erigida a fundamento do Estado Democrático de Direito: o seu principal destinatário é o homem em todas as suas dimensões”.

A ordem jurídica instituída com a Constituição Federal de 1988 estabeleceu o Estado Democrático de Direito que representa um novo modelo no qual os princípios constitucionais e os direitos fundamentais recebem nova perspectiva de caráter menos individualista, numa concepção em prol do coletivo. Nessa perspectiva, a Constituição Federal de 1988 ao instituir uma nova ordem jurídica, definiu as normas na produção legislativa posterior à sua promulgação, como também reinterpreto a luz do seu comando toda a legislação existente. O novo modelo político e social que buscou conciliar os princípios essenciais do individualismo e do socialismo, aliados a um conceito racional de igualdade econômica e jurídica foi do Estado Social Democrático. O Estado Social Democrático de Direito com pretensão de possibilitar a efetiva realização da harmonia social, por meio de restrições ao liberalismo econômico com a intervenção do Estado na economia quando as relações individuais pudessem comprometer a justiça é o atual modelo instituído na Constituição Federal de 1988.

O modelo atual, Estado Social Democrático de Direito, contextualiza os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, e a dignidade humana se encontra no cerne dos

objetivos estatais. Dessa forma, representa um novo modelo em face dos quais os princípios constitucionais e os direitos fundamentais são contextualizados e recebem uma nova leitura. Como entende o Ministro Eros Roberto Grau (2007), a relevância dos princípios constitucionais na interpretação sistemática do direito, assim como são historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência geral, recepcionada expressa ou implícita no Texto Constitucional.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 possibilitou a construção de um novo projeto de democracia. No âmbito do direito administrativo, como salienta Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014), a Constituição de 1988 introduz inovações possibilitando assentar as bases para a Reforma do Estado em 1996, na qual se insere a Reforma da Administração Pública. Nesse contexto, o artigo 37, inciso XXI, estabelece que a celebração de contratos com terceiros na Administração Pública deve ser necessariamente precedida de licitação, desse modo, as compras da Administração Pública deverão submeter-se a um procedimento licitatório que objetiva garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, de maneira a assegurar oportunidade igual a todos os interessados e possibilitar o comparecimento ao certame ao maior número possível de concorrentes.

A lei 8666, de 21 de junho de 1993, regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil, e estabelece regras gerais previstas no artigo 22, inciso XXVII aplicados à Administração Direita, Indireta e fundacional da União, Estados e Municípios, instituindo normas gerais para as licitações e contratos da Administração Pública. Ademais, disciplinam, também, sobre as modalidades, procedimentos e requisitos legais das licitações e contratos administrativos.

O *caput* do artigo terceiro da Lei 8666, de 1993, estabelece que 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 lhes são correlatos.

Entre os princípios específicos da licitação elencados no *caput* do artigo terceiro da Lei 8666, de 1993, destaca-se o princípio da competitividade implícito no mesmo dispositivo legal, constituído como fins buscados pela licitação, já que os interessados concorrerão entre si, para oferecer a melhor proposta para a Administração. Dessa maneira, a competitividade se configura na possibilidade de disputa entre potenciais interessados no ramo do objeto.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014) observa que o instituto da licitação retira seu fundamento nos princípios gerais da orientação socioeconômica, da competição e da igualdade. O princípio da competitividade configura-se a essência da licitação. Desse modo, o princípio da competitividade sobressai como o mais importante e orienta todo o processo, em grande medida, nele se fundamenta a busca pela identificação final da proposta mais vantajosa, pretendida pela Administração.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2013) ressalta, entre os princípios da licitação, o da competitividade, pelo seu caráter competitivo ao buscar a proposta mais vantajosa para a Administração: “motivo pelo qual é vedado admitir, prever, incluir ou tolerar atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo”, como orienta o artigo terceiro, parágrafo primeiro, inciso I da Lei 8666, de 1993.

É importante evidenciar que reconhecido o poder de compra e o impacto das aquisições governamentais no mercado, as licitações públicas e os contratos da Administração Pública, podem ser um importante instrumento de fomento para o desenvolvimento.

As microempresas e empresas de pequeno porte contribuem na economia brasileira, segundo dados do SEBRAE (2014) já que respondem por 99% (noventa e nove por cento) do total de estabelecimentos existentes e correspondem por cerca de 40% do montante de remuneração paga aos empregados formais nas empresas privadas e 20% na participação do PIB brasileiro.

Nesse contexto, as microempresas e empresas de pequeno porte no Brasil desempenham um papel de destaque no desenvolvimento econômico e social do país, especialmente na distribuição de riquezas, geração de postos de trabalho, melhoria da qualidade de vida, promoção da sustentabilidade e inclusão social.

A Lei Complementar nº 123, de 2006, Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (BRASIL, 2006), estabelece tratamento jurídico diferenciado em especial no processo licitatório. Tais como a possibilidade da empresa comprovar sua regularidade fiscal “*a posteriori*” na fase de habilitação documental, no caso de ser a vencedora. Assim como a obrigatoriedade para a Administração Pública realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Além da obrigatoriedade para a Administração Pública, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de

MEs e EPPs. Ademais, a estipulação da prioridade com margem de preferência de até 10% (dez por cento) do melhor preço válido na contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente.

Analisa-se a exigência na fase de habilitação das licitações públicas, da garantia da proposta como um dos requisitos para comprovação da qualificação econômico-financeira, nas hipóteses de compra para entrega futura e execução de obras e serviços para as microempresas e empresas de pequeno porte. O objetivo deste artigo é verificar se a garantia da proposta na fase de habilitação das licitações públicas, exigível de forma igualitária tanto para microempresas e empresas de pequeno porte como para médias e grandes empresas, contraria os preceitos de tratamento diferenciado. O estudo implica numa metodologia de pesquisa de caráter bibliográfico e documental, utiliza-se referências teóricas já publicadas para análise e discussão da existência da incompatibilidade do princípio da competitividade na ausência de tratamento diferenciado entre micro e pequenas empresas e as médias e grandes empresas, restringindo a participação das microempresas e empresas de pequeno porte.

Portanto, examina-se a dificuldade e inviabilidade das micro e pequenas empresas concorrerem em várias licitações ao mesmo tempo, ou mesmo, em apenas uma de grande vulto, uma vez que, a exigência da garantia da proposta pode comprometer o fluxo de caixa dessas empresas.

2 PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE

A licitação resulta da aplicação de um conjunto de normas e regras jurídicas, dispostas hierarquicamente que consiste no ordenamento jurídico licitatório. Ordenamento porque conferi uma ordem num sistema, ou seja, uma ordenação constituída por um conjunto de prescrições de índole jurídica que permite desenvolver todo o processo, desde o início até a conclusão, segundo prescrições previamente estabelecidas. E jurídico, por disciplinar com regras de condutas as relações intersubjetivas, a matéria envolvendo licitação. Nesse sentido, A Constituição de 1988 estabelece a competência legislativa envolvem as normas gerais sobre licitação, define os limites explícitos e implícitos que deverão ser obedecidos pelos dispositivos legais correspondentes (PESTANA, 2013, p. 7-9).

Segundo Daniel Ferreira (2012), a Lei 12.349, de 2010, originada da Medida Provisória nº495/2010 (BRASIL, 2010), alterou a redação do *caput* e acrescentou diversos

parágrafos ao artigo 3º da Lei 8.666, de 1993 (BRASIL, 1993), que incluiu como finalidade legal da licitação o desenvolvimento nacional sustentável, além da observância do princípio da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para administração. Dessa forma, conforme o mesmo dispositivo constitucional, a licitação deverá ser 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 lhes são correlatos.

Na finalidade da licitação encontra-se implícito o conceito de competitividade, já que os interessados concorrerão entre si, para oferecer a melhor proposta para a Administração. Dessa maneira, a competitividade se configura na possibilidade de disputa entre potenciais interessados no ramo do objeto.

Di Pietro argumenta que o princípio da competitividade está implícito no artigo terceiro da Lei 8666, de 93, parágrafo primeiro, inciso I, ao proibir cláusulas ou condições que comprometam o caráter competitivo da licitação ou estabeleçam distinções ou preferências impertinentes ou irrelevantes para o objeto contratual. Decorrente do princípio da isonomia, segundo a autora, este constitui um dos alicerces da licitação, além de permitir à Administração a escolha da melhor proposta, também assegura igualdade de direitos a todos os interessados em contratar (DI PIETRO, 2014, p.378).

Nessa perspectiva, a autora observa que tanto o princípio da isonomia como da competitividade estão previstos em outros dispositivos da Lei 8666, de 1993. Demonstrada a preocupação do legislador quanto à isonomia e competitividade no procedimento licitatório, como dispõe o artigo 30, parágrafo quinto em que veda a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação. E no artigo 90 da mesma lei, em que define como crime o ato de frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação. Não obstante haver competição, como bem ressalta Di Pietro, existem critérios que impõe certos limites como a proteção do interesse público e certas normas que afastam algumas empresas de participar, entre essas, aquelas pessoas jurídicas não regularmente constituídas, ou aquelas que não apresentam idoneidade técnica ou financeira (DI PIETRO, 2014, p.379).

Para Hely Lopes Meirelles (2006), a dupla finalidade como traços essenciais da licitação, é preocupação desde a Idade Média e leva os Estados modernos a aprimorarem a

cada vez mais o procedimento licitatório, sujeito a princípios que descumpridos pode descaracterizar o instituto ou invalidar o resultado seletivo.

3 MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NO BRASIL

As microempresas e empresas de pequeno porte não compõem um recente acontecimento no mundo e em nosso país, ao contrário, sempre fizeram parte da atividade econômica dos Estados, mas apenas há algumas décadas se manifestou especial atenção pelos Estados às regulamentações específicas destinadas a promover seu desenvolvimento.

A origem e a expansão das microempresas e empresas de pequeno porte, como propõe Marco Antonio Lorga (2012), seguiram paralelamente a evolução do sistema capitalista, que possuiu outros desdobramentos no modo de produção. Como o surgimento das manufaturas, do trabalho assalariado, da classe burguesa, a formação dos Estados modernos da Europa e o início das viagens marítimas dos navegadores ao serviço de Portugal e da Espanha, iniciadora do regime de exploração econômica dos territórios coloniais.

Recentemente, nos últimos 40 anos de transição entre a presença da Teoria dos Atos do Comércio consolidados pelos antigos institutos do Código Comercial e da Lei de Falência e a Teoria da Empresa prestigiada pela doutrina, Jurisprudência e em importantes leis comerciais como a Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº6.404, de 15/12/1976), Lei de Registro Público de Empresas (Lei nº 8.934, de 18/11/1994), Lei de Defesa da Livre Concorrência (Lei nº8.884, de 20/07/1994 , revogada pela Lei nº12.529, de 30/11/2011), Lei da Propriedade Industrial (Lei nº 9.279, de 14/05/1996), e o lançamento do Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei nº9.841, de 05/10/1999, revogada pela Lei Complementar nº123/2006 e Recentemente com a Lei Complementar nº 147/2014).

O atual tratamento jurídico favorecido dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte se deve ao papel de destaque que elas possuem na economia brasileira, correspondem a 99% do total de estabelecimentos existentes e respondem por cerca de 40% do montante de remuneração paga aos empregados formais nas empresas privadas e 20% na participação do PIB brasileiro, ou seja, R\$700 bilhões de reais, até o último levantamento realizado pelo SEBRAE de fevereiro de 2012.

As microempresas são responsáveis por cerca de 60% a 70% dos postos de trabalho, proporcionando desenvolvimento regional e inclusão de empresários mais jovens,

de pessoas acima de quarenta anos, e de portadores de necessidades especiais, que, normalmente que estariam fora do mercado de trabalho, com efeito, objetivos da Política Econômica nacional.

Além disso, essas possuem uma capacidade excepcional para acelerar o crescimento econômico, tanto no mercado interno como para o mercado externo, promovendo um modelo de desenvolvimento desconcentrado e mais igualitário nas regiões menos desenvolvidas do nosso país, o que só vem a ressaltar, a função social que representam.

Segundo Aline Cristina Koladicz (2009), mesmo números tão expressivos, o Estado vai de encontro com a sua função administrativa de fomento ao desenvolvimento, que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, conforme artigo 3º, inciso II, da CF/88. Garantindo, assim, o desenvolvimento nacional, que pode, inclusive, por meio das compras públicas, adquirir bens e serviços sustentáveis e incentivar seus fornecedores a adotarem padrões sustentáveis em seus produtos e processos.

As microempresas e empresas de pequeno porte são instrumentos da livre iniciativa e da democracia, dessa forma, se justifica a manutenção, a complementação e evolução de políticas dos poderes constituídos que efetivem verdadeiramente o tratamento favorecido e diferenciado. Cujo objetivo não só de lhes dar condições para competir no mercado, como também de garantir o desenvolvimento socioeconômico regional, a sustentabilidade e inclusão social, cumprindo, assim, da melhor maneira possível, a "Justiça Social" (LORGA, 2012, p. 224).

Nesse contexto, o fomento às microempresas e empresas de pequeno porte constitui-se num dos fatores condicionantes ao processo de desenvolvimento, comenta José Roberto Pimenta Oliveira (2006). Além da sustentabilidade e inclusão social com um efeito marcante, principalmente, nas regiões menos favorecidas do Brasil, objetivos da Política Econômica nacional, por meio da criação de incentivos e estímulos para canalizar esforços públicos e privados em benefício da coletividade.

A Constituição Federal de 1988 ao estabelecer os princípios gerais da atividade econômica, reconheceu no seu artigo 170, inciso IX, a necessidade de dar ao segmento um tratamento favorecido, que foi sem dúvida, um anseio da Sociedade Brasileira atendida pelo nosso Legislador Constitucional com a Emenda Constitucional nº 6, em 15 de agosto de 1995, em que destaca que o tratamento favorecido às empresas brasileiras de pequeno porte configura-se em um dos princípios da ordem econômica. Uma vez que as microempresas são as que mais contratam força de trabalho e não dispõem de grande tecnologia em sua cadeia produtiva, fazendo com que empreguem com mais êxito, o princípio do pleno

emprego (LORGA, 2009, p. 212).

Egon Bockmann Moreira (2013) observa que o artigo 174 do texto constitucional acrescenta que o Estado deve exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. E, no parágrafo primeiro disciplina que a lei estabelecerá diretrizes e base para o planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, que será incorporado e compatibilizado com os planos nacionais e regionais de desenvolvimento, dirigido à Administração Pública, mas também, às relações econômicas e seus serviços públicos e privados.

A Lei Complementar nº 123/2006, ao preceituar tratamento diferenciado para as micro e pequenas empresas, cumpre com o estabelecido pela Carta Magna, a respeito da função social, em grande medida, porque são funções sociais da empresa, como bem ressalta Jussara Borges Nasser (2002), o desenvolvimento regular de suas atividades empresariais com a observância dos mandamentos constitucionais; bem como, o dever de atender os interesses coletivos de todos os envolvidos na rede de produção e circulação de riquezas; além da eleição de políticas econômicas, sociais e éticas, indicativos de preços justos e concorrência leal; geração de empregos; manutenção regular do recolhimento de tributos e, por fim, agir de acordo com os usos e costumes sociais.

Em seu artigo primeiro estabelece as 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, especialmente no que se refere: à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias; ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias; ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, como inferi Ademir Nitschke Junior (2014). Assim como à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão e ao cadastro nacional único de contribuintes a que se refere o inciso IV do parágrafo único do art. 146, in fine, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), redação Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014 (BRASIL, 2014).

Justamente por ser a microempresa uma unidade produtora tão importante, o Estatuto da Micro e Pequena Empresa estabelece tratamento privilegiado a estas, traduzidos pela unificação dos regimes de impostos federais, estaduais e municipais (guia única), obedecendo assim, ao princípio da isonomia, redução da tributação; desoneração tributária das exportações de Micro e Pequenas Empresas; simplificação do processo de abertura e encerramento de empresas; facilitação no acesso ao crédito e aos serviços de inovação tecnológica; dispensa de

algumas obrigações trabalhistas; preferência nas compras governamentais e incentivo ao associativismo.

Esse tratamento visa diminuir sua hipossuficiência perante as grandes empresas, através da possibilidade de percepção de tributos em uma única guia (Simples Nacional). Como o incentivo à exportação, estímulo ao crédito, capitalização e à inovação tecnológica, e desburocratização no procedimento da inscrição e baixa dessas empresas, as obrigações trabalhistas simplificadas, o associativismo, as regras específicas quanto à recuperação judicial e falência, o acesso à Justiça. O Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte veio a corroborar com a ordem econômica constitucional, propiciando à microempresa a exercer sua função social, através do emprego da sustentabilidade econômica, ambiental e social, beneficiando-se com o ganho econômico e social, e propiciando a justiça social e o bem comum, inclusive no campo dos serviços públicos (GRAU, 2007, p. 107).

A função social e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no Brasil não estabelece uma diferenciação quanto a empresas brasileiras ou estrangeiras, valendo, portanto, a proteção às empresas de pequeno porte, independentemente de serem ou não brasileiras.

4 LICITAÇÕES PÚBLICAS E AS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

As licitações públicas, juntamente com os contratos da Administração Pública, estão disciplinadas na Lei 8.666 de 1993, que estabelece as normas pertinentes a contratação de obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; conferindo efetividade e informando os parâmetros de realização, ou seja, coube a ela regulamentar o inciso XXI, do artigo 37, da Constituição Federal.

Com o objetivo de beneficiar mais empresas, ampliando assim o rol de beneficiários do Simples Nacional, a LC 147/2014 (BRASIL, 2014) alterou a sistemática atual e estabeleceu novos procedimentos, como o critério para o enquadramento no regime diferenciado que não será mais o tipo de atividade e sim o porte e faturamento da microempresa ou empresa de pequeno porte.

Outras atividades que não eram contempladas por este regime diferenciado de recolhimento, passaram a enquadrar-se no Simples Nacional, tais como atividades de

natureza intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, beneficiando profissionais como médicos, advogados, e outras atividades do setor de serviços. A LC 147 possibilitou a abertura e o fechamento da microempresa e empresa de pequeno porte de forma mais eficiente e célere e foi criado ainda um cadastro único por CNPJ, dispensando os demais cadastros estaduais e municipais.

A nova lei fez algumas alterações também no que se refere ao ICMS devido por aqueles contribuintes sujeitos ao regime de substituição tributária, uma vez que ela contemplou de forma taxativa quais serão as atividades que deverão recolher o ICMS por substituição tributária a partir do ano de 2016. Com isso, aquela atividade que não esteja relacionada no rol previsto em lei (alínea “a”, inciso XIII, §1º do art. 13 da LC 123/06, com as alterações promovidas pela LC 147/14), estará dispensada de recolher o ICMS por substituição tributária. Vale frisar que na antiga redação dada pela LC 123/06, não havia a descrição das atividades em que se exigia o ICMS por substituição tributária, de forma que toda e qualquer atividade sujeita a este regime, deveria recolher o ICMS nas duas formas (Simples Nacional e por Substituição Tributária).

Todavia, embora a LC 147 tenha beneficiado alguns setores, passando a regulamentar novos aspectos do Simples Nacional que é de extrema importância para a microempresa e empresa de pequeno porte que adere a esse tipo de regime diferenciado, essa nova lei, por outro lado, pode acarretar no aumento da carga tributária para algumas atividades.

Nas licitações é assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, ou seja, aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada. Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido é de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Para efeito do disposto no art. 44 da Lei Complementar 123/06 (BRASIL, 2006), ocorrendo o empate, 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.

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 (BRASIL, 2006), na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito e no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos

intervalos estabelecidos pela lei, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta. 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. A microempresa e a empresa de pequeno porte titular de direitos creditórios decorrentes de empenhos liquidados por órgãos e entidades da União, Estados, Distrito Federal e Município não pagos em até 30 (trinta) dias contados da data de liquidação poderão emitir cédula de crédito microempresarial.

A Constituição de 1988 no art. 179 estabeleceu que nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, que devem estar expressamente previstos no instrumento convocatório para serem aplicados (BRASIL, 1988).

No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.

Os benefícios referidos no artigo LC 147/14 (BRASIL, 2014), justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.

As prerrogativas garantidas pelo legislador suscitaram diversas críticas, antes mesmo da LC 147/14 (BRASIL, 2014), como o direito de preferência atrelado ao empate ficto variável entre 5% e 10%, a regularização fiscal *a posteriori* (tardia) – habilitação diferenciada e a possibilidade de realização de licitações de até oitenta mil reais exclusivas às microempresas e empresas de pequeno porte. Todavia, para Ferreira, fez despertar a melhor doutrina na reflexão da necessidade de licitações com uma finalidade extraordinária (FERREIRA, 2012, p. 68).

5 GARANTIA DA PROPOSTA NA FASE HABILITAÇÃO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS E A INCOMPATIBILIDADE DE EXIGÊNCIA

A garantia da proposta é um requisito que pode ser exigível como um dos para comprovação da qualificação econômico-financeira, nas hipóteses de compra para entrega

futura e execução de obras e serviços, na fase de habilitação nas licitações públicas.

Primeiramente, as modalidades de licitação estão taxativamente previstas no artigo 22 da Lei 8.666/93, não podendo ser criadas novas e nem combinadas umas com as outras, são elas, concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação para obras e serviços de engenharia, convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) e concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); e para compras e serviços não referidos no inciso anterior, convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) e concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) (BRASIL, 1993).

As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala. Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação.

A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País. Nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência.

É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

Na compra de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o

conjunto ou complexo, é permitida a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação, com vistas a ampliação da competitividade, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala. No caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro dos valores mencionados no caput deste artigo quando formado por até três entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número.

Para a habilitação nas licitações são exigidos dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Para tanto, a documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consiste em cédula de identidade, registro comercial, no caso de empresa individual, ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores, inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício e decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir, como dispõe o art. 27 e 28 da Lei 8666/93 (BRASIL, 1993).

No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, no mesmo art. 30 da Lei 8666/93, prevê a exigência pela Administração da metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos. Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais (BRASIL, 1993).

O art. 31 da Lei Geral das Licitações (BRASIL, 1993) define que a documentação relativa à qualificação econômico-financeira consiste no balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de três meses da data de apresentação da proposta; a certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física; a garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor

estimado do objeto da contratação (BRASIL, 1993).

Dessa maneira, a exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

A Administração, tanto nas compras para entrega futura e na execução de obras como nos serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 da Lei 8666/93, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado. O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais (BRASIL, 1993).

Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação. A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial, poderão ser dispensados, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.

O certificado de registro cadastral a que se refere o § 1º do art. 36 substitui os documentos enumerados nos arts. 28 a 31 da Lei 8666/93, quanto às informações disponibilizadas em sistema informatizado de consulta direta indicado no edital, obrigando-se a parte a declarar, sob as penalidades legais, a superveniência de fato impeditivo da habilitação. A documentação referida poderá ser substituída por registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, desde que previsto no edital e o registro tenha sido feito em

obediência ao disposto nesta Lei (BRASIL, 1993).

As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências anteriores mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente.

Como na garantia mencionada, como requisito necessário a comprovação da qualificação econômico-financeira, segundo Jaime Rodríguez Arana Muñoz (2010), não está expressamente disposta como uma garantia de execução ou uma garantia de proposta, na prática ela é também utilizada como critério para as empresas participarem da licitação pública, até porque ela está na fase de habilitação e apresentação dos documentos de verificação da possibilidade de concorrência, garantindo a “igualdade de oportunidade”.

Dessa forma, o art. 31, III da Lei 8.666/93, permite que o órgão público exija das empresas licitantes a apresentação de garantia da proposta, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado da contratação. Contudo, a Constituição Federal é muito clara ao dispor, no art. 37, inciso XXI, que a Administração Pública somente poderá fazer exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1993).

Destarte, a participação e apresentação de propostas nas licitações públicas não consubstanciam obrigações propriamente ditas, mas sim, prerrogativas conferidas por lei, a todos aqueles que desejam fornecer bens e serviços para a Administração Pública. Logo, o dispositivo constitucional fala em exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações contratuais e não dos termos das propostas apresentadas pelos licitantes.

Por essa razão, que a exigência da garantia da proposta é de toda incompatibilidade e até mesmo, inconstitucional, apesar de muitos doutrinadores acreditarem que ela é necessária para garantir a consistência das propostas, não é, porque não substituirá e nem se afastará a garantia da execução, que serve para esta finalidade. Como propõe Javier Parquet Villagra (2010), cabe ao Estado, por sua vez, precisa assegurar a satisfação direta, eficiente e sustentáveis dos cidadãos.

Para aqueles que defendem a legalidade do art. 31, III, da Lei 8.666/93, são necessários três indispensáveis limites de validade, primeiramente, o objeto da licitação deverá exigir do particular, de modo preponderante, investimento de recursos financeiros para o cumprimento do contrato. Obviamente toda contratação pressupõe que as partes contratantes disponham de recursos financeiros, mas, estes nem sempre configuram a força motriz do contrato. Em alguns casos, o fator preponderante da prestação obrigacional é a

tecnologia do contratado, em outros casos, são os recursos humanos, em outros, a experiência técnica. Quando assim ocorrer, o órgão público deverá dispensar a garantia da proposta.

A garantia ofertada pelo licitante deverá ser devolvida quando do término do prazo de validade da proposta, geralmente fixado em 60 (sessenta) dias, e nunca por ocasião da assinatura do contrato, conforme muitos editais estabelecem. Este é o entendimento de diversos julgados proferidos pelos tribunais pátrios, uma vez que a legislação é omissa a esse respeito. Nesse sentido, a decisão do Agravo de Instrumento nº 2005.008891-3 pela Segunda Câmara de Direito Público do TJSC.

Outro limite importante de ser observado é quanto à garantia prestada pelo licitante ser restituída, quando em dinheiro, atualizada monetariamente, conforme analogia do § 4º, art. 56 da Lei 8.666/93, que trata da devolução da garantia do contrato.

A exigência de garantia da proposta, considerada inconstitucional para autores como Justen Filho (2012, p.547), e para outros, como Pestana (2013, p.686) que consideram necessária para garantir a consistência das propostas. O fato é que tal exigência restringe a participação das micro e empresas de pequeno porte, em grande medida pelo impacto financeiro que acarreta no fluxo de caixa dessas empresas. Situação diversa das empresas de médio e grande porte que suportam com maior facilidade o valor da garantia da proposta. Tornando, assim, o tratamento diferenciado para as micro/empresa de pequeno porte inócuo no que se refere às garantias de proposta.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importância da microempresa no desenvolvimento econômico brasileiro torna-se explícita pelo conjunto da atividade empresarial e, ainda, por ser responsável em colocar em prática os princípios da valorização do trabalho humano, da livre iniciativa, da redução de desigualdades regionais e sociais, do pleno emprego e da função social.

Para Augusto Durán Martínez (2010), justamente por ser a microempresa uma unidade produtora tão importante, o Estatuto da Micro e Pequena Empresa estabelece tratamento privilegiado a estas, traduzidos pela unificação dos regimes de impostos federais, estaduais e municipais (guia única), obedecendo assim, ao princípio da isonomia, redução da tributação; desoneração tributária das exportações de Micro e Pequenas Empresas; simplificação do processo de abertura e encerramento de empresas; facilitação no acesso ao crédito e aos serviços de inovação tecnológica; dispensa de algumas obrigações trabalhistas; preferência nas compras governamentais e incentivo, como a atividade

prestacional.

Sob este raciocínio, o tratamento diferenciado visa diminuir a hipossuficiência das micro/empresa de pequeno porte perante as grandes empresas, através da possibilidade de percepção de tributos em uma única guia (Simples Nacional), incentivo à exportação, estímulo ao crédito, capitalização e à inovação tecnológica, e desburocratização no procedimento da inscrição e baixa dessas empresas, as obrigações trabalhistas simplificadas, o associativismo, as regras específicas quanto à recuperação judicial e falência, o acesso à Justiça. O Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (BRASIL, 2006) veio corroborar com a ordem econômica constitucional, propiciando à microempresa a exercer sua função social, através do emprego da sustentabilidade econômica, ambiental e social, beneficiando-se com o ganho econômico e social, e propiciando a justiça social e o bem comum.

A Administração poderá estabelecer, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 da Lei 8666/93, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

O que se pretendeu evidenciar é que a garantia da proposta demonstra prevista no art. 31, III, §2º da Lei 8.666/93, demonstra-se incompatível com o princípio da competitividade, essência do processo licitatório. Não se vislumbra afastar a garantia de execução da obra ou serviço que devem ser licitados, entretanto, a garantia de proposta inviabiliza a competição das micro e empresas de pequeno porte em diversas licitações num determinado período de tempo, em certa medida, comprometendo o capital de giro destas empresas (BRASIL, 1993).

Conclui-se, assim, a garantia da proposta na fase de habilitação das licitações públicas, para comprovação da qualificação econômico-financeira, sendo exigível de forma igualitária entre microempresas/empresas de pequeno porte e médias/grandes empresas contraria os preceitos de tratamento diferenciado e desenvolvimento nacional sustentável. Isto porque dificulta e inviabiliza as pequenas empresas de concorrerem em várias licitações ao mesmo tempo, ou mesmo, em apenas uma de grande vulto, uma vez que, pode comprometer o capital social dessas empresas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BRASIL. Senado Federal. Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Lei Complementar nº 123/2006. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em 2 mai. 2015.

BRASIL. Senado Federal. Lei de licitações e contratos da Administração Pública. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em: 20. mar. 2015.

BRASIL. Senado Federal. Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014. Brasília 2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp147.htm>. Acesso em; 4 jul. 2015.

BRASIL. Senado Federal. Lei 12.349/2010. Brasília, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm. Acesso em: 5 mar. 2015.

CARNEIRO, Breno Zaban. **Barreiras à entrada e habilitação em licitação: o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal visto sob as perspectivas do Direito Administrativo e do Direito Antitruste**. Brasília. 2008. Mestrado em Direito, Estado e Constituição – Universidade de Brasília. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/2608/1/2008_BrenoZabanCarneiro.pdf> Acesso em 30.nov.2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FAGANELLO, Matheus Rocha. **Requisitos de habilitação em licitações públicas: controle da discricionariedade administrativa**. Porto Alegre. 2011. Mestrado em Direito Público – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/40223>> Acesso em 29.nov.2014.

FERREIRA, Daniel; GIUSTI, Anna Flávia Camilli Oliveira. A licitação pública como instrumento de concretização do direito fundamental ao desenvolvimento nacional sustentável. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, abr./jun. 2012. Disponível em: <<http://conhecaperiodicos.editoraforum.com.br/artigos/AEC.pdf>>. Acesso em: 30.nov.2014.

FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **Contratação direta e entidades do Terceiro Setor: possibilidades, parâmetros e limites no contexto da Lei nº 12.349/10**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 11, n. 126, jun-2012.

_____. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum. 2009.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. **Função Social e Função Ética da Empresa**.

Revista Jurídica da Unifil, Ano II, nº 2. 2002. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica_02-4.pdf> Acesso em: 28.nov.2014.

FONT Y LLOVET, Tomàs. **Desarrollo reciente de los instrumentos de la administración consensual en España**. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). Uma avaliação das tendências contemporâneas de direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. A LC n. 123 e os benefícios para pequenas empresas nas licitações públicas. In: BACELLAR FILHO; SILVA. (Org.) **Direito administrativo e integração regional**: Anais do V Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul e X Congresso Paranaense de Direito Administrativo.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

KOLADICZ, Aline Cristina. **A atividade empresarial socioambientalmente responsável e sustentável pela via do fomento estatal**. Curitiba. 2009. Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania – UNICURITIBA. Disponível em: <<http://tede.unicuritiba.edu.br/dissertacoes/AlineKoladicz.pdf>> Acesso em 29.nov.2014.

LORGA, Marco Antonio. Direito Empresarial e desenvolvimento social: políticas públicas para as micro e pequenas empresas. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, Curitiba, v. 2, n. 29. 2012. Disponível em <revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/download/521/405> Acesso em 28.nov.2014.

MARTÍNEZ, Augusto Durán. Derechos prestacionales e interés público. In: BACELLAR FILHO; SILVA. (Org.) **Direito administrativo e integração regional**: Anais do V Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul e X Congresso Paranaense de Direito Administrativo.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. El interés general como categoría central de la actuación de las administraciones públicas. In: BACELLAR FILHO; SILVA. (Org.) **Direito administrativo e integração regional**: Anais do V Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul e X Congresso Paranaense de Direito Administrativo.

NITSCHKE JÚNIOR, Ademar. **A atividade empresarial no Brasil e a ordem econômica na Constituição Federal de 1988 – A necessária harmonia para a promoção do**

desenvolvimento econômico e redução das desigualdades sociais. Curitiba. 2008. Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania – UNICURITIBA. Disponível em: <<http://tede.unicuritiba.edu.br/dissertacoes/AdemarNitschkeJunior.pdf>> Acesso em 29.nov.2014.

OLIVEIRA, Gilson Batista de. **Uma discussão sobre o conceito de desenvolvimento.** In: Revista FAE, Curitiba, v.5, n.2, mai/ago, 2012, p. 38.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

PESTANA, Marcio. **Licitações Públicas no Brasil: exame Integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002.** São Paulo: Atlas, 2013.

SALGADO, Eneida Desiree. Constituição e Democracia - **Tijolo por tijolo em um desenho(quase) lógico: Vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro.** 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento.** In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). Regulação e desenvolvimento. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTA CATARINA (Estado). Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 2005.008891-3, Comarca da Capital. Agravante: Engeplan Terraplenagem, Saneamento e Urbanismo Ltda. Agravados: Diretor Geral do Departamento Estadual de Infra-Estrutura - DEINFRA/SC e Presidente da Comissão Permanente de Licitação do Departamento Estadual de Infra-Estrutura - DEINFRA/SC.

SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. Anuário do Trabalho na Micro e Pequena Empresa 2013. 6. ed. Brasília: DIEESE, 2013. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Anuario%20do%20Trabalho%20Na%20Micro%20e%20Pequena%20Empresa_2013.pdf> . Acesso em: 5 mai. 2015.

SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. A Evolução das microempresas e empresas de pequeno porte 2009 a 2012. Séries Estudos e Pesquisas, Junho. 2014. Disponível em: <[http://bis.sebrae.com.br/GestorRepositorio/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/800d694ed9159de5501bef0f61131ad4/\\$File/5175.pdf](http://bis.sebrae.com.br/GestorRepositorio/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/800d694ed9159de5501bef0f61131ad4/$File/5175.pdf)> Acesso em 28.nov.2014.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006.

VILLAGRA, Javier Parquet. El estado, su renovación y las nuevas certezas jurídicas. La gestión administrativa y su traslación. In: BACELLAR FILHO; SILVA. (Org.) **Direito administrativo e integração regional:** Anais do V Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul e X Congresso Paranaense de Direito Administrativo.