

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA – UNICURITIBA
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EMPRESARIAL E CIDADANIA**

ANGELO SOLANO CATTONI

**AS TÉCNICAS LICITATÓRIAS DE FOMENTO ÀS MICROEMPRESAS E
EMPRESAS DE PEQUENO PORTE PARA O DESENVOLVIMENTO LOCAL E
REGIONAL: PERSPECTIVAS DAS LEIS COMPLEMENTARES N° 123/2006;
147/2014; LEI N° 8.666/1993, SUAS ALTERAÇÕES E CONSTITUIÇÃO FEDERAL
DE 1988**

CURITIBA

2015

ANGELO SOLANO CATTONI

**AS TÉCNICAS LICITATÓRIAS DE FOMENTO ÀS MICROEMPRESAS E
EMPRESAS DE PEQUENO PORTE PARA O DESENVOLVIMENTO LOCAL E
REGIONAL: PERSPECTIVAS DAS LEIS COMPLEMENTARES N° 123/2006;
147/2014; LEI N° 8.666/1993, SUAS ALTERAÇÕES E CONSTITUIÇÃO FEDERAL
DE 1988**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em
Direito Empresarial e Cidadania do Centro
Universitário Curitiba, como requisito para a
obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Daniel Ferreira

CURITIBA

2015

Presidente:

Professor Doutor Daniel Ferreira
Orientador

Professor Doutor Fernando Gustavo Knoerr
Membro Interno

Professor Doutor Eduardo Biacchi Gomes
Membro Externo

Curitiba, 30 de Junho de 2015.

Dedico este trabalho à minha avó OSVALDINA LENZI, segunda mãe, mulher forte que sempre foi grande incentivadora da minha educação e formação profissional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Grande Orientador “Deus”, razão de viver de todo ser racional ou não.

Agradeço minha querida mãe Dalva Lenzi Cattoni (*in memoriam*), que se dedicou à criação dos filhos acima de tudo, até mesmo da sua saúde, proporcionando a chance de sucesso com educação de caráter e ensinando princípios basilares da vida.

Agradeço especial a minha avó Osvaldina Lenzi, que na falta da minha mãe substituía com maestria de segunda mãe, terminando a missão de me criar e educar.

Agradeço à família pela formação da personalidade e da educação, mormente meu Tio Célio Lenzi, exemplo de homem de caráter, que sempre me orientou e tratou como filho.

Agradeço a minha querida esposa Luciana Degenhardt Cattoni, companheira de todos os momentos, tanto na minha formação educacional, quanto na profissional, a qual soube compreender as inúmeras horas dedicadas a esta pesquisa, abdicando de vários momentos de lazer e de diversão, para me acompanhar nesta jornada de estudo e aperfeiçoamento.

Agradeço à UNICURITIBA, direção e colaboradores, por serem atenciosos e prestativos, sendo exemplo de qualidade e referência no curso de Direito.

Agradeço ao Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania, equipe dedicada e competente de funcionários, professores, mestrandos e egressos, que fazem deste programa referência na especialidade do Direito Empresarial.

Agradeço à Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr, pessoa dedicada, política e fraterna, que sempre destina sua intelectualidade para atender com atenção aos acadêmicos e ao curso, internamente e externamente perante aos órgãos de qualificação.

Agradeço, imensamente, ao Professor Doutor Daniel Ferreira, profissional dedicado ao estudo do Direito Administrativo Brasileiro, discípulo de outro grande jurista Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, pessoa devota a Deus, homem de personalidade forte, grande mestre em sala de aula e fora dela, honrou-me por aceitar o desafio de me orientar e traçar a linha de pensamento desta pesquisa.

Agradeço aos colegas do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania, onde fiz grandes amigos e algumas parcerias profissionais que acredito perdurarem por toda vida.

Agradeço a todos os colaboradores da Advocacia Cattoni, Luciana, Camila, Simone, Fernanda, Tamara, Carine, Jonas, Marcel, Emílio, Mateus e, ao grande sócio Tarcísio Castro Trierweiler pelo apoio e compreensão na ausência.

Agradeço aos amigos por compreender minha ausência nos encontros semanais, nas diversas atividades recreativas e nos diversos grupos da sociedade civil de que faço parte.

RESUMO

A Constituição Federal elenca a garantia do desenvolvimento nacional como um dos objetivos da República Federativa do Brasil. Tendo adotado o modelo econômico liberal com fundamento na livre iniciativa, no valor social do trabalho e na dignidade humana, adotou, ainda, por princípio da ordem econômica, entre outros, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e proteção à microempresa e empresa de pequeno porte. Tomando por base que a liberdade de iniciativa é exercida, no Brasil, em grande parte por microempresários e empresários de pequeno porte oriundos, no mais das vezes, do emprego formal, é vital para que se alcance o objetivo constitucionalmente pretendido que tais formas empresariais sejam tuteladas de maneira distinta pelo ordenamento jurídico. Tal proteção legal possibilitará a participação de tais empresários no mercado de modo a favorecer não só o crescimento e fortalecimento das atividades econômicas desempenhadas individualmente como, de forma mais ampla, o tão festejado desenvolvimento nacional à medida que se criam empregos, arrecadam-se impostos, desenvolve-se tecnologia em produtos e serviços colocados à disposição do consumidor, tudo de modo a contribuir para a constituição de uma economia sólida. Uma das formas encontradas pelo legislador para dar efetividade ao comando constitucional foi a criação das Leis n. 123/2006 e 147/2014 de fomento que, alterando substancialmente a Lei de Licitações, dá tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na contratação com o Estado e entes da Administração Pública. A presente pesquisa objetiva a análise do tratamento diferenciado nas contratações com a Administração Pública como forma de fomento à atividade empresarial das microempresas e empresas de pequeno porte e o desenvolvimento local e regional.

PALAVRAS CHAVE

Fomento; microempresa e empresa de pequeno porte; desenvolvimento local e regional; licitações.

ABSTRACT

The Constitution lists the guarantee of national development as one of the objectives of the Federative Republic of Brazil. Having adopted the liberal economic model on the basis of free enterprise, the social value of work and human dignity, adopted also by the principle of economic order, among others, the reduction of regional and social inequalities, the pursuit of full employment and protection microenterprise and small business. Based on that freedom of initiative is exercised in Brazil, largely for microentrepreneurs and small entrepreneurs from, in most cases, formal employment is vital for achieving the constitutionally required objective that such business forms are supervised differently by the legal system. Such legal protection enables the participation of such entrepreneurs in the market to favor not only the growth and strengthening of economic activities performed individually as, more broadly, the highly celebrated national development as they create jobs, if collect-taxes, develops technology products and services offered to the consumer, all in order to contribute to the creation of a sound economy. One of the ways found by the legislator to give effect to the constitutional command was the creation of the Laws n. 123/2006 and 147/2014 which substantially changing the Bidding Law, gives preferential treatment to micro and small businesses in contracting with the state and entities of the Public Administration. This research aims to analyze the differential treatment in hiring in the public sector as a way of fostering entrepreneurial activity of micro and small businesses.

KEYWORDS:

Promotion; micro and small business; local and regional authorities development; bidding.

Sumário	
RESUMO	5
ABSTRACT	6
INTRODUÇÃO	9
1 FOMENTO	12
1.1 Intervenção do estado no domínio econômico	12
1.2 Fomento administrativo	17
1.1.1. Função regulatória	21
1.1.2. O dever-poder de fomentar do Estado.....	26
1.1.3. Princípios informadores da atividade de fomento	29
2 DESENVOLVIMENTO	34
2.1 Direito do desenvolvimento e direito ao desenvolvimento	36
2.2 Dimensões do desenvolvimento	39
2.3 Desenvolvimento nacional	47
2.4 Desenvolvimento local e regional	52
3 FOMENTO NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS COMO MEIO DE DESENVOLVIMENTO LOCAL E REGIONAL	55
3.1 Tratamento diferenciado à luz da Constituição Federal	56
3.2 Modalidades licitatórias à luz da Lei de Licitações alterada	59
3.2.1 Contratação exclusiva.....	62
3.2.2 Subcontratação compulsória.....	68
3.2.3 Aquisição parcial.....	73
3.3 Técnicas editalícias	75
3.3.1 Cláusula de apresentação de documento de regularização fiscal posterior.....	76
3.3.2 Cláusula de desempate	79
3.3.3 Cláusula de escolha da modalidade	84
3.3.4 Cláusula de retirada de edital junto à Administração Pública Municipal ..	86
3.3.5 Cláusula de obrigatoriedade sede da empresa municipal ou regional.....	88
CONSIDERAÇÕES FINAIS	90
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	92

INTRODUÇÃO

O empreendedorismo no Brasil é forte braço do sistema econômico, tendo nas microempresas sua base de sustentação. É dever constitucional do Estado fomentar esta modalidade empresarial como forma de promover o desenvolvimento nacional sustentável.

Tomando por base tal premissa, a presente pesquisa objetiva a análise do tratamento diferenciado para contratação de microempresas e empresas de pequeno porte com a Administração Pública por meio de licitação como mecanismo eficaz para promoção do desenvolvimento local e regional.

Para chegar uma delimitação lógica-jurídica sobre aplicação do tratamento diferenciado, analisará o conjunto normativo, partindo-se da Constituição Federal de 1988, para, posteriormente, observar as alterações introduzidas pelas Leis Complementares nº 123 de 2006 e nº 147 de 2014 na Lei nº 8.666 de 1993 – Lei de Licitações.

Com o marco legal que instituiu a finalidade da licitação como desenvolvimento, seja na esfera nacional pela Lei nº 10.349 de 20010, seja na esfera municipal e regional pela Lei Complementar nº 147 de 2014, importa que se dê efetividade ao comando legal. Para tanto é necessária a firme conduta dos agentes políticos e públicos no momento da elaboração, publicação do edital convocatório e execução do processo licitatório.

Por outro lado, pretende-se a análise do fomento como mecanismo de tratamento diferenciado nos processos licitatórios das microempresas e empresas de pequeno porte para a redução das desigualdades regionais, geração de empregos, acesso ao mercado, aplicação de políticas públicas entre outros.

Na primeira parte do estudo, são abordadas as formas intervencionistas do Estado no domínio econômico, através das modalidades previstas pela Carta Magna, destacando-se o fomento administrativo. Aborda-se a importância deste mecanismo como forma de possibilitar o desenvolvimento desejado pelos anseios sociais expressos na Constituição Republicana.

Discorre-se sobre o papel da intervenção estatal na economia e a sua intenção de atender algum déficit na ordem social. Neste vértice, buscar-se-á identificar se os agentes políticos conhecem a prática do fomento e estão utilizando paralelamente a licitação pública como instrumento de fomento administrativo.

Em seguida, serão analisados os benefícios proporcionados pelo fomento à sociedade, ante a perspectiva de geração de emprego e renda, redução das desigualdades e incremento na atividade econômica. Neste sentido, ressalta-se a importância do fomento nos meios licitatórios como forma de incentivar e estimular as microempresas e o desenvolvimento local e regional.

Ao final desta primeira etapa da pesquisa, salienta-se que o fomento administrativo é um importante mecanismo constitucional e que o agente político deve fomentar as atividades empresariais e econômicas, sempre plasmado no interesse coletivo.

O Capítulo II trata desenvolvimento, seus conceitos e distinções. Neste tópico da pesquisa se abordará direito ao desenvolvimento, suas dimensões e o aspecto normativo do desenvolvimento nacional, regional e local.

Neste momento do presente estudo, averigua-se as diferentes nuances dos conceitos de desenvolvimento e a sua interligação com outras áreas. Posteriormente, são abordadas informações relacionadas sobre Direito ao Desenvolvimento.

O segundo capítulo aponta as características das dimensões do desenvolvimento. Analisa, assim, outras perspectivas além da questão econômica. Também são apresentadas as diferenças entre os conceitos de crescimento econômico e de desenvolvimento, que ainda são confundidos.

Outra temática desenvolvida neste segundo momento do trabalho diz respeito à abordagem sobre os dispositivos constitucionais que preveem o desenvolvimento nacional brasileiro, considerando-se a importância deste mecanismo para a sociedade. Neste vértice, avalia-se se existem instrumentos jurídicos que garantam o efetivo planejamento e a execução destas ações.

Destaca-se ainda a temática do desenvolvimento local e regional, visando a redução das desigualdades regionais, que podem ser minimizadas através de mecanismos como o fomento administrativo e o tratamento diferenciado de contratação de empresas de pequeno porte através da modalidade de fomento administrativo, como forma de promover a distribuição justa e solidária da riqueza adquirida pelo capital e minimizar as desigualdades sociais, proporcionando desta forma a melhoria da qualidade de vida da população.

O Capítulo III apresenta as técnicas licitatórias de tratamento diferenciado utilizadas como forma de fomento ao desenvolvimento local e regional, visando a

contratação de empresas de pequeno porte, como instrumento de desenvolvimento local e regional.

Desta forma, são demonstradas as possibilidades legais da Administração Pública desenvolver políticas públicas e fomentar os pequenos empreendimentos, como forma de promover a geração de renda e emprego, no âmbito municipal.

Importa salientar que esta terceira etapa aborda as técnicas legislativas de fomentos licitatórios diferenciados para contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, a partir do ordenamento jurídico brasileiro, da Constituição Federal de 1988, da Lei Complementar nº 123 de 2006 e da Lei Complementar nº 147 de 2014.

Analisar-se-á, ainda, os preceitos normativos contidos na Lei Complementar nº 123 de 2006 (alterações dadas pela Lei Complementar nº 147 de 2014) e Lei nº 8.666 de 1993 (Lei de Licitações), como instrumento de fomento de contratação de microempresas e pequenas empresas com Poder Público, por meio das licitações, bem como se atinge sua finalidade de promoção do desenvolvimento local e regional.

Pretende-se, por fim, demonstrar que, a despeito do pouco uso, as técnicas de fomento são imprescindíveis ao exercício da atividade econômica do microempresário e empresário de pequeno porte alavancando não só a atividade empresarial individual mas, de forma ainda mais relevante, possibilitando a concretização do princípio constitucional de desenvolvimento nacional, regional e local.

1 FOMENTO

O fomento administrativo é uma das modalidades de intervenção estatal, sendo mecanismo de extrema importância ao desenvolvimento desejado pelos anseios sociais expressos na Constituição, acima de tudo na aplicação das políticas públicas e programas governamentais (KNOERR; LORGA, 2013).

As políticas públicas e programas governamentais têm por objetivo instrumentalizar os direitos assegurados na Carta Magna de 1988, não sendo apenas uma opção da Administração Pública, mas poder-dever de concretizá-la (OLIVEIRA, 2006, p. 525)¹.

1.1 Intervenção do estado no domínio econômico

A intervenção estatal na sociedade é toda ação do Estado que cria, modifica, ou extingue direitos e situações, com o escopo de alcançar os objetivos almejados pelo Estado. Estas formas intervencionistas podem ser divididas em duas áreas: interferência na vida privada e intervenção no domínio econômico (MELLO, Celia, 2003, p. 1).

A intervenção estatal é, assim, um indispensável mecanismo que a Administração Pública possui para auxiliar a gerência e o fomento das atividades que busca desenvolver, seja da área econômica, empresarial ou social (GRAU, 2008, p. 24).

O Estado deve intervir no domínio econômico quando for necessário, para reprimir abuso econômico de grandes conglomerados empresariais, controle de abastecimento, tabelamento de preços, instauração de empresas estatais e de monopólio, entre outros (FONSECA, 2006, p. 67).

No mesmo sentido, Celia Mello (2003, p. 12) defende:

No domínio econômico, a intervenção estatal efetiva-se basicamente, pela repressão ao abuso econômico, pelo controle do abastecimento, pelo tabelamento de preços e ainda pela constituição de empresas estatais e de instituições de monopólios.

¹ E a licitação pública, como se verá, deve ser utilizada como instrumento de fomento administrativo, aplicando-se discrimen como forma de equiparar as forças empresariais e de realizar o desenvolvimento local e regional.

A intervenção estatal no domínio econômico apenas se admite de forma excepcional de fomento na livre atividade empresarial, não podendo acontecer ao bel-prazer dos agentes políticos, sob pena de configurar abuso (BREUS, 2007, p. 12).

A intervenção no domínio econômico estabelece a regulamentação e a fiscalização da atividade econômica de natureza privada, bem como, a atuação direta do Estado no domínio econômico (MELLO, Celia, 2003, p. 27).

Aos particulares, cabe a prestação das atividades econômicas, enquanto o Estado é responsável pelo oferecimento dos serviços públicos e outros entes indiretos (fundações, autarquias, concessionárias etc.). De forma absolutamente excepcional, o Estado poderá exercer atividade econômica, normalmente mediante parceria com iniciativa privada, sob duas justificativas: segurança nacional ou relevante interesse coletivo (MELLO, Celso A, 2012, p. 809).

A intervenção demasiada no domínio econômico pela Administração Pública, mormente na modalidade do Estado Social Democrático de Direito, vem se mostrando ineficaz e obsoleta, devendo-se avançar para um novo modelo de Estado Fomentador.

No Brasil, a prática do fomento ainda é pouco utilizada pelos agentes políticos, seja porque a desconhecem totalmente ou por falta de vontade destes em aplicar de forma planejada e impessoal, a pretexto de falta recursos financeiro².

É imperioso salientar que ficará ao encargo da Lei, definir quando (tempo) e como (de que forma), o Estado utilizará da técnica de intervenção estatal, para influenciar a ordem econômica. Contudo, por evidente que a orientação primeira há de ser encontrada na Constituição³.

No entendimento de Bandeira de Mello (2012, p. 806), cada país possui seu contorno de interesses e anseios do povo pela Carta Magna, a qual determinará as modalidades de intervenção administrativa do Estado, no domínio econômico e no domínio social.

Para tanto, o artigo 170 da Constituição Federal enumera os princípios gerais da atividade econômica, dentre os quais destacam-se a livre concorrência, redução

² A capacitação dos agentes públicos (administrativos ou políticos) e a disseminação do conhecimento das técnicas licitatórios de fomento é de suma importância para aplicação eficiente do instrumento de promoção do desenvolvimento local e regional. O Estado deve estimular a iniciativa privada e fomentar o desenvolvimento local, regional e nacional, não com o único intuito de ser coletor de impostos, modelo ineficaz de gestão administrativa, como se verifica no atual Estado Brasileiro, mas de promover o desenvolvimento sustentável.

³ Ou seja, com subordinação à lei – que exige a promoção do desenvolvimento nacional sustentável por meio das licitações públicas, com caráter finalístico. Logo, sem exceções, salvo quando essa terceira finalidade legal não puder ser satisfeita, por razões de fato ou de Direito, mas sempre como motivação prévia, robusta e congruente (FERREIRA, 2012, p. 66).

das desigualdades regionais, busca do pleno emprego, e tratamento diferenciado às microempresa e empresas de pequeno porte.

A regra é o livre exercício da atividade econômica pela iniciativa privada, sendo que a Constituição autoriza intervenção estatal na ordem econômica no parágrafo único do artigo 170, salvo previsão legal.

Esta busca da justiça social fez vários dos princípios serem encartados no Título VII Da ordem econômica e financeira (art. 170), quanto no Título VIII Da ordem social (art. 193) (MELLO, 2012, p. 807).

O artigo 193 da Constituição Federal prevê expressamente que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. Desta maneira, verifica-se que a Constituição Republicana admite a intervenção estatal no domínio econômico, mesmo que de forma excepcional, respeitando os princípios constitucionais, sob as justificativas da segurança nacional ou da soberania (FERREIRA, 2012, p. 39).

Para Celia Mello (2003, p. 12), são várias as modalidades de intervenção nas quais o Estado é autorizado pela Carta Magna a interferir na atividade econômica, seja de forma direta ou indireta.

A modalidade direta de intervenção na atividade econômica se perfaz mediante serviço público ou agindo como agente econômico. Pimenta (2002, p. 39) leciona que na forma direta da intervenção estatal no domínio econômico:

[...] o Estado age diretamente no campo econômico por meio de empresa pública, sociedade de economia mista, ou subsidiária. Ou seja, o ente público pratica operações mercantis, atos de interposição na efetivação de trocas, agindo com os demais sujeitos que atuam nos fenômenos econômicos.

O Estado pode exercer tanto a atividade de forma excepcional, diretamente por pessoas jurídicas ou por estímulo fiscal e financeiro a partir da utilização do fundo perdido (MELLO, Celso A., 2012, p. 810). Torna-se evidente que a Constituição Federal veta que o Estado Brasileiro obrigue o particular, para que atinja os seus objetivos, mas permite que influencie, incentive e promova as condutas desejáveis (MELLO, Celia, 2003, p. 27).

A forma indireta disciplina o exercício da atividade econômica, pela competência legislativa e regulatória (art. 174) (JUSTEN FILHO, 2013, p. 694-695). Pimenta (2002, p. 39-40) assevera sobre a modalidade indireta:

Na segunda modalidade de intervenção, o Estado atua como agente normativo e regulador da atividade econômica (CF, art. 174). Nesta hipótese, deverá necessariamente estar exercendo funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Neste vértice, o Estado age de forma direta com três características: fiscalizar, incentivar e planejar.

Grau (2000, p. 65) determina:

A Constituição Federal de 1988 adotou um sistema de mercado, ou seja, permanece com o sistema econômico capitalista, porém com normas voltadas para a construção de um modelo de Estado Social, com a valorização do trabalho e justiça social. Verifica-se, ainda, o cunho social ao preocupar-se com a redução de desigualdades, erradicação da pobreza e marginalização e busca de pleno emprego. No entanto, para alcançar esses objetivos, o legislador consentiu a intervenção do Estado na economia não somente como participante, mas, também, como regulador. Assim, ao intervir na economia, o Estado tem outra função: fiscalizador, na qual pode controlar o comportamento da iniciativa privada no que tange ao cumprimento dos princípios informadores da ordem econômica; incentivador: por meio do estímulo ao desenvolvimento de atividades econômicas através da concessão de benefícios; e planejamento, que é o principal instrumento para implementar de forma concreta todos os objetivos instituídos.

Para Grau, o planejamento contido na Constituição Federal trata-se planejamento de o desenvolvimento econômico. O desenvolvimento econômico planejado faz parte do poder-dever do Estado, almejado pelo agente político como norte de aplicação das políticas públicas de governo e dos atos de fomento de incentivo à atividade empresarial. Apenas com este fito, alcançará o Estado desenvolvimentista.

Peixinho e Ferraro (2008, p. 6952-6973) apresentam crítica à realidade brasileira quando, ao aduzir sobre o elemento planejamento, afirmam que:

[...] a história evidencia a má-utilização desse instrumento, quer seja pelo desconhecimento das reais necessidades sociais e econômicas do país, pela adoção de estratégias falhas ou pelo desvirtuamento dos objetivos planejados, no sentido de não efetivar os objetivos constitucionais e os fins da ordem econômica.

Na forma direta, o Estado exerce papel central e de protagonista, atuando na ordem econômica, por meio de seus entes, União, Estados, Municípios e Distrito Federal. O Estado atua na intervenção indireta, como agente regulador da atividade econômica, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, limitando ou estimulando a conduta dos particulares (MELLO, Celia, 2003, p. 12).

Desta feita, o Estado pode incentivar ou direcionar, de forma a atrair a iniciativa privada, com o escopo de aderir a sua intenção administrativa (KOLADICZ, 2009). Este preceito é autorizado pelo artigo 174 da Carta Magna, quando o Estado age de forma indireta, para exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento⁴.

Conforme Grau (2000, p. 158), “a intervenção pode ocorrer por três modalidades: absorção/participação; direção e indução”.

Na espécie de intervenção por absorção, o Estado atua de forma direta na ordem econômica, por seus agentes e pessoas jurídicas criadas com esta finalidade, enquanto as outras duas formas de intervenção limitam-se ao processo econômico, mormente na função ordenadora (GRAU, 2000, p. 158).

Para Justen Filho (2013, p. 695), “a intervenção pode ser realizada pelo Estado, na forma de atuação exclusiva (monopólio), ou de competição com os particulares (concorrência)”.

Contudo, para o presente trabalho interessa a modalidade por indução que está presente no fomento administrativo (MELLO, Celso A., 2012, p. 810). A intervenção indireta na atividade econômica por indução, verifica-se que o Estado promulga medidas administrativas não compulsórias, que estimulam ou desestimulam determinadas práticas desejáveis pela Administração Pública (MELLO, Celia, 2003, p. 29).

A indução é modalidade de intervenção estatal indireta no domínio econômico que tem como subespécie o fomento administrativo. Porquanto, a Administração Pública estabelece estímulos ou desestímulos aos particulares, para que de forma voluntária possam aderir aos interesses do Estado (MELLO, Celia, 2003, p. 29).

1.2 Fomento administrativo

O fomento administrativo tem o fito de proporcionar a promoção do desenvolvimento nacional (FERREIRA, 2012, p. 69), com práticas administrativas e

⁴ O fomento é a prática de intervenção estatal da modalidade indireta, a qual tem como funções precípuas, o estímulo e incentivo à iniciativa privada, baseada no planejamento e promoção ao desenvolvimento local e regional.

Esta é a verdadeira faceta do Estado, ao agir como agente regulador do sistema econômico e do livre mercado de capital, devendo exercer, de forma indireta e por incentivos, o dirigismo de sua vontade constitucional, de modo a visar seus atos administrativos e políticos com a finalidade legal de promover o desenvolvimento nacional.

políticas públicas eficazes de proporcionar redução da desigualdade social, geração de emprego e renda, aquecimento da economia de produção e consumo, fortalecimento de determinado setor empresarial, além de buscar desenvolvimento local e regional⁵.

A atividade de fomento integra a esfera de atuação administrativa do Estado (MELLOS, Celia, 2003, p. 37). O conceito clássico de fomento assevera que o Estado tem a função de “proteger ou promover” atividades, estabelecimentos e riquezas dos particulares, que satisfaçam interesse público, sem uso ou coação e sem prestação de serviços públicos (ROCHA, 2006, p. 19).

Para Moreira (*apud* OLIVEIRA, 2006, p. 516), “a função administrativa de fomento público é o estímulo ministrado, direta, imediata e concretamente pela Administração às iniciativas da sociedade, de reconhecido interesse público, oferecido na forma da lei”.

Desta forma, Higa (2011) assevera que o fomento é a atividade administrativa promovedora do desenvolvimento, com o fito de sanar muitas das demandas sociais, adquiridas com a redemocratização brasileira, tendo característica de regime jurídico-administrativo.

Assertiva é o conceito de Celia Mello (2003, p. 38) que leciona que a administração fomentadora, é um complexo de atividades concretas indiretas, que o Estado desempenha poder autoritário, cuja função se limita a promover ou incentivar determinados setores econômicos e regiões, visando melhorar os níveis de vida da sociedade.

Rocha (2006, p. 24) destaca:

A atividade administrativa de fomento pode ser definida como a ação da Administração com vista a proteger ou promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas dos particulares que satisfaçam necessidades públicas ou consideradas de utilidade coletiva, sem o uso da coação e sem a prestação de serviços públicos, ou, mais concretamente, a atividade administração que se destina a satisfazer indiretamente certas necessidades consideradas de caráter público, protegendo ou promovendo as atividades dos particulares, sem empregar a coação.

Rocha (2006, p. 24) acentua que o mecanismo utilizado para concretizar os objetivos utilizados pelo Estado pode ser atingido pela função promocional, mediante

⁵ O presente estudo busca realçar a importância do fomento nos meios licitatórios como forma de incentivar, estimular as microempresas e desenvolvimento local e regional, dos inúmeros municípios deste enorme País.

incentivos (sanção premial), caso de cumprimento dos agentes fomentados das condutas desejadas pelo ente estatal.

O fomento administrativo é prestação indireta praticada pela Administração Pública por estímulos aos particulares que aderem, voluntariamente, dirigindo comportamento, proporcionando igualdade de condições, não se colocando em grau de superioridade, tendo caráter bilateral de contrapartida entre benefício recebido e objetivo por a ser alcançado, qual seja, o interesse público (MELLO, Celia, 2003, p. 39-46).

O Estado quando exerce atividade de fomento procura persuadir o particular, praticar determinado ato desejado pela Administração, de forma voluntária, sem qualquer meio de coação, ou seja, como mencionado acima, intervenção indireta por indução.

Rocha (2006, p. 24) assevera que:

[...] fomento administrativo é uma ação dirigida a proteger ou promover as atividades e estabelecimentos dos particulares, que satisfaçam necessidades públicas ou que sejam consideradas de utilidade geral. O fomento seria uma atividade persuasiva ou de estímulo, cuja finalidade perseguida é sempre a mesma: convencer para que se faça ou omita algo. Mediante o fomento, a Administração persegue os fins públicos sem emprego da coação e sem a realização per se de prestações públicas.

Sobre a voluntariedade, Falla *apud* Oliveira (2006, p. 25) designa que fomento administrativo “dirige a satisfazer indiretamente, certas necessidades de caráter público, protegendo e promovendo, sem empregar a coação, as atividades dos particulares ou de outros entes públicos que diretamente a disfarçam”.

A ausência de compulsoriedade caracteriza-se pela ação fomentadora da Administração Pública (MELLO, 2003, p. 29), não obriga qualquer dos administrados, indivíduo ou empresa, a valer-se dos instrumentos jurídicos de incentivo, ou seja, relaciona-se com o Estado quem desejar (MOREIRA NETO, 1989, p. 467).

No entanto, a voluntariedade do particular em aderir ao ato de fomento administrativo deve ser eficaz; atraente ao empresário, ou seja, o Estado deve criar condições robustas que o levem a aderir o incentivo, sob a pena de tornar-se ineficaz e obsoleto. Ademais, cabe salientar que a abrangência deve alcançar o máximo de

interessados contemplados e o máximo de aderência pelo ato administrativo, sob pena de tornar nulo⁶.

Fiorini *apud* Oliveira (2006) observa que a atividade promocional:

[...] tende a proteger, estimular, promover ou auxiliar situações existentes ou em curso de realização, referidas a riquezas naturais, empreendimentos privados, atividades individuais, com o fim de satisfazer necessidades de utilidade geral, em benefício da coletividade.

Estas ações de incentivo praticadas pelo Estado aos particulares são denominadas como “sanções positivas”, ou de fomento, as quais através de mecanismos visam promover atos socialmente desejáveis (MELLO, Celia, 2003, p. 13).

Tem como escopo incentivar os sujeitos privados, mediante concessão de benefícios, inclusive concedendo recursos financeiros e isenções fiscais⁷, almejando

⁶ Outrossim, começa manifestação de ampliação e aplicação do fomento nos processos licitatórios como mecanismo de estímulo de promoção de desenvolvimento às atividades empresariais e às regiões.

É cediço que entre os atos positivos almejados pelo Estado, encontra-se o desenvolvimento nacional e regional, sendo que as licitações devem servir de instrumento de fomento, para a concretização dos interesses coletivos de forma sustentável.

A vinculação entre processo licitatório e fomento administrativo é inerente ao próprio Estado, posto que grande parcela do erário público passa pela contratação de empresas particulares, mediante as licitações. Desta feita, não há como se desvincular da importância de se utilizar deste mecanismo (licitação), como espécie de fomento administrativo, o qual deve ser desmitificado e tornado mais corriqueiro a sua aplicação.

⁷ 1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra o art. 13, § 3º da LC 123/2006, que isentou as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional (“Supersimples”). 2. Rejeitada a alegação de violação da reserva de lei específica para dispor sobre isenção (art. 150, § 6º da Constituição), uma vez que há pertinência temática entre o benefício fiscal e a instituição de regime diferenciado de tributação. Ademais, ficou comprovado que o Congresso Nacional não ignorou a existência da norma de isenção durante o processo legislativo. 3. A isenção concedida não viola o art. 146, III, d, da Constituição, pois a lista de tributos prevista no texto legal que define o campo de reserva da lei complementar é exemplificativa e não taxativa. Leitura do art. 146, III, d, juntamente com o art. 170, IX da Constituição. 3.1. O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte. 4. Risco à autonomia sindical afastado, na medida em que o benefício em exame poderá tanto elevar o número de empresas a patamar superior ao da faixa de isenção quanto fomentar a atividade econômica e o consumo para as empresas de médio ou de grande porte, ao incentivar a regularização de empreendimentos. 5. Não há violação da isonomia ou da igualdade, uma vez que não ficou demonstrada a inexistência de diferenciação relevante entre os sindicatos patronais e os sindicatos de representação de trabalhadores, no que se refere ao potencial das fontes de custeio. 6. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4033, Tribunal Pleno, Relator Min. Joaquim Barbosa, julgado em 15.09.2010, publicado em 07. 02.2011).

promover o desenvolvimento econômico e social e a finalidade de alterar padrões de conduta, que são praticadas pela iniciativa privada (JUSTEN FILHO, 2013, p. 721).

As modalidades de fomento aplicadas pelo Estado, em prol da iniciativa privada, podem ocorrer na forma de honoríficos, através de prêmios, recompensas, títulos e menções honrosas; os jurídicos, por meio de outorga de privilégios próprios do Poder Público, que outras entidades não têm; e os econômicos, através de auxílios, subvenções, financiamentos, isenções fiscais (COELHO, 1982, p. 129), desapropriações por interesse social (DI PIETRO, 2006, p. 19-21).

Este trabalho não irá se ater à modalidade honorífica, eis que o núcleo da pesquisa é apenas o desenvolvimento jurídico. O processo licitatório como forma de fomento, encontra-se em duas das situações acima, nas modalidades: jurídica e econômica.

O meio jurídico em razão da Administração Pública deve (poder/dever) aplicar formas direcionadas e critérios objetivos dentro do processo licitatório, que privilegiem a contratação de determinado nicho de empresas, com o fito de incentivá-las e estimulá-las em seu desenvolvimento (MELLO, Celia, 2003, p. 94)⁸.

O meio econômico tem por finalidade fomentar o direcionamento de maiores recursos financeiros a determinado setor empresarial, ou de determinada região, para auxiliar no desenvolvimento de forma sustentável⁹⁻¹⁰.

Por sua vez, o fomento tem uma função administrativa, voltada à proteção e à promoção de seu objeto, atuando com ausência de compulsoriedade, para satisfazer indiretamente as necessidades públicas, concedendo vantagens ou incentivos, tanto para particulares, quanto para outros entes públicos (MELLO, Celia, 2003, p. 198).

Numa corrente mais conservadora e social, leciona-se que o Estado é o provedor dos direitos sociais instituídos pela Carta Magna de 1988 e apenas poderá promover a atividade de fomento, pelo mecanismo administrativo das contribuições, dos auxílios e das subvenções (MELLO, Celso A., 2012, p. 832), como atividade de

⁸ Exemplo: elaborar processos licitatórios direcionados à contratação exclusiva de microempresas e pequenas empresas.

⁹ Exemplo: direcionar o processo licitatório para a contratação apenas de microempresas e pequenas empresas, na região da prestação do serviço, ou que o provimento do material ou objeto, seja fornecido por empresa que tenha sede na localidade (MELLO, Celia, 2003, p. 109).

¹⁰ Exemplo: direcionar os processos licitatórios como forma de fomentar determinado setor da economia em crise ou deficiente.

fomento direto ou indireto (ROCHA, 2006, p. 32), sob pena de usurpar a sua função constitucional.

1.2.1 Função regulatória

Os objetivos constitucionais da República Brasileira tem num lado da balança o fomento a uma sociedade livre, justa e solidária e, no outro lado, o livre mercado e a concorrência, com enfoque na erradicação da pobreza e da marginalização, na busca do desenvolvimento nacional (KOLADICZ, 2009). Contudo, tais forças não são concorrentes, mas possuem sinergia e devem interagir entre si.

O fomento administrativo enquanto atividade está amparada na função regulatória do Estado, com o intuito de promover, por incentivo ou desincentivo, a modificação de comportamento das pessoas ou empresas, para sanar as necessidades coletivas (JUSTEN FILHO, 2013, p. 559).

Ressalta-se que o fomento administrativo é a função do Estado mais afeita ao princípio da subsidiariedade (TORRES, 2001, p. 164). Existem correntes que destacam a necessidade e a aplicação de novo modelo de Estado: o Estado Subsidiário (BARACHO, 1996, p. 89) (acertado seria Estado Fomentador), bem como, asseveram que a subsidiariedade é o princípio básico que legitima a intervenção do Estado, no processo econômico (MELLO, Celia, 2003, p. 11).

A função de subsidiariedade¹¹ está interligada diretamente com a técnica da desregulamentação, a qual deve ser utilizada como propósito de harmonizar o exercício dos direitos e interesses privados com os públicos (GABARDO, 2009, p. 212). Este modelo de Estado-subsidiário conduz às novas formas de intervenções estatais, como a “privatização”¹² e a “desmonopolização” de atividade e serviços (MELLO, Celia, 2003, p. 13).

¹¹ “Do ponto de vista etimológico, “subsidiário, subsidiariamente ou subsidiariedade provém do termo latino subsidium, derivado de subsidiarius”. Esta derivação pode implicar diferentes sentidos para o termo, retratando a ideia do que é “secundário” ou, ainda, uma indicação de “complementaridade” ou “supletividade”” (GABARDO, 2009, p. 211-212).

¹² Parágrafo único do art. 191 da Lei federal 9.472/1997. Delegação e concessão de serviço público. Organização dos serviços de telecomunicações. Modalidade de licitação. Leilão. Processo de desestatização. Privatização. Alienação do controle acionário. Ausência de processo licitatório. (...) As privatizações – desestatizações – foram implementadas mediante a realização de leilão, modalidade de licitação prevista no art. 22 da Lei 8.666/1993 que a um só tempo transfere o controle acionário da empresa estatal e preserva a delegação de serviço público. O preceito impugnado não é inconstitucional. As empresas estatais privatizadas são delegadas, e não concessionárias de serviço público. O fato de não terem celebrado com a União contratos de concessão é questão a ser resolvida por outra via, que não a da ação direta de inconstitucionalidade (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.863, Relator Min. Eros Grau, julgado em 06.09.2007, publicado em 15.02.2008).

Nesta vertente, Gabardo (2009, p. 212) ensina:

Para a teoria do Estado e para o Direito público, por um lado subsidiariedade significa “descentralização” propriamente dita, por outro significa “privatização” no tocante à organização estatal e no tocante ao exercício das atividades públicas.

É relevante salientar que a distorção nos programas de regulamentação e a sua implementação em determinados setores da iniciativa privada, causa desconfiança dos agentes privados afetados e na dificuldade do alcance dos objetivos pretendidos (ACOCELLA; RANGEL, 2013), de modo que não atinge a sua potencialidade de fomento econômico e desenvolvimento¹³.

A regulamentação deve ser realizada de forma específica, para cada setor ou atividade, que se deseja desenvolver ou fomentar, pois há peculiaridades para cada atividade econômica, devendo-se aplicar no caso concreto critérios objetivos (ACOCELLA; RANGEL, 2013).

O agente político precisa estar atento às necessidades, mormente as locais, seja econômica, social e estrutural, tendo sempre como objetivo o planejamento administrativo, utilizando a técnica do fomento como forma de desenvolvimento municipal e regional (GRAU, 2000, p. 65).

Assim, Oliveira (2006, p. 529) preceitua que “sem planejamento estatal cuidadoso, revela-se difícil, senão impossível, cumprir integralmente as injunções normativas das aludidas pautas constitucionais, quando voltadas para a disciplina da função promocional da Administração”.

A racionalidade é o cerne do planejamento, à qual deve ser dotada de previsão de comportamento futuro, elaboração de critérios objetivos, definição de condutas econômicas e sociais, que podem preestabelecer o resultado almejado na busca do interesse coletivo (GRAU, 2000, p. 66).

O planejamento dos atos administrativos e de locação do erário público exprime, claramente, a eficiência e respeita o interesse público na sua totalidade. Ademais, o planejamento atua como estrutura administrativo-jurídica, sendo requisito essencial de validade para todos os atos administrativos, mormente, do fomento (ROCHA, 2006, p. 806).

¹³ O Estado Subsidiário deve almejar transpor suas atividades à iniciativa privada e à evolução da sociedade civil, seja para incentivo às empresas, seja como subvenções aos cidadãos por programas sociais. Importante é que a Administração Pública almeje o desenvolvimento nacional sustentável e o interesse coletivo com finalidade do ato administrativo fomentador.

Neste vértice, Oliveira (2006, p. 530) preceitua de forma pontual:

Uma atividade de fomento sem plano prévio cria privilégio indiscriminado, ao passo que o fomento planejado é um bem para a coletividade. Muito mais que exigência moral, o planejamento da atividade fomentadora é requisito jurídico de válida produção das medidas fomentadoras [...].

No atual cenário administrativo-político-brasileiro não há como o agente político deixar de se ater ao planejamento de gerenciamento e execução das políticas públicas governamentais como forma de buscar incessantemente o desenvolvimento social e econômico. O planejamento deve ser cartilha do agente político.

O planejamento administrativo é elemento essencial na atualidade, nomeadamente na caracterização de boa gestão, além de respeito na aplicação das normas contidas na Lei de Responsabilidade Fiscal, à qual os agentes políticos estão subordinados.

O fomento é importante mecanismo de planejamento, porquanto é dele que o agente político se utiliza para concretizar as políticas públicas e atos governamentais, criando estratégias de estímulo e incentivos a determinado setor econômico ou social que pretende desenvolver (GRAU, 2000, p. 65)¹⁴.

Nesta perspectiva, visualiza-se que a atuação de fomento do Estado deve almejar como finalidade o interesse público de determinada comunidade, considerando-se o momento histórico-político-cultural e implementação de políticas públicas (PEREIRA JR.; DOTTI, 2012, p. 51). Por certo, este fator histórico-político é dinâmico, encontra-se em evolução constante, visto que se altera ao longo do lapso temporal ao meio do processo sócio econômico (MELLO, Celia, 2003, p. 35).

Verifica-se que o ato administrativo quando invoca o critério autorizador da norma constitucional de interesse público, não pode ser meramente utilizado pelo agente político a sua conveniência, mas deve ser munido de relevância à coletividade.

Gabardo (2009, p. 225) leciona:

Primeiramente, a invocação de um interesse público relevante nunca pode ser considerada pouco significativa, ou “mera alegação”, embora isso possa acontecer com certa frequência (e talvez aqui resida realmente o fundamento

¹⁴ O agente político preocupado com o desenvolvimento local busca criar uma plataforma de planejamento, utilizando a licitação pública como instrumento de fomento para contratação de empresas locais ou setor da economia que almeja desenvolver.

do acertado tom crítico apresentado). Se for “mera alegação”, então se trata de um caso de desvio de finalidade e, portanto, desaparece o próprio interesse público, retratando situação incompatível com o ordenamento e insuscetível de fundamentar a atuação do Estado. Se for um interesse que possa ser licitamente defendido, então, por si só, pode justificar a intervenção (desde que seja público, relevante e coletivo).

O interesse público deve estar presente no ato administrativo de fomento, sob pena de nulidade (MELLO, Celia, 2003, p. 27). A decisão do agente político em fomentar determinada atividade empresarial ou social tem que estar plasmada no interesse coletivo, ou seja, na maioria de abrangência de beneficiário possível ou para sanar uma deficiência latente¹⁵.

Justen Filho (2013, p. 721) entende que o Estado Fomentador configura majoração das práticas de fomento, implantando soluções permanentes e contínuas, aparelhando-se para desenvolver atividades socialmente relevantes e economicamente desejáveis. Continua sua linha de pensamento, defendendo, no entanto, que o ato de fomento, não necessariamente, deve ser contínuo e ininterrupto. Pode ser concretizado em momentos diversos, de acordo com as circunstâncias e as necessidades¹⁶.

A postura fomentadora do Estado deve ser perene, porém seus atos de fomento em atividades determinadas devem ser transitórios, sob pena de tonar a iniciativa privada e a sociedade superdependente do Estado, o que não é natural nem saudável.

Salienta-se que estão presentes as características externas: transitoriedade e heterogeneidade. Celia Mello (2003, p. 38) relaciona que a característica transitória deve ser colocada, para se evitar o protecionismo indefinido por parte dos agentes fomentadores, enquanto o caráter heterogêneo trata das inúmeras modalidades de formas administrativas revestidas da aplicação do fomento administrativo.

Ainda de acordo com a mesma autora (p. 40), O fomento por parte do Estado possui uma margem de discricionariedade na escolha dos setores a serem incentivados, trançando prioridades, mas se deve alertar que estão devidamente vinculadas aos objetivos expressos na Constituição Federal.

¹⁵ A licitação pública pode ser importante instrumento de busca deste elemento, visto que se pode buscar a contratação de empresas locais para reduzir o desemprego ou fomentar determinada atividade econômica que sofre com crise econômica.

¹⁶ Em momento oportuno, apresentará a ideia de que planejamento administrativo é instrumento importante para elaboração das licitações e contratações públicas no fomento da atividade privada local, para que seja atingindo os objetivos desejáveis e o desenvolvimento municipal e regional.

Para Meirelles, a discricionariedade é inerente à atividade política do Estado Democrático, está adstrita ao Governo e ideais políticos, que foram escolhidos pelo Povo no momento histórico de tempo e espaço, entretanto deve-se respeitar os parâmetros constitucionais, sob pena de se tornarem ilegais e nulos (MEIRELLES, 2013, p. 126).

De acordo com Oliveira (2006, p. 516):

Esta dimensão dota o fomento de singularidade, em face da atividade ordenadora e prestacional. Assim, a distinção não está no *modus operandi*, ou seja, na técnica jurídica operativa de estruturação ou criação do vínculo jurídico-administrativo entre particular fomentado e Administração fomentadora, em vista do interesse público colimado pela lei.

Vislumbra-se que cresce a necessidade das atividades regulatórias do Estado sobre a iniciativa privada, mormente ato de fomento, como forma de promover o mercado produtor, de consumo, do meio ambiente, da livre concorrência, entre outros fatores determinantes. Características estas do Estado Fomentador¹⁷⁻¹⁸.

1.2.2 O dever-poder de fomentar do Estado

Em que pese seja comezinho o uso da expressão “poder”, a melhor doutrina chama a atenção que é mais adequado utilizar a expressão “função administrativa”, já que existe função quando alguém está ungido no dever de satisfazer interesse de terceiros, com os poderes neles investidos, poderes instrumentais (MELLO, Celso A., 2012, p. 72).

Como todo poder inerente ao Estado, a função regulatória de fomento não se trata de faculdade da Administração, mas se vela como verdadeiro dever-poder, porquanto o poder público tem obrigatoriedade (CARVALHO FILHO, 2013, p. 46) de exercê-lo em prol do interesse coletivo (DI PIETRO, 2006, p. 81).

Oliveira (2006, p. 525) dita:

A estruturação funcional dos deveres-poderes administrativos promocionais deve estar consignada na lei, com a especificação clara das condições exigíveis de seus beneficiários, das limitações quantitativas e qualitativas das vantagens oferecidas, do âmbito material albergado pela atividade, do prazo

¹⁷ Antecipe-se, ainda, e pela importância, que o fomento administrativo é um importante mecanismo a ser cortejado pela Administração Pública para incentivar os particulares, pela via das licitações públicas e dos contratos administrativos.

¹⁸ O processo licitatório tem papel relevante em realização aos direitos fundamentais e sociais contidos na Constituição Federal, bem como no desenvolvimento nacional e regional (FERREIRA, 2012, p. 63).

previsto de vigência das medidas fomentadoras e, por fim, das limitações processuais a serem observadas no processo de concessão.

Nota-se que a obrigatoriedade de exercer a atuação do administrador público está vinculada à finalidade de beneficiar o interesse público, o qual difere do particular que possui apenas faculdade de agir (MEIRELLES, 2013, p. 82-83).

A atividade administradora apresenta forte influência político-filosófica, capaz de persuadir a delimitação da extensão da intervenção estatal, na ordem econômica e social (MELLO, Celia, 2003, p. 18). Trata-se, verdadeiramente, da vontade política do governante, obrigando que seu atos sejam direcionados ao fomento (FERREIRA, 2012, p. 63).

O Estado tem o dever de incentivar a produção de capital e o desenvolvimento social, disponibilizando o acesso de condições de progredir, mediante o instrumento do fomento (MOREIRA NETO, 1997, p. 401).

Com a finalidade primária de instituir o fomento administrativo ao Poder Público, é vetado praticar qualquer ação ou omissão que prejudique aquelas atividades previstas na Constituição e na lei infraconstitucional, de criar ou atuar instrumentos de estímulo e incentivo, bem como de criar isenções de forma arbitrária e ilegal (MOREIRA NETO, 1989, p. 468).

O controle da ilegalidade e abusividade dos atos administrativos fica à mercê de análise do Poder Judiciário, que poderá – no caso concreto – analisar incidência de nulidade ou não¹⁹.

Ademais, além da obrigatoriedade e da finalidade do interesse público estarem presentes para a prática do ato administrativo pelo agente político, vale salientar que se o mesmo se abster de agir, eis que a conduta omissiva deve ser considerada ilegal (CARVALHO FILHO, 2013, p. 46-47).

Nada obsta, contudo, que se utilize da reserva do domínio para justificar que nem todas as necessidades e metas sociais dispostas pelo governo podem ser realizadas, mormente, pela escassez de recursos pecuniários. Por certo, não se pode exigir do agente administrativo o impossível (CARVALHO FILHO, 2013, p. 47).

¹⁹ É possível, senão necessário, estabelecerem-se diferenciações entre as cooperativas, de acordo com as características de cada segmento do cooperativismo e com a maior ou a menor necessidade de fomento dessa ou daquela atividade econômica. O que não se admite são as diferenciações arbitrárias, o que não ocorreu no caso concreto. 10. Recurso extraordinário ao qual o Supremo Tribunal Federal dá provimento para declarar a incidência da contribuição ao PIS/PASEP sobre os atos (negócios jurídicos) praticados pela impetrante com terceiros tomadores de serviço, objeto da impetração (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 599362, Tribunal Pleno, Relator Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 06.11.2014, publicado em 10.02.2015).

Tal ônus disposto ao administrador público é missão hercúlea da reserva do erário público, considerando-se que deve avaliar e ponderar as necessidades mais aparentes ao interesse público, naquele momento de espaço e tempo. Trata-se de disputa entre a reserva do possível versus mínimo existencial²⁰⁻²¹.

A incidência dessa interferência administrativa varia de intensidade, de acordo com as influências oriundas das peculiaridades de cada Estado, das necessidades sociais e das concepções políticas e econômicas, dominantes em cada época histórica (MELLO, Celia, 2003, p. 3).

No domínio econômico, o Estado atua de forma irregular; porque há períodos em que se deve abster de intervir na esfera econômica e outros momentos em que sua atuação de intervir é necessária (FONSECA, 1995, p. 67).

Pondera-se que é dificultosa a tarefa de obter prova do efetivo desvio, até porque o ato de ilegalidade vem incumbido de dissimulação de falsa aparência (MELLO, Celso A., 1988), não por motivo de interesse público, mas desviando para finalidades privadas (CRETELLA JUNIOR, 1978, p. 106).

É fundamental salientar que todo dever emana da Lei, dando autoridade pela norma vigente e em seu limite (DI PIETRO, 2006, p. 81). Por esta perspectiva, a discricionariedade trata apenas da margem interpretativa e política, que a lei permite ao agente político realizar escolha, desde que respeite os parâmetros constitucionais.

Celia Mello (2003, p. 28-29) extrai a ilação de que o Poder Público fica obrigado a proteger e promover as atividades que a Constituição e infraconstitucionais determinam que sejam fomentadas, verdadeiro dever-poder.

A finalidade intrínseca de concretizar o interesse comum dentro da norma-objetivo deve ser almejada pelo administrador, o qual o sujeito de função necessita manejar todos os poderes disponíveis, para alcançar este objetivo mor. Para Celso

²⁰ ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REDE DE ESGOTO. VIOLAÇÃO AO ART. 45 DA LEI N. 11.445/2007. OCORRÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. (...) 7. Utilizando-se da técnica hermenêutica da ponderação de valores, nota-se que, no caso em comento, a tutela do mínimo existencial prevalece sobre a reserva do possível. Só não prevaleceria, ressalta-se, no caso de o ente público provar a absoluta inexecutabilidade do direito social pleiteado por insuficiência de caixa - o que não se verifica nos autos. Recurso especial provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1366331/RS, 2ª Turma, Relator Min. Humberto Martins, julgado em 16.12.2014, publicado em 19.12.2014).

²¹ Pelo motivo da reserva do possível, tem-se total ciência de que os recursos do erário público não são suficientes para arcar com todos os serviços públicos inerentes do Estado Social, o agente político deve ter a sabedoria de fomentar as atividades empresariais e econômicas. Assim, além de recolher mais tributos, gastará menos com cidadãos que carecem dos serviços públicos e promoverá melhora na qualidade de vida e no poder aquisitivo. Outrossim, é discutível a questão da vedação do retrocesso.

Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 45), tais poderes são outorgados exclusivamente como meios impostergáveis ao preenchimento de satisfazer o interesse alheio.

Daniel Ferreira (2012, p. 62) ensina que o fomento tem finalidade de incentivar a iniciativa privada na promoção dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Pode-se extrair a ilação de que ao particular é facultativo receber de forma voluntária o instituto do fomento, mas caso aceite deve respeitar e cumprir as condições impostas, enquanto à Administração Pública é dever praticar e realizar todos os instrumentos necessários, para concretizar as práticas fomentadoras determinadas pelo ordenamento jurídico (MELLO, Celia, 2003, p. 30).

O caso do fomento demonstra-se extremamente necessário ao Estado estabelecer fatores objetivos, rígidos e inconfundíveis tem dever-poder de promover incentivos de prestigiar as condutas desejáveis, desde que cobertas pelo manto da Constituição.

1.2.3 Princípios informadores da atividade de fomento

Tendo em vista que a atividade administrativa de fomento é regulada pelo direito administrativo, faz-se obrigatório aplicar os princípios constitucionais inerentes à Administração Pública, previstos no artigo 37 e seguintes da Constituição Federal de 1988.

Rocha (2006, p. 27-29) destaca:

Atividade de fomento, enquanto atividade administrativa, deve estar submetida ao regime jurídico administrativo, que, no Brasil, decorre, diretamente da Constituição Federal. Assim, a atividade de fomento submete-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, redação da EC 19), além da motivação (art. 93, X), da igualdade e da finalidade, entre outros.

Para Oliveira (2006, p. 519), no

artigo 37 da Magna Carta, não há como separar a atividade administrativa de fomento da observância integral dos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade, eficiência e demais princípios constitucionais (*v.g.*, motivação, devido processo legal, segurança jurídica, boa-fé, finalidade etc.), sob pena de nulidade.

O princípio norteador do fomento é a legalidade. O princípio da legalidade apresenta os contornos de aplicabilidade e os limites da aplicação do fomento pela Administração Pública, mesmo que seja mediante princípios constitucionais.

Oliveira (2006, p. 526) leciona que “o fomento é legítimo tão-somente se o fim colimado constituir razão jurídica prestante para justificar o tratamento infraconstitucional diferenciado nele albergado”.

Outros dois princípios importantes para aplicar limitação ao fomento são os da razoabilidade e da proporcionalidade, princípios da orientação do bom senso administrativo, adequadas, ponderadas e de respeito à moralidade.

Rocha (2006, p. 32-33) ensina:

A atividade de fomento está submetida, outrossim, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que impõe limites à configuração normativa de sua atividade, exigindo que ela se revele adequada, necessárias e ponderada aos valores constitucionais.

Os dois princípios impõem limitações propostas na norma legal e na aplicação administrativa das atividades de fomento, tanto no domínio econômico, quanto na esfera da ordem social.

Oliveira (2006, p. 519) assevera que

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são elementos-chaves para garantir a legitimidade da atividade promocional ou de fomento, executada pela Administração para dar plena efetividade à realização dos objetivos constitucionais, seja no âmbito social, seja no âmbito econômico.

Os parâmetros de aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ao ato de fomento administrativo devem ser plasmados pelas características da adequação, idoneidade e exigibilidade.

O caráter da adequação da atividade de fomento assevera que o ato administrativo deve ponderar sobre a necessidade do interesse público e a possibilidade da Administração, em concretizar as medidas promocionais exigidas.

Oliveira (2006, p. 526) preceitua:

Por força da adequação, a atividade de fomento deve constituir meio jurídico idôneo para atingir os interesses públicos específicos que presidem sua razão de ser. Sem este vínculo lógico-jurídico entre a postura das medidas promocionais e realização dos interesses públicos objeto de sua destinação jurídica, a medida fomentadora é inconstitucional, por manifestado desacerto axiológico que lhe retira todo fundamento de legitimidade.

A idoneidade é meio jurídico de análise para averiguar se o ato de fomento administrativo é legítimo e legal, respeitando a finalidade da busca do bem-estar social. Esta característica dá amparo ao administrador de praticar o ato administrativo de fomento.

Oliveira (2006, p. 526) prevê:

Na verificação da idoneidade, a análise jurídica exige a investigação das finalidades de interesse coletivo buscadas com o ato fomentador. Tais finalidades devem ser acolhidas, expressa ou implicitamente, pelos princípios ou regras constitucionais.

A exigibilidade é o fator determinante absoluto que justifica aplicação do fomento na esfera tempo e espaço, no qual autoriza pela ordem constitucional e legal a prática do ato de fomento²².

Ainda seguindo Oliveira (2006, p. 526):

O mandamento da exigibilidade também é perfeitamente aplicável em sede de constituição de medidas administrativas de fomento. São legítimas medidas cujo âmbito temporal, espacial, pessoal e material justifiquem a movimentação da autorização constitucional subjacente ao fomento legalmente estabelecido.

Para Rocha (2006, p. 32) a impessoalidade é fator determinante em todos os atos administrativos, entre eles o fomento, respeitando assim, o princípio da isonomia. No que tange à impessoalidade do ato de fomento administrativo, é importante que o agente político evite favorecer o beneficiário, de modo a assegurar que todos em situação equivalente possam concorrer à benesse.

A premissa do princípio da eficiência assevera que todo ato administrativo deve ser mais vantajoso para a Administração Pública, tal regra não é absoluta, porquanto na busca do desenvolvimento nacional e regional deve o agente político direcionar as licitações públicas, como forma de fomento administrativo.

Oliveira (2006, p. 516) prevê:

O princípio constitucional da eficiência oferece parâmetros jurídicos suficientes para invalidar medidas de fomento, em nível injustificado e excessivamente gravosas ao patrimônio público, quando houver indubitosa possibilidade da doação de meios fomentadores menos lesivos ao patrimônio

²² Adiante, a limitação do ato administrativo de fomento rege-se pelas características da adequação, ponderação, idoneidade e exigibilidade, mormente nos processos licitatórios que são utilizados como forma de aplicação ao desenvolvimento local e regional.

público, de igual ou maior eficácia em relação à promoção das finalidades legalmente norteadoras do fomento.

A moralidade deve ser perseguida a todo custo pelo administrador público, respeitando os ditames normativos e adequados, não sendo utilizada como empecilho para deixar de aplicar o fomento administrativo e criar barreira exacerbada.

O princípio da supremacia do interesse público é a principal característica a ser almejada pelo fomento administrativo praticado pelo Estado, mesmo que de forma indireta seu desvio de finalidade representa inconstitucionalidade.

Para Canas (1994, p. 618), o limite do fomento na esfera do interesse público com analogia da expressão do bem-estar geral:

[...] o fomento legítimo e justificado é aquele que visa promover ou estimular atividades que tendem a favorecer o bem-estar geral. Se a finalidade do bem-estar não é detectável com clareza a atividade de fomento apresenta-se como ilegítima, injustificável e discriminatória.

Sobre o mesmo tema, Oliveira (2006, p. 527) assevera que:

A atividade de fomento é veículo de realização, mesmo que indireta, de interesse público. Os aspectos impostos pelo dever de necessidade apontam para a delimitação rigorosa e obrigatória do campo de abrangência temporal, especial, pessoal e material quando normativo de fomento. Vale aqui a diretriz teleológica pela qual todo fomento instituído que estenda sua incidência para além do seu balizamento finalístico previsto, representa um inconstitucional agravo ao princípio da indisponibilidade do interesse público, subjacente à atividade administrativa em uma república.

Cabe ressaltar que além dos princípios acima, dentro do regime jurídico do direito administrativo, um dos maiores limitadores encontra-se plasmado na ordem financeira dentro do princípio da reserva do possível.

A cláusula de reserva do possível preceitua que a Administração Pública tem a capacidade de prestação limitada pelo orçamento, dentro da reserva de recursos no erário público, de forma planejada e prioritária a prestar os serviços essenciais, expressos nos direitos fundamentais e no interesse público.

Os recursos com erário público devem preservar os direitos fundamentais de primeira geração (SARLET, 2001, P. 263), de modo que se sobrar recurso deverá alocar as políticas públicas dos direitos sociais de segunda geração (BOZO; GUASQUE, 2014, p. 152).

Barcellos (2008, 261) relata:

[...] a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre finitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado - e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta -, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

Nota-se que a cláusula de reserva do possível apresenta três gerações: disponibilidade fática de recursos; disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos e a proporcionalidade na prestação (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 30).

Além destes limites de ordem constitucional inerentes à atividade administrativa, existem ainda os princípios de ordem econômica que são limitadores de aplicação das práticas fomentadoras, entre eles os contidos no artigo 170 da Constituição da República.

Entre os princípios inerentes à ordem econômica que exercem influência da atividade de fomento administrativo estão: valorização do trabalho humano; livre iniciativa; dignidade da pessoa humana; soberania nacional; propriedade privada; livre concorrência; defesa do consumidor; redução das desigualdades regionais e sociais e busca do pleno emprego.

A Carta Constitucional apresenta os limites na forma dos princípios inerentes à Administração Pública, sendo que o fomento administrativo tem seus contornos preestabelecidos no tempo, espaço e na necessidade da coletividade.

A Administração Pública deve fixar como meta a gestão de resultados eficientes, utilizando como critério delimitação: a) efetividade dos princípios; b) motivação necessária; c) controle da discricionariedade; d) supremacia da Constituição, de que flui o caráter cogente das políticas públicas nela traçadas (PEREIRA JUNIOR; DOTTI, 2012, p. 29).

Todas as políticas públicas – tendo em mente que fomento é um instrumento de concretização de políticas públicas constitucionais e governamentais – apresentam três características de efetivação: o estratégico, o gerencial e o operacional (VILLAC; BLIACHERIS, 2014, p. 30).

O plano estratégico encontra-se na plataforma do planejamento, o gerencial na plataforma de fiscalização e o operacional na plataforma de execução, sendo que o desempenho de todos é necessário e eficaz para concretização da política pública almejada com ato administrativo do fomento.

Para os fins deste estudo, o que importa é estimular a promoção do desenvolvimento local e regional.

2 DESENVOLVIMENTO

Inicialmente, salienta-se que não existe uma definição aceita universalmente para o desenvolvimento. Esta temática encontra-se em constante construção, de modo que a intenção não é buscar um conceito perfeito e acabado, mas compreender suas diferentes nuances.

Ferreira (2013, p. 922) dita que “de fato, nem é preciso referir a desenvolvimento sustentável porque onde houver desenvolvimento há de haver sustentabilidade”.

Para Sen, o conceito de desenvolvimento também se encontra ligado ao sistema econômico ideológico (SEN, 2000, p. 13). Mattedi e Theis (2002, p. 87) discorrem sobre a formulação do conceito de desenvolvimento:

A primeira formulação de desenvolvimento enquanto categoria econômica é a de Adam Smith e da economia clássica. A ela seguiu-se a de Karl Marx, que criticando os economistas clássicos, propôs o entendimento segundo o qual, parcela do trabalho realizado não era paga aos trabalhadores, constituindo esta o motor do processo de acumulação do capital, ou seja, do desenvolvimento. Com a ascensão da economia Keynesiana, nova formulação ganharia destaque, a de desenvolvimento como crescimento econômico de um país.

No decorrer do tempo, o conceito de desenvolvimento ampliou-se a outras áreas de estudos, além da econômica, já que é bastante complexo. Sen, verifica que outras áreas de atuação foram englobam o estudo do Direito ao Desenvolvimento, como aspecto social, cultural, político, ambiental e espacial (SEN, 2000, p. 16).

Para Furtado (1978, p. 149), “o desenvolvimento é um processo através do qual uma sociedade consegue maior controle sobre o meio, sobre o seu próprio destino político e o capacita a obter maior controle sobre si mesmo”.

Furtado (1978, p. 149) continúa afirmando:

Trata-se de processo social e cultural, e só ancilarmente econômico. Produz-se o desenvolvimento quando na sociedade manifesta-se uma energia capaz de canalizar, de forma convergente, forças que estavam latentes ou dispersas. Deste modo, uma verdadeira política de desenvolvimento terá que ser a expressão das preocupações e aspirações de grupos sociais que tomam consciência de seus problemas e se empenham em resolvê-los. Ora, somente a atividade política pode canalizar essas energias de forma a produzir os fenômenos de sinergia.

Nusdeo (2008, p. 284) assevera que “no caso do desenvolvimento, por ser um objetivo amplo e absorvente, por envolver praticamente todas as manifestações

da vida econômica, ele deverá ser explicitado na atividade regulatória dos mais diversos setores”.

Vislumbra-se que há uma interessante dicotomia entre desenvolvimento e liberdade; mais precisamente, desenvolvimento como meio de liberdade, conforme lição de Sen (2000, p. 14), quando aduz que “o desenvolvimento pode ser encerrado como um processo de alargamento das liberdades reais que uma pessoa goza”.

Aprofundando sobre o tema, Sen (2000, p. 18) leciona:

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade; pobreza e tirania, carência de oportunidade econômica, destituição social sistemática, negligência dos servidores públicos, intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. Apesar de aumento sem precedentes da população global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas – até mesmo a maioria. As vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de manter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis – a oportunidade de vestir-se ou de morar de modo apropriado, de ter acesso à água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação de liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social, como por exemplo a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais. Em outros casos a violação liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade.

Entende-se desenvolvimento como instrumento de modificações de ordem qualitativa e quantitativa, as quais realizam mudanças profundas estruturais na sociedade (SEN, 2000, p. 20).

Denota-se que desenvolvimento exprime a capacidade qualitativa dos indivíduos pertencentes à sociedade de tomarem decisões mais benéficas para suas vidas. Nesta perspectiva, o indivíduo tem liberdade e capacidade de melhorar sua qualidade de vida e igualdade de oportunidades, para proporcionar este fato social (FOLTRAN, 2015, p. 22-26).

A Organização das Nações Unidas (2015) apresenta o conceito sobre o prisma humanístico, quando direciona o discurso afirmando que: “o desenvolvimento humano nasceu definido como um processo de ampliação das escolhas das pessoas, para que elas tenham capacidades e oportunidades para serem aquilo que desejam ser”.

Sobre a complexidade estrutural, o desenvolvimento exerce profundas modificações sociais, almejando o pleno desenvolvimento. Neste sentido, Nusdeo (2008, p. 284) ensina:

Distinção entre desenvolvimento e crescimento induzido: aquele é um processo com alterações estruturais, afirmando-se com forças próprias; este é induzido por um fator de fora, não provoca propriamente progresso mas infla a economia, a qual porém se esvazia uma vez cessada a causa. Afora o crescimento induzido, o crescimento simples é o processo de expansão da renda sem mudanças estruturais apreciáveis. Assim, uma vez transformada a estrutura de um país ou de uma região, com a sua ascensão a estágio de pleno desenvolvimento, aquilo que antes era um processo de evolução passa a ser uma situação, ou seja, ele agora integra o rol dos desenvolvidos. Isto não significa não possa ele continuar crescendo ou, eventualmente, experimentar algum retrocesso nesse crescimento. Mas o grande salto já foi dado. A sua estrutura já passou por aquelas modificações substanciais que o levaram ao novo status. Volta-se, então, a falar em crescimento e não mais em desenvolvimento, pois este já aconteceu.

Vargas (2013, p. 25) pondera que o conceito de desenvolvimento foi e ainda é confundido com o de crescimento, quando assevera que:

[...] o fato do nível de vida da população estar relacionado com a renda, contribuiu para os conceitos terem certa proximidade. A diferença está no crescimento alterar somente estruturas simples, enquanto, o desenvolvimento realiza mudanças estruturais em conjuntos complexos.

Feita esta distinção entre crescimento econômico e desenvolvimento, parte-se para a análise da diferenciação entre Direito do Desenvolvimento e Direito ao Desenvolvimento.

2.1 Direito do desenvolvimento e direito ao desenvolvimento

Grau *apud* RISTER (2007, p. 52) defende que não existe um direito do desenvolvimento com princípios independentes e autônomos suficientes para torná-lo autoaplicável, mas objetivo de inúmeros ramos do direito.

Já Eros Roberto Grau (Notas preliminares à abordagem da relação entre direito e desenvolvimento, p.19), em janeiro de 1979, negou a existência de um novo ramo do direito, a que se denominaria direito do desenvolvimento, mas afirmou que se trata da verificação de que normas contidas em todos os ramos do direito, em especial as do direito econômico, estão voltadas à consecução daquele ideal de perseguição do desenvolvimento. Daí por que se admite “a referência a um Direito do Desenvolvimento apenas e tão somente quando venhamos a tomar, para exame em vista do seu objeto,

topicamente, o conjunto de normas de todo o Direito, voltado à consecução do desenvolvimento: nunca como ramo do Direito, dotado de autonomia.

Wald (2002, p. 7-18) defende que o direito de desenvolvimento é ramo próprio e autônomo, mas que possui importância do direito como catalizador do desenvolvimento. O Direito ao Desenvolvimento é complexo e multidisciplinar. No entanto, constata-se que este ramo do direito é autoaplicável, inerente à sua importância evolutiva no atual contexto jurídico-social.

O Direito do Desenvolvimento é o conjunto normativo que rege e regulamenta os direitos adquiridos pelo indivíduo ou pela sociedade em evolução, em vários aspectos, como social, cultural, econômico e político (RISTER, 2007, p. 54).

Ao asseverar sobre o tema Direito do Desenvolvimento, Granger expõe que se trata de modalidade específica do direito econômico, mormente aplicável nos países desenvolvidos e subdesenvolvidos. Contudo, o referendado autor afirma que tal direito deve permitir a evolução da mentalidade social.

Assim, exemplificativamente, nos países atrasados, os quadros jurídicos da política de expansão agrícola, a política de educação ou a política sanitária são mais importantes que o direito societário". E, adiante: "dessa forma, o autor entende o Direito Econômico dos países desenvolvidos e o Direito do Desenvolvimento, dos subdesenvolvidos, diferenciam-se entre si, não só pelo conteúdo, mas também pela importância respectiva das matérias que abrangem" (GRANGER *apud* CARVALHOSA, 2013, p. 244-246).

Propõe, o autor, quanto à estrutura científica deste Direito, a elaboração, primeiramente de uma teoria geral do Direito do Desenvolvimento, tendo por objeto o estudo dos quadros institucionais do desenvolvimento, a organização do Estado, desde o nível nacional, até o nível local; as formas jurídicas capazes de agrupar a população, tendo vista a ação desenvolvimentista, em comunas, em cooperativas, etc (2013, p. 244-246).

Uma outra parte desta teoria geral deveria sistematizar as modalidades jurídicas de planificação, no que respeita à elaboração do plano e sua execução. E como síntese desta teoria geral, propõe o estudo da função econômica e social que o Direito deve preencher no processo do desenvolvimento. Dentro dessa última perspectiva, o autor visualiza um direito dos investimentos; um direito da política de colocação (emprego); um direito da circulação dos bens; um direito social do desenvolvimento e um direito do desenvolvimento regional (2013, p. 244-246).

O Direito do Desenvolvimento como ramo independente tem função institucional das ciências jurídicas, sendo muito discutido no âmbito do Direito Internacional. As instituições jurídicas internacionais (ONU, OTI, OMC etc.) emitem normativas acerca de políticas públicas, as quais devem ser adotadas pelos países signatários, com força normativa.

Perrone-Moisés (1999, p. 179) relaciona:

[...] trata-se de um dos direitos humanos na concepção das Nações Unidas e no segundo de um conjunto de normas jurídicas, ora consideradas como um ramo do direito internacional, ora como um método de investigação e que tem como característica principal procurar eliminar as diferenças de desenvolvimento, tanto no plano interno como no internacional.

É cediço que as normas internacionais das quais o Brasil foi signatário, foram incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio, não apenas indiretamente, mas expressamente pela Constituição de 1988, quando adota o desenvolvimento como princípio e objetivo fundamental do Estado. Para o Direito Constitucional Brasileiro abrange o Desenvolvimento visando buscar redução da pobreza, da desigualdade regional e nacional e do pleno emprego²³.

Por sua vez, o Direito ao Desenvolvimento não pertence apenas à ciência do Direito como relatado acima, considerando-se que faz parte do próprio direito fundamental do indivíduo, da sociedade e da comunidade internacional, na busca pelo desenvolvimento como forma de ser.

Quanto ao Direito ao Desenvolvimento, Delgado (2001, p. 51) ensina:

A Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento (1986) atribui especial significado ao referido direito, tendo-o proclamado como um “direito humano inalienável”, o que teria feito com que a pessoa humana deixasse de ser vista como mero fator de produção e passasse a ocupar uma posição central no processo de desenvolvimento, conforme o seu art. 2º: “1. A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento”.

O direito ao desenvolvimento iria além do conceito de desenvolvimento puramente econômico, visto que pressupõe uma aproximação centrada nos direitos humanos. Seria necessário, ao se pensar o desenvolvimento, ter em mente: paz, economia, meio ambiente, justiça e democracia.

²³ Sobre o tema ainda, adiante se discutirá a necessidade da evolução e busca do direito ao desenvolvimento no sistema jurídico brasileiro, mormente por sua importância aos princípios inerentes, por se tratar de país em desenvolvimento e redução da desigualdade. Por esta justificativa, verifica-se que a importância do tratamento diferenciado no processo licitatório como forma de fomento ao desenvolvimento local e regional.

O Direito ao Desenvolvimento utiliza-se do Direito do Desenvolvimento como forma de instrumentalizar e materializar sua natureza jurídica de evolução do ser humano, melhorando sua qualidade de vida, com redução das desigualdades sociais, desenvolvimento do plano social, cultural, político e econômico (CAMPINHO, 2010, p. 157).

Fachin (2010, p. 132-133) ministra que o Direito ao Desenvolvimento sobre a ótica de proteção ao Direitos Humanos, como forma de garantir meio existencial ou condições materiais mínimas, além de substrato socioeconômico sustentável, na busca de uma emancipação social. Tal discurso defende a ideia de que o ser humano tem o direito de possuir igualdade de oportunidades, para manter condição mínima de existência, desenvolvimento de forma digna e justa.

2.2 Dimensões do desenvolvimento

De outra banda, o desenvolvimento possui, no mínimo, três dimensões: a do incremento da eficácia do sistema social de produção, a da satisfação de necessidades elementares da população e a da consecução de objetivos a que almejam os grupos dominantes de uma sociedade e que competem na utilização de recursos escassos (FURTADO, 2000, p. 22-23). Em que pese considerar importante esta perspectiva, buscará outra modalidade de subdivisão de desenvolvimento, mais abrangente na linguagem jurídica do que sociológica²⁴.

A Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, Declaração ao Direito ao Desenvolvimento, já reconhece “que o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente” (ONU 2, 2015).

Sachs (2000, p. 22-23) redistribui as dimensões do desenvolvimento em cinco vertentes: social, econômica, ecológica, espacial e cultural²⁵. Sobre a sinergia entre as dimensões, Ferreira (2013, p. 922) faz ilação quando assevera:

Nada obstante, a predicação do termo serve de reforço retórico, ainda que pleonástico, no sentido de advertir acerca da multidimensionalidade

²⁴ É corriqueiro analisar o desenvolvimento apenas pelo aspecto econômico, não se atendo às outras perspectivas dimensionais, como social, cultural, política e ambiental. O conhecimento de todas as dimensões é de suma importância, para a compreensão lógico-jurídico do desenvolvimento socioeconômico, que é a pedra fundamental desta pesquisa, por ser mais entrelaçado com o direito empresarial e o direito econômico.

²⁵ Além das dimensões já sedimentadas pela doutrina, é importante destacar e segmentar nesta pesquisa a visão de dimensão espacial ou territorial, porquanto se tratará como foco de desenvolvimento local e regional.

intrínseca do desenvolvimento, que pressupõe, no mínimo, crescimento econômico socialmente justo e benigno do ponto de vista ambiental, de forma a externar um tripé de valores/interesses simultaneamente reclamados. Mas a eles se somam, ainda, outros fatores, como de índole cultural e política.

A primeira das dimensões a ser considerada, eis que foi grande percussora do Direito ao Desenvolvimento, é a dimensão econômica. A dimensão econômica dita que os recursos disponíveis (financeiros, naturais, trabalho, etc.) que fazem parte do sistema, devem ser direcionados de forma eficiente ao desenvolvimento dos indivíduos, social e global (SACHS, 2007, p. 292).

O desenvolvimento, do prisma econômico, ocorre de forma quantitativa, pelo crescimento econômico, melhoramento na renda *per capita*, majoração dos índices econômicos, redução da inflação, aumento de investimento e do capital estrangeiro, capacidade de modernização contínua dos instrumentos de produção, razoável nível de autonomia na pesquisa científica e tecnológica, inserção soberana na economia internacional, entre outros (POCHMANN; OLIVEIRA; AMORIM; COELHO; REINACH, 2010, p. 18). Sobre a perspectiva do direito ao desenvolvimento busca-se a sustentabilidade econômica.

Sobre a dimensão econômica como liberdade dos indivíduos pertencem ao mercado consumidor como parte da distribuição da renda justa e adequada, Sen (2005, p. 12) relata:

Os dispositivos económicos respeitam as oportunidades de que os indivíduos dispõem para utilizar os recursos económicos para consumo, produção ou troca. Na relação entre rendimento e riqueza, por um lado, e capacidades económicas dos indivíduos, por outro, as preocupações distributivas também são importantes.

Campinho (2010, p. 157) declara que a liberdade econômica é importante porque proporciona chance ao indivíduo de participar do mercado de consumo, tão presente no mundo capitalista “do ser” e “do ter”, bem como o Estado se faz presente nas políticas públicas e nas ações governamentais sobre distribuição de renda, na busca formal da isonomia na capacidade econômica.

É imperioso ressaltar que o crescimento econômico *per se* não é fator determinante para fixar o desenvolvimento de uma sociedade. Em algumas vezes o crescimento econômico pode gerar mau desenvolvimento ou “desdesenvolvimento”. O crescimento é, sem dúvida, uma condição necessária, mas de forma alguma suficiente, para o desenvolvimento (SACHS, 2007, p. 294-308).

Na mesma linha de entendimento, Ferreira (2013, p. 923) alerta:

O Crescimento econômico é usualmente mensurado por meio do Produto Interno Bruto (PIB) que tem por escopo representar a soma de todos os bens e serviços finais produzidos em determinado tempo e em certo território. Crescendo o PIB (e, pois, a disponibilidade objetiva desses bens e serviços finais) cresce a economia.

Contudo, ainda assim persiste um problema, qual seja a referida disponibilidade objetiva não se apresenta assim para todos, ficando os menos favorecidos alijados da sua fruição por falta de condições econômico-financeiras de acesso.

Melhor dizendo, o crescimento econômico tende a produzir efeitos benéficos para alguns; não necessariamente para todos.

Para Furtado (1983, p. 245), o conceito de desenvolvimento econômico “implica bem mais do que o mero crescimento econômico ou a acumulação de capital”. Desenvolvimento é a “capacidade produtiva do sistema social e implica numa irradiação do progresso econômico para o grosso da sociedade”.

Deveras, o crescimento econômico é fator essencial, mas não autossuficiente para assegurar o desenvolvimento em todas as suas dimensões: social, cultural, política, espacial, humanística e ambiental (FERREIRA, 2013, p. 923).

Neste sentido, o Programa das Nações para o Desenvolvimento (ONU, 2015) estabelece que:

Diferentemente da perspectiva do crescimento econômico, que vê o bem-estar de uma sociedade apenas pelos recursos ou pela renda que ela pode gerar, a abordagem de desenvolvimento humano procura olhar diretamente para as pessoas, suas oportunidades e capacidades. A renda é importante, mas como um dos meios do desenvolvimento e não como seu fim. É uma mudança de perspectiva: com o desenvolvimento humano, o foco é transferido do crescimento econômico, ou da renda, para o ser humano.

Majoração do crescimento econômico sem distribuição justa e solidária da riqueza adquirida pelo capital, dificilmente acarretará na redução da desigualdade social e desenvolvimento sustentável²⁶. O crescimento econômico pode provocar exclusão social, aumento da desigualdade social, da taxa de desemprego e de crises isoladas.

²⁶ É oportuno aqui mencionar que o crescimento econômico justo e solidário é importante para o desenvolvimento e será discutido adiante no capítulo de tratamento diferenciado licitatórios as microempresas como mecanismo de fomento ao desenvolvimento econômico local e regional.

O crescimento econômico tem caráter de mensuração quantitativa, enquanto o desenvolvimento possui mensuração qualitativa²⁷. Rister (2007, p. 2) distingue crescimento de desenvolvimento, afirmando que se trata de mutações sociais dinâmicas e contínuas:

[...] a ideia de desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa que se esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. O processo de desenvolvimento poderia levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário. Daí por que, importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não poderia o desenvolvimento ser confundido com a ideia de crescimento. Este último, meramente qualitativo, compreenderia uma parcela da noção de desenvolvimento.

Caso contrário, não se verificaria que muitos países considerados ricos e desenvolvidos apresentam elevados índices de desigualdade social, desemprego e pobreza. O próprio Relatório de Desenvolvimento Humano de 1994 da Organização das Nações Unidas (ONU, 2015) previne esta situação e alerta:

A riqueza é importante para a vida humana. Contudo, centrar as atenções apenas neste indicador é incorreto por duas razões: Primeiro a acumulação de riqueza não é necessária para o preenchimento de algumas das escolhas do ser humano. Com efeito, os indivíduos e a sociedade fazem muitas escolhas que não precisam da riqueza para concretizá-las. Uma sociedade não precisa ser rica para estar habilitada a uma vida democrática. Uma família não precisa ser rica para respeitar os direitos de cada um dos seus membros. Uma nação não precisa ser rica para tratar os homens e as mulheres de forma equitativa. Tradições sociais e culturais, de grande valor, podem ser mantidas e - efetivamente o são - em todos os níveis de renda. A riqueza de uma cultura pode ser independente da riqueza material do seu povo. Segundo, as escolhas humanas se estendem além do bem-estar econômico. Os desejos humanos seguramente incorporam ter riqueza material. Porém eles precisam e querem também ter uma vida longa e saudável, beberem vigorosamente na fonte do saber, participarem livremente na vida da sua comunidade, respirarem um ar livre de poluição, e apreciarem o simples prazer de viverem num ambiente limpo, com paz em suas mentes, que decorre do fato de possuírem um local seguro para morar, e ter a segurança de ter trabalho estável, com remuneração dignificante.

O desenvolvimento do prisma econômico acontece de forma quantitativa, pelo crescimento econômico, melhoramento na renda *per capita*, diminuição da desigualdade social, justiça na distribuição de renda, emprego garantidor de qualidade de vida, acessibilidade de recursos e serviços sociais (SACHS, 2003, p. 85).

²⁷ Assim, observa-se que o crescimento possui apenas o fito de majoração dos índices econômicos, enquanto o desenvolvimento tem escopo de melhorar a qualidade de vida dos indivíduos e de toda sociedade, viga mestra da democrática igualitária do bem-estar.

O desenvolvimento é uma construção histórica e cultural, onde se prioriza a qualidade de vida das pessoas acima da riqueza material (RISTER, 2007, p. 3).

A dimensão social enquadra-se no conjunto de melhorias que aferem o desenvolvimento dos indivíduos de uma sociedade, no que tange melhoramento da qualidade de vida, redução da desigualdade social (FURTADO, 1983, p. 248).

Na questão de liberdade, Sachs (2007, p. 292) ensina:

Social, que se entende como a criação de um processo de desenvolvimento que seja sustentado por um outro crescimento e subsidiado por uma outra visão do que seja uma sociedade boa. A meta é construir uma civilização com maior equidade na distribuição de renda e de bens, de modo a reduzir o abismo entre os padrões de vida dos ricos e dos pobres. As oportunidades sociais estão relacionadas com os dispositivos que as sociedades organizam em favor da educação, da saúde, etc., que têm influência na liberdade concreta de os indivíduos viverem melhor.

A dimensão que melhor demonstra o índice de desenvolvimento do indivíduo é a social, visto que demonstra o grau de qualidade de vida da sociedade e seus cidadãos (educação, saúde, mortalidade infantil, expectativa de vida etc.) (RISTER, 2007, p. 8).

Sepulveda (2005, p. 46) preceitua que cabe à própria sociedade seu processo de desenvolvimento, exercendo papel de protagonista de atores sociais, na condução da melhoria na qualidade de vida.

A dimensão cultural muitas vezes confunde-se com a dimensão social, não por menos, visto que seus elementos de análise são inseparáveis e idênticos (FURTADO, 1983, p. 250). A dimensão cultural está interligada com as outras duas dimensões anteriores, principalmente com a social.

Para Rister (2007, p. 3) ao majorar o índice cultural de determinada sociedade demonstra que atingiu elevado estágio de desenvolvimento social, o qual capacita o discernimento dos membros da sociedade na concepção da realidade e de futuro.

Só se considera culturalmente desenvolvido um povo quando atinge determinado patamar de igualdade formal, em que haja redução da desigualdade social, onde membros da sociedade tenham as mesmas oportunidades (CAMPINHO, 2010, p. 157). A dimensão cultural sustentável encontra-se na garantia de estabelecer equilíbrio, entre tradição e inovação social-tecnológica (SACHS, 1993, p. 32).

A dimensão política está intrinsecamente ligada ao sistema democrático, cabendo esta incumbência ao desenvolvimento de forma sustentável (SACHS, 2003, p. 87). A importância da dimensão política relaciona-se ao fato de que incumbirá à

democracia trilhar o caminho ao desenvolvimento, porquanto, trata-se de instrumento de decisões e negociações (SEPULVEDA, 2005, p. 49).

Outra visão interessante e ampla é apresentada por Sen (2005, p. 12), quando defende a teoria do desenvolvimento com liberdade. Neste sentido, o autor assim assevera liberdade política (leia-se dimensão política de desenvolvimento):

As liberdades políticas referem-se as possibilidades que as pessoas têm de decidir quem e segundo que princípios deve governar, e inclui a possibilidade de vigiar e criticar as autoridades, de gozar da liberdade de expressão política e de uma imprensa sem censura prévia, de escolher entres diferentes partidos políticos, etc.

Deste modo, apenas a liberdade política ou o direito do indivíduo de realizar escolhas dentro do processo político, demandará seu grau de desenvolvimento, mesmo que não possa ser analisado de forma isolada, mas dentro do contexto das outras dimensões.

Para Fachin (2010, p. 146), a democracia é elemento capital do Direito ao Desenvolvimento e tem como escopo de plena realização dos direitos humanos. Não há direitos humanos sem democracia, nem democracia sem direitos humanos, assumindo o elemento político papel central no processo de desenvolvimento.

A dimensão ambiental é mais discutida na atualidade, sob a preocupação dos ambientalistas, sociedade civil organizada e parcela da comunidade internacional (países industrializados). Não há como se falar em desenvolvimento sustentável, sem mencionar a dimensão ambiental de desenvolvimento, bem como mecanismos de proteção e renovação de recursos naturais (SACHS, 1993, p. 32).

Quanto à sustentabilidade ambiental, Sachs (2003, p. 89) estabelece:

Sustentabilidade ecológica: preservação dos recursos naturais na produção de recursos renováveis e na limitação de uso dos recursos não-renováveis; limitação do consumo de combustíveis fósseis e de outros recursos esgotáveis ou ambientalmente prejudiciais, substituindo-os por recursos renováveis e inofensivos; redução do volume de resíduos e de poluição, por meio de conservação e reciclagem; autolimitação do consumo material; utilização de tecnologias limpas; definição de regras de proteção ambiental.

O meio ambiente deve ser visto como um todo, sendo que sua preservação precisa ser realizada de forma proporcional e razoável em todas as regiões, não se usurpando ou prestigiando determinada região em detrimento ou prol de outra (LIMA;

OLIVEIRA, 2003)²⁸.

Para Mansur (2011), o crescimento e desenvolvimento deve ser isonômico para todas as regiões e o respeito ao meio ambiente necessita ser de todos os indivíduos e de toda sociedade. Não há que se falar em sustentabilidade e vida sem meio ambiente equilibrado.

O desenvolvimento da perspectiva da dimensão territorial ou espacial tem caráter central sobre a ótica do desenvolvimento local e regional ou, principalmente, da redução das desigualdades regionais.

Na atualidade, cada vez mais, a academia, sociedade civil organizada e setor político encontram-se preocupados em desenvolver mecanismos de desenvolvimento municipal, microrregional e de região metropolitana.

Trazer a gestão pública planejada para áreas menores e descentralizadas é o único método ideal que se vislumbra nos dias atuais, eis que o método antigo de centralização está falido e em decadência (SEPULVEDA, 2005, p. 51). Neste contexto, extrai-se a importância da dimensão espacial para o Direito ao Desenvolvimento.

A dimensão espacial busca equilíbrio das áreas urbanas e rurais, melhoria na distribuição territorial, dos assentamentos e das atividades econômicas, benesses no meio ambiente urbano e rural, superação de disputas interregionais, entre outras (SACHS, 2003, p. 87).

O desenvolvimento territorial é de suma importância para que o Brasil evolua como País em desenvolvimento, com a redução das desigualdades sociais, sob pena de haver elevado custo para o Estado suportar com ações governamentais e políticas públicas (POCHMANN; OLIVEIRA; AMORIM; COELHO; REINACH, 2014, p. 19), com o fito de atingir igualdade formal.

Em entrevista ao Jornal Diário Catarinense, Amorim (2015) estabelece os resultados do Atlas de Exclusão Social:

O estudo serve justamente para mostrar o crescimento econômico e a necessidade de mais programas de distribuição de renda. Devemos prestar atenção nas regiões mais carentes e fazer uma política regional para alterar a desigualdade.

²⁸ Introduzindo conceitos e ideias para próximo capítulo, é importante asseverar que o desenvolvimento apenas será promovido de forma sustentável se preservar o meio ambiente. Sabe-se que cada região deve ser desenvolvida, respeitando as suas características ambientais, bem como fomentar o desenvolvimento econômico-social-empresarial planejando o impacto ecológico sobre o crescimento. Cabe à Administração Pública fomentar políticas públicas de preservação ao meio ambiente e fiscalizar o cumprimento das normas legais, com a aplicação rigorosa das penalidades, com o fito de proteger as riquezas naturais, utilização de energias renováveis e reutilização dos materiais.

O desenvolvimento regional está relacionado ao crescimento econômico, agregado com distribuição de renda, implantação de políticas públicas regionais, com o intento de redução da desigualdade (POCHMANN; OLIVEIRA; AMORIM, COELHO; REINACH, 2014, p. 18)²⁹. Os autores ressaltam que não se deve ater apenas ao caráter econômico como já mencionado acima e aponta alguns pontos que são importantes debater para reduzir as desigualdades regionais:

Pobreza: proporção de domicílio particulares permanentes com rendimento nominal mensal domiciliar per capita de até ½ salário mínimo.

Emprego: proporção de trabalhadores com carteira de trabalho assinada e funcionários públicos estatutários na população economicamente ativa.

Desigualdade: índices Gini da renda domiciliar per capita da população residente.

Alfabetização: taxa de alfabetização das pessoas de 5 anos ou mais de idade.

Escolaridade: proporção de pessoas com 17 anos ou mais que concluíram o ensino médio.

Concentração Juvenil: proporção da população com até 19 anos de idade.

Violência: taxa de homicídios por mais de 100 mil habitantes.

Por certo, o Atlas de Exclusão Social não exauriu todos os elementos de análise para apresentar uma resposta definitiva sobre como reduzir a desigualdade regional, mas é mister destacar que enumerou importantes elementos de estudo que podem servir de norte aplicador de políticas públicas eficientes para atingir esta finalidade.

Assim, parte-se da análise do desenvolvimento nacional para depois evoluir para desenvolvimento local e regional.

2.3 Desenvolvimento nacional

²⁹ A título de exemplo, o Estado de Santa Catarina é destaque em redução da exclusão social em vários setores da análise, por possuir bons níveis de emprego, alfabetização, escolaridade, juventude e baixos quanto à pobreza, desigualdade e violência. Ademais, verifica-se que o Estado de Santa Catarina possui cidades mais igualitárias, com fatores histórico-regionais, com efetivações de políticas públicas e melhor sistema educacional. (...) A própria Secretária de Estado da Assistência Social, Deputada Angela Albino, relata sobre os bons resultados e os fatores que o Estado tem alcançado na redução da desigualdade regional, quando diz que “SC tem conseguido alcançar uma melhor distribuição de renda pelo tipo de desenvolvimento econômico, com bons salários aliados a uma distribuição de renda igualitária”.

Todavia, chama atenção que o Estado ainda possui deficiências regionais que devem ser supridas, quando exemplifica que “apesar do cenário positivo é preciso enfrentar as desigualdades regionais como focos de pobreza extrema a cerca de 100 mil analfabetos no Estado, principalmente nas regiões de Xanxerê e Serra catarinense” (FOLTRAN, 2015).

Com o advento da Constituição Cidadã de 1988 criou-se novo ciclo de desenvolvimento econômico e a implementação de inúmeras políticas públicas (VILLAC, BLIACHERIS; SOUZA, 2014, p. 194) ao Estado Brasileiro com escopo de buscar no desenvolvimento nacional a viga mestra da vontade do povo³⁰.

O desenvolvimento nacional é uma disposição proativa do Estado Brasileiro, na busca por uma mudança social (SEN, 2000, p. 14), o qual vai ao encontro do progresso, do desenvolvimento dos cidadãos e da redução das desigualdades sociais (FERREIRA, 2013, p. 922).

São diversos os dispositivos constitucionais que preveem o desenvolvimento nacional, como mecanismo de progresso e anseio social. O desenvolvimento nacional deve ser almejado por todos e buscado pelo Estado, criando mecanismos que possibilitem o progresso e a redução das desigualdades econômica, social, política, cultural e ambiental.

Ao analisar o texto constitucional, verifica-se que a expressão “desenvolvimento” é encontrada cinquenta e uma vezes, aferindo importância a este princípio dentro do sistema jurídico brasileiro. Em que pese não deixar de mencionar a palavra “nacional”, na maioria das vezes subentende-se que se trata deste tema, ressalvadas quando acompanhada da expressão “regional”, o que será estudado subsequente nesta pesquisa.

A expressão desenvolvimento encontra-se tão enraizada, desde o primórdio do sistema democrático republicano brasileiro, que até a palavra “progresso”, sinônimo de “desenvolvimento”, está presente na Bandeira Nacional³¹.

Para se entender o atual cenário de direito ao desenvolvimento nacional, será analisado o sistema jurídico constitucional e infraconstitucional, procurando dentro do arcabouço jurídico as normas diretivas, programáticas e de políticas públicas que direcionam o Estado Desenvolvimentista.

Corolário a este entendimento, o próprio Preâmbulo da Constituição Republicana, aponta que o Estado Democrático Brasileiro tem como destino

³⁰ Imperioso, neste momento, antecipar que a promoção constitucional do desenvolvimento nacional foi instrumentalizado para Lei nº 8.666 de 1993 (Lei Geral de Licitações), Medida Provisória nº 495/2010, convertida na Lei nº 12.349/2010, que estabeleceu no caput do artigo 3º, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como terceira finalidade “legal” das licitações (FERREIRA; GODOY, 2015)

³¹ A República brasileira nasceu das ideias de liberdade, igualdade e fraternidade, ideais de um sistema liberal-capitalista-nacional, dependendo do período histórico há predominância de um dos fatores e distanciamento de outro. Este contexto é importante para se entender o desenvolvimento nacional atual do Estado Social Democrático de Direito e sua projeção futura, numa nova ordem econômica social.

assegurar o desenvolvimento, demonstrando a importância constitucional dedicada a este princípio (FERREIRA; GIUSTI, 2012).

O Preâmbulo é importante instrumento de interpretação da vontade do constituinte, em direcionar mediante desenvolvimento o Estado Democrático Social de Direito, com princípios de tornar uma sociedade livre, justa e solidária, na busca plena do bem-estar (SILVA, 2006, p. 22).

Para Gabardo (2009, p. 381), o desenvolvimento é necessário ao Estado e é garantia do interesse público de um povo, que busca projeto socializador de uma sociedade justa, solidária e feliz³².

No sistema constitucional brasileiro, o Preâmbulo traça meios de assegurar aplicação do exercício dos valores supremos, função programática diretiva com implantação de políticas públicas de cunho instrumental aos direitos sociais, entre eles, desenvolvimento nacional (FERREIRA; GODOY, 2012).

Neste sentido, Silva (2006, p. 22) ensina:

O Estado Democrático de Direito, destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. Assegurar tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu exercício. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de assegurar, tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico.

Grau (2000, p. 67) leciona que:

[...] como as Constituições diretivas ou programáticas – doutrinárias – são concebidas as que não se bastam em conceber-se como mero instrumento de governo, mas, além disso, enunciam diretrizes, programas e fins a serem pelo Estado e pela sociedade realizados.

³² Sobre o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal referente ao contexto constitucional dos valores supremos sociais da solidariedade, do bem-estar, fraternidade e sem preconceitos: “Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988. Ali se esclarece que os trabalhos constituintes se desenvolveram “para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos ...”.

Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se afirme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2649, Tribunal Pleno, Relatora Min. Cármen Lúcia, julgado em 08.05.2008, publicado em 17.10.2008.).

Desta feita, o princípio do Direito ao Desenvolvimento está presente no Preâmbulo da Constituição, sendo uma norma programática desejável pelo Estado. As normas programáticas são instrumentalizadas pelas normas garantias que materializam as políticas públicas eficazes de fito político-jurídico-filosófico-social (RISTER, 2007, p. 248)³³.

Assim, tem-se que o Preâmbulo apresenta importante papel no cenário atual jurídico, servindo de fundamento norteador do Estado Brasileiro e de políticas públicas eficazes, para perseguir o princípio desejável do Direito ao Desenvolvimento (FERREIRA; GIUSTI, 2012).

A Carta Magna de 1988 prevê vários artigos plasmados no desenvolvimento nacional, como pedra fundamental do Estado Social de Bem-Estar. Diretamente a expressão “desenvolvimento nacional” aparece apenas duas vezes na Constituição Federal, artigo 3, inciso II e artigo 174, §1º.

O inciso II do artigo 3º da Constituição Federal prevê o desenvolvimento nacional como objetivo fundamental do Estado Brasileiro. Verifica-se que a Carta Magna estabelece como um dos objetivos fundamentais do Estado o desenvolvimento nacional, considerada a importância deste elemento para construção econômica e social, além de psíquica da sociedade na busca do progresso e evolução (FERREIRA; MACIEL FILHO, 2012).

Quanto ao desenvolvimento nacional como objetivo da república, Ferreira (2012, p. 58-59) posiciona-se:

O Desenvolvimento Nacional como objetivo da República.

Ou seja, é com essa vocação que se deve conceber o Estado Brasileiro, portanto compulsoriamente comprometido com desenvolvimento nacional, mas que, num primeiro súbito, poderia supor-se confundível com o crescimento econômico, pura e simplesmente.

[...]

Sem medo de errar, pois, a análise sistemática dos objetivos da República revela a busca de um crescimento econômico socialmente benigno, portanto que propicie, afinal, uma transformação social estrutural.

O objetivo fundamental em promover o desenvolvimento nacional de uma sociedade livre, justa e solidária, encontra-se no fato jurídico de realizar de forma

³³ O princípio de Direito ao Desenvolvimento presente no Preâmbulo, possui função dirigida de norma programática, enquanto as normas garantias são as materializadoras das políticas públicas. Exemplo: o princípio do direito ao desenvolvimento presente no Preâmbulo da Constituição possui função programática, enquanto o dispositivo constitucional que assevera sobre incentivo às microempresas tem função de norma garantia, tanto que regulamentada por duas normas infraconstitucionais (Lei nº 8.666 e LC nº 123).

consistente uma modificação robusta na estrutura socioeconômica sustentável, na qual majore estatisticamente de forma progressiva e qualitativa, a evolução do indivíduo e da sociedade (FACHIN, 2010, p. 146).

Trata-se, verdadeiramente, de dever de fomentar o desenvolvimento nacional sustentável.

Neste vértice, acertadamente, Daniel Ferreira (2012, p. 63-64) ensina:

O Dever de Fomentar Estatal do Desenvolvimento Nacional. É preciso atentar que as determinações constitucionais não se dirigem à efetivação (direta e imediata) do desenvolvimento nacional pelo Estado, apenas. Em várias oportunidades a Constituição indica deveres atribuídos aos legisladores e aos gestores públicos no sentido de estimular o desenvolvimento nacional. Fica claro, portanto, que o desenvolvimento do Brasil, no ideário do Constituinte, revela-se como um processo compartilhado pela sociedade com o Estado, e que a este incumbe, por diversas formas, fomentar as ações privadas afirmativas desse desiderato, tendo destacado algumas desde logo. Todavia, a revelação das situações valoradas na Lei das leis não descarta que outras (leis) venham a exprimir equivalentes atribuições, aliás, como a hodiernamente imposta pela Lei nº 8.666/93, atualizada pela Lei nº 12.349/2010.

Corroborando, Rister (2007, p. 36) defende que:

o desenvolvimento consiste num processo de mudança estrutural e qualitativa da realidade socioeconômica, pressupondo alterações de fundo que irão conferir a tal processo a característica da sustentabilidade, entendida esta como a capacidade de manutenção das condições de melhoria econômica e social e de continuidade do processo.

Nesta mesma linha de pensamento, pode-se concluir que o Direito ao Desenvolvimento está plasmado na terceira geração de direitos, no qual deve ter participação ativa de todos os membros da Sociedade e da Administração Pública (PEIXINHO; FERRARO, 2008).

Peixinho e Ferraro (2008) fazem uma crítica consistente e com razão sustentam:

Contudo, o problema para o desenvolvimento está na falta de efetividade das normas, quer por falta de interesse político e da insuficiente iniciativa da sociedade civil no controle dos atos público. No entanto, existem instrumentos jurídicos que podem direcionar a atuação estatal rumo ao desenvolvimento, a exemplo da adoção de políticas públicas aliadas à transparência na gestão pública e ao controle do Judiciário que podem ser o elo entre a positivação constitucional e a efetivação do direito ao desenvolvimento.

A ligação entre desenvolvimento nacional e aplicação de políticas públicas eficazes como forma de instrumentalização dos objetivos desejáveis pelo Estado é inerente à própria natureza jurídica da vontade constitucional (RISTER, 2007, p. 36).

Bercovici (2000) chama atenção que “a fixação constitucional dos objetivos da República no art. 3º insere-se neste contexto da legitimação do Estado pela capacidade de realizar fins pré-determinados, cuja consecução ocorre por meio de políticas públicas e programas de ação estatal”.

Segundo Bucci (2012), o próprio fundamento das políticas públicas seria “a existência dos direitos sociais, que se concretizam mediante prestações positivas do Estado, e o conceito de desenvolvimento nacional, que é a principal política pública, conformando e harmonizando todas as demais”. Assim, não há que se falar em pleno desenvolvimento, sem se falar de políticas públicas eficazes.

Desta maneira, não resta dúvida que o constituinte quis elevar o princípio do desenvolvimento ao patamar de objetivo fundamental do Estado Brasileiro, ostentando sua importância merecida e já reconhecida pelo Povo Brasileiro. Ferreira adverte que desenvolvimento trata de direito fundamental, imperativo e consonante à dignidade da pessoa humana (FERREIRA, 2012, p. 67).

Gustavo Oliveira (2009) destaca sobre dignidade da pessoa humana como direito fundamental ao desenvolvimento:

Em que pesem as inúmeras transformações pelas quais passa o Estado contemporâneo, com eles permanece (e, no caso brasileiro por expressa previsão constitucional) o papel de indutor, promotor e garantidor do desenvolvimento nacional. É se no centro da noção de desenvolvimento encontra-se a pessoa humana [...].

No que tange aos princípios da ordem econômica, estão expressamente enumerados junto aos artigos 170 a 181 da Lei Maior, delineando os parâmetros de intervenção estatal no âmbito econômico, bem como as finalidades desejadas que devam ser priorizadas (FERREIRA; MACIEL FILHO, 2012).

O desenvolvimento nacional pelo sistema econômico está devidamente representada no artigo 170 da Constituição da República, que cita a “redução das desigualdades regionais e sociais”, como um dos princípios gerais da atividade econômica (inciso VII) (MAMEDE, 2013, p. 104). Estes dispositivos demonstram a importância do desenvolvimento elevado a preceito constitucional e norma imperativa.

2.4 Desenvolvimento local e regional

Em termos conceituais, o emprego mais comum do conceito de desenvolvimento regional se refere ao processo de acumulação, que tem lugar no espaço de uma determinada região.

Nesta perspectiva, o desenvolvimento regional é um processo de mudança social sustentável, que tem como propósito primordial o progresso permanente de uma comunidade e de seus respectivos membros, que vivem num determinado espaço regional (MATTEDI; THEIS, 2002, p. 77).

Na visão de Siendenberg (2006, p. 72), existe a necessidade do desenvolvimento regional ser entendido em suas diferentes escalas e complexas relações:

A utilização do termo desenvolvimento regional normalmente está associada às mudanças sociais e econômicas que ocorrem num determinado espaço, porém, é necessário considerar que a abrangência dessas mudanças vai além desses aspectos, estabelecendo uma série de inter-relações com outros elementos e estruturas presentes na região considerada, configurando um complexo sistema de interações e abordagens.

O desenvolvimento regional atualmente alicerça-se em diferentes modelos e fatores, que geram práticas e dinâmicas distintas. Quando se instala um processo de desenvolvimento local, em determinado território, aparecem sinais que são evidências presentes e que o caracterizam como próprias da sua natureza. Jordan (2004, p. 4) identifica estes sinais da seguinte forma:

São eles: mobilização para a organização e o empoderamento dos atores; articulação para a concertação das instituições; protagonismo dos atores; empreendedorismo, tanto social quanto econômico, com formas de inovação, assunção de riscos e geração de riquezas, endogenia a partir das próprias potencialidades de território; perspectiva de expansão regional das ações; superando os limites do território original, formação dos consórcios intermunicipais, estabelecimento de redes de cooperação; e busca e construção da identidade territorial.

São muitos os conceitos de desenvolvimento regional, no entanto, em princípio, todos abordam melhoria da renda e qualidade de vida das populações. Este novo enfoque proporcionado ao desenvolvimento, voltado para o local, tende a reduzir as desigualdades, no momento em que se observa e se age localmente, aproveitando as diferenças e potenciais de cada região (DAMO, 2006, p. 45).

Mister afirmar, que a preocupação com a redução das desigualdades regionais está expressa na Constituição Brasileira de 1988, onde se lê que constituem

objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais do País.

A Carta Constitucional prescreve que: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais [...]”.

Quanto à redução da desigualdade regional, o constituinte dedicou considerável importância ao inserir preceito ao desenvolvimento entre os princípios da ordem econômica, como a dicção do inciso VII do artigo 170 da Constituição Federal: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VII - redução das desigualdades regionais e sociais”.

No artigo 43 da Constituição Federal, o constituinte buscou atingir a redução das desigualdades regionais, com mecanismos de fomento administrativo, como redução, isenção e diferimento de tributos, financiamento com juros e taxas diferenciadas³⁴⁻³⁵.

Rister (2007, p. 260) ensina as duas intenções do dispositivo constitucional:

A União, para efeitos administrativos, na forma do art. 43 da CF, poderá “articular sua ação”, em um mesmo complexo geoeconômico, visando duas coisas. Em primeiro lugar, seu desenvolvimento, o que poderia levar ao entendimento de que está a tratar de seu desenvolvimento próprio, no sentido subjetivo. Mas, em segundo lugar, ao estipular como escopo a redução das desigualdades regionais, avulta novamente a instituição de um padrão cooperativo de desenvolvimento, no sentido objetivo, de modo a compor ou limitar o aspecto subjetivo do desenvolvimento almejado.

O artigo 163, inciso VII, da Carta Constitucional assevera sobre o incentivo de crédito que as instituições financeiras oficiais devem promover para o desenvolvimento regional. O recurso financeiro é necessário a instrumentalização da solidariedade e fomento nas regiões menos desenvolvidas, visto que acelerará a redução das desigualdades, mormente provenientes dos défices cultural-social-econômico (CONTIPELLE; MENEZES, 2015).

³⁴ Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.

³⁵ O dispositivo denota a importância estratégica da União pela busca do desenvolvimento e da redução das desigualdades regionais. Trata-se expressamente de fomento ao planejamento de desenvolvimento das regiões menos evoluídas, as quais devem receber incentivos e benesses, para que possam equiparar as regiões em melhores condições.

São várias as normas jurídicas pós-Constituição de 1988, que buscam aplicação do direito ao desenvolvimento local e regional, sendo que para esta pesquisa serão abordadas à Lei Geral das Licitações e à Lei das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

3 TÉCNICAS DE FOMENTO NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Nesta derradeira fase da pesquisa, cuida-se do fomento administrativo como técnica de tratamento diferenciado para contratação de empresas de pequeno porte, como instrumento de desenvolvimento local e regional.

Com este pensamento, verifica-se que o tratamento diferenciado possui duas modalidades de técnicas: a) Legislativas; b) Editalícias.

Constata-se que as técnicas provenientes da Lei são restritivas, contudo não taxativas, cabendo ao agente municipal procurar desenvolver e aplicar outras técnicas editalícias como forma de fomentar a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, sempre com o fito de desenvolvimento local socioeconômico.

De acordo com Fernandes (2008, p. 15):

Como as compras públicas podem ser um investimento no desenvolvimento local? De forma prática, o uso de poder de compra relativamente às MPE é um meio eficaz de reinvestir o orçamento das unidades do Sebrae no local, para gerar riquezas, renda e desenvolvimento tecnológico. Dito de outra maneira: o dinheiro fica em casa!!! Assim, as unidades comprometidas com o desafio de melhorar as condições de vida da sua comunidade devem ter por missão incentivar políticas de desenvolvimento que consigam gerar emprego e distribuir renda. Ora, o uso do poder de compra da instituição permite que: • os fluxos de negócio e geração de renda se distribuam no contexto local ou regional; • a renda das famílias seja ampliada; e • o mercado se desenvolva, aumentando a arrecadação de impostos que se reverterão em receita para programas e ações locais. Ou seja, cria-se um ciclo de desenvolvimento sustentável, pois a comunidade que produz para o mercado local e regional, geralmente, consome também produtos desses mercados.

O fomento é utilizado como poder de compra nos processos licitatórios para contratação de empresas enquadradas como microempresas e empresas de pequeno porte, mormente no âmbito municipal, promovendo políticas públicas, fonte de geração de emprego e renda local, majora competitividade entre empresas de diferentes portes, estimulando a economia local.

A utilização do poder de compra como meio de fomento na contratação de microempresas no desenvolvimento local, tem como característica elevar o fluxo de negócios, financeiro e arrecadação de tributos que reverterá em programas governamentais locais.

Deste modo, este capítulo abordará, preferencialmente, as técnicas previstas na norma, entretanto, procurará desenvolver situações que são importantes para instrumentalização dos editais e da concretização efetiva de aplicação do tratamento

diferenciado para contratação das microempresas e empresas de pequeno porte nos contratos administrativos.

Vislumbra-se que as técnicas aqui expostas nesta fase da pesquisa referem-se às formas de tratamento diferenciado que recebem as microempresas e empresas de pequeno porte no processo licitatório, as benesses previstas na norma jurídica que discrimina de forma favorável a contratação desta modalidade de empresas enquadradas com Administração Pública. A prática de fomento prevista no arcabouço jurídico tem escopo de criar desenvolvimento socioeconômico sustentável local.

O marco legislativo de fomento de tratamento diferenciado no poder de uso de compra da Administração Pública foi estabelecido com a promulgação da Constituição Republicana de 1988. Até então, não havia legislação nesta linha de busca ao desenvolvimento.

As técnicas legislativas de fomento licitatório diferenciadas para contratação de microempresas e empresas de pequeno porte constam em todo ordenamento jurídico, partindo da Constituição da República, Lei de Licitações, Lei das Microempresas e suas alterações, além dos Decretos Regulatórios.

Aborda-se, a seguir, o tratamento diferenciado da contratação pública das microempresas e empresas de pequeno porte da perspectiva da Constituição Republicana.

3.1 Tratamento diferenciado à luz da Constituição Federal

Partindo-se da análise da Constituição Federal de 1988, o inciso IX do artigo 170 assegura tratamento diferenciado para pequenas empresas³⁶. O tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte é previsto expressamente na Carta Magna, não deixando margem para dúvidas sobre sua constitucionalidade³⁷.

³⁶ Art. 170 (...) IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

³⁷ Sobre o aspecto constitucional do tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, o Tribunal de Contas da União prolatou voto da lavra do Ministro Guilherme Pereira: "Nada obstante a existência do preceito constitucional da realização de licitação para as contratações públicas com o objetivo de melhor atendimento ao interesse público, assegurado o tratamento isonômico entre os participantes, não há que se olvidar que é também princípio constitucional o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte (CF/88, arts. 170, IX e 179), com o justo intuito de alçar à condição de iguais sujeitos desiguais. Creio que esses princípios não se antagonizam, ao contrário. Formam um todo harmônico em busca, justamente, da almejada isonomia, da igualdade. Penso, ainda, não ter sido outro o espírito com que o legislador ordinário promulgou a LC 123/2006, estabelecendo as normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às

No mesmo vértice de atuação, o Supremo Tribunal Federal já delineou a posição de que a Lei pode estabelecer situações específicas, sem violar o princípio da isonomia, a fim de conferir tratamento diferenciado entre pessoas, desde que se respeite sua universalidade, garanta condições equiparáveis e vede privilégios³⁸.

O princípio da isonomia encontra-se resguardado e protegido em razão do próprio tratamento diferenciado que a Lei prevê para contratação, por meio das licitações, das microempresas e empresas de pequeno porte.

Lima (2008, p. 34) defende a mesma posição sobre o tratamento diferenciado e o atendimento ao princípio da isonomia:

Não se pode esquecer que a igualdade deverá ser respeitada em virtude das diferenças criadas na própria Lei para as microempresas e empresas de pequeno porte, inclusive, partindo da sua definição prevista no artigo 3º. Afinal de contas, igualdade é tratar desigualmente os desiguais, compensando assim as desigualdades existentes na prática (2008, p. 34).

Ademais, Knoerr e Lorga (2013) demonstram que o princípio da isonomia na norma diferenciada está bem na equiparação das forças empresariais, de aplicar o princípio aristotélico de tratar os desiguais na proporção da sua desigualdade pois, como leciona Ferreira (2012, p. 69), “qualquer crítica lastreada na suposição de violação ao princípio da isonomia resta, em boa medida, superada”.

A fundamentação da constitucionalidade do tratamento diferenciado nas licitações públicas passa não apenas pela previsão expressa acima, mas também sobre contextualização dos outros preceitos constitucionais.

microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e o Executivo baixou o Decreto 6.204/2007, regulamentando o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado a ser aplicado aos entes em questão nas contratações públicas no âmbito da Administração Federal. Além do mais, como bem assentou o representante do parquet, o atendimento ao interesse público visado pelo instituto da licitação, lato sensu, compreende não só a melhor proposta financeira, mas também fomentar a ampliação da oferta de bens e serviços, inibindo a formação de estruturas anômalas de mercado. Dessa forma, não vejo como prosperar a tese de inconstitucionalidade aventada” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.231/2008 – Plenário. Relator Min. Guilherme Palmeira, julgado em 25.06.2008, publicado em 30.06.2008. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SviHighLight>> Acesso em: 20 mai. 2015).

³⁸ [...] 4. A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma um tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. BRASIL. Supremo Tribunal Federa. ADI nº 3070 RN, Rel. Min., Julgamento: 29 nov. 2007, Tribunal Pleno, Publicado em 19 dez. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=502946>> Acesso em: 20 mai. 2015.

As técnicas licitatórias devem ser aplicadas como mecanismo de fomento para contratação das empresas enquadradas como microempresas e empresas de pequeno porte como forma de desenvolvimento local e regional.

Neste prisma, está claro no próprio inciso VII do artigo 170 da Constituição Federal, que é princípio da ordem econômica é desenvolver as regiões, reduzindo sua desigualdade econômica e social. Quanto ao desenvolvimento, extrai-se do preâmbulo e incisos II e III do artigo 3º da Carta Magna de 1988.

O fomento na contratação direcionada no processo licitatório de microempresas e empresas de pequeno porte deverá almejar o desenvolvimento local, eis que reduzirá desigualdade entre pequenas e grandes empresas, bem como incentivará injeção de recursos financeiros, recolhimento de tributo e geração de emprego em âmbito municipal³⁹.

Não bastando esta importante característica, verifica-se que o fomento licitatório diferenciado favorecerá o aumento da contratação de empregados pelas microempresas locais, o que atinge diretamente o princípio da busca do pleno emprego, preceito disposto no inciso VIII do artigo 170 da Constituição Republicana.

Deveras, a intenção precípua da pesquisa é o fomento como meio de incentivo da contratação de microempresas objetivando o desenvolvimento local e regional. Neste sentido, não se pode deixar de olvidar que a Constituição Federal, no *caput* do artigo 174 prevê o fomento como meio intervenção econômica, ao estabelecer a função do Estado de incentivo⁴⁰.

É imperioso frisar que o *caput* do artigo 179 da Constituição Federal prevê expressamente o fomento administrativo às microempresas como modalidade de tratamento diferenciado⁴¹.

³⁹ Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União tem se pronunciado: “4.5. Após análise sumária dos elementos apresentados pela representante, nos presentes autos, em contraponto com a legislação, não se vislumbram quaisquer motivos que possam levar à conclusão pela existência de favorecimento irregular às pequenas empresas. A diferenciação que se constata decorre literalmente da Lei Complementar n.º 123/2006, que segundo o art. 47 é dada às pequenas organizações com o objetivo de promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente, oferta de bens e serviços, inibindo a formação de estruturas anômalas de mercado” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.231/2008 – Plenário. Relator Min. Guilherme Palmeira. Julgado em 25 jun. 2008. Publicado no DJ, 30 jun. 2008. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>> Acesso em: 20 mai. 2015).

⁴⁰ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

⁴¹ Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a

Claro está que a Constituição Federal ampara o tratamento diferenciado de fomento administrativo na contratação licitatória de microempresas e empresas de pequeno porte como forma de desenvolvimento local e regional.

3.2 Modalidades licitatórias à luz da Lei de Licitações alterada

O marco legal divisório do tratamento diferenciado para a contratação das microempresas e empresas de pequeno porte foi instituído pela Lei Complementar nº 123 de 2006, quando estabeleceu critérios objetivos, formas, técnicas e novas espécies de aplicação das licitações para concretização deste Direito.

Procura-se desenvolver a linha de pensamento sobre o prisma processual e material da contratação diferenciada das microempresas e empresas de pequeno porte nas aquisições governamentais como forma de promover o desenvolvimento local e regional.

Quanto à importância de estudar o interesse material e processual do tema, Santana (2014, p. 11) torna relevante:

Os primeiros se materializam no curso dos processos de aquisição pública (licitações) e os demais criam, no geral, campos de exclusividade dentro dos quais as microempresas e as empresas de pequeno porte podem desfrutar de prerrogativas não conferidas a quem não se enquadra em tal condição.

O artigo 47 da Lei das Microempresas estabelece um corte para aplicação das modalidades de licitações diferenciadas para fomento da contratação das empresas enquadradas como microempresas e empresas de pequeno porte ao estabelecer que o certame poderá limitar ou fragmentar apenas participação de empresas na sua área de atuação, ou seja, município ou região⁴².

Lima (2008, p. 88) defende que a aplicação da norma que instituiu o tratamento diferenciado é facultativa do ente estatal, dentro do seu poder discricionário da Administração Pública.

incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

⁴² Art. 47. 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.

[...] tem-se também clara percepção de que a faculdade da Administração de realizar ou não uma licitação diferenciada, de acordo com essas condições específicas, será objeto de decisão ainda quando da elaboração de cada edital licitatório. Nesse momento haverá discricionariedade do agente público. Depois de decidida a aplicação das regras ao caso concreto passará a haver a efetiva vinculação.

Todavia, tal entendimento dava-se em razão da análise literal do dispositivo quando previa em seu texto a expressão “poderá”, a qual foi substituída pela expressão “deverá” estabelecida pela Lei Complementar nº 147 de 2014 (SANTANA, 2014, p. 15), a qual supriu qualquer discussão e controvérsia, não ocasionando qualquer margem interpretativa errônea no futuro.

A atual posição adotada pela Lei Diferenciada comunga na busca da vontade e necessidade social, bem como em todo conjunto normativo vigente. É neste sentido que não restam dúvidas de que a aplicação do tratamento diferenciado não é uma faculdade, mas obrigação do ente estatal fomentador. Inexiste controvérsia que a norma é imperativa e autoaplicável (FERREIRA, 2012, p. 62).

Bittencourt (2010, p. 91), ao analisar o próprio dispositivo 47 da Lei Complementar extrai que a obrigatoriedade é medida que se impõe no caso de aplicação do tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, não fixando margem de discricionariedade à Administração Pública.

Contudo, o que se vê na atualidade é que o tratamento diferenciado carece de efetividade de aplicação, seja por falta da vontade política, ou por desconhecimento por completo dos agentes públicos municipais em aplicar tais mecanismos fomentadores e modalidades licitatórias.

Deveras, vê-se que no plano prático a Lei Complementar nº 123 de 2006 não contém conteúdo necessário para seu cumprimento, sendo que o Decreto nº 6.204 de 2007 que tinha fito de tornar efetivo a potencialidade de aplicação da norma diferenciada não a fez.

É intenção mestra do Estado atingir desenvolvimento pleno (ou o mais perto disto), e com este objetivo primário é que o dispositivo acima relata que as normas de tratamento diferenciado devem ser aplicadas como forma de desenvolvimento socioeconômico municipal e regional, por meio de efetivação de políticas públicas (PEREIRA JUNIOR; DOTTI, 2008, p. 7).

A questão de limitação de contratação de microempresas e empresas de pequeno porte que exercem atividades empresariais dentro do âmbito do territorial

municipal ou regional adere à premissa do tratamento diferenciado, porquanto busca desenvolvimento local.

Além do artigo 47 da Lei Complementar nº 123 de 2006, redação prevista pela Lei Complementar nº 147 de 2007, prevê que o direcionamento das licitações para contratação de empresas enquadradas como microempresas e empresas de pequeno porte dentro da esfera territorial do município ou regional, o inciso I do artigo 1º do Decreto nº 6.204 de 2007 corre no mesmo sentido⁴³.

A aplicação da Norma Diferenciada pelos entes federados municipais é de suma importância para o desenvolvimento nacional. Não há que se falar em desenvolvimento nacional, sem buscar a redução da desigualdade local e regional (SANTANA, 2014, p. 16).

Ao analisar a Lei Específica das Microempresas, observam-se três modalidades licitatórias de fomento para contratação de empresas enquadradas nesta categoria, sendo: a) contratação exclusiva; b) subcontratação compulsória e; aquisição parcial.

Todas estas modalidades de tratamento diferenciado encontram-se plasmadas dentro do artigo 48 da Lei Complementar nº 123 de 2006 alterada pela Lei Complementar nº 147 de 2014, tendo como escopo o fomento de contratação da Administração Pública de microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito municipal.

Justen Filho (2010, p. 88) dita:

A questão da regulamentação da LC nº 123

Existem dispositivos da LC nº 123 que são autoaplicáveis e independem de regulamentação. Assim se passa com o disposto nos arts. 42 a 45, que asseguram os benefícios da regularização fiscal tardia e da preferência em caso de empate ficto. Isso não impede a edição de atos regulamentares para detalhar praticamente o modo de execução das regras.

Já as contratações e licitações diferenciadas, previstas nos arts. 47 e 48 da LC nº 123 somente poderão ser implementadas mediante regulamentação por meio de lei específica. A exigência de lei deriva da insuficiência da LC nº 123 para dispor sobre as condições de efetivação dos benefícios.

A União editou o Dec. nº 6.204/2007, destinado a regulamentar a matéria. Esse Decreto não é aplicável diretamente pelos demais entes federativos, os quais são titulares da competência para produzir as normas específicas aplicáveis no seu âmbito próprio. Ressalte-se que, mesmo na órbita da União, a implementação de licitações diferenciadas dependerá de lei específica.

⁴³ Art.1º. Nas contratações públicas de bens, serviços e obras, deverá ser concedido tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, objetivando: I - a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional [...].

A regulamentação da Lei das Microempresas ocorreu com a edição do Decreto nº 6.204 de 2007, estabelecendo procedimentos e limites, o que facilitou os agentes políticos e públicos a aplicarem como melhor técnica a norma diferenciada. Todavia, não se exauriu com os dois preceitos normativos a discussão sobre a matéria, ficando ao encargo da doutrina e da jurisprudência tal missão árdua de modelar o preceito normativo, dando correta interpretação.

3.2.1 Contratação exclusiva

O processo licitatório com escopo de contratação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte encontra-se plasmada no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123 de 2006, redação preconizada pela Lei Complementar nº 147, de 2014⁴⁴. Além da Lei Complementar, cabe destacar que a Norma Regulatória previu os mesmos contornos da contratação exclusiva em seu artigo 6º do Decreto nº 6.204 de 2007⁴⁵.

Nota-se ressaltar que a Norma Diferenciada adotou como parâmetro de *quantum* do objeto licitado os mesmos valores da modalidade licitação da carta convite, ou seja R\$ 80.000,00 (DONATTI, 2015), nos moldes da alínea “a” do inciso II do artigo 23 da Lei nº 8.666 de 1993.

Outra modificação legislativa importante adotada com nova redação da Lei Complementar nº 147, de 2014, estabeleceu caráter de obrigatoriedade na aplicação da modalidade licitatória exclusiva as microempresas e empresas de pequeno porte.

Neste sentido, Ronny Torres (2014, p. 942) defendia a tese da obrigatoriedade da aplicação da licitação exclusiva as microempresas:

Nada obstante, cumpre salientar que, neste caso, a criação ou restrição do direito de participação foi positivada pelo legislador, ao permitir que poderiam ser estabelecidos certames exclusivos. O que o Poder executivo Federal fez foi, no exercício de seus poderes regulamentar e hierárquico, restringir a discricionariedade administrativa, tornando obrigatória a (outrora facultativa) realização do certame exclusivo ME e EPP, em relação aos certames com valores até R\$ 80.000,00. Percebendo assim tal regramento, ele se adéqua ao nosso ordenamento constitucional.

⁴⁴ Art. 48. Para o cumprimento do dispositivo no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: I - deverá 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).

⁴⁵ Art. 6º. Os órgãos e entidades contratantes deverão realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Assim, claro está que a norma instituiu a expressão “deverá”, dando caráter de obrigatoriedade da aplicação – quando possível – desta modalidade licitatória.

É visível que o mecanismo licitatório de permitir que apenas empresas enquadradas como microempresas e empresas de pequeno porte poderão participar do certame convocatório tem intuito salutar de fomentar o desenvolvimento econômico destas empresas municipais.

Bittencourt (2010, p. 91) preceitua:

Com intuito de oferecer condições efetivas de fomento, crescimento e desenvolvimento das micro e pequenas empresas, é cediço que, ao fazer a previsão das licitações destinadas exclusivamente à participação dessas empresas, a LC nº 123/06 tem como propósito reservar uma pequena parcela do dinheiro público a ser necessariamente utilizado em cada exercício financeiro.

A discussão sobre restrição territorial de participação no processo exclusivo licitatório de empresas enquadradas como microempresas e empresas de pequeno porte é estudada tanto na doutrina, quanto na jurisprudência.

Dificilmente verifica-se que empresas deste porte de outras localidades participaram desta modalidade de licitação, até porque não possuem estrutura e logística para cumprir os contratos ou para prestar o serviço licitado. Desta feita, a restrição intrínseca na aplicação desta modalidade licitatória tornará eficiente a participação apenas de empresas locais, no máximo do âmbito regional.

Lima (2008, p. 91-92) corrobora quando assevera:

A respeito do tema bastante polêmico de se realizar licitações exclusivas, mas apenas para microempresas e empresas de pequeno porte sediadas em uma determinada região ou município, existe entendimento, ainda não pacificado pelo Poder Judiciário, de que isso é possível, porque a Lei Complementar nº 123/2006, para dar efetividade aos princípios constitucionais do artigo 170, inciso IX, e artigo 19, apenas teria aberto uma exceção ao inciso I do §1º do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, quebrando, em parte, o antigo paradigma de restrição da licitação em face da sede do licitante.

Em que pese respeitar entendimentos contrários a legalidade de restrição territorial de participação dos licitantes no processo licitatório⁴⁶, constata-se que o

⁴⁶ Tratamento dispensado a microempresas e a empresas de pequeno porte em licitações: 1- Nas licitações em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123/2006 e no art. 6º do Decreto nº 6.204/2007 não se deve restringir o universo de participantes às empresas sediadas no estado em que estiver localizado o órgão ou a entidade licitante

tratamento diferenciado para realização de participação de microempresas e empresas de pequeno portes à nível municipal ou regional é totalmente admissível, razoável e prudentemente devendo ser aplicado pela Administração Pública, como forma de fomentar o desenvolvimento local (SANTANA, 2014, p. 16).

A Lei Complementar nº 147 de 2014 estabeleceu limite de *quantum* quantitativo do valor do objeto licitado, que pode incidir o tratamento diferenciado, flagrante reserva e de acesso ao mercado que permite à municipalidade que direcione as licitações e compras públicas às microempresas e empresas de pequeno porte.

Na questão da reserva de mercado e restrição de competição de empresa que não estão enquadradas no manto da Lei Complementar nº 123 de 2006, torna-se necessário em virtude do tratamento diferenciado buscado pelo legislador infraconstitucional, em fomentar o desenvolvimento das pequenas empresas.

Para Fernandes (2008, p. 33):

Em poucas palavras, a inovação, plasmada na Lei Complementar nº 123/2006 e a Resolução CND nº 166, foi uma permissão para o gestor realizar um certame restrito aos beneficiários microempresas e empresas de pequeno porte. A cláusula restritiva à competição, que poderá ser inserida no convite ou edital, transformou-se em uma condição de habilitação. Desse modo, a norma determina que a se faça uma licitação restrita a MPE quando o valor do objeto for inferior a esse limite.

O Poder Executivo, Tribunal de Contas, CADE, Poder Judiciário e o Ministério Públicos devem ficar atentos as grandes empresas que se podem utilizar de meios administrativos e artimanhas burocráticas, para burlar esta regra, com a criação de novas empresas com enquadramento adequado para receber as benesses da Lei Diferenciada, utilização de sócios laranjas, apenas com fito de obter êxito no processo licitatório (BITTENCOURT, 2010, p. 91).

Algumas peculiaridades devem constar nos editais convocatórios, como forma de instrumentalizar aplicação eficaz da modalidade de licitação exclusiva para as microempresas e empresas de pequeno porte como, por exemplo, a exigência de comprovação de documentação que corrobore com a situação de enquadramento como microempresa e empresa de pequeno porte.

(BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.957/2011 – Plenário. Relator Min. André Luís de Carvalho. Julgado em 9 nov. 2011. Aprovado em 16 nov. 2011. Publicado no DJ, 18 nov. 2011. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/CONSES/TCU_ATA_0_N_2011_49.pdf> Acesso em: 26 mai. 2015).

A legitimidade de aferir se a empresa participante do certame licitatório pode ser agraciada com tratamento diferenciado, encontra-se na apresentação de documentação comprobatória, devendo estar previsto no edital convocatório.

Apenas tem direito de receber tratamento diferenciado nas licitações, as empresas enquadradas como microempresas e empresas de pequeno porte, sendo dever da Administração Pública Municipal exigir prova desta condição (SANTOS, 2008, p. 38). A documentação exigida pode ser pela simples declaração da própria empresa que é enquadrada no regime jurídico; certidão simplificada da Junta Comercial; balanço patrimonial e financeiro, entre outros que achar necessário e adequado.

A título de concessão do tratamento diferenciado apenas se exige da empresa como condição do enquadramento, a declaração de responsabilidade sob pena da Lei de que atende os requisitos legais⁴⁷. A alegação falsa ou equivocada pode causar exclusão do processo licitatório e as penalidades administrativas⁴⁸.

Anacleto Santos (2008, p. 40) leciona:

O Decreto federal 6.204/07, de aplicação para a Administração Pública Federal – nos certames licitatórios promovidos pelas entidades que o próprio regulamento indica no parágrafo único do art. 1º - estabeleceu um critério para a demonstração da condição de ME ou EPP: para o fim de concessão do tratamento diferenciado e favorecido, a prova dessa condição se fará mediante apresentação pelas empresas, de declaração, sob as penas da lei, de que cumprem os requisitos legais para a qualificação como ME ou EPP.

Parte da doutrina admite que a simples apresentação de declaração da empresa exaurindo que é enquadrada na Lei Complementar nº 123 de 2006, sob as penas da Lei e, assim, faz jus receber o tratamento diferenciado licitatório. Por certo, o agente fomentador municipal pode e deve exigir outros documentos que corroborem

⁴⁷ 3.2.2 Para fins do disposto no art. II do Decreto 6204/07, o enquadramento como ME e EPP dar-se-á nas condições do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em especial quanto ao seu art. 3º, devendo ser exigido dessas empresas a declaração, sob as penas da lei, de que cumprem os requisitos legais para a qualificação como ME ou EPP, estando aptas a usufruir do tratamento favorecido estabelecido nos arts. 42 a 49 da Lei Complementar 123/06 (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 330/2015 – Plenário. Relator Min. Vital do Rêgo. Julgado em 04 mar. 2015. Publicado no DJ, 04 mar. 2015. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>> Acesso em: 27 mai. 2015).

⁴⁸ EMENTA: REPRESENTAÇÃO. FRAUDE À LICITAÇÃO. APRESENTAÇÃO DE DECLARAÇÃO FALSA REFERENTE À LEI COMPLEMENTAR 123/2006. ENQUADRAMENTO IRREGULAR COMO EMPRESA DE PEQUENO PORTE. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. PEDIDOS DE REEXAME. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO DO PRIMEIRO. CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DO SEGUNDO. ALTERAÇÃO DE REDAÇÃO DE DETERMINAÇÃO (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3.186/2014 – Plenário. Relator Min. Aroldo Cedraz. Julgado em 19 nov. 2014. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>> Acesso em: 27 mai. 2015).

o enquadramento das microempresas e empresas de pequeno porte dentro do edital convocatório.

Neste sentido, Lima (2008, p. 55-56):

1º) a mera declaração da própria empresa sobre o seu enquadramento como ME e EPP muitas vezes culminou em fraude;

[...]

Neste contexto, apesar de terem os editais melhorado muito em sua redações, no período de janeiro a agosto de 2007, em setembro desse ano o Decreto nº 6.204/2007 voltou a colocar tudo em risco novamente, com uma regra que representa um verdadeiro retrocesso (uma “volta à estaca zero”), pois estabeleceu a comprovação da condição de microempresa ou de empresa de pequeno porte unicamente por declaração do empresário, dispensando assim qualquer comprovação realmente eficaz e deixando margem uma vez às fraudes [...].

Ora, de nada adianta exigir declaração, ainda que “sob as penas da lei”, porque já se viu que isso não funcionou na prática.

A simplificação da apresentação de documentos não deve ser por si só justificativa para deixar de averiguar a legitimidade e legalidade da empresa licitante receber as benesses do tratamento diferenciado, caso contrário poderá facilitar fraudes de maus empresários.

É de se registrar a opinião de que, em se tratando de conduta que privilegia o princípio da boa-fé e que a violação do princípio, neste caso implica grave infração por parte dos licitantes, as sanções cabíveis para a declaração fraudulenta deve ser severamente punida. A declaração falsa implica subsunção da conduta licitante aos tipos penais previstos nos arts. 90, 93 e 95 da Lei 8.666/93, sem prejuízo das sanções administrativas preconizadas nos incs. III e IV do art. 86 da lei geral das licitações, nos termos do disposto no art. 88, II, do mesmo diploma legal. Bem como das sanções previstas na Lei 10.520-02 (SANTOS, 2008, p. 59-60).

Em que pese a certidão simplificada da Junta Comercial não ser o único documento comprobatório válido de condição do enquadramento jurídico, como prova nos meios do certame convocatórios para concessão do tratamento diferenciado.

Neste vértice, José Anacleto Santos (2008, p. 38) assevera que “não se trate de lei formal, certamente a certidão expedida pela Junta Comercial constitui prova válida da condição de ME ou EPP e pode ser indicada como meio de prova nos instrumentos convocatórios”.

Não se quer aqui defender qualquer especificação de caráter tributário, de adesão no Simples, contudo deve-se ter plena ciência de que a adesão no Simples Nacional pela empresa constitui prova inequívoca da condição atual de microempresa

e empresa de pequeno porte, porquanto apenas esta categoria goza do regime tributário simplificado instituído pela Lei Complementar nº 123 de 2006 (SANTOS, 2008, p. 38).

A documentação atualizada simplificada da Junta Comercial é prova da condição da empresa enquadrada no tratamento diferenciado, de modo que tal exigência junto ao edital convocatório é recomendável.

Já o balanço patrimonial e financeiro não é documento hábil *per si* para integrar o edital convocatório como exigência de comprovação de enquadramento de microempresa e empresa de pequeno porte, com raras exceções que necessitem demonstrar alguma condição determinante para o cumprimento do objeto licitatório, caso contrário é abusiva e desnecessária. Todavia, a quem entenda diversamente (SANTOS, 2008, p. 30-40).

Todo ato administrativo deve ser justificado. Porém, como ato de fomento aplica, ao caso concreto, tratamento diferenciado ao licitante, por certo deve ser fundamentado e justificado para ser válido, dando legitimidade a discricionariedade do sujeito fomentador.

Justen Filho (2010, p. 83) preconiza:

Deve-se ter em vista a impossibilidade de avaliar, de modo abstrato e em condições hipotéticas, a validade de qualquer cláusula discricionária adotada em uma licitação. É imperioso examinar o objeto concreto da licitação e identificar as suas características. Em face de tais circunstâncias da vida real, torna-se-á possível identificar se a discriminação é pertinente e relevante para selecionar a proposta mais vantajosa.

A justificativa do ato administrativo fomentador é a vontade exteriorizada do sujeito fomentador, ocorrendo em duas circunstâncias: a) para realizar coisa socialmente desejada; b) ou para impedir o advento de coisa repelida (MELLO, Celia, p. 88).

A vontade do sujeito fomentador deve-se nortear na busca do interesse público, elemento utilizado para tornar o ato administrativo de fomento válido e eficaz.

No que tange à vantagem que Administração Pública deve perceber ao praticar o ato fomentador, verifica-se que não necessita ser apenas de ordem econômica mas, no atual modelo licitatório desenvolvimentista, deve prever outros caracteres como: social, cultural, humano, tecnológico, proteção do mercado e do produto interno, acesso ao mercado das microempresas, geração de emprego, entre outros.

No momento em que a Administração Pública Municipal justifica interesse em realizar uma licitação de participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte, é visível que possui interesse em desenvolver essa modalidade de empresas, proporcionando-lhe aparato de acesso ao mercado e de participação de parcela das compras públicas, além de intervir diretamente no desenvolvimento socioeconômico local e regional.

A cláusula de justificativa e de vontade do sujeito fomentador terá validade na análise do caso concreto. A Administração Pública Municipal justificará o ato administrativo de fomento e os meios de tratamento diferenciado aplicados no processo licitatório sobre os fundamentos que demonstrem busca do interesse público e da vantagem administrativa desenvolvimentista, sob pena de torná-lo nulo.

3.2.2 Subcontratação compulsória

Outra hipótese de tratamento licitatório diferenciado previsto é a subcontratação compulsória de empresas enquadradas como microempresas e empresas de pequeno porte, por empresas de maior porte vencedoras do processo licitatório, obrigatoriamente nas licitações acima R\$ 80.000,00. Conquanto, nas licitações abaixo deste valor a obrigatoriedade da Administração Pública está na realização de licitação exclusiva (BITTENCOURT, 2010, p. 94).

Subcontratação é a transferência parcial da execução do objeto licitado realizada pela empresa contratada a outrem de forma dirigida pela Administração Pública as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas no município fomentador. A relação de subcontratação é de ordem jurídica entre a empresa subcontratante e a empresa subcontratada (SANTOS, 2008, p. 123).

A subcontratação de empresa de pequeno porte para execução parcial do objeto licitado, não ofende a natureza *intuitu personae*, este é o entendimento jurisprudencial⁴⁹.

⁴⁹ 2 – A parcial cessão do objeto contratado, pela vencedora da licitação, é ato jurídico previsto no art. 72, da Lei 8.666/93, não constituindo tal procedimento, por si só, desrespeito à natureza *intuitu personae* dos contratos. 3 – Na espécie, embora o Município busque a anulação de contrato de cessão praticado entre a original vencedora da licitação e a empresa recorrida, bem como de todos os atos dali decorrentes, não há qualquer ofensa à legislação federal, razão suficiente para a denegação do pedido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 468.189/2008 – Plenário. Relator Min. José Delgado. Julgado em 18 mar. 2003. Publicado no DJ, 18 mar. 2003. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=398063&nreg=200200999904&dt=20030512&formato=HTML>> Acesso em: 25 mai. 2015.

Tal prática de subcontratação em decorrência da execução é normal, comum, necessária e prevalece dentro dos contratos administrativos, admitindo-se mesmo que não há qualquer previsão no instrumento convocatório.

Destarte, há quem defenda posição contrária, admitindo que é obrigatório estar presente previsão da subcontratação no edital, bem com anuência pela Administração Pública (SANTOS, 2008, p. 123), com interpretação restritiva do fulcro no inciso VI do artigo 78 da Lei nº 8.666 de 1993 (BITTENCOURT, 2010, p. 95).

Já havia a previsão na Lei Geral de Licitações a modalidade de subcontratação de empresas terceirizadas para execução de parte do objeto licitado⁵⁰. Todavia, a Lei Complementar nº 123 de 2006, alterada pela Lei Complementar nº 147 de 2014, promulgou, expressamente, em seu texto a modalidade da subcontratação obrigatória de microempresas nos contratos com a Administração Pública.

Bittencourt (2010, p. 97) explica:

Na hipótese de modalidade licitatórias tradicionais, verifica-se que restará impossível a verificação, na fase de habilitação, da previsão da subcontratação quanto ao preenchimento do requisito mínimo de 30%, já que somente quando forem abertos os envelopes de proposições de preços – portanto na fase de julgamento e classificação – é que se terá condições de avaliar se o licitante previu subcontratação correspondente ao percentual mínimo do valor da proposta. No caso da licitação pregão, vislumbra-se, entretanto, que inexistirá análise quanto à subcontratação na etapa de propostas e lances, uma vez que o decreto disciplina que essa verificação só ocorrerá na “aceitação”.

O processo licitatório com fito de subcontratação compulsória de microempresas e empresas de pequeno porte para parcelamento da execução de serviço, obra ou aquisição, encontra-se autorizado pelo inciso II do artigo 48 da Lei Complementar nº 123 de 2006, redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014⁵¹.

Trata-se de verdadeira cláusula de reserva de mercado, fomentadora das microempresas e pequenas empresas municipais, como forma de garantir que busquem acesso ao mercado de forma eficiente e quantitativa, possibilitando, assim, que cresçam e auxiliem na promoção do desenvolvimento local.

⁵⁰ Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração”.

⁵¹ Art. 48. [...] II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte..

A imposição de aplicar modalidade de subcontratação de microempresa e pequenas empresas representa limitação de ordem jurídica e econômica para empresas não enquadradas (SANTOS, 2008, p. 123), porém buscam promover o desenvolvimento municipal.

A limitação quantitativa da subcontratação compulsória do tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno encontra-se prevista pelo §3º do artigo 48 da Lei Complementar nº 123 de 2006, novel redação entabulada pela Lei Complementar nº 147, de 2014⁵².

Visível que o legislador infraconstitucional atualizando os preceitos constitucionais de redução da desigualdade regional e desenvolvimentista das microempresas e empresas de pequeno porte municipais, alterou, em boa hora, o texto da Lei das Microempresas para dar mais flexibilidade à Administração Pública e, muito mais fomento aos processos licitatórios.

Em recente estudo, o Santana (2014, p. 49) exprime entendimento que:

A inclusão deste novo parágrafo é de fundamental importância para o desenvolvimento social e econômico de determinadas localidades. A possibilidade de priorizar a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido, visa dinamizar as economias regionais, impulsionando o crescimento local.

É latente que o mecanismo licitatório de subcontratação compulsório de microempresas e empresas de pequeno porte pelas grandes é meio eficaz de fomento, eis que não seria realizada de forma voluntária pelo grande conglomerado de grandes empresas nacionais e multinacionais (PEREIRA JUNIOR; DOTTI, 2008).

O novel conceito da Lei Complementar nº 147 de 2014 vem para estimular o desenvolvimento local e regional, quando faz reserva de mercado para contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. Deveras, o limite de 10% é um retrocesso com antiga redação que previa 30%, o que nos parece mais adequado e intuito fomentador. Melhor redação seria manter o importe de 30% sobre todo valor licitado pela Administração Pública Municipal, excluindo as licitações exclusivas de microempresas e empresas de pequeno porte.

⁵² Art. 48 [...] §3º. Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, 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.

Perdeu-se grande oportunidade de inovar o texto normativo do tratamento diferenciado, eis que poderia torná-lo mais moderno, retirando a barreira de percentual do dispositivo alhures e deixar na margem de discricionariedade do sujeito fomentador sua quantificação, desde que justificasse mediante levantamento de fornecedores locais, planejamento de contratação e desenvolvimento local.

O percentual pode ser por determinada porcentagem do total do objeto ou parcela do objeto licitado, não se confundindo com a contratação por cotas, que são licitações independentes, por parcelamento do objeto.

Outro fator que a Lei deixou a desejar é a utilização da expressão “poderá” para aplicação do instituto, contraditória com toda a redação da modificação implantada pela Lei Complementar nº 147 de 2014 que preferiu a utilização acertada da expressão “deverá”, dando como aplicação obrigatória. Deve-se aplicar a modalidade licitatória de subcontratação como forma imperativa e autoaplicável.

Ademais, o legislador infraconstitucional implantou como forma de garantia do pagamento das empresas subcontratadas, conforme determina o §2º do artigo 48 da Lei Complementar nº 147 de 2014⁵³.

Anacleto Santos (2008, p. 125-126) defende este tratamento diferenciado:

A norma complementar inova neste aspecto, e autoriza o ingresso administrativo nesta seara da subcontratação, com a pretensão de evitar prejuízos financeiros ao subcontratante (caso, por exemplo, de o subcontratante receber os valores a que faz jus do contratante público, e não proceder ao repasse do valor devido ao subcontratado).

Ora, sem proteção de reserva de pagamento do importe correspondente pelo serviço, produto ou obra da empresa subcontratada enquadrada como microempresas e empresas de pequeno porte, estaria em risco a preservação desta modalidade empresarial e de sua “saúde financeira”. A não realização de tal prática poderia ocasionar resultado contrário da Lei que é de fixar e desenvolver pequenos negócios municipais.

Constata-se que esta forma de garantia de empenho e pagamento pelo serviço, obra ou produto entregue pela microempresa subcontratada, deve estar prevista diretamente no edital convocatório, taxando os parâmetros e procedimentos

⁵³ Art. 48 (...) §2º. Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

claros a serem adotados para que não haja qualquer dúvida entre os litigantes e os contratantes.

O artigo 7º do Decreto nº 6.204 de 2007 estabelece forma de procedimento para disciplinar o tratamento diferenciado estabelecido pela Lei das Microempresas, prevendo inúmeras situações, porém não taxando todas as possibilidades⁵⁴.

Cabe ao ente fomentador que procedeu ao certame licitatório a devida fiscalização⁵⁵, nos termos constates do edital convocatório ou no regimento normativo municipal, sob pena de praticar ato de irregularidade administrativa pelo agente público responsável por realizar o ato de fiscalização e improbidade administrativa pelo agente político.

O ente fomentador tem obrigação de efetuar fiscalização, tanto do contrato e suas núncias jurídicas, quanto da execução do serviço, obra ou entrega de materiais.

⁵⁴ Art. 7º Nas licitações para fornecimento de bens, serviços e obras, os órgãos e entidades contratantes poderão estabelecer, nos instrumentos convocatórios, a exigência de subcontratação de microempresas ou empresas de pequeno porte, sob pena de desclassificação, determinando: I - o percentual de exigência de subcontratação, de até trinta por cento do valor total licitado, facultada à empresa a subcontratação em limites superiores, conforme o estabelecido no edital; II - que as microempresas e empresas de pequeno porte a serem subcontratadas deverão estar indicadas e qualificadas pelos licitantes com a descrição dos bens e serviços a serem fornecidos e seus respectivos valores; III - que, no momento da habilitação, deverá ser apresentada a documentação da regularidade fiscal e trabalhista das microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas, bem como ao longo da vigência contratual, sob pena de rescisão, aplicando-se o prazo para regularização previsto no § 1º do art. 4º; IV - que a empresa contratada compromete-se a substituir a subcontratada, no prazo máximo de trinta dias, na hipótese de extinção da subcontratação, mantendo o percentual originalmente subcontratado até a sua execução total, notificando o órgão ou entidade contratante, sob pena de rescisão, sem prejuízo das sanções cabíveis, ou demonstrar a inviabilidade da substituição, em que ficará responsável pela execução da parcela originalmente subcontratada; V - que a empresa contratada responsabiliza-se pela padronização, compatibilidade, gerenciamento centralizado e qualidade da subcontratação. §1º Deverá constar ainda do instrumento convocatório que a exigência de subcontratação não será aplicável quando o licitante for: I - microempresa ou empresa de pequeno porte; II - consórcio composto em sua totalidade por microempresas e empresas de pequeno porte, respeitado o disposto no art. 33 da Lei nº 8.666, de 1993; III - consórcio composto parcialmente por microempresas ou empresas de pequeno porte com participação igual ou superior ao percentual exigido de subcontratação. §2º Não se admite a exigência de subcontratação para o fornecimento de bens, exceto quando estiver vinculado à prestação de serviços acessórios. §3º O disposto no inciso II do caput deste artigo deverá ser comprovado no momento da aceitação, quando a modalidade de licitação for pregão, ou no momento da habilitação nas demais modalidades.

§4º Não deverá ser exigida a subcontratação quando esta for inviável, não for vantajosa para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, devidamente justificada. §5º É vedada a exigência no instrumento convocatório de subcontratação de itens ou parcelas determinadas ou de empresas específicas. §6º Os empenhos e pagamentos referentes às parcelas subcontratadas serão destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

⁵⁵ 2. A Administração contratante de obras rodoviárias, antes da autorização para o início das obras, deve definir os instrumentos de controle e fiscalização dos serviços a serem contratados, fixando a adequada proporção entre o número de trechos rodoviários a serem fiscalizados e a atribuição de cada gestor público designado para assumir a função de fiscal da obra (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.265/2006 – Plenário. Relator Min. Augusto Nardes. Julgado em 29 nov. 2006. Publicado no DJ, 29 nov. 2006. Disponível em: < <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>> Acesso em: 26 mai. 2015).

Quanto à fiscalização jurídica, deve o sujeito fomentador municipal resguardar o direito das empresas subcontratadas das empresas maiores, para que não haja quebra dos termos contratuais, respeito ao preço mínimo de mercado e verificar se não foram contratadas empresas de fachada ou laranja, mas realmente empresas enquadradas como microempresa e empresa de pequeno porte locais.

Há necessidade do ente fomentador fiscalizar a regularidade tributária, trabalhista e financeira da empresa subcontratante e a empresa subcontratada. É inadmissível empresas que possuam irregularidades, prestem serviço e forneçam obras e bens à Administração Pública.

Neste sentido, segue doutrina de Santos (2008, p. 41):

[...] a declaração feita na forma do regulamento federal tem presunção *juris tantum* e tem validade jurídica até prova em contrário. A aferição da declaração prestada pode ser realizada pela própria Administração, ou pelos licitantes que participam da competição pela contratação.

Quanto à fiscalização da execução do contrato, é responsabilidade do sujeito fomentador realizar vistoria *in loco*, por meio de seus agentes administrativos da fase de execução da obra, com fito de corroborar com a devida prestação do serviço, bem como da conferência da entrega de materiais perecíveis ou não. A fiscalização por parte do ente fomentador deve ser de ordem qualitativa e quantitativa.

3.2.3 Aquisição parcial

O processo licitatório com intuito de aquisição parcial de microempresas e empresas de pequeno porte de bens divisíveis para parcelamento da execução de serviço, obra ou aquisição, encontra-se autorizado pelo inciso II do artigo 48 da Lei Complementar nº 123 de 2006, redação estabelecida pela Lei Complementar nº 147, de 2014⁵⁶.

Conforme as demais técnicas legislativas, o novel conceito de imperatividade de aplicação da reserva de contratação de microempresas e empresas de pequeno porte fica expressa quando insere a palavra “deverá”, inserida pela Lei Complementar nº 147 de 2014.

⁵⁶ Art. 48. [...] III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

O Estatuto das Microempresas tem função de ampliar a participação da competitividade das empresas enquadradas como microempresa e empresa de pequeno porte no certame licitatório e na contratação com os entes governamentais, mormente dos municípios.

Ao criar mecanismo de aquisição de bens de natureza divisível que possibilitam ampliação de participação e contratação das microempresas nas licitações públicas, a Administração Pública Municipal fomenta de forma incontestável o desenvolvimento local e regional.

Deste modo, quando admitida a contratação em separado de parte do objeto licitado, visto natureza divisível do bem licitado, por licitação item ou lote, obriga que parcela seja direcionada a contratação às microempresas e empresas de pequeno porte (SANTANA, 2014, p. 27).

Em que pese a intenção do legislador infraconstitucional, a realidade difere da utopia legal. Na realidade, verifica-se que há pouca aplicação desta forma diferenciada pelos agentes públicos municipais, o que acaba não instrumentalizando a Norma de forma eficaz como técnica de fomento e de desenvolvimento.

A municipalidade deverá apresentar de forma explícita a divisão ou parcelamento por cotas, deixando claro para os licitantes quais bens ou percentuais sejam direcionados para a contratação das microempresas e empresas de pequeno porte.

Logo, é evidente que a aplicação eficaz desta técnica de fomento licitatório proporcionará que as empresas de pequeno porte possam participar competitivamente das contratações públicas, permitindo que cresçam de forma sustentável e desenvolvam os municípios socioeconomicamente.

Santana (2014, p. 28) leciona:

Assim, quando da aquisição de “bens de natureza divisível” - aqueles que por sua natureza podem ser adquiridos separadamente (licitação por item ou lote), - uma parcela do objeto deverá obrigatoriamente ser direcionada às microempresas e empresas de pequeno porte. Insta dizer que essa intenção não é de todo nova, pois antes mesmo dessa alteração a cotização do objeto já era prevista e até mesmo incentivada, contudo, pouco praticada pelos entes administrativos. Assim, cabe afirmar que, com a nova Lei, essa intenção alusiva à ampliação da competitividade, será de fato concretizada, permitindo o crescimento dos pequenos negócios e, conseqüentemente, promovendo o desenvolvimento econômico e social.

Entende-se que a reserva de pagamento instituída pelo §2º do artigo 48 da Lei Complementar nº 147 de 2014 deve ser aplicada neste tópico também, desde que

regida pelo edital convocatório, como forma garantidora do função social da licitação. Os termos do edital seguem diretrizes do artigo 8º do Decreto nº 6.204 de 2007⁵⁷.

3.3 Técnicas editalícias

Nesta etapa da pesquisa, se abordará as técnicas editalícias que são utilizadas como instrumento de fomento nas licitações públicas, para a contratação de microempresa e empresas de pequeno porte como forma de desenvolvimento municipal e regional.

Não se procura exaurir todas as possibilidades de fomento pelo meio editalício, até porque o limite está na busca da eficiência plena do desenvolvimento e dos processos licitatórios, que não cessará sem atingir uma sociedade justa, solidária e gestão pública eficiente. Neste objetivo, o Brasil ainda está longe.

Nota-se que o tratamento diferenciado deve estar previsto, obrigatoriamente, no edital convocatório para ter vinculação e validade (VILLAC; BLIACHERIS, SOUZA, 2014, p. 108). Cabe salientar que o próprio legislador infraconstitucional buscou inserir vinculação do processo editalício, conforme determina o *caput* do artigo 3º da Lei nº 8.666 de 1993 e o *caput* do artigo 10 do Decreto nº 6.204 de 2007.

Em que pese respeitar tal entendimento e possuir fundamento robusto de existir, não se comunga tal tese como absoluta. Já foi aqui defendido nesta pesquisa que há preceitos normativos de tratamento diferenciado que são imperativos e autoaplicáveis, não necessitando estarem previstos no processo administrativo licitatório para serem aplicados de plano pelo agente administrativo. Até porque, sabe-se que milhões de editais são deficientes e elaborados com vícios.

Desta feita, apresenta-se algumas cláusulas de técnicas editalícias que podem ser aplicadas como forma de fomento licitatório, para a contratação de microempresa e pequenas empresas para o desenvolvimento local e regional.

⁵⁷ Art. 8º Nas licitações para a aquisição de bens, serviços e obras de natureza divisível, e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo do objeto, os órgãos e entidades contratantes poderão reservar cota de até vinte e cinco por cento do objeto, para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. §1º O disposto neste artigo não impede a contratação das microempresas ou empresas de pequeno porte na totalidade do objeto. §2º O instrumento convocatório deverá prever que, não havendo vencedor para a cota reservada, esta poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal, ou, diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem o preço do primeiro colocado. §3º Se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação da cota reservada deverá ocorrer pelo preço da cota principal, caso este tenha sido menor do que o obtido na cota reservada.

3.3.1 Cláusula de apresentação de documento da regularização fiscal posterior

O artigo 42 da Lei Complementar nº 123 de 2006 regulamenta a possibilidade de apresentação de documentos da regularidade fiscal *a posteriori*⁵⁸.

Trata-se, verdadeiramente, de benesse por tratamento diferenciado às empresas enquadradas como microempresa e empresa de pequeno porte, para regulamentação da situação fiscal postergada. Justen Filho (2010, p. 425) estende este direito a todos os participantes da licitação, por entender que amplia competitividade, isonomia e proposta mais vantajosa para Administração Pública.

Todavia, tal entendimento é equivocado porque supre a intenção do legislador infraconstitucional de implantar tratamento diferenciado as empresas desiguais. É constitucional o discrimine justificado (TORRES, 2014, p. 928).

O legislador infraconstitucional criou oportunidade às empresas enquadradas pela Lei das Microempresas, para apresentarem a comprovação regular fiscal na assinatura do contrato, diferente do costumeiro que é na fase de habilitação, é o que prevê o artigo 43 da Lei Complementar nº 123 de 2006⁵⁹. No mesmo sentido, o artigo 4º do Decreto nº 6.204 de 2007 incorpora que o momento da apresentação da regularidade fiscal é da assinatura do contrato⁶⁰.

Verifica-se que a Norma Diferenciada não exclui a obrigação da apresentação de documentação fiscal no momento da habilitação pelas empresas enquadradas pela benesse junto com as outras empresas licitantes, mas apenas postergar sua regulamentação. Mesmo entendimento possui Bittencourt (2010, p. 49-50):

O art. 43 torna clara a obrigatoriedade dos documentos comprovadores de regularidade fiscal dessas empresas estarem acondicionados no envelope de habilitação, mesmo que algum contenha determinada restrição. Tal fato demandará a exclusão do certame daqueles que não apresentem documentação dessa natureza.

Em entendimento diverso, tal obrigação temporal não se justifica em razão de que a intenção da norma é postergar apresentação da documentação regularidade fiscal, assim nada adiantaria apresentação na fase de habilitação, sendo que,

⁵⁸ 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.

⁵⁹ Art. 43. As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.

⁶⁰ Art. 4º. A comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de contratação, e não como condição para participação na licitação.

posteriormente, na assinatura do contrato (fase de adjudicação) apresentaria novamente a mesma documentação.

Nesta linha de pensamento, Anacleto Santos (2008, p. 69) dialoga:

Questão relevante é a concernente à necessidade, ou não, de apresentação de todos os documentos relativos à regularidade fiscal, mesmo que contenham restrição. A interpretação literal da lei leva à conclusão de que todos os documentos devem ser apresentados. Contudo, a dinâmica contemporânea das licitações e a interpretação sistemática da norma induzem à conclusão no sentido de que não há significado lógico ou prático exigir a apresentação de documentos que contenham restrição fiscal (...)
Se o propósito da lei é o de postergar a prova da regularidade fiscal e o licitante não apresenta desde logo tal prova (na fase de habilitação ordinária), não será a falta de apresentação de documentos que terá o condão de suplantando o direito legalmente posto, afastado o licitante ME ou EPP sob o argumento de descumprimento da regra. Nesse aspecto modifica-se o entendimento anteriormente defendido, para sustentar que o licitante não apresenta os documentos de regularidade que contêm restrição fiscal não deve ser inabilitado e tem direito à prova posterior de sua situação jurídica.

Parece-nos que este último entendimento é mais adequado, até como forma de economicidade e eficiência do processo administrativo licitatório.

O prazo legal para apresentação da comprovação da regularidade fiscal encontra-se previsto no §1º do artigo 43 da Lei Complementar nº 123 de 2006, redação editada pela Lei Complementar nº 147 de 2014⁶¹.

Modificou-se o prazo de 02 (dois) dias úteis da Lei Complementar nº 123 de 2006 para 05 (cinco) dias úteis da Lei Complementar nº 147 de 2014, garantindo mais chance da microempresa e empresa de pequeno porte de cumprir o prazo que era exíguo, sabendo que os órgãos públicos são morosos e burocráticos.

É correto afirmar que a regularidade fiscal é importante para o Estado e para a Sociedade (SANTOS, 2008, p. 67-68) que acaba tendo revertido os tributos em programas sociais e obras de infraestrutura, essenciais para o desenvolvimento ou pelo menos deveria.

A modalidade diferenciada de tratamento em postergar a entrega da documentação fiscal regularizada, fomenta a contratação para as microempresas e pequenas empresas com a Administração Pública.

⁶¹ Art. 43 (...) §1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 5 (cinco) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogável 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.

Tal situação diferenciada oportuniza que pequenas empresas que passam por dificuldade financeira possam contratar com o ente público, ao parcelar os débitos fiscais, retirar as negativas de débitos e formular contratação do objeto licitado.

Basicamente, o sentido que se extrai da norma é de preservação da microempresa ou empresa de pequeno porte no certame, o máximo possível, porque, caso ela seja declarada vencedora, terá condições de capitalizar em instituição financeira e, com isso, regularizar suas pendências fiscais a tempo de assinar o contrato (LIMA, 2008. p. 61-62)

Torres (2014, p. 926) ensina:

Para tanto, deverão apresentar normalmente os documentos pertinentes, mesmo que existentes restrições. É que o dispositivo lhes assegura um prazo de 02 (dois) dias úteis, prorrogáveis por igual período, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

Com a expectativa de contratação junto à Administração Pública e de majorar recurso financeiro, a microempresa ficará motivada em regularizar a sua situação fiscal e, conseqüentemente, estabilizar e obter lucro com o processo licitatório.

Desta feita, cabe salientar que a não regularização fiscal por parte da microempresa ou empresas de pequeno porte vencedora, pode ocasionar: convocação de outra empresa participante na ordem classificatória; revogação do certame licitatório; aplicação das sanções administrativas e penais, prevista no §2º do artigo 43 da Lei das Microempresas e Pequenas Empresas. No mesmo vértice, o §4º do Art. 4º do Decreto nº 6.204 de 2007⁶².

3.3.2 Cláusula de desempate

O artigo 44 da Lei Complementar nº 123 de 2006 estabelece “critério de desempate”, quando fixa margem de percentual em benesse das microempresas e empresas de pequeno porte, proporcionando possibilidade de contratação as estas empresas⁶³.

⁶² Art. 4º [...] §4º a não regularização da documentação no prazo previsto no § 1º 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, ou revogar a licitação.

⁶³ Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

Bittencourt (2010, p. 67) dita:

O art. 44 estabelece um novo critério de desempate nas licitações públicas, independentemente da modalidade adotada, quando delas participarem micro e/ou pequenas empresas, caso resultem empatadas com licitante que não seja de tal categoria empresarial.

A doutrina tem fornecido nomenclatura “empate ficto” ou “direito de preferência” ao fato de que as empresas concorrentes no certame licitatório enquadradas como microempresas e empresas de pequeno porte possam propor preço menor do que apresentado pela licitante vencedora que não se enquadra, dentro do percentual permitido pela norma diferenciadora (SANTOS, 2008, p. 95).

Destaca-se que a empresa enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte não possa igualar o lance mínimo da empresa que não é portadora de receber a benesse, mas deve cobri-la por preço menor.

Sobre o tema, Nierbuhr (2007, p. 233) esclarece:

A rigor, reconhecendo-se o empate, na forma dos parágrafos do art. 44 da Lei Complementar 123/06, a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada faz jus à oportunidade de oferecer proposta de preço inferior à proposta até então considerada vencedora do certame, conforme dispõe o inc. I d art. 45 da mesma lei complementar. Enfatiza-se que não basta à microempresa ou empresa de pequeno porte igualar o menor preço até então ofertado. A microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada deve cobrir o menor preço até então ofertado, reduzi-lo. Se o fizer, prescreve referido inc. I do art. 45 da Lei Complementar, o objeto da licitação deve ser adjudicado a ela.

Deste modo, sempre que houver presença de empresa enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, nos moldes da Lei, a aplicação do empate ficto é obrigatória, bem como da Lei Complementar nº 123 de 2006. Tal medida nada mais é do que norma fomentadora, com escopo de contratar empresas deste enquadramento nos processos licitatórios (BITTENCOURT, 2010, p. 67-68).

Lima (2008, p. 74), chama atenção de que não se trata de “situação de empate, mas de verdadeira possibilidade para que a microempresa ou empresa de pequeno porte possa, se desejar, exercer ‘faculdade’ de ‘cobrir’ a oferta da outra empresa não enquadrada na lei”.

A modalidade diferenciada de “empate ficto” ou, como melhor terminologia “preferência de contratação”, é admitida em todas as espécies licitatórias: Lei nº 8.666 de 1993 – Lei de Licitações (concorrência, tomada de preços e convite); Lei nº 10.520

de 2002 (pregão em termos gerais); Decreto nº 3.555 de 2000 (pregão presencial) e; Decreto nº 5.4450 de 2005 (pregão eletrônico) (SANTOS, 2008, p. 95).

Entretanto, após analisar as várias modalidades de licitação e as espécies de procedimento, como menor preço, maior preço, melhor técnica, maior lance ou oferta, pode-se concluir que o desempate ficto se aplicaria apenas para o menor preço.

Villac, Bliacheris e Souza (2014, p. 94):

Art. 5º Nas licitações do tipo menor preço, será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

O Decreto nº 6.204/07 excluiu do tratamento favorecido a oportunidade de as microempresas e empresas de pequeno porte reduzirem suas ofertas de preços, uma vez caracterizado o empate previsto nos §§ 1º e 2º do art, 5º, para os tipos de licitação melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta (art. 45, §1º, incs, II, III e IV, Lei nº 8.666/93). Somente o tipo de licitação menor preço admite, como critério de desempate, a preferência de contratação em favor dessas entidades.

Vislumbra-se, como amplamente já defendido nesta pesquisa, que isto não ocorre, sendo que sua aplicabilidade deve ser plena, conforme entendimento de Justen Filho (2007, p. 21) , afirma que:

[...] não caberá negar a uma ME ou a um EPP a possibilidade de beneficiar – se das regras previstas nos arts. 42 a 45 da LC nº 123, nem mesmo sob o argumento de ausência de regulamentação. Também não caberá afirmar que o ato convocatório não forneceu a solução cabível para o exercício e para o deferimento dos benefícios. Ainda que não haja regulamentação e não obstante o silêncio do edital, os benefícios previstos da LC nº 123 deverão ser reconhecidos, deferidos e aplicados – sob pena de configuração de nulidade da decisão denegatória.

A interpretação dos dispositivos 44 e 45 da Lei das Microempresas tem aplicabilidade imperativa, nos moldes do inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal de 1988⁶⁴. Tal preceito é verdadeiro, que aplicabilidade da benesse nem ao menos necessita estar prevista no edital licitatório, sendo obrigatoriedade a sua aplicação pela Administração Pública. A própria norma diferenciada utiliza a expressão “será assegurada”, o que já demonstra a intenção do legislador na obrigatoriedade.

Lima (2008, p. 75) alerta sobre o teor de obrigatoriedade da norma:

⁶⁴ BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15.12.2006, republicado em 31.1.2009, republicado em 31.1.2012 e republicado em 6.3.2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm>. Acesso em: 22 mai. 2015.

Trata-se de uma regra obrigatória para o agente público que conduz o procedimento licitatório, que deve ser por ele aplicada independentemente de solicitação da empresa interessada, lembrando-se que não há uma faculdade, uma vez que a norma materializa um direito da empresa sempre que se verificar concretizada a hipótese prevista na Lei.

Por outro lado, infeliz redação do artigo 10 do Decreto nº 6.204 de 2007 que exige de forma desnecessária e contraditória, a intenção expressa da Lei que os critérios diferenciados devem estar plasmados expressamente no edital⁶⁵.

Nota-se que a edição do Decreto nº 6.204 de 2007 tem fito de regulamentar a Lei e não contraria-la, latente que o Poder Executivo procurou dar mais discricionariedade para si, mas neste intuito provocou afronta à Lei, ferindo o princípio da legalidade (LIMA, 2008, p. 75).

Assim, mesmo não havendo necessidade de previsão no instrumento convocatório para aplicação do benefício, eis que a lei é impositiva, vê-se importante deixar claro e explícito aos licitantes este procedimento⁶⁶.

Não restam dúvidas de que o dispositivo diferenciado que instituiu o empate ficto ou preferência de contratação é constitucional e importante meio de fomento de oportunizar (aumentando as chances) das empresas enquadradas como microempresas e empresas de pequeno porte efetuarem contratação com Administração Pública (NIERBUHR, 2007, p. 233), mormente no âmbito municipal e regional.

A licitação é meio processual administrativo importante para fomentar a contratação destas empresas, devendo ser utilizada com amplitude pela

⁶⁵ Art. 10. Os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte deverão estar expressamente previstos no instrumento convocatório.

⁶⁶ Jurisprudência do Tribunal de Contas da União: “17. Registro, por oportuno, que no interregno existente entre a concessão da cautelar e o retorno dos autos a meu gabinete foi editado o Decreto 6.204/2007, que dispôs em seu art. 10: “Art. 10. Os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte deverão estar expressamente previsto no instrumento convocatório”. 18. Em uma análise ligeira, parece-me que o referido artigo conflita com a lei que se propôs a regulamentar, padecendo do vício de ilegalidade. A restrição imposta pelo decreto conforme assinei nos itens 3 e 8 deste voto, não há que se falar em omissão da lei, mas silêncio eloquente do legislador. 19. Aliás, em face da imperatividade dos comandos contidos nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar 123/2006, consoante descrito no item 8 deste voto, parece-me que exigir a previsão editalícia da concessão dos privilégios neles estabelecidos implicará, na prática, em se considerar nulos todos os editais que não expressem tal vantagem. 20. Tal discussão, contudo, não interfere no processo ora em exame, uma vez que o procedimento licitatório sob foco iniciou-se quando do decreto não havia, ainda, sido editado” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.144/2007-Plenário. Ministro Relator Aroldo Cedraz. DOU de 15/10/2007. Publicado no DJ, 30 jun. 2008. Disponível em: Acesso em: 20 mai. 2015).

Administração Pública Municipal, para que sirva de instrumento do desenvolvimento local e regional, social e economicamente.

O percentual do benefício para desempate em favor das microempresas e empresas de pequeno porte no processo licitatório, está plasmado nos parágrafos do artigo 44 (BITTENCOURT, 2010, p. 57-58)⁶⁷.

O percentual do parágrafo §2º do artigo 44 da Lei Complementar nº 123 de 2006 refere-se a modalidade de licitação por pregão, que é regida pela Lei nº 10.520 de 2002.

Todavia, verifica-se que a modificação de procedimento criada pela Lei Complementar nº123 de 2006 de inserir o percentual de empate ficto, não foi alterada no texto da lei específica que rege a matéria, ou seja, a Lei nº 10.520 de 2002. Desta feita, não se sabe qual foi a intenção do legislador infraconstitucional, sofrendo inúmeras críticas, da aplicabilidade e da eficiência destes dispositivos (NIERBUHR, 2007, p. 233).

Neste sentido, Rigolin (2007, p. 37) considera absolutamente inútil o parágrafo §2º da Norma:

[...] considerando o disposto no inciso VIII, do art. 4º, da Lei do Pregão (Lei nº 10.520/02), não se pode entender qual a intenção do legislador ao criar essa ficção, vez que, no pregão, todas as propostas com valor superior em até 10% da de menor valor já passam naturalmente à fase de lances verbais.

De modo que mesmo achando desnecessária, a norma específica posterior inseriu tal direito no qual deve ser aplicado em consonância ao princípio da legalidade, inserindo nos editais convocatórios a cláusula de 5% para empate ficto as microempresas e empresas de pequeno porte (BITTENCOURT, 2010, p. 57-58).

É crescente entre os órgãos públicos a tendência de se aplicar a modalidade de licitação pregão, mormente na espécie virtual, o que não parece ser mais acertada por incentivar empresas de fachada ou noteiras.

Porém, a modalidade de pregão presencial – debatida a seguir – é salutar à estrutura desta pesquisa que possui escopo de fomentar a contratação de microempresas locais nos processos licitatórios (RIGOLIN, 2007, p. 37).

⁶⁷ Art. 44. (...) §1º Entende-se por empate 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. §2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no §1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Quando se aplica modalidade licitatória de pregão presencial, exige-se que os interessados em participar do certame se desloquem até o local da realização do ato administrativo.

Assim, o pregão presencial evita que empresas aventureiras participem apenas com o escopo de prejudicar o mercado e prestigia as empresas da cidade ou da região para que sejam vencedoras do processo licitatório, desenvolvendo com geração de empregos e incremento na economia local.

As demais modalidades de licitações previstas no arcabouço jurídico devem incidir aplicação do percentual 10%, nos moldes do §1º do artigo 44 da Lei Complementar nº 123 de 2006.

Bittencourt (2010, p. 68) leciona:

O §1º define o que seria empate nas licitações com participação de micro e pequenas empresas, reputando como empatadas, numa verdadeira ficção jurídica, as propostas de preço das micros e pequenas empresas iguais ou até 10% superiores à proposição melhor classificada.

Constata-se que o percentual entabulado pelo legislador é adequado, eis que possibilita chance ao licitante enquadrado como microempresa e empresa de pequeno porte, em concorrer com as empresas de maior capacidade econômica, fomentando sua contratação e seu desenvolvimento.

3.3.3 Cláusula de escolha da modalidade

Pregão presencial: A modalidade de licitação denominada pregão foi instituída pela Lei nº 10.520 de 2002, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em consonância aos preceitos da Constituição Federal de 1988 e da Lei Geral de Licitações (SANTOS, 2008, p. 95) e dispõe de elementos diferenciados da Lei nº 8.666 de 1993, com fito de aquisição de bens e serviços comuns (JUSTEN FILHO, 2010, p. 273), nos moldes do artigo 1º⁶⁸.

Sobre as peculiaridades diferenciadas, Justen Filho (2009, p. 11-12) ensina:

As características diferenciais do pregão consistem em sua aplicação apenas para a contratação de bens e serviços comuns, a inversão das fases de competição e de habilitação e a dissociação da fase competitiva em uma

⁶⁸ Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

primeira etapa de formulação de propostas, a que se seguem lances sucessivos.

Vislumbra-se que os preceitos ditados pela Lei do Pregão são aplicados subsidiariamente as normas previstas na Lei Geral de Licitações, esta é lição do Ilustre Ronny Torres (2014, p. 809): “De qualquer forma, respeitadas suas peculiaridades, o pregão deve ser compreendido em conformidade com a Lei nº 8.666/93, motivo pelo qual a própria Lei nº 10.520/2002 estabelece a aplicação subsidiária daquele estatuto”.

O pregão é a modalidade licitatória mais moderna e funcional, entretanto a forma de pregão eletrônico não é recomendável como fomento ao desenvolvimento local e regional, enquanto a modalidade presencial atende em sua plenitude tais preceitos.

Observa-se que as pequenas empresas não possuem aparato tecnológico e de sistema digital para participar de forma eficiente nos processos licitatórios pela rede mundial de computadores (SANTOS, 2008, p. 87-88).

A cartilha do comprador elaborada pelo SEBRAE e pela Confederação Nacional dos Municípios tem fito de aplicar a técnica como fomento da economia local, regional e de acesso ao mercado das microempresas e empresas de pequeno porte nos procedimentos de compras governamentais, sugerindo critérios objetivos, entre a realização dos pregões eletrônicos e do pregão presencial. Esta cartilha é esclarecedora.

Donatti (2014, p. 47-48) relata:

O Brasil vive um momento em que é preciso repensar as compras governamentais. A decisão de exercer o uso do poder de compras para contratações que gerem o desenvolvimento econômico local de maneira sustentável é hoje a principal diretriz a ser seguida nas contratações e na busca da opção mais vantajosa para a administração pública.

A modalidade de pregão, na sua forma presencial, atingi a máxima de aplicação do fomento licitatório da contratação de microempresas e empresas de pequeno porte locais, com escopo de desenvolvimento socioeconômico na esfera municipal.

Trata-se de verdadeiro uso do poder de compras que Administração Pública possui de incentivo ao desenvolvimento local, com a contratação de microempresas sediadas no âmbito municipal, para geração de emprego e fomento socioeconômico⁶⁹.

Os entes municipais poderão editar leis específicas, traçando peculiaridades, podendo inovar, planejando de forma estratégica as políticas públicas, que buscam o desenvolvimento socioeconômico. No caso de não regulamentação pelo ente municipal fomentador, pode-se aplicar, subsidiariamente, o procedimento previsto no Decreto no 3.555 de 2000 do Governo Federal.

Carta Convite: A modalidade de pregão presencial parece ser mais adequada em razão de abranger número maior de empresas participantes no certame licitatório (TORRES, 2014, p. 809). Deve-se também considerar a modalidade licitatória de carta convite, como instrumento de direcionar favorecimento da contratação de microempresas e empresas de pequeno porte locais.

Neste sentido, Anacleto Santos (2008, p. 59) dita:

Logo, mesmo no caso de convite, modalidade na qual é faculdade da Administração direcionar as convocações para o certame, se deverá ter presente o princípio que reza pelo tratamento favorecido e diferenciado das microempresas e empresas de pequeno porte. Nesta linha, na medida da razoabilidade, da eficiência, e da possibilidade técnica e material dever ser incluídas no rol dos convidados, empresas que detenham esta condição, o que pode ser feito mediante adoção de procedimento administrativo de pouca complexidade.

É obvio que a escolha da modalidade de licitação influencia na forma de participação e de contratação das empresas. Na questão do fomento licitatório, a modalidade de convite influencia diretamente na contratação de empresas enquadradas pelo benefício da Lei Complementar 123 de 2006 incluídas pela redação dada pela Lei Complementar nº 147 de 2014.

Ademais, a municipalidade poderia utilizar os critérios da oportunidade e conveniência para direcionar licitação na modalidade de convite, enquanto participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte (TORRES, 2014, p. 809), como mecanismo de fomento administrativo em prol do desenvolvimento local e regional.

⁶⁹ O poder de compra da entidade é uma ferramenta apta a: desenvolver políticas públicas voltadas para o desenvolvimento local; potencializar a economia da região, auxiliando-a a aumentar a competitividade industrial e tecnológica; estimular as empresas locais a melhorar a qualidade dos bens, serviços e obras; e incentivar a formação de parcerias e arranjos produtivos, com crescentes ganhos para a economia e o desenvolvimento locais (FERNANDES, 2008, p. 13).

O adequado seria a municipalidade manter banco de cadastro de empresas municipais e regionais fornecedoras de diversos bens e serviços, com atualização constante de valores, que pudesse servir de base para realização do convite do certame. Não se pode deixar de olvidar que no mínimo devem ser enviados convites a três empresas inidôneas, reconhecidas do ramo de atuação e preferência do município do agente fomentador local (SANTOS, 2008, p. 59).

3.3.4 Cláusula de retirada de edital junto à Administração Pública Municipal

A obrigatoriedade de retirada do edital junto ao município, não busca direcionar para determinada empresa, mas, privilegia que empresas locais interessadas no certame sejam contratadas. A restrição é territorial. Cuida-se, verdadeiramente, de reserva de mercado em detrimento do direcionamento das microempresas e empresas de pequeno porte.

Faz jus ressaltar que as cláusulas dirigidas do instrumento convocatório não devem ficar restringidas às regras de tratamento diferenciado contidas na Lei Complementar nº 123 de 2006, mas devem ser norteadas pela norma infraconstitucional e, mormente, pela Constituição.

Nota-se que o edital convocatório pode contemplar inúmeras outras situações que possam fomentar o desenvolvimento local e a contratação das empresas enquadradas como microempresas e empresas de pequeno porte, desde que respeitados os princípios constitucionais (mormente da isonomia formal) e da Lei Geral de Licitações.

Anacleto Santos (2008, p. 63) preceitua:

O instrumento convocatório não deve cingir-se a reproduzir as normas já fixadas na lei. Deve fazê-lo, mas as previsões editalícias não devem se limitar à mera reprodução do texto legal. A lei contempla inúmeras situações jurídicas que podem ser mais bem esclarecidas no edital, desde que com ela não conflitem. (...) porém, as disposições normativas administrativas que preenchem lacunas, esclareçam antecipadamente as dúvidas, ou estabeleçam regras claras e objetivas em relação a direitos e obrigações legalmente fixados são necessárias e desejáveis.

Evita-se com esta prática que empresas oportunistas e noteiras⁷⁰, que não possuem qualquer compromisso com o desenvolvimento local, prejudiquem o

⁷⁰ Empresa noteira: empresa de fachadas que não possuem qualquer estrutura para prestação do serviço ou da realização da obra participam dos certames licitatórios apenas com escopo de efetuar

comércio municipal. No momento que empresas de fora da cidade vencem o processo licitatório e efetuam contratação com a municipalidade, retiram importante recurso econômico que poderia girar no próprio comércio local, sendo utilizado para desenvolver e gerar vários benefícios sociais como geração de emprego, recolhimento de impostos, crescimento econômico entre outros.

É notório que empresas especializadas em licitações buscam apenas enriquecer seus sócios, sem exercer qualquer função social, são vencedoras da grande maioria dos contratos públicos, sem realizar qualquer retorno socioeconômico para os municípios contratantes.

Enquanto isso, as microempresas e empresas de pequeno porte municipais perdem importante capital de giro e de fluxo de caixa que seria necessário para seu crescimento. Verifica-se que o desenvolvimento local fica comprometido porque evasão de recursos financeiros exaurem do município sem qualquer retorno socioeconômico, ao invés de ficar retido para geração de emprego, renda, redução da desigualdade social, recolhimento de imposto local e investimento da gestão pública municipal.

Além disso, cabe destacar que ao obrigar retirada do edital junto ao município, o fornecedor interessado em manter relação com a Administração Pública Local conhecerá as necessidades, peculiaridades e obrigações do contrato e da realidade fática. Contudo, como todo ato administrativo que gera tratamento diferenciado, deve ser justificado e fundamentado pelo ente municipal fomentador.

De modo, a presente exigência de retirada do edital junto ao município fomentador não fere os preceitos licitatórios, pelo contrário estimula a contratação de empresas sediadas no município e o desenvolvimento local.

3.3.5 Cláusula de obrigatoriedade sede da empresa municipal ou regional

Villac, Bliacheris e Souza (2014, p. 81) afirmam que o direcionamento obrigatório da contratação licitatória de empresas com sede municipal ou regional

contratação com Administração Pública e depois subcontratar impondo ao mercado local preços com ínfima margem de lucro ou tirando das empresas do município a possibilidade êxito na licitação. Ademais, grande parte destes tipos de empresas são de fachada para máquina pública da corrupção.

ofende o princípio constitucional da isonomia, por criar reserva de mercado. Existem diversas decisões julgadas neste sentido pela inconstitucionalidade⁷¹.

Todavia, outro vértice que contrapõe o entendimento acima, coaduna com a ideia de que a obrigatoriedade de sede da empresa no município ou região pode fomentar a fixação de empresas junto ao ente público licitante, bem como ao desenvolvimento local e regional.

As amarras antigas ficaram para trás, nasce novo marco legal de desenvolvimento empresarial e das microrregiões brasileiras, não tendo mais espaço para protecionismo e enriquecimento demasiado dos grandes conglomerados empresariais. É verdadeira luta do capital sem fronteira e da força invisível do mercado de capital impessoal versus reserva de mercado e de desenvolvimento regional.

A evolução socioeconômica e a necessidade de se criar tratamento diferenciado às formas de contratação por meio licitatório de empresas sediadas no local do sujeito fomentador é fator determinante para o desenvolvimento local. O direcionamento da contratação das empresas com sede no município do agente fomentador não violando o princípio constitucional da isonomia.

Bittencourt (2010, p. 23) relata que respeita o princípio da isonomia a equiparação de forças econômicas muito desiguais, a contratação mediante licitação de microempresas locais atende fomento administrativo desenvolvimentista.

Justen Filho (2010, p. 88-89) já defendia o tratamento diferenciado para a contratação de empresas sediadas no município ou região do agente fomentador quando assevera:

Verifica-se, no caso, a conjugação de princípios. Pode-se admitir licitação restritiva à participação de ME e EPP sediada em certas regiões, sem que isso configure violação ao princípio da Federação. A controvérsia poderia surgir porque a CF/88 veda, no art. 19, inc. III, a discriminação entre os brasileiros ou entre as próprias pessoas políticas. Essa vedação não é infringida na hipótese examinada porque se reconhece a ausência de condições das ME e EPP estabelecidas em regiões carentes de competir com aquelas que atuam em locais com maior índice de desenvolvimento

⁷¹ Licitação Pública. Concorrência. Aquisição de bens. Veículos para uso oficial. Exigência de que sejam produzidos no Estado-membro. Condição compulsória de acesso. Art. 1º da Lei nº 12.204/98, do Estado do Paraná, com redação da Lei nº 13.571/2002. Discriminação arbitrária. Violação ao princípio da isonomia ou da igualdade. Ofensa ao art. 19, II, da vigente Constituição da República. Inconstitucionalidade declarada. Ação direta julgada, em parte, procedente. Precedentes do Supremo. É inconstitucional lei estadual que estabeleça como condição de acesso a licitação pública, para aquisição de bens e serviços, que a empresa licitante tenha a fábrica ou sede no Estado-membro (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.583/PR – Plenário, Relator Min. Cezar Peluso, Julgamento em: 14 mar. 2008. Publicado em: Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=515121>>. Acesso em: 30 Mai 2015.).

econômico, social e tecnológico. O direcionamento das licitações configura-se como um meio de promover a intervenção do Estado nos domínios econômico e social, inclusive para cumprir o desígnio constitucional da redução das desigualdades regionais e da eliminação da pobreza.

Deveras, a licitação pública possui função social de promover o desenvolvimento social sustentável local e regional, com escopo de gerar emprego, erradicar a pobreza e reduzir a desigualdade social (FERNANDES, 2008, p. 14).

Após começar a criar corpo na melhor doutrina, o legislador infraconstitucional começou a inserir no ordenamento jurídico pátrio as regras de tratamento direcionado e favorecido para empresas situadas no município ou região do agente fomentador.

O direcionamento geográfico encontra-se plasmado no *caput* do artigo 47⁷² e §3º do artigo 48⁷³, ambas da Lei Complementar nº 147 de 2014. Verifica-se que a Lei Complementar posterior a Lei Geral de Licitações criou novo marco regulatório no tratamento direcionado, para aplicar direcionamento geográfico na contratação de microempresas sediadas no município ou região.

A instrumentalização do direito criado pela Norma Diferenciadora deve transcender para o edital convocatório, determinando limitação territorial das empresas licitantes que poderão receber a concessão do tratamento favorecido com flagrante promoção do desenvolvimento local e regional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em 1988 foi promulgada a Constituição Federal brasileira, a primeira após duas décadas de ditadura e fruto de um longo e árduo trabalho da Assembleia Nacional Constituinte. O resultado: a Constituição Cidadã, assim apelidada pois

⁷² Art. 47. 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.

⁷³ Art. 48 [...] §3º Os benefícios referidos no *caput* deste artigo poderão, 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.

pretendeu a tutela dos interesses dos cidadãos das mais diversas categorias entendendo-se, assim, inclusive, as chamadas minorias.

A Constituição Federal traz, nos artigos 1º a 4º, verdadeiro arcabouço axiológico, ou seja, um extenso rol de valores e princípios que deverão ser seguidos não só pelo Estado, mas igualmente pelo indivíduo para a consecução dos objetivos da República, quais sejam, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos (o bem comum).

Após aproximados trinta anos de vigência da Constituição Federal, uma das maiores críticas que a ela se faz é a sua falta de efetividade. Entende-se, assim, que a despeito de sua redação primorosa e técnica apurada, ainda está longe o tempo de se alcançar os objetivos nela propostos. Isso porque da tradição romanística do direito muitos dos dispositivos constitucionais dependem de legislação complementar que lhes possibilitem a produção de efeitos.

É exatamente o caso dos comandos axiológicos estampados nos primeiros artigos constitucionais. Dependem, eles, de lei infraconstitucional que lhes amoldem à realidade dos fatos.

No que respeita ao desenvolvimento nacional, primeiramente há que se compreender a extensão e alcance da expressão. O desenvolvimento nacional, como se viu, engloba não só o desenvolvimento econômico, mas social e cultural.

A partir da análise da sociedade e seus anseios, observou-se que o pequeno empresário, denominado na Lei por Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (ME-EPP) é o responsável por uma parcela substancial do mercado brasileiro respondendo de forma importante pela movimentação da economia. Outra característica importante do pequeno empresário é que, enquanto o grande empreendedor está amparado financeiramente, mas, com a mesma força, é amparado juridicamente para a constituição de uma empresa podendo suportar as flutuações do mercado especialmente nos primeiros anos de exercício da atividade econômica, em sentido contrário, o pequeno empreendedor, na maioria dos casos, não detém conhecimento (know-how) sequer sobre a atividade econômica a ser exercida, quanto mais sobre os riscos e dificuldades que virá a enfrentar.

Isso ocorre porque, na maioria dos casos, o pequeno empresário é aquele trabalhador que, saindo da economia formal onde ocupava o cargo de empregado, reúne todas as suas forças e economias para “abrir um negócio” e sobreviver.

Esta iniciativa é aplaudida pela Constituição Federal. Mais que isso: porque é vital para a economia nacional e para o desenvolvimento sócio cultural, todos parte do que se convencionou chamar desenvolvimento nacional, tal iniciativa é encorajada pelo ordenamento jurídico que disciplinou a forma de constituição da microempresa e empresa de pequeno porte, bem como pelo tratamento diferenciado que tais modalidades empresariais encontram em várias situações como tributação diferenciada, tratamento distinto na recuperação judicial e falência e, também, não poderia deixar de ser, no fomento à contratação por meio de licitação.

O pequeno empreendedor precisa do suporte jurídico para que possa competir com os grandes empreendedores.

Ficou bastante claro que o fomento, introduzido na Lei de Licitações pelas leis n. 123/2006 e 147/2014, é medida que dá a efetividade necessária aos comandos constitucionais de proteção do microempresário e empresário de pequeno porte, favorecendo, ainda, como relação de causa e efeito, à efetivação de outros comandos, como a redução das desigualdades sociais e regionais, a valorização social do trabalho, a livre iniciativa, a dignidade humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, tudo isso levando ao desenvolvimento nacional e à realização do bem comum.

Importa, sobremaneira, que o agente público, seja ele o agente político ou o funcionário público, tenha em mente, tanto no estrito cumprimento da lei quanto no exercício de sua discricionariedade, que a contratação com o pequeno empreendedor estimula a economia em todos os setores.

Verificou-se que, para tanto, há diversas formas de contratar que permitem ao microempresário e empresário de pequeno porte competir, em pé de igualdade, com os grandes empreendedores podendo, assim, alavancar a sua atividade.

Por fim, é de ressaltar que o fomento não se constitui em favor ao pequeno empreendedor. Ao contrário, deriva da necessidade de fortalecimento da economia nacional como meio de atingimento do desenvolvimento nacional.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ACOCELLA, Jéssica; RANGEL, COELHO, Juliana Cabral. **O papel regulatório e de fomento nas licitações públicas.** Disponível em:

<http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev4008.pdf>. Acesso em: 20/12/2014

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 17. Ed. São Paulo: Método, 2009

AMORIM, Ricardo. As origens de um Estado de igualdade. **Jornal Diário Catarinense**. 03 de maio de 2015, p. 23

BARACHO, José Alfredo de O. **O princípio da subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

BERCOVICI, Gilberto. **O desafio furtadiano**: Desequilíbrios regionais: uma análise jurídico institucional. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2000

BITTENCOURT, Sidney. **As licitações públicas e o Estatuto Nacional das Microempresas**. Comentários aos artigos específicos sobre licitação pública contemplados pela Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006 (considerando o disposto no Decreto nº 6.204, de 5.9.2007). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010

_____. **Licitação passo a passo**: comentando todos os artigos da Le nº 8.666/93 totalmente atualizada, levando também em consideração a Lei Complementar nº 123/06, que estabelece tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010

BOZO, Aline Maria Hagers; GUASQUE, Bárbara. Direito social à saúde: análise a partir da perspectiva dos direitos fundamentais. *In* **Direitos sociais e políticas públicas**. II Coleção Conpedi/Unicuritiba. MEZZAROBBA, Orides; FEITOSA, Raymundo Juliano Rego; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho. (Org.) PINTO, Helena Elias; Manoel PEIXINHO, Messias (Coord.). Vol. 26. 1ª ed. Curitiba: Clássica Editora, 2014

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007

BUCCI, Maria Paula Dallari. **As políticas públicas e o direito Administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público nº 13, 2012

CAMPINHO, Bernardo Brasil. O direito ao desenvolvimento como afirmação dos direitos humanos. *In* PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010

CANAS, Vitalino. Princípio da proporcionalidade. *In* FERNANDES, José Pedro (Diretor); QUEIRÓ, Afonso Rodrigues (Consultor da Direção). **Dicionário jurídico da administração pública**. Vol. VI. Lisboa: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1994

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26° ed. São Paulo: Atlas, 2013

CARVALHOSA, Modesto. **Direito econômico**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Teoria geral do tributo e da exoneração tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982

CONTIPELLI, Ernani; MENEZES, Daniel Francisco Nagão. **Desenvolvimento regional, planejamento econômico e solidariedade**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ed46558a56_a4a26b> Acesso em: 14 Jun 2015

CRETELLA JÚNIOR, José. **Anulação do ato administrativo por desvio de poder**. Rio de Janeiro: Forense, 1978

DAMO, Márcia Regina Sartori. **Análise da descentralização administrativa do governo do Estado e os efeitos da fragmentação territorial no oeste catarinense**. Dissertação de Mestrado. UFSC- Universidade federal de Santa Catarina, 2006

DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios**. São Paulo: Renovar, 2001

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006

DONATTI, Denise. **Cartilha do comprador: os novos paradigmas da administração pública**. Brasília: Sebrae, 2007

FACHIN, Melina Girardi. Direito fundamental ao desenvolvimento: uma possível ressignificação entre Constituição Brasileira e o Sistema internacional de Proteção dos Direitos Humanos. In PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Como comprar da micro e pequena empresa: o novo papel do comprador: preferência às micro e pequenas empresas: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a efetivação do tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas**. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. Sebrae. Brasília: 2008

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

_____. Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade. In **Anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul: homenagem ao Professor Jorge Luis Salomoni**. Coord. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Belo Horizonte: Fórum, 2013

_____; GODOY, Maria Ivone. A promoção do desenvolvimento nacional sustentável e a Certidão negativa de débitos trabalhistas (CNDT). **Revista Jurídica UNICURITIBA**. Curitiba. v. 2, nº 29, 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/527-1800-1-PB.pdf>. Acesso em 25 Mai. 2015

_____; 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, 2012. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=79914>. Acesso em 14 Jun 2015

_____; MACIEL FILHO, Fernando Paulo da Silva. A funcionalização das licitações e dos contratos administrativos com vistas à promoção do desenvolvimento nacional sustentável. **CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI**, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0cbcd40c0d920b94>. Acesso em: 14 Jun 2015

FOLTRAN, Mônica. Desenvolvimento humano – bons números: As origens de um Estado de igualdade. **Jornal Diário Catarinense**. Santa Catarina, 03 mai. 2015. Caderno de economia, p. 22-23

FONSECA, João Bosco L. da. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004

FURTADO, Celso. **A nova dependência: dívida externa e monetarismo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983

_____. **Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural**. 3.ed. São Paulo: Paz e Terra. 2000

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte; Fórum, 2009

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição 1988: interpretação e crítica**. 5º ed. São Paulo: Malheiros, 2008

HIGA, Alberto Shinji. **A construção do conceito da atividade administrativa de fomento**. In Revista de Direito MaCKeNZie, p. 22, Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/4741-19789-1-PB.pdf>. Acesso em: 07 de jul. 2014

JORDAN, A.G. **Considerações sobre o desenvolvimento territorial**. Notas de Aula, Projeto Meu Lugar, Florianópolis, 2004

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14º Ed. – São Paulo: Diatética, 2010

_____. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

_____. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2º Ed. – São Paulo: Diatética, 2007

_____. **Pregão (comentários à legislação de pregão comum e eletrônico)**. 5º Ed. – São Paulo: Diatética, 2009

KNOERR, Fernando Gustavo; LORGA, Marco Antônio. **Atividade de fomento para as micro e pequenas empresas e o princípio da isonomia**. Curitiba. 2013. Dissertação de Mestrado. UNICURITIBA. <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/605/466>>. Acesso em: 30/12/2014

KOLADICZ, Aline Cristina. **A atividade empresarial socioambientalmente responsável e sustentável pela via do fomento estatal**. Curitiba. 2009. Dissertação de Mestrado. UNICURITIBA. <<http://tede.unicuritiba.edu.br/dissertacoes/AlineKoladicz.pdf>>. Acesso em: 30/12/2014

LIMA, Jonas. **Licitações à luz do novo estatuto da microempresa (Lei Complementar nº 123/2006): incluindo Decreto nº 6.204/2007, legislação correlata, experiência internacionais e análise de editais**. Campinas: Servanda Editora, 2008

LIMA, José Edmilson de Souza; OLIVEIRA, Gilson Batista de. Elementos endógenos do desenvolvimento regional: considerações sobre o papel da sociedade local no processo de desenvolvimento sustentável. **Revista da FAE**. Curitiba, v. 6, 2ª Ed., 2003. Disponível em: <http://www.researchgate.net/profile/Jose_De_Souza_Lima2/publication/237081281_Elemento_endgenos_do_desenvolvimento_regional_consideraes_sobre_o_papel_da_sociedade_local_no_processo_de_desenvolvimento_sustentavel/links/0046351b62bd18ecf8000000.pdf>. Acesso em 25 Mai 2015

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2013

MANSUR, Yasmin Santos. Desenvolvimento sustentável: o princípio da precaução como uma ferramenta equalizadora entre os interesses da natureza e da sociedade. **Revista Jurídica UNICURITIBA**. Curitiba. v. 1, nº 13, 2011. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/191>>. Acesso em 25 Mai. 2015

MATTEDI, Marcos. A., THEIS, Ivo M. **Cruzando fronteiras conhecimento e interdisciplinaridade na pesquisa em desenvolvimento regional**. v.7, n.2. .Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2002

MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 8ª ed. Curitiba: Zênite Editora, 2011

MELLO, Celia Cunha. **Fomento da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012

_____. **O desvio de poder**. RDA 172/9, 1988

MOISÉS, Claudia (Orgs.). **O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem**. São Paulo: Edusp, 1999

_____. Direitos humanos e desenvolvimento: a contribuição das nações unidas. *In* AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Ordem econômica e desenvolvimento econômico na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Apec, 1989

_____. **Organizações sociais de colaboração (descentralização social e administração pública não-estatal)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 210, out./dez. 1997

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Repercussões do Estatuto da Microempresa e das Empresas de Pequeno Porte em licitação pública**. Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC, n° 157, março de 2007

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

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

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito ao desenvolvimento na Constituição Brasileira de 1988. **Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico - REDAE**, Salvador, n° 16, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae/asp>. Acesso em: 30 Abr 2015

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Programa das nações unidas para o desenvolvimento**. Brasília, Brasil. Disponível em: http://www.pnud.org.br/idh/DesenvolvimentoHumano.aspx?indiceAccordion=0&li=li_DH. Acesso em 04 Mai 2015

_____. **Declaração sobre o direito ao desenvolvimento**. São Francisco, Estados Unidos. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/bmestar/dec86.htm>. Acesso em 28 Abr 2015.

PALAVÉRI, Marcelo. **Licitações Públicas**. Comentários e notas às súmulas e à jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 1ª ed., Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2009

PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. **Direito ao desenvolvimento como direito fundamental**. *In* CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2007. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 6952-6973. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf. Acesso em: 30 de abril de 2015

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **O tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte e sociedade cooperativa nas contratações públicas, segundo às cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos na Lei Complementar n. 123/06 e no Decreto Federal n. 6.204/07.** *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, v. 7, nº 74, fev. 2008

_____. **Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas.** 2.ed.rev.atual e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Contribuições de intervenção no domínio econômico.** São Paulo: Dialética, 2002

POCHMANN, Marcio; OLIVEIRA, Marcos Paulo; AMORIM, Ricardo; COELHO, Rodrigo e; REINACH, Sofia. **Atlas de exclusão social no Brasil: 10 anos depois.** São Paulo: Cortez, 2014

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Micro e pequenas empresas em licitações: a LC 123, de 12.12.2006: comentários aos arts. 42-49.** *Fórum de Contratação e Gestão Pública. FCGP*, v. 6, nº 61, 2007

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao Desenvolvimento – antecedentes, significados e consequências.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável.** Rio de Janeiro: Garamond, 2003

_____. **Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente.** São Paulo: Nobel, 1993

_____. **Rumo à ecossocioeconomia: teoria e prática do desenvolvimento,** SACHS, Ignacy; VIERA, Paulo (org.). São Paulo: Cortez, 2007

SANTANA, Jair. **Novo estatuto da ME e EPP: lei complementar 147 de 07 de agosto de 2014 compras públicas e pequenos negócios essencialidades e orientações.** Belo Horizonte: R. Santana Consultoria Ltda., 2014

SANTOS, José Anacleto Adbuch. **Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.** Curitiba: Juruá, 2008

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** *In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000

_____. Prefácio. *In* BARRAL, Welber (org). **Direito e Desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento**. São Paulo: Editora Singular, 2005

SEPULVEDA, Sérgio. **Desenvolvimento microrregional sustentável: métodos para planejamento local**. Brasília: IICA, 2005

SIEDENBERG, Dieter (Org.). **Dicionário do desenvolvimento**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. Malheiros, 2006

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 6° ed. Salvador-BA: Editora Juspodivm, 2014

TORRES, S. F. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. São Paulo, Rio de Janeiro: Renovar, 2001

VARGAS, Diego Boelhke; THEIS, Ivo Marcos. **Planejamento Regional no Brasil no Século XXI: a Política Nacional de Desenvolvimento Regional**. Dissertação de Mestrado. Furb, 2013

VILLAC, Teresa; BLIACHERIS, Marcos Weiss; SOUZA, Lilian Castro de. **Panorama de licitações sustentáveis: direito e gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2014

WALD, Arnaldo. **O Direito do desenvolvimento**. Revista dos Tribunais, 2002