XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL I

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU

FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito, economia e desenvolvimento sustentável I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadores: Felipe Chiarello de Souza Pinto, Sébastien Kiwonghi Bizawu – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-330-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Economia. 3. Desenvolvimento Sustentável. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL I

Apresentação

Setenta e um (71) anos após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e a criação da Organização das Nações Unidas (1945), cinquenta e oito (58) anos após a adoção pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas da Declaração Universal dos Direitos Humanos (10 de dezembro de 1948), notam-se, ainda, as violações sistemáticas dos Direitos Humanos, os conflitos armados entre Estados, a proliferação de grupos armados e o difícil diálogo para internacionalizar e efetivar os direitos humanos. A busca e a manutenção da paz e da segurança internacionais se tornam cada vez mais distante, tendo em vista os crimes de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade aos quais acrescentam-se os crimes ambientais, em vários casos irreversíveis com danos incalculáveis devido ao endeusamento da economia.

Em sua Encíclica Laudato Sí, mi Signore (Louvado sejas, meu Senhor!”), o Papa Francisco, apesar de considerar as mudanças positivas no processo evolutivo da sociedade, lamenta, sobremaneira, a falta de conscientização do ser humano diante dos problemas ambientais. Para o Papa Francisco (2015),

A contínua aceleração das mudanças na humanidade e no planeta junta-se, hoje, à intensificação dos ritmos de vida e trabalho, que alguns, em espanhol, designam por «rapidación». Embora a mudança faça parte da dinâmica dos sistemas complexos, a velocidade que hoje lhe impõem as ações humanas contrasta com a lentidão natural da evolução biológica. A isto vem juntar-se o problema de que os objetivos desta mudança rápida e constante não estão necessariamente orientados para o bem comum e para um desenvolvimento humano sustentável e integral. A mudança é algo desejável, mas torna-se preocupante quando se transforma em deterioração do mundo e da qualidade de vida de grande parte da humanidade. (PAPA FRANCISCO, 2015, 18).

Daí, a necessidade de um convite urgente a renovar o agir comportamental do ser humano a fim de construir o futuro do planeta, promovendo-se debates sobre o desafio ambiental. O presente livro vem, exatamente, retomar os temas mais desafiantes em um mundo em transformação, a saber, Direito, Economia e Desenvolvimento sustentável. Não há dicotomia entre os três, menos ainda paradoxo, mas é preciso cuidar do Planeta, considerado, a “Casa Comum” em face do poder econômico e da necessidade de um desenvolvimento humano sustentável e integral.

No primeiro capítulo, Rodrigo Fernandes e Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes, em "Análise econômica da proteção do meio ambiente: crise e tributação ambiental", analisam a relação entre ordem econômica e meio ambiente, trazendo à tona a discussão sobre processo produtivo e consumo insustentáveis, apontando a necessidade de intervenção do Estado na economia através da tributação e da regulação da própria economia, tendo em vista abordagens multidisciplinares.

No segundo capítulo, Andressa Kelle Custódio Silva, Fernando Marques Khaddour, discorrem sobre a "análise do papel do estado na punição do crime de perigo abstrato nas infrações ambientais como forma de assegurar um futuro sustentável", e abordam" a criminalização das condutas que exaurem o chamado crime de perigo abstrato, sendo essa punição através da tutela ambiental a única maneira de alcançar um futuro sustentável." Destaca-se a urgência da atuação do direito penal ambiental como forma de reduzir e proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No artigo "normas tributárias indutoras e o fomento da economia criativa para o desenvolvimento do nordeste brasileiro", Evilásio Galdino de Araújo Júnior e Patrícia Borba Vilar Guimarães propõem "uma reflexão acerca do papel das normas tributárias indutoras no cenário político e econômico brasileiro, com ênfase no objetivo constitucional de promoção do desenvolvimento e minimização de desigualdades", refletindo sobre a. região Nordeste brasileira com base na doutrina de Geraldo Ataliba e Luís Eduardo Schoueri, bem como a teoria do desenvolvimento de Amartya Sem. Para os autores, faz-se necessário que a política indutora seja uma ferramenta a ser utilizada dentro de uma política pública mais sólida vinculada à política pública de economia criativa.

Tratando-se de "novos paradigmas de direitos sociais e a dignidade da pessoa humana, analisados sob o enfoque do direito de personalidade do trabalhador em um mundo globalizado", Marco Antônio César Villatore e Marcelo Rodrigues manifestam a preocupação com a atual crise econômica do Brasil e da necessidade de proteger o trabalhador da exploração dos maus empregadores, ressaltando a dignidade da pessoa humana perante a globalização.

O ativismo judicial e análise econômica dos contratos empresariais é tema do trabalho dos autores Matheus Moysés Marques Dutra de Oliveira e Deborah Delmondes De Oliveira. Discutem-se as implicações do ativismo nos contratos mercantis e seu impacto econômico, levando em conta as questões atinentes à previsibilidade e eficiência dos contratos comerciais para redução dos custos de transação.

Carolina Guerra e Souza e Gustavo Ferreira Santos apresentam “a necessidade de uma governança democrática na regulamentação das agências de rating: pluralismo jurídico e a crise econômica de 2008”, pois, no contexto atual de pluralismo jurídico, segundo os autores, é primordial o envolvimento da sociedade na formação de um consenso alargado para repensar a atuação das agências de rating. Visa-se, com o trabalho, defender a governança democrática como ferramenta de inclusão na atuação autorregulatória do mercado.

Vinicius Luiz de Oliveira, aborda “os efeitos da globalização econômica na crise da jurisdição brasileira”, partindo do modelo de Estado Social de Direito, para discutir-se o alcance da atual crise de efetividade das normas jurídicas. No entendimento do autor, “os impactos jurídicos e sociais de fenômenos complexos como a globalização econômica não são perceptíveis a curto prazo. Questiona-se em que medida a crise da jurisdição é reflexo de uma crise de soberania do Estado moderno”.

O instigante trabalho de Sébastien Kiwonghi Bizawu e Vânia Ágda de Oliveira Carvalho, intitulado “Estabilidade financeira e integração econômica: a efetividade da sustentabilidade no século XXI”, propõe um repensar da atual situação financeira econômica no século XXI e do modelo de crescimento econômico, procurando alinhá-lo ao ideal preconizado pelo desenvolvimento sustentável.. Após discorrer acerca do assunto, conclui-se pela ineficiência da integração monetária.

Quanto a Mario Jorge Tenorio Fortes Junior e Ariel Salete de Moraes Junior, ambos trazem no bojo da discussão a “globalização mais humana: da boa governança em prol da defesa do socioambientalismo”, afirmando que o crescimento econômico deve ser compatibilizado com outros valores e que é importante “demonstrar a necessidade de melhoria da proteção socioambiental, destacando sua importância em âmbito local (nacional)”, mas também a” necessidade de ampliação territorial desta tutela, mediante adoção de técnicas de boa governança que ultrapassem as fronteiras de determinada nação com a finalidade de assegurar a proteção socioambiental em âmbito global”.

No artigo “ICMS ecológico paraense frente à análise econômica do direito”, Bernardo Mendonça Nobrega, tendo por marco teórico Richard Posner e Steven Shavell, apresenta o ICMS verde como instrumento de proteção do meio ambiente e visualiza suas consequências quanto ao desenvolvimento sustentável.

Miguel Etinger De Araujo Junior e Lincoln Rafael Horacio falam da “Indução da economia pelo estado em prol do meio ambiente”, buscando inspiração em Norberto Bobbio (Da Estrutura à Função: novos estudos da Teoria do Direito), analisam o papel do Estado

enquanto ente obrigado constitucionalmente a proteger o meio ambiente, apresentam um estudo dos instrumentos de indução econômica que podem ser utilizados na atuação estatal. Para tanto, abordam a “relação existente entre o poder estatal e a proteção ao meio ambiente à luz das externalidades negativas e das possíveis intervenções indutivas das quais o Estado pode se valer para minimizar as mazelas delas decorrentes”.

A Lei complementar nº 147 e a incansável busca pelo controle da atividade econômica é o trabalho da autoria de Carlos Augusto Dos Santos Nascimento Martins em que destaca a função do Estado enquanto fomentador da atividade empresarial e orientador de políticas públicas voltadas a consecução dos objetivos revelados pela Constituição Republicana, quanto a ordem econômica e o desenvolvimento social.

Alexandre Pedro Moura D'Almeida e Aline Bastos Lomar Miguez, escrevendo sobre “O desenvolvimento promovido no brasil pelo himineu entre o banco do desenvolvimento nacional e o tesouro nacional”, discorrem sobre o desenvolvimento promovido pelo impacto dos desembolsos praticados pelo BNDES na sociedade, considerando o seu entrelaçamento com o Tesouro Nacional e tendo em vista a seletividade dos seus desembolsos. O autor afirma que houve uma distorção no poder de compra da moeda por meio de técnica inflacionária, prejudicando toda a sociedade.

Para Osmar Gonçalves Ribeiro Junior e Heber Vinicius Brugnolli Alves, “O protecionismo comercial pós Bretton Woods e o mito do desenvolvimento econômico”, demonstra que o protecionismo aplicado pelos países desenvolvidos, bem como a difusão da ideia do desenvolvimento econômico pelos países em desenvolvimento leva à criação do mito do desenvolvimento econômico.

Luan Pedro Lima Da Conceição trata de “Paragominas município verde e a participação popular: a busca pelo desenvolvimento sustentável”, abordando as políticas públicas destinadas ao desenvolvimento sustentável adotadas na Região Amazônica, notadamente, as políticas implantadas no Município de Paragominas através do conceito de “Municípios Verdes”. Analisa também, do outro lado,tais políticas sob a ótica de uma cidadania ambiental.

João Adolfo Maciel Monteiro escreve sobre a “Política agrícola comum: uma perspectiva histórica sobre avanços e embates internacionais”, destacando o papel da União Europeia com relação ao desenvolvimento e financiamento do setor agrícola regional. Para o autor, “os

valores dispensados a título de financiamento, subsídios e compensações para esse sector são elevados frente ao orçamento da União Europeia, e nem sempre distribuídos de forma igualitária entre os Estados-Membros, bem como no tratamento com o mercado externo.”

Os autores Giovani Clark e Bruno Fernandes Magalhães Pinheiro de Lima discutem sobre a ausência da efetividade qualitativa das políticas urbanas brasileiras baseadas no artigo 182 da CF/88 e nos instrumentos presentes na Lei nº 10.257/2001 e formulam problema de que as políticas urbanas não estão alcançando seus objetivos, reproduzindo as desigualdades e problemas configuradas na permanente "crise urbana" brasileira que os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 10.253 de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade – pretendem combater.

Pelo exposto, caros leitores, não se pode olvidar que os três pilares, objetos do título do presente livro “Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável”, uma vez conjugados, corroboram para combater a pobreza e visam a melhorar as condições de vida e, ao mesmo tempo, assegurar a prosperidade e a segurança às gerações futuras e o bem estar-social a todos os povos. O desenvolvimento não pode ser apenas econômico, mas também e, sobretudo, humano e sustentável, pois, conforme a ONU, “o objectivo do desenvolvimento sustentável é estabelecer padrões que equilibram os aspectos econômicos, sociais e ambientais das atividades humanas para encontrar um equilíbrio coerente e sustentável a longo prazo.” (tradução nossa).

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM

Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu - ESDHC

LEI COMPLEMENTAR Nº 147 E A INCANSÁVEL BUSCA PELO CONTROLE DA ATIVIDADE ECONÔMICA

LAW 147 SUPPLEMENTARY AND RELENTLESS SEARCH THE CONTROL OF ECONOMIC ACTIVITY

Carlos Augusto Dos Santos Nascimento Martins

Resumo

Esta pesquisa tem como propósito primeiro analisar a função do Estado enquanto fomentador da atividade empresarial e orientador de políticas públicas voltadas a consecução dos objetivos revelados pela Constituição Republicana, quanto a ordem econômica e o desenvolvimento social. Busca ainda demonstrar que a orientação do Estado social de intervenção na atividade econômica encontra obstáculos na própria dinâmica do mercado e na realidade díspar de municípios e diferentes regiões brasileiras.

Palavras-chave: Lc 147, Licitações, Atividade empresarial, Atividade econômica, Iniciativa privada, Políticas públicas

Abstract/Resumen/Résumé

This research has the purpose to first analyze the role of the State as stimulate business activity and policy guidance aimed at achieving the objectives revealed by the Republican Constitution , as the economic order . Also seeks to demonstrate that the orientation of the welfare state intervention in economic activity finds obstacles in the dynamics of the market and disparate reality of cities and different regions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Lc 147, State intervention, Economic activity, The welfare state, Private sector, Public policies

INTRODUÇÃO

Desde a publicação da Lei Complementar nº 147 , em agosto de 2014, a qual teve por objeto alterar diversos dispositivos da Lei Complementar nº 123, além de outros diplomas legais com destaque para a Lei 8.666/93, o Tribunal de Contas do Estado do Paraná tem realizado juntamente com outras entidades como o Sebrae e o Fórum permanente das Microempresas e Empresas de pequeno porte do Estado do Paraná (FOPEME), encontros regulares ocorridos durante o ano de 2015, tendo como público alvo gestores e todo corpo de apoio das administrações municipais, para que através da interpretação das novas regras relacionadas à obrigação de contratação de microempresas e empresas de pequeno porte estabelecida pelo artigo 48 da já referida Lei Complementar, seja possível o controle preventivo de eventuais ilegalidades na aplicação das regras de licitação brasileira.

A iniciativa embora saudável e proativa por parte do Tribunal de Contas do Estado do Paraná revela a existência de questões incomodas na relação entre a administração pública; a iniciativa privada e o arcabouço jurídico que pretende regulamentar as relações contratuais entre o Poder Público e seus fornecedores.

Não há qualquer inovação em afirmar que o maior cliente das empresas brasileiras é a administração pública, seja ela direta ou indireta. De igual forma, são os municípios os maiores contratantes de bens e serviços dado que é justamente em seu território que vive a brava gente brasileira. Os problemas do cotidiano da nação devem ser enfrentados *prima facie* pelo gestor do município, sendo certo que empresas de pequeno porte e microempresas também têm sua gênese nos municípios.

A questão ganha contornos outros quando a Lei Complementar estabelece a obrigatoriedade da contratação de empresas pequeno porte e microempresas, observado o limite de R$ 80.000,00. Isso porque em assim fazer o Estado interfere nas relações da iniciativa privada com seu contratante estabelecendo regras com o fito de garantir o tratamento preferencial estabelecido pela Constituição Federal. Contudo, é possível que a obrigatoriedade estabelecida por ordem do legislador não alcance o objetivo cogitado nas razões de origem da Lei Complementar, mas sim efeito diverso ao afastar da concorrência empresas que não se enquadrem na condição legal estabelecida pelo artigo 48, da LC 143/2014.

É possível crer que ao apresentar à sociedade as alterações às regras de licitação promovidas pela Lei Complementar nº 143/2014, o legislador em conciliação de esforços com o poder Executivo não consideraram que a contratação exclusiva com empresas de pequeno porte tende a elevar os custos para a própria administração, isso porque como regra os

produtos comercializados e serviços oferecidos pelas pequenas e médias empresas não possuem a mesma possibilidade de oferecer preços como fazem as empresas não enquadradas em tal categoria. Outro problema possível é a violação da *mens legis* dado que possível observar, no plano do ser, que as grandes vendedoras e fornecedoras de serviços para administração pública devem buscar a adequação dos seus serviços, criando pequenas e medias empresas que se compatibilizem com a imposição estabelecida pelo artigo 48, da Lei Complementar nº 48/2014.

As questões apresentadas nos parágrafos anteriores merecem reflexão mais aprofundada, cognição exauriente a qual nos propomos a realizar com esta pesquisa. O artigo encontra supedâneo na bibliografia contemporânea através de diferentes escolas do Direito, da sociologia jurídica, da filosofia do direito entras áreas das ciências sociais. O Estudo será realizado não só junto às ciências jurídicas para além dela considerando as diversas possibilidades epistemológicas.

Algumas expressões como micro e pequena empresa e Lei Complementar nº 147/2014 tendem a repetição ao decorrer do texto. Sabemos que não se trata da melhor técnica, contudo não é possível a concatenação de ideias sem a fidelidade ao que vem expresso no texto legal. O artigo tem sua estrutura formada pelas considerações introdutórias, prevê revisão da legislação sobre licitações, considerações sobre o papel do Estado na atividade econômica como fomentador do desenvolvimento nacional e considerações finais.

LICITAÇÕES NO BRASIL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Realizar a apresentação e cotejo crítico entre legislação e doutrina relacionada à licitação no Brasil não pode ser considerada tarefa aprazível, isso porque muito já se escreveu sobre licitações e muito ainda há por se dedicar a academia e doutrina especializada dado que a necessidade das licitações para contratos administrativos/aquisições por parte da administração pública direta e indireta pode considerar a negação do princípio do terceiro excluído, ou seja, não é nem boa tampouco exclusivamente ruim é sim o que temos; o que foi possível conquistar e avançar até a atual quadra do ordenamento posto brasileira.

A questão que se revelará central no estudo no qual nos propomos é que o legislador é sempre incapaz de formular proposições que contemplem todas as possibilidades na aplicação de determinada regra jurídica. Isso porque a sociedade avança a passos largos enquanto a legislação tende a cristalização, salvo nos casos em que cortes superiores promovem interpretações que nem sempre representam evoluções ao conteúdo da norma.

Sem ignorar a existência de regras anteriores ao advento da Constituição Federal, mas

para os fins específicos que aqui propostos considera-se como marco temporal a Constituição Federal de 1988. Foi através da nova ordem estabelecida pelo artigo 37, inciso XXI que a licitação ganhou status de fundamento maior, por muitos considerado princípio da obrigatoriedade da licitação, embora não disponha de conteúdo princípiogico a partir das considerações de Robert Alexy que se refere à distinção entre regras e princípios considerando os últimos como mandamento de otimização. Segundo Alexy, princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. O Grau de realização dos princípios, ao contrario, poderá sempre variar, especialmente diante da existência de outros princípios que imponham a realização de outro direito ou dever que colida com aquele exigido pelo primeiro. (ALEXY apud VIRGILIO, 2008: 29). Nesse sentido o Poder dever de licitar não deve ser considerado como mandamento de otimização, sobretudo quando considerada o ordem emanada do artigo 48, da já referida Lei Complementar nº 143/2014, tema que será tratado com maior vagar no momento oportuno.

Tantos outros princípios constitucionais são considerados de essencial observância em matéria de contratos públicos, são caros o Princípio da Moralidade, da eficiência e da proporcionalidade. É certo que a moralidade enquanto princípio positivado da administração pública remete o leitor à reflexão das razões que levaram o legislador a explicitar no texto constitucional norma segundo a qual o homem público e todos que com ele atuam nos assuntos da administração pública devem observar a moralidade. Trata-se de princípio diagnóstico do conteúdo moral de uma sociedade na medida em que não seria necessário positivar tal ordem se estivessem os atores da vida pública balizado sua conduta pela moralidade enquanto norte da vida em sociedade. “Em oposição à logica Kantiana segundo o qual O princípio de uma ação se transforma numa lei universal”, Hans Jonas propõe um novo imperativo. “Age de tal maneira que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma vida humana autentica”. (JONAS, 2006:18).

Para Flavio Amaral Garcia o princípio da moralidade aplicado aos contratos administrativos alcança não apenas o administrador público, mas também os licitantes. A despeito do seu caráter subjetivo já que moral é um conceito aberto, sujeito a variações de época, de locais e de pessoas, implica a observância de comportamento ético no transcorrer das licitações públicas. Conluios entre os licitantes e cartelizações no mercado se enquadram como ações imorais que devem ser banidas das licitações públicas. (GARCIA, 2010:5).

O Princípio da Eficiência aplicado às licitações e contratos públicos segue a mesma sorte do princípio da moralidade, isso porque em uma sociedade em que a eficiência na gestão

da administração pública direta e indireta precisa ser positivado no texto da Constituição Federal, aqui por Emenda Constitucional nº 19/98 na então chamada reforma administrativa que para muitos teve fundamento *neoliberalizante* da economia, dada orientação da coalizão de governo que administrava o Brasil ao tempo da edição da referida emenda, há claro sintoma da ausência de maturidade civilizacional, questão que poderia render tantos outros estudos antropológicos e sociológicos sobre a formação do povo Brasileiro.

Tal princípio exige do administrador público ações balizadas pela legalidade, que produzam resultados eficazes para a sociedade. Consectário lógico da eficiência nos negócios da administração pública é princípio da economicidade, previsto no artigo 70 da Constituição Federal. Para Flavio Amaral Garcia a economicidade tem direta ligação com as licitações públicas, eis que o que se busca é a melhor relação custo/benefício nas contratações administrativas. Assim, nem sempre o menor preço poder se revelar com a melhor alternativa para a Administração Pública. É preciso que seja o menor preço dentre os bens e serviços que atinjam um padrão mínimo de qualidade previsto no edital. (GARCIA, 2010:5).

Por derradeiro o Princípio da Proporcionalidade que muito embora não conste explicitamente da Constituição Federal enquanto norma cogente ligada à administração pública tem seu conteúdo e utilização historicamente ligados ao direito administrativo tendo larga difusão no Brasil através da interpretação de direitos sociais ou no campo do Direito Tributário (§ 1º do artigo 149) ou ainda no Direito eleitoral relativamente à representação proporcional como regra constitucional de composição de uma das Casas do Poder Legislativo (caput do § 1º do artigo 45), ainda: incisos V, X e XXV do artigo 5º CF/88; Incisos IV, V e XXI do artigo 7º CF/88; § 3º do artigo 36 sobre Intervenção da União nos Estados; Inciso IX do Artigo 37, sobre disposições gerais pertinentes a administração pública; §4º, bem como alíneas C e D do inciso III do art. 40 sobre aposentadoria do servidor público; inciso; V do artigo 40 sobre competência exclusiva do Congresso Nacional, Inciso VIII do artigo 71; Artigo 84, Incisos II e IX do artigo 129; Caput do artigo 170; Caput e §§3º, 4º e 5º do artigo 173 sobre exploração da atividade econômica pelo Estado; § 1º do artigo 174; Inciso IV do artigo 175 sobre prestação de serviços públicos. (BONAVIDES, 2005:434/435).

De difícil estabelecimento conceitual, a proporcionalidade pode ser entendida a partir das seguintes noções: Em sentido amplo, o princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder. Numa dimensão menos larga, o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo. Pierre Muller, defensor primeiro das duas acepções acima mencionadas, entende que na

dimensão menos larga há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta. (MULLER, apud BONAVIDES, 2005:393).

Assim, a proporcionalidade exige do administrador que utilize os meios corretos ao atingimento dos fins pretendidos. Tal atribuição é dada ao gestor público, para os casos de análise da LC: 147/2014, gestor municipal, muito embora devesse ser também observada pelos legisladores quando da edição de leis que muitas vezes tendem a dificultar a materialização de princípio nodal como é o caso da proporcionalidade.

Avançado para além dos princípios se observa na doutrina firme conceitos para licitações, podendo ser entendida como o processo administrativo por meio do qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato que melhor atenda ao interesse público (CUNHA e NOVELINO, 2011:344). As locuções "vantajosa" e "interesse público" devem ser compreendidas com especial atenção pelo leitor dado que carregadas de conteúdo axiológico de grande importância para o estudo do tema.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello trata-se de um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir. (BANDEIRA DE MELO, 2007:514).

Em assim sendo, a regra cogente de licitar na administração vertente da Constituição Federal autorizava edição de legislação ordinária especifica para tal fim, sendo apresentado ao sistema de direito administrativo brasileiro a Lei 8.666/93. Na ementa da lei o legislador fez constar que a então nova lei de licitações regulamentava o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal ao instituir normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Mas a edição de uma lei *per si* não tem a condição suprema de curvar a realidade em que foi inserida, isso porque o legislador embora busque prever todas as hipóteses não consegue realizar no plano cognitivo as mudanças significativas no paradigma das relações entre Estado e sociedade. Tampouco tem o legislador à condição suprema de frear o ímpeto de frustrar a execução da lei por parte daqueles que buscam de forma irrefreável fazer valer a vontade de poucos em detrimento ao interesse de muitos.

Deste modo, a legislação que de início se mostrou vanguardista, logo apresentou vícios e lacunas que permitiram a criação de mecanismos de manipulação das atividades de

licitação, a reconhecida criatividade brasileira fez com que os atores dos processos de licitação desenvolvessem métodos de burla e preferencias, ferindo princípios caros a administração pública como a legalidade, isonomia, impessoalidade e moralidade.

Em seu processo de amadurecimento a Lei 8.666/93, cujo objeto de estudo não é o principal escopo deste trabalho, recebeu inúmeras alterações e adições. Contudo, nenhuma delas estabeleceu obrigações para a administração pública contratar com empresas de determinado seguimento econômico. A título de exemplo, foram relevantes as alterações estabelecidas pela Lei Complementar nº 123/06, que Instituiu o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno porte, introduzindo relevantes alterações na sistemática de licitações no Brasil. Ainda a Lei 12.441/11, que estabeleceu a necessidade da comprovação da regularidade trabalhista para contratar com a administração pública, refletindo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto às obrigações do particular sobre débitos trabalhistas nos casos de contratação com o serviço público.

A caminho da alteração realizada através da LC 143/2014, o artigo 3º, da Lei 8.666/93 foi alterado pela Lei 12.349/2010 para receber em seu texto adição consubstanciada no norte a ser perseguido em nome da "promoção do desenvolvimento nacional sustentável". Trata-se de metanorma ou norma aberta que em verdade traduz decisão política fundamental e não legislação regulamentadora do artigo 37, XXI da Constituição Federal, tal como um dia quis fazer o legislador primitivo.

Por fim veio ao plano jurídico a Lei Complementar nº 147/2014, de técnica questionável introduziu em seu artigo 48 obrigações ao poder público, notadamente do ente federativo município, em contratar com a iniciativa privada dentro de seguimentos específicos. Cumpre observar que não se trata de preferencia, mas sim de verdadeira obrigação em contratar exclusivamente com empresas de pequeno porte e micro empresas, sendo clara a intervenção do Estado nos assuntos vocacionados ao mercado, tudo sob o palio da busca pelo desenvolvimento nacional sustentável e do tratamento favorecido as empresas de pequeno porte e microempresas. Contudo, e como tudo no plano das realizações humanas nada é absolutamente previsível e estático, é preciso investigar por quais caminhos as alterações da impostas pela Lei Complementar nº 147/2014 podem levar as relações entre o Poder público e o particular.

Lei Complementar nº 147/2014

De início a Lei Complementar nº 147/2014 foi apresentada como alteração as disposições de outra Lei Complementar de nº 123/2006, tendo como propósito permitir o

abatimento de parcela dedutível do valor devido mensalmente pelo pagamento do Simples Nacional, ou seja, quando apresentado o projeto de Lei Complementar (PLP 221/2012), pelo Deputado Vaz de Lima (PSDB-SP) o objeto do debate sobre a referida Lei Complementar tinha como escopo uma orientação distinta daquela para qual foi ao fim utilizado. Contudo, como é comum às práticas legislativas do Pindorama, após ser submetido às comissões de análise da Câmara dos Deputados e plenário das duas casas legislativas, o projeto de Lei Complementar sofreu verdadeiro contrabando legislativo. Em 06 de novembro de 2013 foi aprovado requerimento para apensar outro projeto de lei sob nº PLP 237/2012, da autoria do Deputado Pedro Eugenio (PT-PE), ambos os projetos passaram então a tramitar em conjunto em comissão Especial da Câmara dos Deputados. Parte das alterações da Lei Complementar nº 123/2006 contidas na Lei Complementar º 147/14 já constavam no PLP 237/12. Outras foram introduzidas pelo Relator da Comissão Especial.

Foi o PLP 237/12, da lavra do Deputado Pedro Eugenio (PT-PE) o qual sob o argumento de buscar aperfeiçoar a legislação das microempresas e empresas de pequeno porte acabou por promover o que foi chamado no relatório da comissão especial da câmara como "revisão dos critérios para participação das microempresas e das empresas de pequeno porte em licitações governamentais".

Deste modo, após sofrer com incontáveis emendas aglutinativas, emendas de plenário e subemendas substitutivas de plenários sofrendo assim com a ingerência das diversas forças políticas que habitam o planalto central do Brasil, teve assim ementa alargada para nela constar além da alteração da LC 123/09, alterações as Leis 5.889/73.9.099/95, 11.598/2007, 8.934/94 e finalmente a Lei 8.666/93. Em tempos bicudos da vida política brasileira não se pode deixar de observar que o primeiro projeto de lei foi apresentado por Deputado filiado ao PSDB, enquanto o projeto que introduziu a obrigação de contratação de micro e pequenas empresas teve sua origem em Deputado filiado ao Partido dos Trabalhadores. Não se quer aqui fazer qualquer juízo de valor sobre as correntes ideológicas dos respectivos parlamentares, reflexão deixada ao gosto do leitor. Há porem, que se registrar o que parece ser um vício habitual do legislador brasileiro quando da edição de normas, dado que em muitos casos não esta presente a preocupação com a exequibilidade das mesmas. Produzir leis que no plano teórico são de rara beleza, mas que quando confrontadas com a realidade demonstram inaptidão aos resultados pretendidos.

A incansável busca pelo controle da atividade econômica mais uma vez se revela presente na produção legislativa, quando nos deparamos com a redação do artigo 47 o qual impõe obrigação à administração direta e indireta em promover tratamento diferenciado e

simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte com vistas ao almejado desenvolvimento nacional. Como forma de dar efetividade ao dispositivo o legislador estabeleceu obrigações expressas no artigo 48, sendo certo que a partir da publicação da LC nº 147/14 a administração pública direta ou indireta deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte considerando o valor de R$ 80.000,00 como limite para a contratação. O legislador entendeu ainda necessário estabelecer exigência de contratação de microempresas e empresas de pequeno porte para o caso de subcontratações nos processos licitatórios.

Cumpre observar que o artigo 47, da Lei Complementar nº 123/06 estabelecia regra inovadora e plenamente concatenada com a ordem emanada da Constituição Federal nos seguintes termos: 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.

Ao comparar o texto do acima mencionado artigo da LC 123/06 com o novel artigo 48, I, da LC 147/14, possível observar que o legislador não se muniu da melhor técnica, Em melhor redação fez o legislador retroceder com a intenção de avançar. Caso mantida a orientação para o tratamento diferenciado ao invés da obrigação de contratação para microempresas e empresas de pequeno porte, estaria posto a salvo todo o equilíbrio da Ordem econômica e da livre iniciativa, ao nosso sentir violados pela obrigação determinada pelo legislador ao administrador público, notadamente aquele dos municípios do Brasil.

Ao incluir no plano normativo brasileiro dispositivos que impõe a administração direita e indireta obrigação de contratação com empresas de pequeno porte o legislador buscou materializar a ordem emanada da Constituição Federal em seu artigo 146, incido “d”, o qual estabelece que lei complementar poderá definir tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte. Do mesmo modo, atende o contido no capitulo da Constituição Federal destinado a Ordem Econômica, quando no artigo 170, XI o constituinte originário entendeu por bem estabelecer como princípio o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, bem como o artigo 179 que com redação clara estabelece obrigação a União, Estados, Distrito Federal e Municípios em dispensas tratamento jurídico diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, tudo com vistas ao desenvolvimento nacional que muito embora não conste do texto constitucional, pode ser extraído como norte orientador dos dispositivos constitucionais.

Para Fábio Tokars o pequeno e o médio empresário brasileiros geram cerca de 97% dos postos de trabalho no Brasil. Por isso, diante de tamanha representatividade, quando se pretende promover o desenvolvimento econômico, a redução das desigualdades sociais, a busca do pleno emprego e a materialização do princípio da dignidade da pessoa humana, não há como se negar que a atividade empreendedora de pequeno e médio porte assume papel de elevada importância nesse cenário, merecendo ser incentivada.(Tokars apud Nitschke Jr., 2008: 43).

O legislador mais uma vez impõe aos processos licitatórios e por consequência aos contratos administrativos dele decorrentes, função anômala. Dai se poderia aludir a uma "função extra econômica" da licitação, para indicar a orientação do certame não propriamente à obtenção da proposta mais vantajosa, mas a seleção da proposta apta à realização de outros fins não diretamente relacionada com a vantagem econômica. (FERREIRA, 2012:69).

INTERVENÇÃO INSTITUCIONALIZADA NA ATIVIDADE ECONÔMICA

Enquanto decisão política que busca o fomento da atividade empresária o conjunto normativo mencionado linhas acima não merece qualquer reparo, dado que no plano do dever ser atende aos interesses nacionais no sentido de combater desigualdades que impeçam ou de algum modo dificultem o empreendedorismo empresarial. Para Fernando Garrido Falla a atividade de fomento público deve ser considerada como atividade administrativa que se dirige a satisfazer indiretamente, certas necessidades de caráter público protegendo e promovendo, sem empregar a coação, as atividades dos particulares ou de outros entre públicos que diretamente a satisfazem (FALLA apud OLIVEIRA, 2006:515). Cecilia Cunha Mello entende que a atividade de fomento público caracteriza-se pelo exercício de função administrativa, voltada à proteção e/ou promoção de seu objetivo, visando à satisfação indireta de necessidades públicas, sem o uso de compulsoriedade (MELLO apud OLIVEIRA, 2006: 515).

Ocorre que a atividade empresária desde tempos idos tem grande dificuldade de compatibilizar seus interesses com intervenções Estatais que, de algum modo limitem sua atuação ou crie condições artificiais de concorrência entre atores de mercado. Por seu turno o Estado tem demonstrado em sua relação com a sociedade e a distribuição de fins públicos uma alteração paulatina de fins transitando de mero guardião para um interventor esporádico e por fim, para um interventor institucionalizado (GABARDO, 2009:155).

Como leciona Joaquim B. Barbosa Gomes "(...) de um Estado absenteísta e mero garantidor da ordem e do cumprimento dos contratos, expressão máxima do direito de

propriedade, o mundo assistiu à emergência de um Estado intervencionista, provedor de prestações tendentes a minimizar e a corrigir as imperfeições e iniquidades do sistema capitalista". O Estado teve que abandonar sua postura negativa, de não intervenção, típica do regime liberal, para passar a adotar uma postura positiva, de intervenção e regulação econômico-social, típica do Estado de bem-estar social. (Gomes Apud Bertoncini e Campos Filho, 2012: 154).

Ao estabelecer por lei complementar a exclusão de atores da atividade econômica que não estejam enquadrados como micro e pequenas empresas o Estado assume o risco de pagar mais pelos mesmos produtos e serviços. Trata-se de verdadeiro subsidio estatal em favor de determinado seguimento empresarial em detrimento aqueles que podem oferecer bens e serviços em preços melhores. Tal hipótese não mereceria atenção e sequer justificaria escrever longas linhas sobre o tema caso não fosse o Estado cortês com o dinheiro alheio. É dizer que a lei impõe ao administrador público que abandone critérios de economia e eficiência como o menor preço e melhor técnica estabelecidos pelo artigo 45 da Lei 8.666/93, aparentemente ignorando o legislador a existência do princípio da eficiência previsto no artigo 37 Caput da Constituição Federal. Jose Roberto Pimenta Oliveira observa que as atividades de Estado voltadas ao fomento com não são dotadas de simples liberalidade e que os Princípios da Legalidade, Isonomia, Eficiência entre outros devem ser observados (OLIVEIRA: 2006: 518-519).

É nítido o interesse do legislador em fazer da licitação mecanismo de regulação diretiva ou indutiva da economia, seja para coibir práticas que limitem a competitividade, seja para induzir práticas que produzam efeitos sociais desejáveis (FERRAZ apud FERREIRA, 2012: 98). O fomento através de licitação tem sido largamente utilizado pela administração pública em atenção à ordem que emana da Constituição Federal. Exemplo disso é o Decreto nº 7. 546 de 2011, o qual teve o proposito de regulamentar o disposto nos §§ 5º a 12 do art. 3º da Lei nº8.666, de 21 de junho de 1993, e institui a Comissão Interministerial de Compras Públicas. Ao assim agir o Estado brasileiro em nada se desvia do norte a ser seguido, do mandamento constitucional segundo o qual a licitação pode e deve ser utilizada "o tanto quanto possível" para materializar interesses caros a nação como o desenvolvimento econômico, a livre concorrência e a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, esta última orientação utilizada com habitual regularidade nos dias atuais para justificar toda forma de interferência estatal na atividade produtiva.

Para Flávio Amaral Garcia a licitação também tem a função regulatória ou social nos casos de contratação de instituições voltadas aos presos e a questão das organizações sociais,

por exemplo, previstos na própria Lei nº 8.666/93, são espécies que, em certa medida, não maximizam o valor da competitividade (a busca única e exclusiva pelo menor preço). Em tais casos, a licitação se torna um instrumento para o atendimento de outros valores previstos na Constituição Federal. (GARCIA, 2010: 74).

Jose Maria Rodrigues de Santiago bem define a tensão existente entre as premissas do modelo liberal, que pressupunha leis gerais e abstratas que não diferenciassem o tratamento dispensado aos indivíduos, ainda que eles se encontrassem em situações distintas, e a clausula do Estado Social. De acordo com essa última, o Estado há de intervir nas posições jurídicas especialmente, nas de caráter patrimonial, ainda que não somente nelas dos faticamente mais favorecidos para que seja possível realizar o fim estatal de conseguir mais igualdade e mais justiça social". (RODRIGUES apud Hachen, 2014:16).

O Estado social caracteriza-se por introduzir por meio da ordem constitucional um especifico modelo de forte intervenção cujo modo de produção é pautado pela apropriação mista dos meios de produção e por um esquema de planejamento parcial em um sistema econômico predominantemente capitalista. Estruturação esta que, a partir das mudanças institucionais ocorridas na última década no século XX, passou a ser determinada fortemente pelo equilíbrio fiscal e pelas parcerias privadas em posição ao modelo antecedente, cuja característica era justamente contrária, ou seja, de imposição do déficit e da intervenção direta como meio de fomento econômico (VALE apud GABARDO, 2009:156).

Possível assim afirmar que, *prima facie,* operou o legislador com absoluta retidão de propósitos embora percorrendo caminho pantanoso durante o processo legislativo, algo já habitual na terra *brasilis*. Há porem, que se considerarem outros aspectos relevantes aparentemente deixados à margem das preocupações do legislador da Lei Complementar nº 147/2014, notadamente quando da elaboração da inovação do artigo 48, que obriga a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. O dever de contratar nos termos dados pelo legislador impõe ao gestor público, notadamente dos municípios, o fardo de ter que aceitar preços e serviços que podem estar acima daqueles praticados pelo mercado. Isso porque empresas com maior envergadura financeira podem oferecer ao contratante público, preços e condições mais vantajosas que em última análise promoveriam economia de verbas públicas, estas por seu turno uma vez não despendido com excessos nas licitações poderiam retornar ao contribuinte como equipamentos públicos e serviços. Cabe observar que quando das alterações promovidas pela LC 123/06 houve a introdução da sistemática de licitações diferenciadas, ou seja, licitações em que os entes públicos poderiam, por meio de suas legislações próprias, fomentar a participação das microempresas e das empresas de pequeno

porte, como, por exemplo, por meio de fomento da subcontratação até o limite de 30% do objeto da licitação (GARCIA, 2010:75).

Outro ponto que merece destaque é o ajuste orgânico realizado pela própria iniciativa privada. Em melhor redação é dizer que em não podendo participar dos processos licitatórios tal e qual atualmente se apresentam no mercado, é crível que a pessoa jurídica passe a fragmentar a corporação para que ela assuma personalidade jurídica compatível com a realizada imposta pela lei. Tal como um organismo vivo o mercado possui a condição de se adequar a nova realidade imposta. Outros podem dizer que há aqui burla ao sistema imposto pelo legislador, contudo, há que se considerar a natureza da própria atividade produtiva que em meio a interferências por vezes excessiva do Estado, busca outros meios dentro das balizas da legalidade para sobreviver.

Concordamos com Silvio Luis Ferreira Rocha que entende como fomento legítimo aquele que visa promover ou a 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 (ROCHA apud OLIVEIRA, 2006:526).

Bandeira de Melo contribui ainda estabelecendo um panorama da interferência do Estado na ordem econômica, considerando três modalidades distintas, a saber: (a) Através do "poder de polícia", isto é, mediante leis e atos administrativos expedidos para executá-las, como agente normativo e regulador da atividade econômica, caso no qual exercerá funções de "fiscalização" e em que o planejamento que conceber será meramente indicativo para o setor privado e determinante para o setor público, tudo conforme prevê o art. 174. (b) É possível que o Estado, em casos excepcionais, atue empresarialmente, mediante pessoas que cria com tal objetivo. (c) Por fim fará mediante incentivos à iniciativa privada (também supostos no art. 174), estimulando-a com favores fiscais ou financiamentos, até mesmo a fundo perdido. (BANDEIRA DE MELLO, 2007: 783).

Oportuno observar que o mesmo autor arremata afirmando que em todos os casos, necessariamente, a interferência estatal terá que estar volvida à satisfação dos fins dantes, aludidos como sendo os caracterizadores do Estado brasileiro; e jamais – sob pena de nulidade – poderá expressar tendência ou diretriz antinômica ou gravosa àqueles valores (ibidem).

Se é verdade que a autorregulação do mercado com sua mão invisível defendida por Adam Smith não se demonstrou plenamente eficaz a afastar os riscos de padecimento, sendo a fé no capitalismo fortemente abalada pela crise econômica dos anos 1930 em razão dos cataclismos que dela decorreram causando duro golpe a tradicional doutrina de *laissez-faire* e

não intervenção do governo na vida econômica, que prevalecera em todos os países no século XIX e, em grande medida, até o inicio dos anos 1930 (PIKETTY, 2014:137). Igualmente verdadeira é a critica ao modelo intervencionista aos moldes do Keynesianismo do século XX, baseado no intervencionismo estatal para a geração de empregos. A doutrina keynesiana propunha a intervenção artificial dos preços, a manutenção de uma balança comercial favorável, o pleno emprego e o crescimento sustentável promovendo assim alteração radical do sistema econômico, que antes era baseado na determinação autônoma dos preços pelas unidades de produção (que em decorrência da lei) da oferta e da procura seriam sempre os melhores, agora tem como objetivo o desenvolvimento sustentado, como o setor público sendo responsável pelo controle das deficiências do mercado, inclusive tornando-se o aparelho estatal um dos maiores produtores e consumidores de bens e serviços (PASTOR apud GABARDO, 2009:162-163).

Mesmo dotado de intenções baseadas em uma justiça social e redistributiva o Estado desde que perdeu seu caráter absenteísta e foi chamado a desempenhar um maior numero de funções estendendo a sua atuação a áreas que antes lhe eram inéditas (PRATES, 2005: 25), já demonstrou por incontáveis vezes sua inaptidão na promoção de políticas públicas de intervenção na economia. No Estado social a administração deixa de ser meramente policial, de atuar em caráter preventivo, para se transformar em agente participador, prestador e organizador, interferindo ativamente no espaço dos interesses privados (PALIERO apud PRATES: 32-33). Os avanços e conquistas sociais com incremento do consumo de base, pleno emprego e a melhoria geral das condições de vida no ocidente contribuíram para a crença no Estado e na sua capacidade de normatização da realidade. Crença que não se sustentou por muito tempo (HOBSBAWN apud GABARDO, 2009:156).

Tomando por empréstimo as palavras do Professor Jose Gomes Canotilho, em palestra proferida no Centro Universitário Curitiba, disse o mestre “Constitucionalizar o Direito não é constituir direitos”, diz-se então que elaborar leis com viés de intervenção na atividade econômica sob o palio da promoção do desenvolvimento econômico e social não significa atingir o fim pretendido, sobretudo quando a aplicação de política publica equivocada poderá levar a elevação dos gastos públicos pela impossibilidade da participação de empresas que no plano teórico poderiam oferecer bens e serviços a preços mais competitivos.

Admitir a interpretação de que o legislador pode, a seu livre alvedrio legislar sem limites, seria por abaixo todo o edifico jurídico e ignorar, por inteiro, a eficácia e manifestada dos princípios constitucionais. A Constituição estaria despedaçada pelo arbítrio do legislador (ibidem: 436).

Ao promover a intervenção por força de lei o próprio Estado legislador sinalizada para que a livre iniciativa se ajuste a nova realidade legal, *Mutatis Mutandis*, que o empresariado crie mecanismos de burla com o propósito de não ser prejudicado com a intervenção sofrida. Referimo-nos aqui a criação de micro e pequenas empresas por parte de grandes corporações com o proposito único de participar dos processos de licitação. Como ilustração da dinâmica de mercado mencionada em linhas acima lembramos a máxima utilizada por grandes imperadores como Cesar, Felipe da Macedônia Napoleão Bonaparte. *Divide et impera* (dividir para conquistar).

Do mesmo modo, ao promover intervenção que proíbe ou de algum modo causa embaraço ao exercício da livre iniciativa, o Estado em verdade só faz aumentar o grau de burocracia e dos riscos com o emprego do dinheiro público, isso porque tenta fazer algo como armazenar o vento ou reter água com mãos abertas. Mesmo os mais ignóbeis regimes totalitários que buscaram controlar a atividade econômica foram vencidos pela história, irrefreável é o avanço da humanidade e em tal contexto deve o Estado Social buscar concentrar atividades nos elementos basilares que mantem e projetam uma sociedade ao futuro. Tantos são os exemplos de Estados que promovem o fomento da atividade empresarial sem que isso represente risco de violação a livre iniciativa e por outro viés eventual elevação de gastos públicos. Contudo, não se pode de todo atribuir responsabilidade ao Estado como executor das políticas públicas, mas sim ao Estado enquanto formulador de tais políticas, novamente nos referimos ao legislador que ao elaborar e promover modificações na legislação, sob o nobre argumento do aprimoramento da norma, promove nítida violação ao equilíbrio de forças na atividade econômica, fazendo com que a balança penda em desfavor da sociedade que poderá pagar mais pelos mesmos produtos e serviços. Fosse o legislador de boa técnica não teria incluído no texto da LC 147 a obrigação pela contratação de microempresas e pequenas empresas, mas sim a preferencia pela contratação, desde que atendido ao melhor interesse da administração pública. Novamente aqui estão todos os brasileiros pagando o preço de um estado paquidérmico e inábil na elaboração de políticas públicas alinhadas com o novo paradigma determinado pelo momento pós-industrial em que vivemos.

Sobre a função interventiva do Estado Bauman assiná-la que não se espera mais que os novos Estados, exatamente como os mais antigos na sua condição atual, exerçam muitas das funções outrora consideradas a razão de ser das burocracias da nação-estado. A função mais notória abandonada pelo Estado ortodoxo ou arrancada de suas mãos foi a manutenção do "equilíbrio dinâmico" que *castoriadis* descreve como uma "igualdade aproximada entre os ritmos de crescimento do consumo e de elevação da produtividade" – tarefa que levou os

Estados soberanos em diversas épocas a impor intermitentes proibições de importação ou exportação, barreiras alfandegárias ou estimulação estatal keynesiana da demanda interna. Qualquer controle desse "equilíbrio dinâmico" esta hoje além do alcance e mesmo das ambições da imensa maioria dos Estados de outro modo soberanos (estritamente no sentido de policiamento da ordem) (BAUMAN apud Bertoncini, 2014: 28).

No estado de coisas atual em economia e sociedade, sabe-se que não é possível a existência de um mercado isento da participação do Estado, ao menos tal quadro não é possível no Brasil considerando seu atual estagio civilizatório. Do mesmo modo, não se pode admitir a intervenção em profusão do Estado em todo e qualquer atuação da atividade econômica. Nas últimas décadas a América Latina tem flertado com regimes cujo a orientação social democrata ou meramente socialista como preferem muitos, tem provocado grande distorção nos assuntos relacionados ao papel do Estado como agente fomentador da atividade econômica. No caso do Brasil mecanismos de intervenção como o materializado pela Lei Complementar nº 147/2014, em seus artigos 47 e 48, definem uma política que pretende os nobres fins do desenvolvimento social e econômico nacional sem considerar a viabilidade dos meios empregados.

Conforme registra Flavio Amaral Garcia a licitação nada mais é do que um processo seletivo de contratação de um determinado objeto havendo obvia ululante distorção no Direito brasileiro dado que a maior parte da preocupação do legislador é com a licitação, e não com o contrato administrativo, fato que causa perplexidade dado que licitação é meio, não e um fim em sim mesma (GARCIA,2010:84). Cumpre repisar que ao buscar os objetivos consagrados pela Constituição Federal quando ao tratamento diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte operou com aparente grandeza de propósitos o legislador. Contudo, não dotado da melhor técnica e limitado apenas nobre ofício legiferante rompeu a barreira da razoabilidade ao atribuir obrigações a entes da federação como os combalidos municípios brasileiros. É dizer que o remédio da intervenção para a promoção do desenvolvimento econômico e social, do fomento estatal, ou seja, lá qual for o nome que se veja dar pelos legisladores do amanhã - sempre será proveitoso aos interesses da nação, desde que aplicados em doses adequadas às características do paciente. Não se pode acreditar que um camelo passe pelo buraco de uma agulha porque tal orientação esta registrada em um documento escrito, ainda que quem tenha o feito estivesse imbuído de nobres intenções.

Mesmo que atendido o disposto no artigo 3º § 4º da Lei Complementar 123/06, o qual estabelece diversos critérios para definição legal de microempresas e empresas de pequeno porte, vedando o tratamento jurídico diferenciado e por consequência a

obrigação/exclusividade da contratação prevista no artigo 48, I, da LC 147/14, para empresas que: I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica; II - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior; III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário, ou seja, sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput do artigo 3º; IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput do artigo 3º; V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput do artigo 3º; VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo; VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica; VIII - que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar; IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos cinco (cinco) anos-calendário anterior; X - constituída sob a forma de sociedade por ações; XI-cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade.

Retomando, mesmo que formalmente atendida regra legal, é possível vislumbrar que o mercado enquanto organismo orgânico e criativo promoverá ajustes e acomodações que devem permitir a participação de atores nos processo de licitação cuja condição econômica atenderá ao critério da lei somente sob o prisma formal.

Não se nega conhecimento do contido no artigo 49, III da LC 123/06, o qual estabelece o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado. Todavia, o legislador afirma pouco mais que nada quando considerados aspectos da realidade nos processos de licitação, sobretudo aqueles realizados nos munícipios.

Sob o mesmo ímpeto de política pública de fomento nos Estados Unidos da América houve edição de legislação para o tratamento diferenciado em favor de microempresas e empresas de pequeno porte havendo inclusive criação de agência de governo para a proteção

das empresas eventualmente lesadas em concorrências públicas. Contudo, como é da natureza humana em dado momento se percebeu que as grandes empresas estavam manipulando, se fracionando e criando pequenas empresas, como forma de obtenção dos benefícios a elas conferidos. Não foi outra a reação do legislador senão promover o recrudescimento do aparato legal bem como teve o executivo o papel de fiscalizar e punir aqueles que tentaram burlar os processos licitatórios (GARCIA, 2010:85).

É preocupação comum do administrador público, notadamente aquele com ofício nos municípios brasileiros, bem como de toda a sociedade no sentido de não permitir que tão importante política pública não seja desvirtuada ora sendo utilizada como instrumento para contratações com preços e condições desfavoráveis a sociedade, ora em condições de concorrência desfavoráveis aos legítimos microempresários e empresários de pequeno porte. Cabe saber se tal como nos Estados Unidos da América teremos aqui condições de fiscalizar e punir os desvios de finalidade na aplicação da lei, papel que será possivelmente desempenhado pelos Tribunais de Contas Estaduais, na inconveniente porem necessária forma de controle repressivo, tardio, dotado de elevado grau de técnica e pouca equidade nas decisões que devem no mais das vezes punir gestores municipais que realizaram procedimentos licitadores irregulares sob o estrito limite legal, mas despidos de dolo em sua conduta. Novamente estaríamos aqui nos desviando do tema proposto caso aceitássemos o avanço sobre o tema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na busca para concretizar as ambições do constituinte originário quanto ao tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte com vistas ao desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional trouxe o legislador ordinário ao plano legal regra impositiva de contratação que em última análise viola o equilíbrio entre os Princípios norteadores da livre iniciativa e o papel de fomento ou social para o qual esta orientado o Estado brasileiro. Do todo que foi visto até a edição na Lei Complementar nº 147/14 possível crer que cada vez mais o legislador utilizada à ferramenta incorreta para o conserto do mecanismo social. Se for verdade que copiamos modelos comprovadamente exitosos em outros países, igualmente verdadeira é a firmação de que ao assim agirmos, deixamos de considerar as diferenças e particularidades do Estado brasileiro cuja formação enquanto grande nação desenvolvida/industrial e periférica ainda esta em vias incipientes de concretização.

As boas intenções do legislador impôs aos gestores municipais ônus de ter que realizar

contratações que podem representar maiores despesas ao já combalido erário público, e quanto nos referimos aos municípios consideramos tanto aqueles que possuem rendas outras que não aquelas vinculadas por força de lei, os chamados municípios ricos como também aqueles que vivem a situação de penúria e indigência federativa.

O Estado do Paraná serve ao propósito exemplificativo. Isso porque dos 399 municípios sete (7) estão entre os cem (100) mais ricos do Brasil, (IPARDES-IBGE, 2015). De modo que eventuais despesas extras do dinheiro público para contratação de serviços vinculados a exclusividade ditada pelo Legislador podem não refletir em prejuízos a comunidade. Contudo, o prospero estado do Paraná, quarta economia do Brasil tem em seu conjunto de municípios unidades que padecem com a mais cruel pobreza. Cidades como Laranjal, Guaraqueçaba, Doutor Ulysses, Santa Maria do Oeste, Inácio Martins, Campina do Simão, Mato Rico e Rio Bonito do Sul apresentam números de desenvolvimento humano e sociais absolutamente incompatíveis com a média dos 399 municípios do Paraná. Novamente a pergunta retorica é saber se a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte em detrimento a outras empresas que podem apresentar bens e serviços em preços e condições mais benéficas pode refletir nas contas municipais no sentido de salvar recursos públicos que no plano ideal poderiam, a contar com a capacidade do gestor público, ser empregados em benefícios para toda a comunidade.

Questão menor, mas, igualmente tormentosa é saber que todos os gestores dos municípios devem apresentar suas contas ao Tribunal de Contas do Estado. Devem obviamente cumprir *in totum* a ordem emanada pelo legislador da Lei Complementar 147/2014, sob pena de ter contas reprovadas e sofrer com os rigores e constrições impostas pelos Tribunais de Contas. Ao leitor incauto deve parecer obvio ululante a adequação do gestor publico com as regras de fiscalização e com o rigor dos Tribunais de Contas. Contudo, quando a questão sai no plano teórico para a realidade pode o gestor ser severamente penalizado em razão da inadequada interpretação e aplicação da lei, bem como pela tentativa de burla e da criatividade do empresário brasileiro já mencionada linhas acima.

Deste modo, temos por adequado refletir com mais vagas sobre políticas publicas interventivas no domínio econômico, dado que pode o legislador obter resultados satisfatórios e de todo benéficos para os fins colimados pela Constituição Federal, sem por em risco o tênue equilíbrio entre a livre iniciativa e a atividade interventiva ou de fomento público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BERTONCINI, M. **A Função da empresa na implementação dos direitos da criança e do adolescente**: globalização e trabalho infantil. Ed. Instituto Memória Editora & Projetos Culturais. 2014;

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional** – Ed Malheiro. 17ª . 2005 Capítulo 12 – O princípio constitucional da proporcionalidade e a constituição de 1988; Ob. Cit.: PIERRE MULLER, Zeitschrift fur Schweizerisches, Recht, v. 97p.218 p. 531. Ob. Cit. MANFRED GENTZ, "Zur Verhaltnismassigkeit von Grundrehtsigriffen".Fac. 35 p. 1.600

CUNHA, Dirley Jr e Novelino, Marcelo. **Constituição Federal** – Ed. Podivm 2ª ed. 2011.

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

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica – Rio de Janeiro: co Ed. PUC-Rio, 2006.

HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão – Repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material.** Revista de Direito Administrativo e Constitucional – AeC – Belo Horizonto, ano 14, n. 55, jan. /mar. 2014. Ob. Cit.: RODRIGUEZ DE SANTIAGO, JOSE Maria. La adminstrcion del Estado Social. Madrid: Marcial Pons, 2007.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos**. 3ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010.

GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal / Emerson Gabardo; prefácio de: Vera Karam de Chueiri; apresentação de: Regina Marla Macedo Nery Ferrari. Belo Horizonte: Forum 2009. Ob cit.: Javier Viciano Pastor. *Libre competência e intervencion pública em la economia*

PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção administrativa geral: Anatomia e autonomia** Coimbra: Almedina, 2005. Nota 29: PALIERO em 1980 pp. 1259-61; BLANCA LOZANO, 1990 pp. 397-400

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 25ª Ed. Malhaieros. São Paulo.2007.

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

PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Ed. Intrínseca.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências Reguladoras: A metamorfose do Estado e da Democracia – uma reflexão de Direito Constitucional e Comparado. Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 50. São Paulo: Revista dos Tribunais, Janeiro-Março de

2005, p. 39, apud Bertoncini, Mateus Eduardo Siqueira Nunes e Filho, Wilson Carlos de Campos: **Políticas de Ação Afirmativa no Contexto do Direito Constitucional Brasileiro**, Revista Jurídica, Unicuritiba – 2011, nº 27.

Junior, Ademar Nitschke. **A atividade Empresarial no Brasil e a Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988 – a necessária harmonia para a promoção do desenvolvimento econômico e redução das desigualdades sociais**. Dissertação apresentada ao programa de mestrado Unicuritiba. 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da, **A CONSTITUICIONALIZAÇÃO DO DIREITO** – 1ª ed. 1ª tir. Ed. Malheiros - 2008 - Ob. Cit.: Robert Alexy, Zum Begriff des Rechtprinzips. P. 204: do mesmo autor, Theorie der Grundrechte, p. 75 e 76.