

doutrina

DESENVOLVIMENTO LOCAL ATRAVÉS DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

MORAES, Crislayne Maria Lima Amaral Nogueira Cavalcante de¹

RESUMO

Este trabalho busca interpretar as recentes alterações do Estatuto da Micro e Pequena Empresa, através da Lei Complementar nº. 147/14 frente ao princípio do desenvolvimento nacional sustentável, buscando a sua melhor aplicação para se alcançar o desenvolvimento local através das licitações públicas. Numa análise documental e aplicação de técnicas hermenêuticas buscou-se alcançar a melhor interpretação para aplicação da Lei Complementar nº. 147/14, trazendo ferramentas da Ciência da Administração (planejamento, direção, organização e controle) e de Gestão (controle da produtividade e eficiência). Mas, para a busca do desenvolvimento local sustentável, possibilidade de aplicação do artigo 48, §3º da Lei Complementar nº. 123/06 (introduzido pela LC 123/06) e a realização de licitações com restrição territorial, demonstrou-se a utilização das ferramentas de Governança Pública, em especial, do planejamento estratégico para se alcançar tais objetivos. E, finalizou-se com comentários sobre a atuação dos Tribunais de Contas como fiscais do desenvolvimento sustentável nas licitações.

Palavras-chave: Desenvolvimento local. Microempresas. Licitações. Governança Pública. Planejamento. Estratégico.

1. Introdução

A busca pelo desenvolvimento nacional sempre pautou as ações governamentais desde a instituição da nova democracia, na história recente do Brasil, em especial, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 que estabeleceu o desenvolvimento nacional como um dos objetivos da República.

Em momentos de crise econômica e financeira do Estado, como se vê na atual realidade brasileira, o tema “desenvolvimento nacional” volta a ser foco de debates no intuito de se buscar soluções para a crise.

Além deste cenário, as recentes alterações na Lei de Licitações (Lei nº. 8.666/93) e Estatuto das Micro e Pequenas Empresas – MPE (Lei Complementar nº. 123/06), que trouxeram o tema do “desenvolvimento” para o âmbito das licitações

¹ Graduada em Direito pela UFPR (2005), pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (2009), atua como analista de controle externo – área jurídica do Tribunal de Contas do Estado do Paraná.

públicas, também vêm impulsionando debates acerca das formas de se pensar a licitação pública como instrumento de desenvolvimento nacional, ainda mais se considerarmos que a Administração Pública é a maior “contratante” do Brasil (estima-se que cerca de 10 a 15% do PIB brasileiro são provenientes do mercado público¹).

A maior dificuldade dos operadores do Direito, no que se refere às licitações públicas, centra-se na amplitude conceitual do termo “desenvolvimento sustentável” o que gera dificuldades em se implantar ações concretas e controlá-las.

Assim, ante a atualidade e importância do tema, o presente estudo busca analisar a evolução do conceito de “desenvolvimento sustentável”; relatar a inserção do tema “desenvolvimento” no âmbito das licitações, inclusive por conta das recentes alterações do Estatuto das Micro e Pequenas Empresas; propor ações que poderiam ser implementadas no intuito de se objetivar o “desenvolvimento”; bem como analisar a questão de realização de licitações com restrições de territorialidade fundadas em lei municipais que buscam o desenvolvimento local.

2. DO PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, CF).

Durante muito tempo interpretou-se este desenvolvimento como sendo o desenvolvimento econômico o qual fomentaria a redução das desigualdades regionais, que também é objetivo da república (art. 3º, III, CF), e seria feito através da implementação de políticas públicas.

Com o crescimento das demandas ambientais e, de seu aparente conflito com o crescimento econômico, passou-se a difundir a ideia de “desenvolvimento sustentável” para tentar compatibilizar a economia com a preservação do meio ambiente.²

Inclusive o termo “desenvolvimento sustentável” adveio de um documento publicado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente intitulado “Nosso Futuro Comum”, de 1987, e, posteriormente, o termo foi ratificado pela Conferência das Nações Unidas de 1992.³

Assim, passou-se a debater e repensar todo o processo produtivo, com vistas a uma relação harmônica com o meio ambiente, inclusive em relação às “formas de produção, consumo, habitação, comunicação, alimentação, transporte, além dos relacionamentos interpessoais”.⁴

Por consequência, inclui-se no conceito de sustentabilidade estas questões de desenvolvimento social, passando a se analisar a sustentabilidade sob três aspectos: o econômico, ambiental e social.

² BITTENCOURT, Sidney. Licitações Sustentáveis. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 2

³ Idem. p. 4.

⁴ Idem. p. 5.

Contudo, contemporaneamente, fala-se em multi ou pluridimensionalidade do desenvolvimento sustentável.

Bittencourt (2014), por exemplo, aponta seis principais dimensões da sustentabilidade: social (equidade na distribuição de renda e homogeneidade), espacial (melhor distribuição territorial dos assentamentos, do meio urbano e atividades econômicas), cultural (equilíbrio entre tradição e inovação), política (consolidação dos institutos democráticos), econômica e ambiental⁵.

Em 2012, a ONU organizou sua Conferência para discutir o “Desenvolvimento Sustentável”. Este evento foi chamado de Rio+20 e seu documento final firmou 17 compromissos dos Chefes de Estado para o Desenvolvimento Sustentável⁶:

1. Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares;
2. Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar, melhorar a nutrição;
3. Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos;
4. Garantir educação inclusiva, equitativa e de qualidade;
5. alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas;
6. Garantir disponibilidade e manejo sustentável da água;
7. Garantir acesso à energia barata, confiável, sustentável;
8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável;
9. Construir infraestrutura resiliente, promover a industrialização inclusiva;
10. Reduzir a desigualdade entre os países e dentro deles;
11. Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes;
12. Assegurar padrões de consumo e produção sustentável;
13. Tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima;
14. Conservar e promover o uso sustentável dos oceanos;
15. Proteger, recuperar e promover o uso sustentável das florestas;
16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável;
17. Fortalecer os mecanismos de implementação e revitalização a parceria global.

Percebe-se, portanto, que, ao tratar o tema de desenvolvimento sustentável, deve-se buscar assegurar vários aspectos ou dimensões de desenvolvimento, dentre as quais se destacam o desenvolvimento social (com combate à pobreza, fome; melhoria na saúde, educação), o ambiental (proteção aos recursos hídricos, energéticos, florestais, etc.), o espacial (melhoria dos centros urbanos, com infraestruturas adequadas e inclusivas), o econômico (busca do crescimento econômico inclusivo, reduzindo desigualdades) e o político (manutenção das instituições democráticas e fortalecimento das parcerias globais).

⁵ Idem. p. 6-8.

⁶ Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Acessível em <http://www.pnud.org.br/ODS8.aspx>. Acessado em 10/06/2016.

3. DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E AS LICITAÇÕES

Sendo um dos objetivos da República Federativa do Brasil a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, II, CF), durante muito tempo a busca pela concretização deste objetivo se deu através de políticas públicas.

Neste íterim, a licitação e o contrato administrativo tinham um enfoque instrumental, isto é, de ser o meio em que a Administração Pública adquiria bens e serviços necessários ao desempenho de suas funções, e, por isto, o enfoque das licitações e contratos era a vantajosidade, isto é, a escolha da proposta de menor valor para a aquisição de produtos de maior qualidade, garantindo-se a competitividade e isonomia entre os participantes.

Com o passar o tempo, o enfoque acerca da licitação e do contrato administrativo passou por um crivo de constitucionalidade, donde se passou a falar em função social do contrato administrativo, no qual “a contratação administrativa é utilizada para incentivar o desenvolvimento econômico e social, eliminar desigualdades individuais e coletivas e promover a realização de fins constitucionalmente protegidos”⁷.

Alguns exemplos da utilização do contrato administrativo com o fim de promover o desenvolvimento sustentável são a inserção de hipóteses de contratação direta, por dispensa de licitação, de intervenção no domínio econômico (art. 24, VI, Lei nº. 8.666/93); para prestação de serviços com as organizações sociais (art. 24, XXIV); para contratação de instituição brasileira dedicada à recuperação social do preso (art. 24, XIII); para contratação de associação de portadores de deficiência física (art. 24, XX); para a aquisição de produtos para pesquisa e desenvolvimento (art. 24, XXI); para a contratação para transferência de tecnologia, licenciamento de uso ou exploração de criação protegida (art. 24, XXV); para a contratação da coleta e processamento de resíduos sólidos recicláveis ou reutilizáveis com associações ou cooperativas (art. 24, XXVII); para contratação de serviços ou aquisição de bens de alta complexidade tecnológica e defesa nacional (art. 24, XXVIII); para contratação de organização para serviços de assistência técnica no Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e Reforma Agrária (art. 24, XXX); para contratação de empresas visando o cumprimento dos Incentivos à Inovação e à pesquisa científica e tecnológica (art. 24, XXXI); contratação na transferência de tecnologia de produtos utilizados no SUS (art. 24, XXXII); na contratação de entidades sem fins lucrativos para implementar cisternas ou outra tecnologia de acesso à água (art. 24, XXXIII); para aquisição de insumos estratégicos para a saúde produzidos e distribuídos por fundação (art. 24, XXXIV).

Algumas modificações na Lei de Licitações no tocante aos documentos de habilitação dos fornecedores também demonstram a busca de outros valores sociais que não apenas a busca da melhor proposta e garantia da isonomia, exaltando a importância de se contratar fornecedores que respeitem as regras previdenciárias e trabalhistas.

7JUSTEN FILHO, Marçal. O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas. 2 ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Complementar 123/2006 e o Decreto Federal 6.204/2007. São Paulo: Dialética, 2007. p. 28-29.

Dentre as modificações, citem-se: a exigência de regularidade com INSS (art. 29, IV, Lei nº. 8.666/93) e inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho (art. 29, V).

A finalidade destas modificações da Lei de Licitações foi a busca de efetivação de outros valores constitucionalmente relevantes, isto é, a licitação e contrato administrativo já vinham sendo utilizados como ferramenta para concretização de vários aspectos do desenvolvimento sustentável.

Em 2006, contudo, com o advento do Estatuto das Micro e Pequenas Empresas (MPE) (Lei Complementar nº. 123/06), sobreveio uma importante medida na busca do desenvolvimento econômico através das licitações e contratos administrativos: os direitos auferidos às Micro e Pequenas Empresas para o acesso ao Mercado Público, principalmente, o direito de preferência na contratação em caso de empate ficto (art. 44, LC nº. 123/06), o direito de regularização fiscal tardia (art. 42) e a possibilidade dos entes públicos realizarem licitações exclusivas às Micro e Pequenas Empresas ou licitações com cotas exclusivas a elas (art. 48).

Muito se discutiu, à época, sobre a constitucionalidade destas medidas, sobre os reais objetivos das licitações públicas, sobre os impactos do Poder de Compras da Administração Pública na economia, dentre outros temas, mas pela previsão constitucional do tratamento diferenciado e favorecido as MPE's, somado ao fato destes tipos de estabelecimento serem a base da econômica em quantidade e a maioria dos estabelecimentos que mais geram postos de trabalho formal⁸, houve a consolidação e o reconhecimento deste tratamento diferenciado⁹.

Vê-se, portanto, que as licitações e contratos administrativos como forma de implementação de políticas de desenvolvimento já vinha sendo realizados com vistas à função social do contrato administrativo, mas foi apenas em 2010, por meio da Lei nº. 12.349/2010 que houve a alteração do artigo 3º da Lei nº. 8.666/93 para incluir o “desenvolvimento nacional sustentável” com um dos objetivos da licitação, tornando o marco legal da “sustentabilidade” nas licitações públicas.

Assim, expressamente, as licitações e contratos administrativos passaram a ter como objetivos: a escolha da proposta mais vantajosa à Administração, a garantia da isonomia entre os licitantes e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Da mesma forma que ocorreu com a evolução do conceito de “desenvolvimento sustentável” descrito no item 2 deste artigo, o tratamento do desenvolvimento sustentável nas licitações, a partir desta Lei nº. 12.349/2010, teve um enfoque totalmente econômico no início de vigência desta Lei e vem se ampliando pouco a pouco.

8 SEBRAE.. DIEESE. Anuário do Trabalho na Micro e Pequena Empresa: 2013. São Paulo: DIEESE, 2013. 6. Ed. Disponível em: http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Anuario%20do%20Trabalho%20Na%20Micro%20e%20Pequena%20Empresa_2013.pdf.

9 Inclusive o STF já se pronunciou acerca da constitucionalidade do Estatuto da Micro e Pequena Empresa, cite-se um dos julgados: RE 627543/RS.

Nota-se, por exemplo, que na exposição de motivos do projeto de lei que culminou na Lei nº. 12.349/2010, o texto original do projeto (PL nº. 13/2010)¹⁰ utilizava o termo “desenvolvimento nacional”, focava na criação de margens de preferência para aquisição de produtos nacionais, fortalecimento das cadeias produtiva nacionais e incentivo à inovação e à pesquisa. Cite-se trecho da exposição de motivos: “(...) 6. A modificação do *caput* do artigo 3º visa agregar às finalidades das licitações públicas o desenvolvimento econômico nacional”¹¹ (grifo nosso).

Mas, durante a tramitação do projeto de lei, uma das emendas alterou o texto original para incluir a palavra “sustentável” ao termo “desenvolvimento nacional”¹², o que ampliou a abrangência hermenêutica dos objetivos da licitação para as várias dimensões do desenvolvimento sustentável, que não apenas o aspecto econômico.

Na prática, a nível federal, viu-se uma evolução de normas destinadas a dar concretude a estes objetivos legais de sustentabilidade, nas suas mais amplas dimensões, seja pelos Decretos Federais que estabeleceram as margens de preferências para produtos nacionais¹³ (dimensão econômica), seja pelo Decreto nº. 7.746/2010 que estabeleceu critérios e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, mas com enfoque na dimensão ambiental.

Recentemente, em 2014, com a mudança no Estatuto das Micro e Pequenas Empresas, através da Lei Complementar nº. 147/14, foi inserido no ordenamento jurídico novas dimensões do desenvolvimento sustentável: **o desenvolvimento local ou regional e desenvolvimento tecnológico**, ante a alteração do artigo 47 no Estatuto das Micro e Pequenas Empresas:

“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.**”

Assim, desde a vigência desta mudança no Estatuto das MPE's, a Administração Pública passou a ter obrigatoriedade de realizar licitações exclusivas às Micro e Pequenas Empresas ou separar cotas de até 25% do objeto para disputa exclusiva de Micro e Pequenas Empresas (art. 48, LC123/06), além da possibilidade de dar preferência à MPE local ou regional pagando até 10% do melhor preço válido (art. 48, §3º).

10 O texto original adveio da Medida Provisória nº. 495/2010 (disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Mpv/495.htm), cuja tramitação pelo Congresso se converteu na Lei nº. 12.349/10.

11 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Dica de Leitura da exposição de motivos disponível em http://www.camara.gov.br/03270BD6-EF33-4E75-AB9E-A1808ADB048F/FinalDownload/DownloadId-FBCC1147C8CEE2877C4F4B9320D35D45/03270BD6-EF33-4E75-AB9E-A1808ADB048F/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=796374&filename=MSC+410/2010+%3D%3E+MPV+495/2010

12 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Arquivo do texto final: http://www.camara.gov.br/03270BD6-EF33-4E75-AB9E-A1808ADB048F/FinalDownload/DownloadId-E7839532085E66B9C36A168D9B347D09/03270BD6-EF33-4E75-AB9E-A1808ADB048F/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EFFB53F12B1E6E9B4C816252020352D4.proposicoesWeb2?codteor=821720&filename=REDACAO+FIN AL+-+MPV+495/2010

13 Decretos nº. 7.709/12, 7.713/12, 7.756/12, 7.767/12, 7.810/12, 7.812/12, 7.8126/12, 7.840/12, 7.841/12, 7.843/12, 7.903/13, 8.002/13, 8.167/13, 8.170/13, 8.184/14, 8.185/14, 8.186/14, 8.194/14, 8.223/14, 8.224/14, 8.225/14.

Alguns doutrinadores entenderam que esta preferência aos locais/regionais se assemelha à preferência entre produtos estrangeiros e nacionais, autorizando a Administração a pagar até 10% a mais da melhor oferta para contratar empresas locais ou regionais¹⁴.

Outros firmaram o entendimento de que esta previsão legal seria um tipo de “empate ficto” com direito à empresa local ou regional de apresentar melhor proposta que a micro ou pequena empresa de fora apresentou, tendo preferência na contratação.

Em que pesem as divergências de aplicação do dispositivo legal do art. 48, §3º, o *caput* do artigo 47 e o parágrafo único do artigo 47 trouxeram também uma nova perspectiva para utilizar as licitações como ferramenta de desenvolvimento: a edição de leis locais ou regionais que contemplem mais benefícios às MPE’s:

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. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)
Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, **enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.**

Com isto, o Poder de Compra da Administração poderia ser utilizado no âmbito das Políticas Públicas de desenvolvimento local/regional, inclusive abrindo-se um leque hermenêutico para viabilizar a realização de licitações exclusivas apenas às micro e pequenas empresas da localidade ou regionalidade, tema que será tratado separadamente em capítulo próprio.

Destaque-se que estas alterações no Estatuto das Micro e Pequenas Empresas, convergem com as metas estabelecidas no documento Rio +20, em especial com a meta 8 (“promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável” e seu sub-objetivo 8.3 (“promover políticas orientadas para o desenvolvimento que apoiem as atividades produtivas, geração de emprego decente, empreendedorismo, criatividade e inovação, e incentivar a formalização e o crescimento das micro, pequenas e médias empresas, inclusive por meio do acesso a serviços financeiros”)¹⁵.

Portanto, com a inclusão do “desenvolvimento nacional sustentável” como um dos objetivos das licitações e com a obrigatoriedade de conceder tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas nas contratações públicas para fins de desenvolvimento local ou regional e tecnológico, volta-se o foco de atenção para a fase de planejamento das licitações e contratações públicas, no sentido de verificar se a escolha do objeto do certame levou em consideração aspectos ambientais ou de inovação, se os requisitos de habilitação consideraram os aspectos sociais (ausência

¹⁴ Citem-se: Jamil Manasfi (2014).

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em <http://www.pnud.org.br/ODS8.aspx>

de trabalho de menor, trabalho escravo, inexistência de débitos com INSS, com a Justiça do Trabalho, etc.), se houve o tratamento diferenciado para micro e pequenas empresas (aspectos econômicos e sociais), e se houve orçamento participativo para autorizar a despesa (aspecto político), se há preferência para contratação de empresas locais nas licitações exclusivas às MPE (aspecto econômico e espacial), se há concretização de Políticas Públicas específicas que busquem outros aspectos do desenvolvimento sustentável.

A licitação, portanto, passa a ter um papel fundamental na elaboração do Planejamento Estratégico dos governos.

4. DO FUNDAMENTO PARA O FOMENTO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS EM PROL DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Historicamente, no período da Segunda Guerra Mundial, o governo americano identificou as dificuldades de pequenas empresas fazerem frente às grandes corporações no mercado e, por isso, passaram a editar normas estabelecendo tratamento diferenciado àquelas¹⁶.

Esta tendência chegou ao Brasil através da Lei nº. 7.256/84 que foi a primeira norma a tratar de benefícios administrativos, tributários, previdenciários, trabalhistas e de acesso ao crédito às Microempresas, omitindo-se quanto aos contratos governamentais.

Com o advento da CF/88, o tratamento diferenciado às ME e EPP ganhou status constitucional nos artigos 170, IX e 179.

Por fim, através da LC 123/06, criou-se o Estatuto da ME/EPP, inclusive definindo critérios objetivos para o enquadramento das empresas como ME ou EPP. Vide artigo 3º desta norma¹⁷.

Os parágrafos seguintes do artigo 3º trazem explicações sobre a forma de cálculo desta receita e o que se considera como receita, tendo-se, portanto, um critério técnico e econômico para fins de enquadramento destas empresas que terão o direito a tratamento diferenciado nas várias searas (tributária, trabalhista, administrativa e judicial)

¹⁶ GUIMARÃES, Yuri. O tratamento diferenciado das micro e pequenas empresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) no certame licitatório. In: <http://menezesguimaraesadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/116490691/o-tratamento-diferenciado-das-micro-e-pequenas-empresas-me-e-empresas-de-pequeno-porte-epp-no-certame-licitatorio> Acessado em 15/02/2016

¹⁷ Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: (Redação dada pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011) (Produção de efeitos - vide art. 7º da Lei Complementar nº 139, de 2011)

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e Redação dada pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011) (Produção de efeitos - vide art. 7º da Lei Complementar nº 139, de 2011).

II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais). Redação dada pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011) (Produção de efeitos - vide art. 7º da Lei Complementar nº 139, de 2011)

Além da regulamentação dos benefícios às ME/EPP, o Estatuto da Micro e Pequena empresa também inovou ao incluir a temática de acesso destas empresas ao mercado público, através dos benefícios da regularização fiscal tardia¹⁸, e possibilidade de os entes realizarem licitações exclusivas às ME/EPP¹⁹.

Recentemente, em 2014, foi promulgada a LC 147/2014 que alterou vários dispositivos da LC 123/06, **tornando obrigatória a realização de licitações exclusivas às ME/EPP e em alguns casos a obrigatoriedade de se destinar cotas dos objetos das licitações reservadas às ME/EPP, além da possibilidade de dar preferência para ME/EPP locais, pagando-se até 10% a mais do melhor preço válido.**

Jamil Manasfi entende que “as alterações trazidas com a Lei Complementar 147/2014 visam a fomentar o crescimento das micros e pequenas empresas”²⁰, com base no que determina o art. 47 do referido diploma legal: “(...) objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas (...)”.

Até porque as ME/EPP representam a base da economia brasileira, tanto em quantidade de estabelecimentos como em quantidade de empregos formais criados.

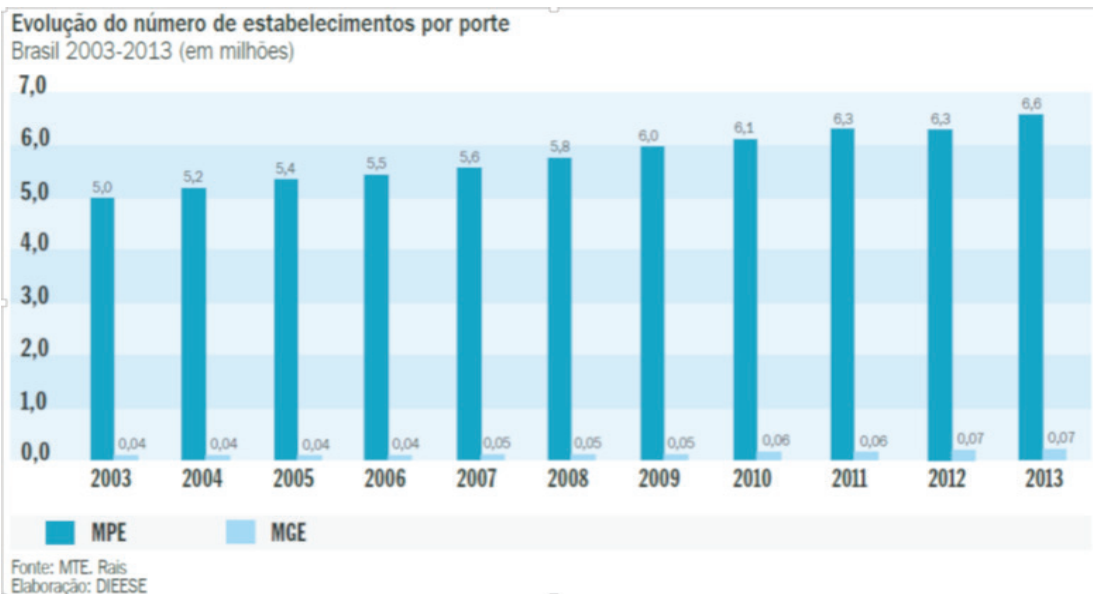
Analisando-se os dados do “Anuário do Trabalho na Micro e Pequena Empresa”²¹, de 2014, que foi elaborado pelo SEBRAE e DIEESE, é possível confirmar que as ME/EPP representam a maioria dos estabelecimentos empresariais da economia brasileira, em termos numérico; e respondem pela maioria do número de empregos formais no Brasil, sendo, portanto, um dos pilares da economia brasileira. Vejam-se os gráficos:

18 LC 123/06, 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 (redação original). Tal redação foi alterada pela LC nº. 155/2016 que incluiu a regularidade trabalhista tardia, contudo, esta alteração somente surtirá efeitos a partir de 1º de janeiro de 2018 por determinação do artigo 11, III, da LC nº. 155/2016.

19 LC 123/06, antigo texto: Art. 48 Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório: I – destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$80.000,00; (...) III – em que se estabeleça cota de até 25% do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.

20 MANASFI, Jamil. Considerações sobre as licitações em face das alterações do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº. 123/2006) provenientes da Lei Complementar nº. 147/2014. In: <http://jus.com.br/artigos/31060/consideracoes-sobre-as-licitacoes-em-face-das-alteracoes-do-estatuto-nacional-da-microempresa-e-empresa-de-pequeno-porte-lei-complementar-no-123-2006-provenientes-da-lei-complementar-no-147-2014#ixzz3VsLofVqj> Acessado em 15/02/2016.

21 SEBRAE (Org.). S492a. Anuário do trabalho na micro e pequena empresa: 2015./ Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas; Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos [responsável pela elaboração da pesquisa, dos textos, tabelas, gráficos e mapas] 296p. ISSN 1983-2095. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Anuario-do%20trabalho-na%20micro-e-pequena%20empresa-2014.pdf> Acessado em 15/02/2016.



Sendo uma característica marcante do mercado brasileiro esta pulverização de estabelecimentos empresariais, diversamente do que ocorre em outras economias em que se percebe uma concentração dos mercados às grandes redes/marcas, torna-se razoável que uma fatia do mercado público de aquisições seja voltada à estes estabelecimentos de porte menor que garantem a manutenção da maioria dos empregos formais.

Isto fomentaria o desenvolvimento nacional, cumprindo-se um dos objetivos da República Federativa do Brasil²² e da própria Lei de Licitações²³.

Além disto, em relação à reserva de mercado às ME/EPP locais (possibilidade de preferência às ME/EPP sediadas local ou regionalmente do art. 48, §3º da LC123/06),

22 CF, Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) II – garantir o desenvolvimento nacional.

23 Lei nº. 8.666/93, art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e (...).

haveria fomento para o aumento da arrecadação tributária, seja através do aumento direto na arrecadação dos tributos municipais ou de forma indireta pela repartição do ICMS oriundo de aumento no valor adicionado²⁴.

Assim, como um dos objetivos das recentes alterações do Estatuto da Micro e Pequena Empresa é justamente esta promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, verifica-se que além de garantir o tratamento diferenciado às ME/EPP nas licitações, através dos benefícios da regularização fiscal e trabalhista tardia, da preferência em caso de empate ficto e de garantir uma reserva de mercado com as licitações exclusivas ou cotas, a nova lei buscou o fomento ao desenvolvimento local/regional através do benefício da “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” (LC 123/06, Art. 48, §3º).

Numa leitura literal deste fomento local, pode-se concluir que o Ente local ou regional estaria autorizado a pagar mais caro, até 10% a mais, para contratar micro ou pequenas empresas locais.

Com o advento da LC 147/14, o SEBRAE, através de sua Secretaria de Compras Governamentais²⁵, passou a ministrar cursos às ME/EPP e aos entes municipais, buscando a aplicação destas regras do artigo 48 do Estatuto das Micro e Pequenas Empresas.

As informações trazidas pelos órgãos públicos acerca da aplicação destas licitações diferenciadas e preferência à empresas locais era a preocupação em onerar o erário público, visto que o preço cobrado pelas ME/EPP era notoriamente maior que das grandes empresas e pagar até 10% a mais para ME/EPP locais violaria ao princípio da economicidade e vantajosidade²⁶.

Por sua vez, os micro e pequenos empresários que participaram dos cursos de Compras Governamentais oferecidos pelo SEBRAE informaram primeiramente que nunca haviam participado de licitações porque não sabiam que a Administração Pública comprava os produtos que eles comerciavam e, depois, tinham a impressão de que todas as licitações públicas eram direcionadas²⁷.

Tais constatações demonstram um fato já conhecido no âmbito da Administração Pública: a ausência de planejamento, gestão e governança no setor de licitações e ausência de conhecimento técnico sobre custos dos produtos e preço de mercado.

Desta feita, cumpre tratar do tema de planejamento, gestão e governança no setor

24 CF, Art. 158. Pertencem aos Municípios: (...) - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

25 Mais informações em:

http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/cursos_eventos/compras%E2%80%933governamentais1906 Acessado em 15/02/2016.

26 Informação dada em reunião realizada na Diretoria de Escola de Gestão Pública do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, no dia 23/04/2015, pelo Coordenador de Acesso a Mercados do Sebrae/PR, Sr. Marcos Junitsi Uda.

27 Informação dada em reunião realizada na Diretoria de Escola de Gestão Pública do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, no dia 23/04/2015, pelo Coordenador de Acesso a Mercados do Sebrae/PR, Sr. Marcos Junitsi Uda

de aquisições, uma vez que são pontos essenciais para a boa aplicação do artigo 48 da LC147/14 em busca do desenvolvimento local.

5. DO PLANEJAMENTO, GESTÃO E GOVERNANÇA DAS LICITAÇÕES EM PROL DO DESENVOLVIMENTO

Muito embora o tema planejamento pareça ser um tema superado no âmbito do Direito Administrativo, o Tribunal de Contas do Paraná identificou que muitos Municípios sequer possuem uma equipe especializada em Licitações.

Assim, se não possuem equipes responsáveis pelas compras, tampouco terão um trabalho de planejamento e gestão das compras públicas, bem como não conseguem cumprir as obrigações de envio de informações sobre licitações para o TCE/PR.

Ao realizar o controle de remessas dos módulos do SIM-AM²⁸ pelos Municípios, verificou-se que muitos Municípios estavam com dificuldades de fecharem o envio das informações, inclusive com atraso de mais de um ano.

Dentre os Municípios que estavam com os maiores atrasos estavam tanto Município de grande porte quanto os de pequeno porte. Não havia um padrão.

Isto motivou a realização de visitas técnicas a estes Municípios a fim de identificar as principais dificuldades das Entidades em atraso na remessa das informações.

Os principais problemas encontrados relativos ao setor de licitações e contratos foram²⁹:

- Os sistemas informáticos utilizados “não atendem” às demandas do Município;
- Remessa dos dados ao SIM feita por empresa de consultoria e quando troca a empresa há atraso no envio;
- Comissão de Licitação formada exclusivamente por comissionados e sem conhecimento técnico;
- Inexistência de setor que controle o patrimônio da Entidade;
- Poucos servidores;

Com isto, torna-se relevante o tema de planejamento e gestão na área de licitações, o que inclui os subtemas: formação e treinamento de equipes próprias, controles internos, planejamento das demandas, conhecimento do mercado fornecedor, implantação de índices de desempenho, dentre outros.

Em estudo da Universidade Estadual de Londrina, pelos doutrinadores Juarez Paulo Tridapalli e Benilson Borinelli, citou-se que

“A ENAP (2002), já apresentava que a grande maioria de órgãos governamentais brasileiros estavam concentrando seus esforços em uma parte do ciclo dos gastos, que é o processo de compras e confirmava que

²⁸ O SIM-AM é um sistema de captação de informações. Um dos seus módulos de captação é justamente informações sobre licitações. Estas informações servem para subsidiar a análise das prestações de contas, as inspetorias que são realizadas no PAF, para instruir processos de denúncias e representações, para acompanhamento das gerências de fiscalização (como o PROAR), dentre outros usos.

²⁹ KUTIANSKI, Sandi. Sistema de Informações Municipais Acompanhamento Mensal SIM-AM: Controle de Remessas do SIM-AM. Trabalho apresentado no dia 23/02/2015 na Hora do Saber-DCM-TCEPR.

faltava um direcionamento para as áreas de suprimentos. Mudanças fundamentais seriam necessárias, tanto nos métodos utilizados para solicitar, adquirir, usar, estocar e controlar os bens de consumo, como também na prestação de informações tempestivas, necessárias à tomada de decisão³⁰.

O mesmo estudioso, Juarez Paulo Tridapalli, destaca em outro estudo que se sabe da limitação dos recursos públicos em face da crescente demanda por serviços públicos, de modo que a Administração Pública “precisa encontrar uma forma inteligente de arrecadar e gastar o dinheiro público”³¹.

E isto certamente passa pelo setor de aquisições públicas.

Portanto, demonstrada está a importância e necessidade de planejamento no setor de aquisições públicas, para, num primeiro momento, otimizar a utilização dos recursos públicos e, num segundo momento, para poder utilizar o setor de compras como instrumento para o desenvolvimento local.

Cumprido destacar que o Planejamento é conceito antigo no Direito Administrativo, previsto no artigo 6º do Decreto Lei nº. 200/67³², quando da transição de uma Administração Patrimonialista para uma Administração Burocrática, que é aquela baseada no controle dos processos, na hierarquia, na organização (departamentalização), regulamentos rígidos, etc.

A base dos princípios da Administração Burocrática brasileira está justamente na Teoria Clássica da Administração, cujos expoentes foram Henry Fayol e Frederick Taylor.

Henri Fayol era engenheiro de minas e dedicou sua vida à empresas no setor de mineração. Chegou a recuperar a Compagnie Commantry Fourchambault et Decazeville da falência, quando assumiu o seu cargo de diretor geral. E lançou um livro sobre Administração intitulado “Administração Industrial e Geral” (1916), no qual entendeu que as funções essenciais da empresa são técnica, comercial, financeira, segurança, contábil e administrativa, sendo esta última a que coordena as demais.

Nesta obra, Fayol também defendeu que a função administrativa possui cinco elementos básicos: planejar, organizar, comandar, coordenar e controlar. E, estes elementos, devem ser executados tendo por base os seguintes princípios norteadores: divisão do trabalho, autoridade e responsabilidade, disciplina, unidade de comando, unidade de direção, subordinação dos interesses individuais ao bem comum, remuneração, centralização, hierarquia, ordem, equidade, estabilidade dos funcionários, iniciativa e espírito de equipe.

30 TRIDAPALLI, Juarez Paulo; BORINELLI, Benilson. Gestão da cadeia de suprimento do setor público brasileiro: um estudo exploratório das funcionalidades e do nível de maturidade em governo eletrônico. Disponível em: <http://docplayer.com.br/1748010-Gestao-da-cadeia-de-suprimento-do-setor-publico-brasileiro-um-estudo-exploratorio-das-funcionalidades-e-do-nivel-de-maturidade-em-governo-eletronico.html> Acessado em 18/02/2016.

31 TRIDAPALLI, Juarez Paulo Tridapalli; FERNANDES, Elton; MACHADO, Waltair Vieira. Gestão da cadeia de suprimento do setor público: uma alternativa para controle de gastos correntes no Brasil”. Revista da Administração Pública - RAP - mar/abr2011. p. 406.

32 Decreto Lei nº. 200/67, Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: I – Planejamento; II – Coordenação; III – Descentralização; IV – Delegação de Competência; V – Controle.

Esta base teórica da Ciência da Administração³³ é que foi adotada pela Constituição Federal de 88, com destaque ao artigo 165, e normas infraconstitucionais, como a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Assim, trazendo os conceitos da Teoria Clássica da Administração, que embasa nosso ordenamento jurídico, no que toca ao setor de aquisições públicas, a sua administração deveria envolver a organização do setor (ver a estrutura física e de pessoal necessários, normativos correspondentes, definição das funções, etc), a definição do planejamento do que será comprado (estabelecer os quantitativos, definir a melhor forma para a aquisição, as estratégias, etc.), manter a função de direção/liderança do setor (responsável pela execução do planejamento, cuidando das relações interpessoais, do fluxo operações, dos processos de licitações, da logística, etc), e, por fim, implantar a função de controle (não apenas o controle da legalidade, mas controle dos estoques e necessidades de novas aquisições, controle dos fornecedores impedidos, controle dos custos, etc).

Em específico sobre planejamento, já há diversos precedentes das Cortes de Contas acerca de responsabilização de Agentes Públicos por omissão no planejamento das aquisições públicas, ex: TCU, AC nº. 872/2010-P; TCU, AC nº. 1603/08-P; TCU, AC nº. 1292-19/15-P; TCU, AC nº. 918/15-P; TCE/PR, AC nº. 5685/15-P.

Contudo, ao longo do tempo, verificou-se que tais conceitos básicos de Administração eram insuficientes para se atingir os objetivos da Entidade, seriam necessários outros elementos além das funções de planejar, organizar, dirigir e controlar.

Daí passou-se a surgir conceitos de produtividade e eficiência, isto é, não bastava atingir o objetivo da organização, seria necessário fazer isto no menor tempo possível, com o menor custo e maior qualidade possíveis.

A esta nova óptica da Administração, convencionou-se denominar de Gestão que pode ser definida como “lançar mão das funções e conhecimentos necessários para, por intermédio de pessoas, atingir os objetivos de uma organização de forma eficiente e eficaz”³⁴, com um enfoque mais gerencial e menos voltado ao processo administrativo.

Este novo modelo de Administração foi adotado pela Constituição Federal através da Emenda Constitucional nº. 19/98 a qual instituiu o princípio da eficiência na Administração Pública e positivou a transição do modelo Burocrático de Administração para o modelo Gerencial.

Com isto, além do setor de aquisições pública ter que planejar, organizar, dirigir e controlar suas contratações, também deve se preocupar de que isto seja feito de forma eficiente e eficaz, isto é, no menor tempo possível, utilizando-se dos recursos

33 De acordo com o Dicionário Aurélio – Século XXI: Administração é um “conjunto de princípios, normas e funções que têm por fim ordenar a estrutura e funcionamento de uma organização (empresa, órgão público, etc.)”. Para Martins, Administração é tida “como processo de planejar para organizar, dirigir e controlar recursos humanos, materiais, financeiros e informacionais visando à realização de objetivos” (MARTINS, José. do Prado. Administração Escolar: Uma abordagem crítica do processo administrativo em Educação. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 24)

34 In: <http://www.portaleducacao.com.br/educacao/artigos/44042/gestor-de-conteudo-diferenca-de-administracao-e-gestao> Acessado em 18/02/2016.

estritamente necessários, nos prazos corretos e com a aquisição de produtos/serviços vantajosos e de qualidade.

Para tanto, o setor de aquisições deverá adotar controles específicos para o custo do processo de aquisição, do tempo do processo, pesquisas de satisfação com os usuários dos produtos ou serviços, dentre outros controles que possam subsidiar tomada de decisões do setor.

A implantação das ferramentas administrativas e ferramentas de gestão já auxiliarão à Administração a aplicar a LC 123/06, com vistas a reserva de mercado às ME/EPP, possibilitando que estas empresas tenham acesso com antecedência às demandas da Administração, através da publicação dos planejamentos de compras; e garantindo tomadas de decisões assertivas quanto ao estabelecimento de preços de mercados do que irá adquirir, evitando a oneração do erário e fomentando compras mais vantajosas.

Até porque se ficar identificado que o arranjo do mercado de determinado produto ou serviço torna desvantajosa a contratação de MPE pela Administração Pública, não pode ser realizada a licitação exclusiva ou com cotas às MPE's, conforme determina o artigo 49 da LC nº. 123/06³⁵.

Daí a importância que, na fase interna da licitação, seja realizado mais um ato administrativo de análise do artigo 49 da LC nº. 126/06 (condicionantes para a realização de licitações exclusivas ou com cotas) para depois se analisar quais dos incisos do artigo 48 será aplicado.

Desta forma, somente a aplicação da LC 123/06 com as ferramentas de planejamento e gestão, no que se refere à reserva de mercado público para as ME/EPP em geral, já garantirá o fomento ao desenvolvimento nacional, uma vez que, como foi demonstrado, as ME/EPP são a base da economia nacional.

Agora, se as compras públicas forem utilizadas como instrumento de fomento local/regional, através da aplicação do artigo 48, §3º da LC123/06 (margem de preferência para empresas sediadas local ou regionalmente), os instrumentos de Administração e Gestão acima mencionados serão insuficientes, tornando-se necessário utilizar conceitos e técnicas da chamada Governança Pública, como se verá adiante em capítulo próprio.

Mas, antes de se adentrar no tema da utilização das técnicas de Governança Pública para busca do desenvolvimento local/regional, faz-se importante tratar da interpretação dada pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná ao artigo 48, §3º da LC nº. 123/06.

35 Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I - (Revogado); II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; III - 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; IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48. (grifo nosso)

6. DA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 48, §3º DA LC Nº. 123/06 PELO TCE/PR

O §3º do artigo 48 da LC 123/06 trouxe mais um instrumento visando o desenvolvimento econômico e social local, a prioridade na contratação de ME/EPP locais ou regionais, *in verbis*: “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”.

Jamil Manasfi comparou este dispositivo com a preferência a produtos nacionais trazida pela Lei nº. 12.349/2010, mas concluiu que, em que pese buscar o desenvolvimento local ou regional, esta preferência irá onerar os cofres públicos³⁶.

Por sua vez, Jair Santana, interpreta positivamente o dispositivo lecionando que é correto que “a própria localidade (empresas locais e regionais) tenha a oportunidade de prover o Poder Público com suas demandas e não ‘exporte’ recursos ali originados”^{37*}, mas também destaca uma preocupação quanto ao desvio de finalidade na aplicação deste dispositivo.

Neste sentido da possibilidade de restrição de participação às empresas sediadas local ou regionalmente, também se manifestou o jurista Jacoby Fernandes no seu canal de vídeos no site Youtube³⁸.

Na 2ª edição do livro “O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas”, de Marçal Justen Filho, no ano de 2007, o autor, ao tratar de possíveis soluções aos problemas que surgiriam pelas benesses da LC 123/06 às ME/EPP, entendeu que a **reserva de certas contratações para empresas de pequeno porte estabelecidas em certo local, seria uma solução inconstitucional**, por infringir a sistemática federativa brasileira, por existir expressa vedação constitucional de se fazer distinções entre brasileiros ou preferências entre si (**art. 19, CF**)³⁹.

Ainda, no Decreto nº. 8.538/15 da União, entendeu-se que este dispositivo se trata de um empate ficto entre MPE, em que, nas licitações exclusivas às MPE, pode-se dar prioridade de contratação às MPE locais ou regionais, aplicando-se as mesmas regras do empate ficto (a MPE local ou regional melhor colocada dentro da margem de empate é convocada para oferecer melhor proposta e, com isto, ter preferência na contratação)⁴⁰.

36 MANASFI, Jamil. Idem. Item 2.6

37 SANTANA, Jair. Novo Estatuto da ME e EPP: Lei Complementar 147 de 7 de agosto de 2014. Belo Horizonte: R. Santana Consultoria Ltda, 2014. In: www.rsantanaconsultoria.com.br. Acessado em 31/03/2015. p. 32.

38 FERNANDES, Jacoby. Preferência nas licitações: produtos e serviços para economia do município #2 <https://www.youtube.com/watch?v=HE0p-GXOJKY&index=2&list=PLEeHNSDIsdOxZKGpFEZPLAHNb19vTcaDc>, no minuto 2:54 em diante. Acessado em 03/04/2017.

39 JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 39.

40 Decreto nº. 8.538/15, Art. 9º Para aplicação dos benefícios previstos nos arts. 6º a 8º: (...) II - poderá ser concedida, justificadamente, prioridade de contratação de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de dez por cento do melhor preço válido, nos seguintes termos:

- aplica-se o disposto neste inciso nas situações em que as ofertas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente sejam iguais ou até dez por cento superiores ao menor preço;
- a microempresa ou a empresa de pequeno porte sediada local ou regionalmente melhor classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora da licitação, situação em que será adjudicado o objeto em seu favor;
- na hipótese da não contratação da microempresa ou da empresa de pequeno porte sediada local ou regionalmente com base na alínea

Neste mesmo sentido também se posicionou o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo ao entender que o disposto no art. 48, §3º da LC nº. 123/06 permitiu que o Município fizesse a disputa normalmente e, ao término desta, havendo uma MPE local ou regional com proposta com valor até 10% acima do valor da melhor proposta, possa dar prioridade para a contratação desta MPE local ou regional pelo preço de sua proposta (até 10% acima da melhor proposta)⁴¹.

Veja-se que há três correntes de interpretação deste dispositivo: a primeira entende ser uma espécie de margem de preferência nos moldes da margem de preferência de produtos nacionais; a segunda entende ser uma espécie de empate ficto e outra, a minoritária, entende ser uma possibilidade de licitação restrita às empresas locais ou regionais.

O Tribunal de Contas foi instado a se pronunciar sobre alguns aspectos da aplicação deste dispositivo (art. 48, §3º, LC nº. 123/06), através do Processo de Consulta nº. 88672/15, não se adentrando na análise da questão da possibilidade de restrição do certame unicamente à participação de empresas locais ou regionais.

Este processo de Consulta culminou no Acórdão nº. 877/16 que respondeu os seguintes questionamentos:

c) Qual interpretação deve ser conferida ao termo “justificadamente”, presente no § 3º do art. 48 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006?

R: A justificativa para aplicação de margem de preferência deve ter por parâmetro a busca de ao menos um dos objetivos dispostos no *caput* do artigo 47 da Lei Complementar n.º 123/2006: promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Ademais, a margem de preferência somente poderá ser aplicada quando as seguintes condições forem cumulativamente preenchidas:

- (i) O benefício esteja expressamente previsto no ato convocatório, caso em que a Administração será obrigada a contratar a microempresa ou empresa de pequeno porte local ou regional que oferecer o melhor preço, se dentro da margem de preferência e se o valor ofertado espelhar a realidade do mercado;
- (ii) A microempresa ou empresa de pequeno porte tenha efetivamente participado do certame e oferecido durante o procedimento licitatório preço superior ao menor ofertado, porém dentro da margem de preferência;

⁴¹ “b”, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrarem na situação da alínea “a”, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

d) no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta;

e) nas licitações a que se refere o art. 8º, a prioridade será aplicada apenas na cota reservada para contratação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte;

f) nas licitações com exigência de subcontratação, a prioridade de contratação prevista neste inciso somente será aplicada se o licitante for microempresa ou empresa de pequeno porte sediada local ou regionalmente ou for um consórcio ou uma sociedade de propósito específico formada exclusivamente por microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente;

g) quando houver propostas beneficiadas com as margens de preferência para produto nacional em relação ao produto estrangeiro previstas no art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, a prioridade de contratação prevista neste artigo será aplicada exclusivamente entre as propostas que fizerem jus às margens de preferência, de acordo com os Decretos de aplicação das margens de preferência, observado o limite de vinte e cinco por cento estabelecido pela Lei nº 8.666, de 1993; e

h) a aplicação do benefício previsto neste inciso e do percentual da prioridade adotado, limitado a dez por cento, deverá ser motivada, nos termos dos arts. 47 e 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123, de 2006.

41 Vide TCESP, Tribunal Pleno, TC-5509/989/15-8, Rel. para o acórdão Cons. Renato Martins Costa, Rel. originário subs. Cons. Samy Wurman, sessão de 16.9.2015.

- (iii) Trate-se de licitação diferenciada (licitações de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), ou na parte referente à cota de até 25% do objeto a ser contratado); e
 - (iv) O preço enquadrado dentro da margem de preferência seja compatível com a realidade do mercado, a qual deve ser auferida com cautela, devendo ser evitada a prática comum de realizar estimativa de orçamento unicamente com base em pesquisa de preços efetuada com potenciais interessados na licitação, pois determinadas empresas potencialmente interessadas no certame são excluídas em razão de seu porte.
- d) A disposição do § 3º do art. 48 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, admite seja estabelecida prioridade de contratação unicamente em favor de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas localmente, ou há obrigatoriedade de se contemplar as sediadas regionalmente?**

R: Uma interpretação gramático-litera do artigo 48, § 3º, evidencia que o uso da conjunção “ou” estabelece que o ente poderá estabelecer, alternativamente, a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente. Desta forma, os requisitos “local” e “regional” não são cumulativos, sendo de discricionariedade do gestor optar pelo modo que melhor atender ao interesse público, assim como aos princípios reitores da Administração Pública. Por óbvio que a escolha da opção “regional” necessariamente abarca os fornecedores locais. Caso opte por conceder o benefício unicamente a microempresas e empresas de pequeno porte sediadas “localmente”, ao contrário, excluem-se aquelas “regionais” e não “locais”. Entretanto, apõe-se a ressalva de que somente poderá a Administração Municipal restringir a prioridade de contratação a empresas locais quando comprovada a existência de no mínimo três microempresas ou empresas de pequeno porte competitivas naquele mesmo âmbito. *

Ainda que o Acórdão n.º. 877/16 tenha esclarecido a melhor interpretação para o termo “justificadamente” constante na redação do artigo 48, §3º da LC n.º. 123/06 e esclarecido que a prioridade de contratação de empresas locais ou regionais é uma discricionariedade, podendo o gestor dar prioridade somente aos locais, ainda há divergência de entendimentos quanto a aplicação desta prioridade de contratação ser assemelhada à margem de preferência de produtos nacionais, empate ficto ou a possibilidade de realização de licitações restritas às empresas sediadas na localidade ou na região.

7. DA INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA DO ARTIGO 47 DA LC N.º. 123/06 CUMULADA COM O ARTIGO 48, §3º E LEIS MUNICIPAIS COM RESTRIÇÕES TERRITORIAIS NAS LICITAÇÕES

Com o advento das alterações do Estatuto das Micro e Pequenas Empresas, pela Lei Complementar n.º. 147/14, muitos doutrinadores passaram a admitir a regulamentação desta legislação, através de leis municipais, para a realização de licitações restritas às Micro e pequenas empresas sediadas no Município⁴².

⁴² Citem-se como exemplo os doutrinadores Jair Santana e Jacoby Fernandes.

Impulsionados pelo parágrafo único do artigo 47 da LC nº. 123/06, que permitiu aos Municípios criarem mais benefícios às MPE's do que os benefícios inseridos no Estatuto das Micro e Pequenas Empresas⁴³, muitos Municípios passaram a editais Leis Municipais restringindo a participação nas licitações públicas apenas às micro e pequenas empresas sediadas no Município ou na região da qual o Município faz parte.

Cite-se, como exemplo, a Lei Municipal nº. 292/2015 do Município de Marilândia do Sul, que regulamentou o tratamento diferenciado e favorecido que o Município dará às MPE's, e ao disciplinar o acesso ao Mercado Público determinou que:

Art. 28, §2º: Os processos licitatórios exclusivos poderão ser destinados unicamente às microempresas e às empresas de pequeno porte locais, quando existentes em número igual ou superior a 03 (três), devendo, em caso contrário, ser ampliados às microempresas e às empresas de pequeno porte regionais, conforme delimitação espacial fixada em edital licitatório.

Em que pese tal entendimento por parte da doutrina e de muitos operadores do Direito a nível Municipal, parece que não é correto o entendimento de restrição de participação nas licitações apenas ao mercado fornecedor local.

Endente-se que **salvo em casos excepcionais que, por peculiaridade do objeto e por conta da necessidade da Administração ou Política Pública bem específica se exija restrição de participação de empresas locais ou regionais, não se pode restringir uma licitação com base em critério territorial.**

Em análise literal dos artigos 47 e 48, entende-se que se buscou o desenvolvimento econômico do país através de acesso ao mercado público das **MPE, e, buscou-se o desenvolvimento local ou regional através da aplicação do artigo 48, §3º, dando-se prioridade de contratação à MPE sediada local ou regionalmente em até 10% do melhor preço válido.**

Não há na LC nº. 123/06 nenhum dispositivo expresso que permita a realização de licitações com restrição territorial de participação.

Ademais, conforme artigo 3º da Lei Geral de Licitações (Lei nº. 8.666/93), "A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável".

Desta forma, deve sempre haver um equilíbrio entre a isonomia, a vantajosidade e o desenvolvimento sustentável.

Sopesando-se estes três princípios é que se admite aumentar a especificação técnica de um produto para atender melhor a necessidade da Administração (vantajosidade),

⁴³Art. 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.

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

mas restringindo a competição (isonomia) porque reduz o número de fornecedores que atendem a especificação técnica; bem como que se admite contratar um preço um pouco maior (vantajosidade), mas desde que dentro do preço de mercado, para privilegiar as MPE, buscando o desenvolvimento (conforme fundamentação no item 2 acima), entre outros.

Admitir a restrição territorial em todas as licitações municipais é o mesmo que colocar o princípio do desenvolvimento econômico acima da vantajosidade e do princípio da isonomia em todas as situações, ou preterir a “supremacia do interesse público” pelo interesse privado das MPE.

E, tanto esta não foi a vontade do legislador, que ele expressamente determinou que não fossem feitas licitações diferenciadas às MPE (exclusivas ou com cotas do artigo 48, LC nº. 123/06) quando não tivesse mercado fornecedor local ou regional, quando fosse desvantajoso, trouxesse prejuízo ou nos casos de dispensa e inexigibilidade, através da aplicação do artigo 49, LC nº. 123/06.

Assim, se não for vantajoso contratar com MPE, seja pelo aspecto da qualidade ou pelo aspecto econômico (preço), não se deve sequer fazer licitações exclusivas ou com cotas⁴⁴.

Por sua vez, se o Ente tiver que restringir a competitividade, afetando a isonomia, ainda que tal restrição seja territorial, deve justificar pela vantajosidade (atendimento à necessidade da Administração) ou pelo princípio do desenvolvimento sustentável.

Exemplifica-se: em licitações para compra de combustível para a frota **Municipal, não é vantajoso à Administração contratar qualquer posto de combustível localizado em qualquer parte do país. A peculiaridade do objeto torna necessária uma limitação territorial porque não faz sentido a frota ter que se deslocar dezenas de quilômetros para abastecer e depois rodar mais dezenas de quilômetros para voltar à garagem. Além de desvantajoso é antieconômico. Assim, a vantajosidade (necessidade da Administração) somado à peculiaridade do objeto (combustível) justificam uma limitação territorial.**

Outro exemplo que pela peculiaridade do objeto e vantajosidade para a Administração é necessária uma limitação territorial é a contratação de veículo impresso de jornal para ser o meio oficial de publicação⁴⁵. Se o jornal será o Diário Oficial do Município, então, deve-se ter circulação local ou regional, havendo necessidade de restrição territorial.

Ou, no caso de contratação de serviços de empresa de intermediação de estágios, em que se torna inviável a contratação de empresa que não está localizada no

⁴⁴ Sobre este tema, houve apresentação e debate no I Fórum de Controle Externo realizado pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Apresentou-se a necessidade de o ente entender a estrutura do mercado fornecedor de modo que, se houver uma estrutura comum (indústria, distribuidores e varejistas, em que os varejistas participam de licitações), com os incentivos fiscais conferidos às MPE, torna-se viável que os preços praticados pelas MPE sejam competitivos em relação às médias e grandes varejistas. Já quando se tem uma estrutura de mercado fornecedor, como a dos medicamentos, em que o industrial participa de licitação, dificilmente uma MPE será competitiva e será desvantajoso à Administração reservar o mercado exclusivamente às MPE. (01 e 02/06/2016. Local: Teatro da FIEP).

⁴⁵ Muitos Municípios fazem licitação prévia à edição de Lei Municipal para escolher a Imprensa Oficial do Município.

Município, já que obrigaria que os estagiários se deslocassem até outro Município para poder concorrer a uma vaga de estágio.

Nestes casos, restringe-se a competitividade ao se estabelecer um limite territorial para participação das empresas, mas para fins de privilegiar a vantajosidade (necessidade da Administração cumulada com peculiaridade do Objeto) ou o desenvolvimento local.

Mas se deve também considerar a possibilidade de limitação territorial de uma licitação através de uma **Política Pública bem definida**.

Pois, havendo uma política pública sobre desenvolvimento local ou regional (art. 47, LC nº. 123/06 c/c art. 3º, Lei nº. 8.666/93), mas que traga **vantajosidade para a Administração, considerando a supremacia do interesse público, e garanta a isonomia entre os participantes, será possível restringir a participação de empresas sediadas em dado limite territorial.**

Num exemplo hipotético: suponha-se que o Município de Mariana (MG) elabore uma Política Pública de desenvolvimento econômico, social e ambiental com a finalidade de gerenciar seu passivo ambiental com resíduos da atividade de mineração, de fomentar a inovação tecnológica e a abertura de empresas na localidade para geração de empregos.

Para tanto, através da Política Pública, determinar-se-ia que toda a Administração Direta e Indireta do Município passasse a utilizar em suas obras, os tijolos feitos a partir da lama de barragem das mineradoras que atuam na região, e que foram desenvolvidos pela Universidade Federal de Ouro Preto⁴⁶ (inovação).

Não atende à demanda da Administração de Mariana/MG a compra de tijolos produzidos por empresas de outros Estados, mas somente de empresas locais que utilizem a matéria-prima local (lama da barragem), haja vista a necessidade de redução de seu passivo ambiental.

Assim, com base no art. 47 da Lei Complementar nº. 123/06 e numa Política Pública bem elaborada, com metas definidas e controles de execução das ações adequadamente detalhados, poder-se-ia interpretar pela possibilidade de limitação de participação nestas licitações, de fornecimento de tijolos, apenas às empresas locais ou da região das barragens, em atenção a outros valores constitucionalmente relevantes como: preservação ao meio ambiente, fomento à atividade econômica, geração de empregos e inovação tecnológica.

Pode-se pensar em outros exemplos de possibilidade de restrição territorial, com base ou na peculiaridade do objeto e na elaboração de Políticas Públicas concretas

46 FRANCO, Luiza Carvalho; DOS SANTOS, Diego Haltiery; ROSA, Paula Ponciano Gomes; SILVA, Guilherme Jorge Brigolini; PEIXOTO, Ricardo Fiorotti Peixoto. Aplicação de Rejeitos de Mineração como Agregado para a produção de Concreto. Disponível em www.reciclos.ufop.br/media/uploads/downloads/artigo_lbracon_Luiza_R5.pdf

de desenvolvimento: se o Estado do Paraná, que possui Política Pública de fomento a arranjos produtivos locais - APL, restringisse a participação de licitações às empresas do APL⁴⁷.

Portanto, até se poderia pensar numa limitação territorial se houvesse uma Política Pública bem definida, concreta, baseada em dados estatísticos e análise econômica, que tivesse metas bem definidas e, ainda assim, privilegiasse **a vantajosidade à Administração e à persecução de outros valores constitucionalmente definidos.**

E, a melhor ferramenta para conseguir tal objetivo, seriam as técnicas de Governança Pública na área de aquisições, em especial a ferramenta do Planejamento Estratégico que será abordada a seguir.

8. DA GOVERNANÇA PÚBLICA COMO FERRAMENTA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DESENVOLVIMENTISTAS NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

A governança do setor público é “um conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”⁴⁸.

Leo Kissler e Francisco G. Heidemann, no artigo “Governança Pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade?”⁴⁹, após trazerem o contexto histórico do germe das ideias de governança, destacam que o significado original de Governança Pública:

“(...) continha um entendimento associado ao debate político-desenvolvimentista, no qual o termo era usado para referir-se a políticas de desenvolvimento que se orientavam por determinados pressupostos sobre elementos estruturais como — gestão, responsabilidades, transparência e legalidade do setor público — considerados necessários ao desenvolvimento de todas as sociedades (pelo menos de acordo com os modelos idealizados por organizações internacionais como a Organização das Nações Unidas [ONU] ou a Organization for European Cooperation and Development [OECD])” (grifo nosso).

E, para o artigo que apresentaram, sugerem a adoção do seguinte conceito de Governança como: “uma nova geração de reformas administrativas e de Estado, que têm como objeto a ação conjunta, levada a efeito de forma eficaz, transparente e compartilhada, pelo Estado, pelas empresas e pela sociedade civil, visando uma solução inovadora dos problemas sociais e criando possibilidades e chances de um desenvolvimento futuro sustentável para todos os participantes (Löffler, 2001:212)”⁵⁰.

47 <http://www.planejamento.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=16> Acessado em 05/09/2016.

48 Brasil. Tribunal de Contas da União. Governança Pública: referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria / Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014. p.9-10

49 KISSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G. Governança Pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade?. Revista Administração Pública. Vol. 40. Nº. 3. Rio de Janeiro: may/jun 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000300008 Acessado em 18/02/2016.

50 Idem.

Aplicando-se os conceitos de governança no setor de aquisições públicas, atacar-se-á justamente os pontos de entrave da aplicação da nova LC147/14, detectados em pesquisa pelo SEBRAE (ver item 2 acima), que são: a questão da transparência (divulgação dos planos anuais de aquisições e dos processos licitatórios); a questão do direcionamento, já que um trabalho transparente induz à confiança do procedimento administrativo e exclui este estereótipo de direcionamento dos certames; a questão da onerosidade ao erário, já que um trabalho fundamentado poderá embasar a definição dos preços de mercado e um trabalho com o empresariado buscará que estes tentem ajustar seus preços a fim de evitar sobrepreços; e a questão do desenvolvimento local/regional, através da implantação de um planejamento estratégico que poderá estar calcado numa política pública.

Uma das ferramentas para a governança é, justamente, o planejamento estratégico que “é um processo gerencial que diz respeito à formulação de objetivos para a seleção de programas de ação e para a sua execução, levando-se em conta as condições internas e externas à empresa e sua evolução esperada”⁵¹.

Desta feita, o planejamento estratégico envolve desde a definição da missão desenvolvimentista local, a visão e valores necessários para o atingimento do desenvolvimento, passando pela análise minuciosa do ambiente interno da organização (para identificar as forças e fraquezas internas) e externo à Administração (para identificar oportunidades e ameaças), resultando no diagnóstico da situação local/regional.

Comparando-se este diagnóstico com os objetivos que se busca alcançar, é possível definir as estratégias e ações para se alcançar o desenvolvimento, seguida da execução destas estratégias e ações, juntamente com o controle de todo o processo.

Em suma, a elaboração de um planejamento estratégico para o desenvolvimento local através da aplicação do artigo 48, §3º da LC 123/06 deverá envolver 7 (sete) fases⁵²:

1. Verificar a missão, a visão e os valores buscados pela organização
2. Missão: (pra que existe a organização? Ela faz o que? Pra quem ela faz? De que forma ela faz?)
3. Visão: o que a organização deseja ser? Para onde quer ir?
4. Valores: no que acredita?
5. Análise do ambiente externo à Administração: quais as oportunidades e ameaças para se realizar uma compra vantajosa (ferramenta SWAT)
6. Análise do ambiente interno: as forças e ameaças da própria organização (ferramenta SWAT),
7. Análise da situação atual,

51 QUEIROZ, Thiago Bergmann de Queiroz. Planejamento Estratégico em Licitações. ENAP: 2014. In: <http://www.enap.gov.br/images//curso%20enap%202014.pdf> Acessado em 22/06/2015.

52 Idem. Acessado em 18/02/2016.

8. Definição dos objetivos, de como a organização quer estar,
9. Estabelecimento das estratégias
10. Feedbacks e controle.

Esta ferramenta auxiliará a Administração Pública a identificar oportunidades de desenvolvimento local/regional, conforme a sua demanda, divulgando-as e incentivando a organização da sociedade local para que estas participem das licitações e possam ter prioridade de contratação, nos termos do art. 48, §3º, LC 123/06.

Se não houver este trabalho planejado, incentivo, fomento e divulgação, continuar-se-á a situação identificada pelo SEBRAE de não participação das empresas locais por desconhecimento da demanda da Administração e, com isto, não se alcançará o desenvolvimento local almejado pela legislação.

Um exemplo de utilização das licitações como instrumento para o desenvolvimento local, seria a realização de um levantamento dos quantitativos e relação dos hortifrutigranjeiros que o Ente precisará ao longo do ano; verificação, no mercado local, de produtores locais⁵³, cooperativas⁵⁴, etc.; divulgar a demanda para estes, criar cursos sobre como participar de licitações, buscar parcerias com instituições como EMBRAPA, SEBRAE, SENAI, para aplicação de cursos, desenvolvimento de inovações, etc. Enfim, utilizar o diagnóstico local, a demanda de aquisições para criar programas e ações desenvolvimentistas locais.

O importante é que, em a Lei autorizando pagar até 10% a maior da melhor proposta para dar prioridade à ME/EPP, incluindo produtor rural e cooperativas, a Administração tenha este encargo maior (oneração) calcado em bases estatísticas e técnica para o desenvolvimento, atendendo-se, desta forma, aos ditames constitucionais do artigo 3º da Lei de Licitações (Lei nº. 8.666/93).

Daí a importância de um estudo prévio sobre o mercado local/regional, uma melhoria nos registros cadastrais de fornecedores⁵⁵, identificação de possíveis Arranjos Produtivos Locais ou mesmo a vocação econômica do Município, para se conseguir fazer ações, programas ou políticas públicas em cima de bases concretas, o que inclui a aplicação do artigo 48, §3º da LC 123/06.

Cite-se como exemplo deste tipo de estudo prévio o trabalho apresentado por Gisele Marolli⁵⁶, para sua obtenção de título de Mestre, intitulado “Desenvolvimento local: um estudo baseado na importância das micro e pequenas empresas no Município

53 LC 123/06, art. 3º-A Aplica-se ao produtor rural pessoa física e ao agricultor familiar conceituado na Lei no 11.326, de 24 de julho de 2006, com situação regular na Previdência Social e no Município que tenham auferido receita bruta anual até o limite de que trata o inciso II do caput do art. 3º o disposto nos arts. 6º e 7º, nos Capítulos V a X, na Seção IV do Capítulo XI e no Capítulo XII desta Lei Complementar, ressalvadas as disposições da Lei no 11.718, de 20 de junho de 2008.

54 Lei nº. 11.488/07, art. 34 Art. 34. Aplica-se às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do caput do art. 3º da Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, nela incluídos os atos cooperados e não-cooperados, o disposto nos Capítulos V a X, na Seção IV do Capítulo XI, e no Capítulo XII da referida Lei Complementar.

55 Lei nº. 8.666/93, Seção III.

56 MAROLLI, Gisele. Desenvolvimento Local: um estudo baseado na importância das Micro e Pequenas Empresas no Município de Pitanga/PR. Universidade do Contestado: Canoinhas, 2011. Disponível em: <http://www.unc.br/mestrado/editais/DISSERTACAO-GISELE-MAROLLI%20COMPLETA.pdf> Acessado em 18/02/2016.

de Pitanga/PR, no qual a autora identifica as atividades econômicas existentes no Município, levanta dados sobre o perfil dos empreendedores, os empregos formais gerados, identificou algumas causas para encerramento das empresas e sugere atividades que poderiam ser fomentadas e o incentivo aos arranjos produtivos locais.

Desta forma, a melhor aplicação do artigo 47 da LC 123/06, seria a implantação das técnicas de Administração e Gestão, com vistas ao desenvolvimento nacional sustentável através da reserva de mercado para as ME/EPP, mas, para se buscar o desenvolvimento local, aplicando-se a prioridade de contratação de empresas locais/regionais, previsto no artigo 48, §3º da LC 123/06 ou a criação de leis municipais com restrição de participação territorial, a melhor técnica seria a utilização das ferramentas de Governança Pública, em especial, de um planejamento estratégico local.

9. DA FISCALIZAÇÃO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Além da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, quanto aos aspectos de legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas⁵⁷, compete aos Tribunais de Contas o controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos pela Lei de Licitações⁵⁸.

Assim, sendo o desenvolvimento nacional sustentável o novel objetivo das licitações públicas, cabe aos Tribunal de Contas a fiscalização do cumprimento de tal quesito.

A fiscalização quanto aos aspectos de cumprimento da Lei de Licitações e legislação correlata, por si só, já garantem a verificação de várias dimensões do desenvolvimento, como por exemplo: a adequação da divisão do objeto por itens, se econômica e tecnicamente viáveis (dimensão econômica – ante a possibilidade de se obter o maior número de contratos com empresas diferentes); o cumprimento dos requisitos de habilitação (dimensão social ante a verificação de ausência de trabalho de menor, trabalho escravo, inexistência de débitos com INSS, com a Justiça do Trabalho, etc.); o cumprimento dos requisitos de dispensa de licitação (aspectos sociais, econômicos ou tecnológicos, conforme o fundamento da dispensa); a aplicação do tratamento diferenciado as micro e pequenas empresas (aspecto econômico e social, ante ao fomento de novos negócios e possibilidade de surgimento de novos postos de trabalho); etc.

Em geral, as Cortes de Contas Brasileiras já fazem um trabalho de fiscalização de conformidade nas licitações e contratos dos Entes, em especial quanto à legalidade dos atos. Por isto, alguns aspectos do desenvolvimento sustentável também acabam verificados, mas nem todos.

⁵⁷ Art. 70 da Constituição Federal.

⁵⁸ Art. 113 da Lei Federal nº. 8.666/93.

A dimensão ambiental do desenvolvimento sustentável nas licitações, por exemplo, tem sido entendida como mera faculdade dos entes e, por isto, em geral, não integra o escopo de fiscalização.

Contudo, ante a determinação legal do artigo 3º da Lei de Licitações de que o desenvolvimento nacional sustentável é um dos objetivos das licitações, então, toda especificação técnica do objeto dos certames deveria considerar e justificar a adoção de critérios ambientalmente sustentáveis.

Ferreira (2012) inclusive defende que os Tribunais de Contas, ao verificarem editais que não contivessem aspectos ambientais na escolha do objeto, deveriam suspender cautelarmente o certame até que o Ente corrigisse tais critérios ambientais⁵⁹.

Mesmo a dimensão econômica do desenvolvimento sustentável local ou regional, incluído no ordenamento jurídico pela Lei Complementar n.º 147/2014 (que alterou o Estatuto da Micro e Pequena Empresa), não tem sido objeto de fiscalização pelos Tribunais de Contas.

Isto porque somente a fiscalização da legalidade - no sentido de verificar a realização de licitações exclusivas ou com cotas às MPEs - não garantirá o desenvolvimento econômico local ou regional. Ao contrário, para fiscalizar o cumprimento do Estatuto das MPE's quanto ao aspecto do desenvolvimento local ou regional, dever-se-ia certificar se o ente realizou estudos prévios sobre o mercado fornecedor, a vantajosidade na contratação com MPE's (v. art. 49 da LC nº. 123/06), se elaborou políticas públicas estruturadas, enfim, se houve um estudo sobre a vocação do Município ou região para a atividade econômica que se busca desenvolver, para fundamentar a aplicação da margem de preferência a produtos locais/regionais.

Ademais, a simples realização de licitações exclusivas ou cotizadas às MPE's traz grandes riscos de ocorrência de licitações desertas pela inexistência de Micro e Pequenas Empresas para o objeto licitado, o que obrigará o Ente a ter que repetir processos licitatórios tornando o custo operacional muito oneroso para a Administração⁶⁰.

Portanto, nas fiscalizações de Contas, a tomada de decisão quanto ao procedimento a ser adotado deveria considerar os custos operacionais das decisões administrativas.

Afinal, se o objetivo da licitação também é o desenvolvimento nacional sustentável, não se atingirá qualquer desenvolvimento se a própria Administração não buscar enxugar seus custos operacionais. E, a redução dos custos operacionais da Administração com procedimentos licitatórios não se encontra, em geral, no escopo da fiscalização pelos Tribunais de Contas.

59 FERREIRA, Daniel. A Licitação Pública no Brasil e sua nova finalidade legal. Belo Horizonte: Fórum, 2012

60 Em pesquisa realizada pela ora subscritora do artigo, nos atendimentos presenciais aos jurisdicionados municipais do Paraná na Diretoria de Contas Municipais do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, nenhum Município tem controle acerca do custo operacional de um processo de licitação, de forma, que não há dados para subsidiar tomadas de decisões quanto ao melhor procedimento licitatório a ser adotado tendo em vista a economicidade da decisão e dados para fundamentar tal decisão do processo licitatório. Não há um controle sequer das horas trabalhadas por cada servidor em cada ato administrativo. Em não havendo controle do fluxo processual, o ente não consegue sequer gerenciar formas de melhoria do processo. Um controle destes possibilitaria o ente justificar decisões quanto à revogação ou não de licitações, de convalidação de atos administrativos, da escolha da melhor modalidade de licitação, da não aplicação das licitações diferenciadas da LC 123/06 (aplicando-se o artigo 49 da mesma Lei), etc.

Ainda sobre desenvolvimento local ou regional, quando da divulgação das recentes alterações do Estatuto da Micro e Pequena Empresa pelo SEBRAE/PR nos Municípios Paranaenses, constataram-se as seguintes dificuldades na implantação da novel legislação⁶¹:

- Por parte dos micro e pequenos empresários locais ou regionais: eles alegam que não participam das licitações públicas porque desconhecem com antecedência o que a Administração irá comprar e, principalmente, porque acreditam que os processos de compras são todos direcionados. Assim, eles não participam das licitações e, conseqüentemente, isto compromete o desenvolvimento local ou regional;
- Por parte da Administração Pública: há um receio de realização das licitações exclusivas ou cotizadas por um impacto no preço dos produtos, ou seja, por conta de uma percepção de que comprar de Micro e Pequenas empresas sempre representaria pagar mais caro, e, conseqüentemente, haveria risco de repressão pelos Tribunais de Contas.

Veja-se que as preocupações dos empresários locais ou regionais seriam facilmente resolvidas com a adoção de técnicas de governança pública nas aquisições, dentre elas, a elaboração de um planejamento estratégico para o setor de compras, divulgação de um plano anual de compras e utilização de ferramentas para aumentar a transparência dos processos de compras.

Da mesma forma, tendo-se por base a preocupação da Administração, um estudo prévio do mercado fornecedor, a verificação da vantajosidade para a Administração em contratar MPE`s e a definição de planos de desenvolvimento econômico local ou regional também devem fazer parte do planejamento estratégico para o setor de aquisições públicas.

Esta análise quanto a estratégia e planejamento do setor de aquisições coaduna-se com o conceito de governança pública a qual já foi objeto de auditoria pelo Tribunal de Contas da União.

Cite-se um precedente desta Corte: Acórdão n º. 2328/2015-P que apreciou o relatório consolidado das auditorias que avaliaram a governança e gestão das aquisições na Administração Pública Federal, sendo um importante precedente para a fiscalização sobre governança pelos Tribunais de Contas Estaduais.

Neste contexto também se inserem as fiscalizações acerca do cumprimento das metas de desenvolvimento estabelecidas pelo documento Rio +20 da ONU, que contemplam as dimensões do desenvolvimento sustentável prioritárias para os países que participaram deste encontro.

Na edição de inverno do Jornal da INTOSAI – Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores, publicada em janeiro de 2016, a analista de Controle Externo do TCU, Paula Hebling Dutra escreveu um artigo intitulado “SDGs Audit

⁶¹ Informação dada pelo SEBRAE no Debate sobre a LC 147/14 realizado no TCE/PR nos dias 30/09/2015 e 01/10/2015

Results Framework”, no qual a autora demonstra os resultados de auditorias já realizadas pelos órgãos de controle internacionais e que podem integrar a matriz de riscos dos planos de ações governamentais para atingimento das metas para o desenvolvimento sustentável, em especial para evitar os seguintes fatores de riscos nos programas governamentais: sobreposição de responsabilidades entre os órgãos/entes; ausência de coordenação entre as varias esferas de governo; ausência de políticas públicas ou estratégias para o atingimento das metas; avaliação insuficiente dos efeitos sociais e ambientais das políticas e programas governamentais; ausência de uma análise econômica, social e ambiental que embase as decisões; ausência de um planejamento de longo prazo; inadequada gestão financeira dos programas; ausência de criação de leis internas que obrigassem o cumprimento das metas; ausência de controle e monitoramento dos programas para o atingimento das metas; ausência de dados e informações precisas para a tomada de decisões⁶².

Desta forma, ante a evolução do conceito de “desenvolvimento nacional sustentável” como objetivo das licitações, deve haver também uma evolução na forma de fiscalização pelos Tribunais de Contas para que se avance de uma auditoria de conformidade para uma auditoria operacional com aferição da governança das aquisições públicas, o que inclui o controle dos custos operacionais e controle das diretrizes governamentais de aquisições públicas as quais devem conter todas as dimensões do desenvolvimento sustentável constantes no documento do Rio+20.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou interpretar as recentes alterações do Estatuto da Micro e Pequena Empresa, através da Lei Complementar nº. 147/14 frente ao princípio do desenvolvimento nacional sustentável, buscando a sua melhor aplicação para se alcançar o desenvolvimento local através das licitações públicas.

Inicialmente foi trazido uma contextualização do princípio do desenvolvimento nacional sustentável, introduzido pela Lei nº. 12.349/2010, ao artigo 3º da Lei nº. 8.666/93, o avanço de sua interpretação, até sua convergência com o tratamento favorecido destinado às ME/EPP.

Na sequência, fez-se uma análise histórica do tratamento favorecido às ME/EPP, o atual conceito normativo de ME/EPP e os benefícios que estas possuem ao acesso ao mercado público.

Recentemente, com a ampliação destes benefícios, através da LC nº. 147/14, as ME/EPP passaram a ter direito de participarem de licitações exclusiva, possibilidade de serem subcontratadas nos contratos de obras, cotas reservadas em certas licitações e, com vistas ao desenvolvimento local/regional, as ME/EPP passaram a ter prioridade de contratação, mesmo que suas propostas sejam até 10% maiores que o melhor preço válido.

⁶² DUTRA, Paula Hebring. INTOSAI. SDGs Audit Results Framework. http://www.intosajournal.org/pdf/ijga_winter16_eng_www_color.pdf Acessado em 03/04/2017

Através de pesquisa feita pelo SEBRAE regional nos treinamentos que realizou aos órgãos públicos e Municípios do Paraná, bem como aos próprios empresários, foi identificado como dificuldade de aplicação da LC nº. 147/14 os seguintes fatos: preocupação em oneração do erário; ausência de conhecimento das demandas públicas pelos empresários e aparência de direcionamento dos certames públicos pela falta de transparência, o que levava aos empresários locais evitarem de participar das licitações.

Ante tais dificuldades, buscou-se demonstrar como solução a utilização de instrumentos da Administração e de Gestão, que inclusive são uso obrigatório por força do Decreto Lei nº. 200/67 e art. 37 da CF, que são as ferramentas de planejamento, organização interna, direção e controles interno e, estes com vistas à produtividade e eficiência, incluindo a redução de custos operacionais.

E, em específico ao desenvolvimento local/regional, tentou-se demonstrar que as ferramentas de Governança Pública, em especial, que o planejamento estratégico é a melhor metodologia para a correta aplicação do artigo 48, §3º da LC nº. 123/06.

Na sequência, analisou-se a interpretação ampliativa do artigo 47 da LC nº. 123/06 que tem possibilitado a criação de leis municipal restringindo às compras públicas para empresas situadas em determinada localidade.

E, por fim, teceu-se breves comentários sobre a atuação dos Tribunais de Contas para fiscalizarem as licitações públicas frente ao princípio do desenvolvimento nacional sustentável.

11. Referências

- BITTENCOURT, Sidney. *Licitações Sustentáveis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 2.
- BOMFIN, Ana Paula Rocha do. Comentários ao Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – LC 123/2006. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.2
- CANOTILHO, J. J. Gomez; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 149.
- DUTRA, Paula Hebring. INTOSAI. SDGs Audit Results Framework. http://www.intosaijournal.org/pdf/ijga_winter16_eng_www_color.pdf Acessado em 03/04/2017
- ENAP – Escola Nacional de Administração Pública. Material do curso Legislação Aplicada à Logística de suprimentos Lei nº. 8.666/93, pregão e registro de preços. Módulo 10.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. O Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, a Lei de Licitações e Contratos e a Lei do Pregão. Fórum de contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 6, n; 65
- FERNANDES, Jacoby. Preferência nas licitações: produtos e serviços para economia do município #2 <https://www.youtube.com/watch?v=HE0p-GXOJKY&index=2&list=PLEeHNSDIsdOxZKGpFEZPLAHNb19vTcaDc> . Acessado em 03/04/2017.
- FERREIRA, Daniel Ferreira. A Licitação Pública no Brasil e sua nova finalidade legal. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010. 895 p
- FRANCO, Luiza Carvalho; DOS SANTOS, Diego Haltieri; ROSA, Paula Ponciano Gomes; SILVA, Guilherme Jorge Brigolini; PEIXOTO, Ricardo Fiorotti Peixoto. *Aplicação de Rejeitos de Mineração como Agregado para a produção de*

Concreto. Disponível em www.reciclos.ufop.br/media/uploads/downloads/artigo_lbracon_Luiza_R5.pdf. Acessado em 17/06/2016.

GUIMARÃES, Yuri. O tratamento diferenciado das micro e pequenas empresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) no certame licitatório. In: <http://menezesequimaraesadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/116490691/o-tratamento-diferenciado-das-micro-e-pequenas-empresas-me-e-e-empresas-de-pequeno-porte-epp-no-certame-licitatorio> Acessado em 15/02/2016

JUSTEN FILHO, Marçal. O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas. 2 ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Complementar 123/2006 e o Decreto Federal 6.204/2007. São Paulo: Dialética, 2007.

KISSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G. Governança Pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade?. Revista Administração Pública. Vol. 40. Nº. 3. Rio de Janeiro: may/jun 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000300008 Acessado em 18/02/2016.

KUTIANSKI, Sandi. Sistema de Informações Municipais Acompanhamento Mensal SIM-AM: Controle de Remessas do SIM-AM. Trabalho apresentado no dia 23/02/2015 na Hora do Saber-DCM-TCEPR.

MAROLLI, Gisele. Desenvolvimento Local: um estudo baseado na importância das Micro e Pequenas Empresas no Município de Pitanga/PR. Universidade do Contestado: Canoinhas, 2011. Disponível em: <http://www.unc.br/mestrado/editais/DISSERTACAO-GISELE-MAROLLI%20COMPLETA.pdf> Acessado em 18/02/2016.

MARTINS, José. do Prado. Administração Escolar: Uma abordagem critica do processo administrativo em Educação. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 24

NATAL, Eduardo Gonzaga Oliveira de. Do Acesso das Pequenas Empresas aos Mercados: HENARES NETO, Halley (coord.). Comentários à Lei do Supersimples LC 123/2006. 1. Ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007

NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação com cota reservada para microempresas e empresas de pequeno porte. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 264, p. 142-152, fev. 2016.

Organização DAS NAÇOES UNIDAS. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. Acessível em <http://www.pnud.org.br/QDS8.aspx> Acessado em 10/06/2016.

QUEIROZ, Thiago Bergmann de Queiroz. Planejamento Estratégico em Licitações. ENAP: 2014. In: <http://www.enap.gov.br/images//curso%20enap%202014.pdf> Acessado em 22/06/2015.

SANTANA, Jair. Novo Estatuto da ME e EPP: Lei Complementar 147 de 7 de agosto de 2014. Belo Horizonte: R. Santana Consultoria Ltda, 2014. In: www.rsantanaconsultoria.com.br. Acessado em 31/03/2015. p. 32.

SEBRAE. Compras Governamentais: http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/cursos_eventos/compras%20e%20governamentais1906 Acessado em 15/02/2016.

SEBRAE.. DIEESE. *Anuário do Trabalho na Micro e Pequena Empresa: 2013*. São Paulo: DIEESE, 2013. 6. Ed. Disponível em: http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Anuario%20do%20Trabalho%20Na%20Micro%20e%20Pequena%20Empresa_2013.pdf Acessado em 18/06/2016.

TCU. Brasil. Tribunal de Contas da União. Governança Pública: referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria / Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014. p.9-10

TRIDAPALLI, Juarez Paulo; BORINELLI, Benilson. Gestão da cadeia de suprimento do setor público brasileiro: um estudo exploratório das funcionalidades e do nível de maturidade em governo eletrônico. Disponível em: <http://docplayer.com.br/1748010-Gestao-da-cadeia-de-suprimento-do-setor-publico-brasileiro-um-estudo-exploratorio-das-funcionalidades-e-do-nivel-de-maturidade-em-governo-eletronico.html> Acessado em 18/02/2016.

TRIDAPALLI, Juarez Paulo Tridapalli; FERNANDES, Elton; MACHADO, Waltair Vieira. Gestão da cadeia de suprimento do setor público: uma alternativa para controle de gastos correntes no Brasil". *Revista da Administração Pública - RAP* - mar/abr2011. p. 406.

UDA, Marcos Junitsi. Informação sobre problemas na aplicação da LC 147/14 dada em reunião realizada na Diretoria de Escola de Gestão Pública do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, no dia 23/04/2015, pelo Coordenador de Acesso a Mercados do Sebrae/PR.

ZANIN, Maurício. Consultor do SEBRAE, em palestra proferida no TCEPR nos dias 03 e 04 de setembro de 2015.