

## **O TRABALHO DOS DISCRIMINADOS ESTIMULADO PELAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

### **THE WORK OF THE DISCRIMINATES STIMULED BY THE BIDDING PROCESS AND ADMINISTRATIVE CONTRACTS**

#### **FERNANDO PAULO DA SILVA MACIEL FILHO**

Advogado. Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Especialista em Direito Administrativo pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Membro do Grupo de Pesquisa “Atividade Empresaria e Administração Pública” (UNICURITIBA). Bolsita FUNADESP (Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular). Inscrito no CPF/MF sob o n.º 038.777.119-01. Endereço de e-mail: fernando@fkmpm.com .

#### **DANIEL FERREIRA**

Professor permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Advogado.

*“O que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais: Em suma: qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia?”<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª. ed. 19ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 11.

## RESUMO

O objeto central da presente abordagem está na apresentação de argumentos que estão a impor uma (re)avaliação do conteúdo do princípio da igualdade, a fim de que seja legitimado ao Estado assumir uma postura ativa na busca de concretização do desenvolvimento nacional planejado, integrado e sustentável, através da promoção de ações afirmativas no acesso ao trabalho pela minorias, mais especificamente daqueles gerados a partir das licitações e contratações públicas. O que se pretende demonstrar é que a ordem social e democrática vigente no Brasil desde 1988, assim como os valores éticos, demandam uma atuação conjugada dos atores sociais na *promoção* de medidas concretas, afirmativas (e, quiçá, voluntárias) no sentido de *fomentar* e garantir que o desenvolvimento nacional (sustentável) seja feito de forma planejada e integrada, o que, invariavelmente, reforçará o compromisso dos atores sociais com a ideia de (re)inclusão social pela via do trabalho.

**Palavras-chave:** Trabalho. Globalização. Direito Constitucional do Trabalho. Igualdade. Ações afirmativas. Desenvolvimento. Solidariedade. Licitações. Contratos administrativos. Sustentabilidade. Responsabilidade social. Função social. Inclusão social das minorias.

## ABSTRACT

The central object of this approach is to present arguments that are imposing a (re) valuation of the content of the principle of equality, so that it legitimized the state to assume an active role in the pursuit of achieving the national development plan, integrated and sustainable by promoting affirmative action in access to work for minorities, specifically those generated from the bidding and contracting. The aim is article is to demonstrate that the social order and democratic force in Brazil since 1988, as well as ethical values, require a performance together of social actors in the promotion of concrete measures, affirmative (and perhaps voluntary) to foster and ensure that national development (sustainable) is done in a planned and integrated, which invariably strengthen the commitment of social actors with the idea of (re) inclusion through work.

**Keywords:** Work. Globalization. Constitutional Law Labour. Equality. Affirmative action. Development. Solidarity. Bids. Administrative contracts. Sustainability. Social responsibility. Social function. Social inclusion of minorities.

## 1. INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO OBJETO

Ao contrário do que se propunha de forma veemente no discurso (neo)liberal, a tese do Estado Mínimo não vingou, sobretudo pela necessidade de exercício de poder transparente e controlado diante da complexidade da sociedade global contemporânea e da necessidade de diminuição das desigualdades e exclusões sociais jamais tão evidentes, o que, em tese, competiria ao Estado e aos Poderes Constituídos solucionar.

Com efeito, em que pese o notável desenvolvimento tecnológico e organizacional verificado no setor privado, em grande parte decorrente do predomínio do modelo econômico capitalista (economia de mercado), a cada dia se torna mais nítida, e indispensável, a intensificação da influência da vontade estatal legítima na vida e na organização de toda sociedade, precipuamente daqueles que de alguma forma se relacionam com a Administração Pública e, por que não, daqueles que dão destinação aos recursos oriundos dos cofres públicos.

De fato, a notória incapacidade do mercado em solucionar as numerosas crises geradas pelo modelo capitalista clássico (econômica, financeira, e, sobretudo, social) são a prova manifesta de que o Estado é absolutamente fundamental para a manutenção da ordem jurídica, social e econômica de determinada comunidade, além de que imperiosa a revisão dos papéis a serem desempenhados pelos diversos atores sociais em prol da efetivação do bem comum, pelo menos. O que se dizer da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais e sociais previstos na Constituição Federal.

E se estamos a falar de “vontade estatal”, é absolutamente certo que todas as medidas dela decorrentes somente podem estar atreladas à efetivação do *bem*

comum e a concretização de *interesses públicos*<sup>2</sup>, os quais não podem se esquivar do grande ideal de promover uma sociedade mais justa, fraterna, solidária e feliz<sup>3</sup>, tal qual manifestado no preâmbulo<sup>4</sup> e no texto<sup>5</sup> da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

É de se notar, ainda, que tais vínculos se intensificam em tempos de crise econômica e financeira mundial, haja vista os nefastos reflexos que invariavelmente repercutem no campo social.

Diante de tais implicações, o presente artigo tem como finalidade identificar e enaltecer o relevante papel do Estado Brasileiro na Ordem Social e Democrática vigente no Brasil desde 05 de outubro de 1988, com vistas a perquirir em que medida a promoção (fomento) do acesso ao trabalho pelas minorias discriminadas, através das licitações e contratações públicas, fere, ou não, o princípio constitucional da igualdade, na sua acepção mais apurada.

Em outras palavras, o ensaio busca a identificar em até que ponto é legítima a previsão de “quotas de preferência” àqueles que de alguma forma podem ser enquadrados em qualificações do tipo: “desiguais”, “excluídos”, “marginalizados”, dentre outras, de forma a defender que o labor seja, de fato, um exímio fator de (re)inclusão social, pacificação e de promoção de dignidade ao ser humano, ainda

---

<sup>2</sup> Segundo a doutrina mais atenta (Sabino Cassese, Marçal Justen Filho, Daniel Ferreira, dentre outros), não há como prevalecer a noção de existência de somente *um interesse público*, mas sim de *vários interesses públicos* “e que somente no caso concreto é que se mostrará sobranceiro, a aponto de preponderar, um sobre o outro” (FERREIRA, Daniel. **Função social da licitação pública**: o desenvolvimento nacional sustentável (no e do Brasil, antes e depois da MP nº 495/2010). Fórum de Contratação e Gestão Pública- FCGP. V. 9, n. 107, nov. 2010. Belo Horizonte; Fórum, 2010, p. 2)

<sup>3</sup> É de se anotar que o direito à felicidade já é tido como direito fundamental em algumas Constituições democráticas, tal como previsto na Constituição da Itália. O Poder Legislativo brasileiro já se mobilizou para seguir a orientação da ONU que reconhece a busca da felicidade como “um objetivo humano fundamental”. A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 19, que tramita no, pretende acrescentar a felicidade na lista dos direitos sociais previstos no Artigo 6º da Constituição. O texto já foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e está pronto para ser votado no plenário do Senado Federal.

<sup>4</sup> “(...) para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida (...)

<sup>5</sup> “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

mais agora, em que se anunciam para o Brasil uma série de grandes eventos internacionais (Copa das Confederações, Copa do Mundo de 2012 e Olimpíadas de 2016) e de descobertas um tanto quanto otimistas (pré-sal).

Nessa toada, também serão investigados quais os possíveis benefícios decorrentes da promoção de ações afirmativas pela Administração Pública no exercício de sua condição de grande, senão a maior, consumidora de produtos e serviços na atual sociedade global, tecnológica, desigual e de riscos (leia-se sociedade “pós moderna”, “super moderna”, “ultra moderna”), tanto no que se refere aos destinatários das referidas ações quanto aos envolvidos no seu cumprimento.

De fato, o objeto da presente abordagem consiste na apresentação de argumentos que impõe uma atuação *proativa* da Administração Pública na busca de concretização do desenvolvimento nacional integrado e sustentável (interesse público), não se atendo ao papel de controle e fiscalização como até então se privilegiava. Com efeito, o que se pretende demonstrar é que a ordem jurídica vigente no Brasil, assim como a própria sociedade brasileira, demandam uma atuação (leia-se intervenção) do Estado na *promoção* de medidas concretas, afirmativas e efetivas no sentido de *fomentar* a (re)inclusão social das minorias, dos desfavorecidos, dos excluídos, sob pena da própria sociedade se ver na situação de refém dos problemas que já estão a emergir dessa lamentável situação de desequilíbrio social (favelas, concentração urbana, insegurança, epidemias, escassez de produtos, desemprego em massa, etc.).

Soma-se a isso o imperativo constitucional de preservação do meio socioambiental para as presentes e as futuras gerações, o que já está a repercutir no âmbito de atuação privada (*responsabilidade socioambiental e função social*), mas deve, sobretudo, encontrar franca adesão nos atos e nas decisões dos agentes administrativos em matéria de licitações e contratações administrativas, conforme se verá adiante.

Assim, buscar-se-á a investigar em que proporção o Estado, assim como todos os demais atores sociais (individuais e coletivos), já estão vinculados a promoverem, conjunta e isoladamente, ações afirmativas de inclusão das minorias quando da promoção de licitações e contratações administrativas, o que se intensificou com as recentes legislações que visam a resguardar a observância do

desenvolvimento nacional integrado e sustentável - *Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto da Microempresa; Lei nº 8.666/93, com a redação da Lei nº 12.349/2011 (LGL); Lei nº 12.462/2011 (institui o RDC – de 08 de agosto de 2011); Lei nº 12.187/2009 (institui a Política Nacional sobre Mudança Climática - PNMC) -*

Diante disso, o presente artigo também enfocará a função socioambiental das licitações, levando-se em conta as implicações decorrentes da nova redação do art. 3º da Lei 8.666/93<sup>6</sup> (Medida Provisória n.º 495/2010; Lei Federal n.º 12.349/2010) e a conseqüente mudança do conceito de licitação, que passa a ser adaptado às exigências de sustentabilidade socioambiental, ou seja, verdadeiro instrumento de promoção do desenvolvimento (nacional sustentável).

## II. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS IMPLICAÇÕES DELE DECORRENTES

O princípio constitucional da igualdade, pela simples condição de princípio, demanda uma análise sistemática e integrada com todos os demais princípios que regem determinada ordem, sendo que a inconstância da realidade social faz com que a leitura e interpretação dos princípios constitucionais seja adequada à determinada realidade social.

Nas exatas palavras de Antonio Enrique Pérez Luño,

*la noción de la igualdad, como casi todos los grandes valores fundamentales, presente estrechas, concomitancias con otros principios ideales (libertad, justicia, bien comun...) dirigidos al desarrollo ético-social de la comunidad humana. Esta condición, junto con la diversidad de planos y etapas históricas em los que ha venido utilizada há sido motivo de su diversidad significativa.<sup>7</sup>*

Uma vez superada a visão formal de que todos seriam iguais perante a lei, cabe agora levantar os dados e indicadores históricos que atestam a notória situação de discriminação e exclusão social na sociedade brasileira como um todo,

---

<sup>6</sup> “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a *promoção do desenvolvimento nacional sustentável* e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

<sup>7</sup> LUNO, Antonio Enrique P. *Dimensiones de la Igualdad*. 2ª ed. Madrid: DIKINSON, 2007, p. 16.

filtrando-as nas devidas realidades regionais, a fim de que o valor igualdade possa ser implementado e perseguido nas relações públicas e privadas.

Ademais, é fato que toda espécie de discriminação (gênero, raça, cor, opção sexual, religião etc.), ainda mais na seara laboral, implica numa situação de dominação (física e moral), pois somente se discrimina aquele que, em uma escala econômica ou social, encontra-se entre os desfavorecidos, vulneráveis, hipossuficientes.

Ao mundo antigo remonta a ideia essencial à existência humana de que os seres humanos são iguais. A igualdade, a exemplo do princípio da liberdade, constitui um dos pilares da democracia moderna e componente essencial da noção da *justiça (valor)*.

Nas origens do constitucionalismo emergiu o Estado Moderno desencadeado pelas revoluções francesa e americana, presenciando a emergência da ideia de igualdade como princípio incontornável dos documentos constitucionais que começaram a emergir.

A partir disso, passou-se a construir o conceito de igualdade perante a lei (“igualdade formal”), genérica e a abstrata, devendo ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, o que impunha ao aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos interindividuais.

No entanto, com o decorrer do tempo, a ideia de uma igualdade meramente formal começou a ser contestada, na medida em que era inapta para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecidos as oportunidades de que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados, tal qual ainda se constata na comunidade global.

Assim, seria necessário colocá-los no mesmo nível, sendo necessário falar em igualdade de condições, estabelecendo-se uma concepção substancial de igualdade que leve em sua operacionalização não apenas certas condições fáticas e econômicas, mas também certos comportamentos particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualdade injusta.

Valendo-se da lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, extraída da clássica obra denominada “o conteúdo jurídico do princípio da igualdade”, “não existe uma real igualdade jurídica quando há uma desigualdade de fato, sendo certo

que a ação afirmativa visa a corrigir esta distorção”.<sup>8</sup>

Assim, constata-se que proibir a discriminação não foi e ainda não é suficiente para se conferir efetividade ao princípio da igualdade jurídica. Deve-se levar em conta as desigualdades concretas existentes na sociedade, devendo as situações desiguais ser tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades promovidas pela e na própria sociedade.

A partir da apurada pesquisa feita por Joaquim B. Barbosa Gomes, na obra denominada “ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade”, pode-se afirmar que a concepção da igualdade substancial ou material é produto do Estado Social de Direito, a partir de quando se passou a cobrar a observância por parte dos legisladores e dos aplicadores das normas jurídicas à variedade das situações individuais encontradas na realidade social, de modo a impedir que o dogma liberal de igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas.

Segundo Joaquim Barbosa,

O direito passou, paulatinamente, a conferir “*droit de cité*” à ideia de igualdade de oportunidades, noção justificadora de diversos experimentos constitucionais pautados na necessidade de extinguir ou de pelo menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e, conseqüentemente, de promover a justiça social.<sup>9</sup>

Na esteira deste fenômeno, resultou a promoção de políticas públicas sociais de apoio e de promoção de determinados grupos socialmente fragilizados, o que fez com que o ser humano passasse a ser tratado como ser dotado de características singularizantes, na perspectiva de sujeito de direitos concretos. Flávia Piovesan consigna que “do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades”.<sup>10</sup>

A essas políticas sociais dá-se o nome de ação afirmativa ou discriminação

---

<sup>8</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª. ed. 19ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 11

<sup>9</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade** (o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 4.

<sup>10</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. Ed. Max Limonad, São Paulo, 1998, p.130.

positiva (denominação extraída do direito europeu). E mais, a consagração normativa dessas políticas sociais representa um momento de ruptura na evolução do Estado Moderno,

Assim, nessa nova postura o Estado abandona a sua tradicional posição de neutralidade e de mero espectador dos embates que se travam no campo da convivência entre os homens e passa a atuar ativamente na busca de concretização da igualdade positivada nos textos constitucionais.<sup>11</sup>

Pode-se dizer que tal quebra de paradigmas era imprescindível, na medida em que os negros, os pobres, as mulheres, os presos e egressos do sistema penitenciário, ou seja, todos aqueles marginalizados pela raça, pelo sexo, pela opção religiosa, etc, sempre estiveram em estado de desalento jurídico.

As ações afirmativas foram inicialmente concebidas nos EUA e consistiram em políticas públicas e privadas voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional ou de aptidões físicas. De acordo com Carmen Lúcia Antunes Rocha tais categorias de indivíduos devem ser os destinatários das ações afirmativas, inclusive na seara laboral, eis que:

Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, da liberdade igual para todos, não são poucos os homens e mulheres sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política.<sup>12</sup>

Além disso, as ações afirmativas visam à transformação social e cultural ante à observação atenta dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas de convívio humano.

A participação ativa deve envolver todos os entes, primordialmente os órgãos estatais essenciais, incluindo-se o Poder Judiciário, nas duas esferas: como

---

<sup>11</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade** (o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 6.

<sup>12</sup> ROCHA, Carmen Lucia Antunes. **Ação afirmativa** – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica, in Revista Trimestral de Direito Público n.º 15/96. p. 86.

instituição formuladora de políticas tendentes as distorções provocadas pela discriminação, bem como no papel de guardião da integridade do sistema jurídico como um todo.

Inegável afirmar que a discriminação reveste-se de uma roupagem competitiva, ou seja, discriminar significa uma tentativa de diminuir as perspectivas de uns em benefícios de outros. O Direito Constitucional dos EUA constitui-se na fonte mais segura para estudo deste tema, ao passo que, nele se acolhem as mais bem elaboradas indicações sobre o modo mais eficaz de se superar os obstáculos jurídicos à instituição dos programas de preferência em favor das minorias, especialmente no que diz respeito ao rompimento do paradigma que prega a não aceitação de classificações e distinções fundadas em critérios como raça, cor e sexo.

Na questão do acesso ao emprego, impera, além da discriminação, a hierarquização, que faz com que as ocupações de prestígio, poder e fama sejam vistas como de exclusividade da classe dominante (em sua maioria, brancos), reservando-se aos negros, às mulheres, aos mestiços aquelas atividades suscetíveis de realçar-lhes a condição de inferioridade.

Constata-se que a discriminação constitui a valorização generalizada e definitiva de diferenças reais ou imaginárias em benefício de quem a pratica, não raro como meio de justificar um privilégio. Assim é que a eficácia das políticas públicas antidiscriminatórias depende da exata definição de certos comportamentos violadores da regra da igualdade.

No caso das mulheres, não há dúvidas de que foi a própria sociedade brasileira que forjou a dominação do homem sobre a mulher, assim fazendo-a, por séculos, um ser de segunda classe. E a educação “dirigida”, e mesmo a anterior ausência dela, tiveram papel marcante para isso:

No final do século XIX, as mulheres, mesmo nos centros urbanos mais importantes do Brasil, eram em sua maioria analfabetas (...). E as que haviam aprendido a ler e escrever eram em geral estimuladas, pelos pais, pelas escolas e pela Igreja, a aperfeiçoar suas habilidades domésticas e artísticas, e não a desenvolver suas mentes. Em 1881, a um grupo de moças matriculadas nas classes femininas recém-criadas na Escola de Artes e Ofícios, disse o educador Félix Ferreira que elas não se deviam empenhar em tornar-se médicas, intelectuais ou livre-pensadoras. Ao invés disso, lembrava-as

de que elas, como mulheres, estavam 'destinadas a fazer a felicidade de um homem' e deviam buscar, acima de tudo, adquirir 'conhecimentos precisos para saber governar bem uma casa.'<sup>13</sup>

De tal modo é assim que o Estado se vê obrigado a revisar a doutrina (neo)liberal de não intervencionismo: com o fim de reverter um quadro social, generalizando atitudes e tratando culturas inteiras como subordinadas, é preciso que o Estado assuma uma posição ativa, por vezes radical, diante da realidade.

As ações afirmativas visam a regular certos aspectos da contratação no trabalho e o acesso à educação:

Ao invés de conceber políticas públicas de que todos seriam beneficiários independentemente da sua ração, cor ou sexo, o Estado passa a levar em conta esses fatores na implementação das suas decisões (...) para evitar que a discriminação, que inegavelmente tem um fundo histórico e cultural, (...) finde por perpetuar as iniquidades sociais.<sup>14</sup>

Diferem tais ações das políticas governamentais de garantias antidiscriminatórias, que têm conteúdo negativo/proibitivo, fornecendo meios de reparação às vítimas, sempre depois do fato consumado. As ações afirmativas visam evitar a efetivação da discriminação por meio de normas gerais ou específicas (no terreno formal) e mecanismos "informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo". Resumindo, tratam-se de políticas de inclusão pela sociedade pública e privada visando à efetiva igualdade de oportunidades.

No ordenamento jurídico brasileiro já se encontram algumas leis infraconstitucionais e atos administrativo ensejadores de ações afirmativas, merecendo destaque: o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010)<sup>15</sup> e o

---

<sup>13</sup> BESSE, Susan K. **Modernizando a desigualdade**: reestruturação da ideologia de gênero no Brasil, 1914-1940. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999. p. 126.

<sup>14</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade** (o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 57.

<sup>15</sup> Art. 38. A implementação de políticas voltadas para a inclusão da população negra no mercado de trabalho será de responsabilidade do poder público, observando-se: I - o instituído neste Estatuto; II - os compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965; III - os compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção nº 111, de 1958, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata

regulamento (Decreto nº 4.228/2002) que o antecedeu tratando das ações afirmativas; (ii) a Lei nº 12.440/2011 (que criou a CNDT – Certidão Negativa de Débito Trabalhista e a fez um novo requisito de habilitação)<sup>16</sup> e sua norma regulamentadora; e o projeto COMEÇAR DE NOVO, do Conselho Nacional de Justiça, que estimula a contratação de egressos e de encarcerados pelos parceiros contratuais da Administração Pública

Como se vê, a raça e gênero, dentre outros critérios, passam a ser “fator positivo” para o equilíbrio das contratações nas relações de trabalho e emprego. A doutrina mais atenta explica que a percepção da desigualdade dos desiguais (e o correspondente tratamento) são formas para promover a igualdade dos que foram e são marginalizados pelos preconceitos típicos da cultura dominante da sociedade.

Constata-se, assim que não basta proibir, eis que é preciso também promover (fomentar), tornando rotineira a observância dos *princípios da diversidade e do pluralismo*, de maneira que ocorra uma significativa mudança no comportamento social, mudando assim seus costumes, sua moral e sua história e, por que não, o seu ordenamento jurídico.

Assim, além da concretização da igualdade de oportunidades, são objetivos das ações afirmativas: (a) induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, para que a cultura coletiva já não espelhe uma subordinação de raça e

---

da discriminação no emprego e na profissão; IV - os demais compromissos formalmente assumidos pelo Brasil perante a comunidade internacional.

Art. 39. O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas. § 1º A igualdade de oportunidades será lograda mediante a adoção de políticas e programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltados para a população negra. § 2º As ações visando a promover a igualdade de oportunidades na esfera da administração pública far-se-ão por meio de normas estabelecidas ou a serem estabelecidas em legislação específica e em seus regulamentos. § 3º O poder público estimulará, por meio de incentivos, a adoção de iguais medidas pelo setor privado.(...)”

Art. 42. O Poder Executivo federal poderá implementar critérios para provimento de cargos em comissão e funções de confiança destinados a ampliar a participação de negros, buscando reproduzir a estrutura da distribuição étnica nacional ou, quando for o caso, estadual, observados os dados demográficos oficiais.”

<sup>16</sup>Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigirá-se dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: (...)

IV – regularidade fiscal e trabalhista; (...). Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: (...) V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.”

gênero; (b) eliminar os efeitos persistentes da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar; (c) a implementação de “uma certa diversidade e de uma maior representatividade dos grupos minoritários nos mais diversos domínios da atividade pública e privada”; (d) a criação de personalidades emblemáticas (representantes de minorias que ascendem a posições de prestígio e poder, tornando-se significativos exemplos aos mais jovens).

O direito pode e deve servir de instrumento de inserção de minorias no mercado competitivo do trabalho.

Isso porque o empregador deve tomar medidas concretas no sentido de contratar e promover membros de minorias no seio das empresas, conferindo-lhes igualmente posições de mando e prestígio. Nessa esteira, o próprio “poder de compra” da Administração Pública também deve servir de instrumento para esse tipo de promoção (art. 3º da Lei Federal 8.666/93: “desenvolvimento nacional sustentável”).

A regulamentação do tema deve ter como mote dar um fim à discriminação sistemática e disseminada de que tradicionalmente são vítimas as minorias étnicas e raciais e as mulheres em matéria de emprego, bem como remover as barreiras (visíveis e invisíveis) existentes na sociedade, que lhes vedam acesso às oportunidades de emprego e ao aprimoramento pessoal.

Afinal, não se trata de mera discriminação das minorias, mas sim de um processo histórico e abrangente de clara *subjugação*, que deve ser diagnosticado e enfrentado pelas instituições (públicas e privadas) pátrias. Por primeiro, é preciso assimilar, de uma vez por todas, que a dignidade da pessoa humana, como cláusula geral que é – e especificamente das minorias –, deve ser entendida como direito fundamental, daqueles que formam o núcleo essencial das Constituições modernas,<sup>17</sup> posto que realizam condições materiais e imateriais<sup>18</sup> que viabilizam a efetividade daquele princípio por meio do reconhecimento de liberdades e garantias, ou por meio de prestações positivas da Administração Pública.

---

<sup>17</sup>BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 82; p. 277; PÉREZ LUÑO, António Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004. p. 45.

<sup>18</sup>FLORES, Joaquín Herrera. **A (Re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boitex, 2009. p. 34-35.

Demais disso, os direitos fundamentais, independentemente de sua natureza e para quem se destinam, devem ser promovidos pelo Estado por meio de programas e ações governamentais que visem à efetivação destas liberdades e garantias fundamentais.<sup>19</sup>

Logo, e em segundo lugar, a busca pela igualdade material de gêneros deve ser reforçada, tanto mediante atos legislativos como administrativos. Portanto, por meio do entrelaçamento legal entre obrigações/proibições e as correspondentes sanções em caso de descumprimento, bem como pela prestação de serviços públicos e, ainda, pela via das políticas públicas,<sup>20</sup> em especial a de fomento.

Por fim, vale destacar algumas condições mínimas de legitimação e validação judicial de planos de ação afirmativa. A primeira delas seria a natureza mista dos planos de ação afirmativa, ou seja, não se deve privilegiar determinada categoria de destinatários. Em segundo lugar, é imprescindível que a medida afirmativa tenha um caráter temporário e vise a sanar desigualdades gritantes, manifestas, inquestionáveis. O terceiro ponto seria o fato do plano ou medida possuírem o atributo da flexibilidade, levando em conta um fator a mais na avaliação, um fator positivo, que se somaria aos outros fatores fundamentais.

---

<sup>19</sup> Sobre a relação entre os Direitos Fundamentais e o Estado, “[...] é sabido e aceito que os direitos fundamentais atuam como limites positivos e negativos à atuação do Estado, e, por consequência, à atuação do legislador, ou seja, devem atuar de modo a não contrariá-los, bem como têm o dever de promovê-los, restringindo e direcionando, dessa forma, a atuação dos representantes eleitos pelo povo”. [BARBOZA. Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional, Direitos fundamentais e Democracia. In: CLÉVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Coords.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 278. (p. 277-293)]

<sup>20</sup> “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.” [BUCCI. Maria Paula Dallari. **O conceito jurídico de política pública em direito**. In: BUCI. Maria Paula Dallari. (Org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39]

### III. O DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL E AS IMPLICAÇÕES NA ÁREA DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Como acima visto, a ideia de solidarismo socioambiental revela como indispensável a cooperação público e privada na concretização dos objetivos da Ordem Social e Democrática vigente no Brasil, notadamente no que se refere à promoção da dignidade da pessoa humana, do desenvolvimento econômico e social planejado (sustentável) e do processo de restauração dos valores assumidos como da própria sociedade por ocasião da edificação do Estado Constitucional (socioambiental) e Democrático de Direito.

É nesse contexto que a própria dimensão econômica e socioambiental da atividade empresarial também vem colocando em cheque os modelos tradicionais de gestão dos agentes econômicos e as formas convencionais de distribuição de obrigações – defendidos pelo até então prevalente discurso *neoliberal*. Afinal, a ideia de *função social* e de *responsabilidade socioambiental* vem convocando as empresas, os indivíduos e a Administração Pública a atuarem num cenário muito mais abrangente e complexo, qual seja, o do socioambientalismo solidário, do qual decorrem uma série de imposições absolutamente vinculantes, inclusive no que tange aos processos de contratação de serviços e compra de produtos pela Administração Pública (o chamado “poder de compra”).

É o que também justifica o surgimento do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, através do qual os seus institutos e suas normas não devem ser aplicados e interpretados sem a submissão à indispensável filtragem constitucional, não ficando à margem disso o chamado direito de empresa<sup>21</sup>.

No que se refere à noção de desenvolvimento, Luis Carlos Bresser Pereira assevera que “o desenvolvimento é um processo de transformação econômica, política e social, através da qual o crescimento do padrão de vida da população

---

<sup>21</sup> No dizer de Fabiane Lopes Bueno Netto Bessa, “*pensar a função social da empresa implica, assim, posicionar a empresa em face da função social da propriedade, da livre-iniciativa \*autonomia privada para empreender) e da proporcionalidade (equilíbrio na consecução de interesses privados diante das necessidades sociais).*” (BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade Social das Empresas**: práticas sociais e regulação jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 102).

tende a tornar-se automático e autônomo”.<sup>22</sup>

Assim é que não há mais espaço para se falar apenas de desenvolvimento no viés econômico, sem falar considerar os aspectos social, político, cultural, humanístico etc., ou seja, é indispensável que se alie sempre todos os setores do local a ser analisado, não podendo analisar somente o aspecto econômico ou social, por exemplo, de determinada nação. Quanto à questão, Bresser esclarece que:

Quando falamos em desenvolvimento, temos sempre como objeto um sistema social determinado, o qual se localizará geograficamente em uma região, um país, um continente. Será sempre, porém um sistema social. Suas partes, portanto, serão interdependentes. Quando houver modificações reais na estrutura econômica, estas repercutirão na estrutura política e social, e vice-versa.<sup>23</sup>

Diante disso, afirma-se que o verdadeiro desenvolvimento poderá originar mudanças na estrutura econômica, mas também deverá surtir repercussões na esfera política, cultural e social.

Não há como se negar que o aspecto econômico foi preponderante para o desenvolvimento que até agora se seguiu, sendo que as demais transformações e conseqüências (como, por exemplo, o desenvolvimento social) são reflexos e conformados por ele. Sobre o assunto, Carla Abrantkoski Rister expõe que o crescimento alia-se a mudanças quantitativas, não refletindo necessariamente em melhorias na vida da população, ao passo que:

O desenvolvimento consiste num processo de mudança estrutural e qualitativa da realidade socioeconômica, pressupondo alterações de fundo que irão conferir a tal processo a característica da sustentabilidade, entendida esta como a capacidade de manutenção das condições de melhoria econômica e social e de continuidade do processo.<sup>24</sup>

Nesse exato sentido, Fabio Konder Comparato assevera que:

Quando o capitalismo avassala o Estado, ele introduz em seu funcionamento a lógica mercantil do intercâmbio de

---

<sup>22</sup> PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. 7. ed. Brasília: Editora Brasiliense, 1977, p. 21.

<sup>23</sup> PEREIRA, Luiz C. Bresser. Op. cit. p. 21-22.

<sup>24</sup> RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e conseqüências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 36.

prestações, e dele retira o poder-dever de submeter os interesses particulares à supremacia da coisa pública, ou bem comum do povo.<sup>25</sup>

Constata-se, portanto, que não importa ao Estado somente o crescimento econômico, mas sim o desenvolvimento efetivo de seu povo. Caso contrário, o crescimento econômico poderá gerar uma riqueza efêmera, a qual não repercutirá sobre a sociedade e, em muitas vezes, deixará o Estado em sua condição precária, típica de países subdesenvolvidos, ou atualmente denominados de países em desenvolvimento, expressão que gera a sensação de desenvolvimento em curso, o que nem sempre é verdade. Nas palavras do autor Fábio Konder Comparato:

A dissociação da humanidade já não é, agora, um fenômeno puramente geográfico, uma espécie de deriva social dos continentes. Ela produz também um corte vertical no interior de cada nação do globo, ao universalizar aquele desequilíbrio estrutural, que os cientistas sociais sempre reconheceram como a essência do subdesenvolvimento.<sup>26</sup>

Por certo, tal constatação produz importantes reflexos forma de atuação do Estado, o que tem revelado a aptidão do Estado em servir como um fomentador da atuação responsável e consciente das empresas e dos indivíduos, tanto no que se refere ao aspecto ambiental quanto ao aspecto social.

Como bem alerta Amartya Sen, “na análise do desenvolvimento, o papel da ética empresarial elementar tem de ser tirado da obscuridade e receber um reconhecimento patente”.<sup>27</sup>

Ademais, há quem defenda que as necessidades e os anseios sociais seriam pautas de evolução, capazes de impor uma reflexão no modelo de contratação administrativa vigente, no sentido de impor ao mesmo a necessidade de promoção do desenvolvimento econômico e social integrado e sustentável.

Na concepção de Sérgio Resende de Barros tais pautas de evolução (leia-se desenvolvimento em matéria de contratações administrativas) “expressam conceitos

---

<sup>25</sup>COMPARATO, Fábio Konder Comparato. **A afirmação histórica dos direitos humanos**, 3ª Edição, 2003. p. 542.

<sup>26</sup>COMPARATO, Fábio Konder Comparato. Op. cit. p. 530.

<sup>27</sup>SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das letras, p. 152.

evolutivos, que acabam por confrontar preconceitos involutivos”<sup>28</sup>, tal qual vimos no capítulo anterior.

O referido autor ressalta que não se está diante de uma pauta de ideologia, mas sim de uma técnica de sistematização de idéias e argumentos, a fim de justificar as conclusões que apontam a necessidade de se repensar a licitação e os contratos administrativos.

A 1ª pauta de evolução estaria na ênfase ao aspecto técnico da atuação administrativa, que não mais pode se sujeitar ao modelo clássico de licitação. Impõe-se, atualmente, que a economia seja balanceada com a noção de eficiência (técnica), eis que o interesse público não se limita ao interesse financeiro.

Trata-se de homenagear o velho jargão de que “o barato pode sair caro”, que atualmente se revela em verdadeiro princípio de mercado.

A 2ª pauta de evolução reside no fato de se imputar à atuação administrativa a ideia de função social. Ou seja, a atuação da Administração Pública não se submete unicamente ao interesse administrativo, mas também, e sobretudo, ao interesse de ordem social, que muitas vezes pode prevalecer em relação ao interesse econômico, financeiro, técnico, como meio de avaliação de possibilidades. Atendo-se ao objeto do presente artigo, confira-se a lição de Daniel Ferreira:

(...) a licitação pública no Brasil sempre pode se voltar para outro fim – adicional, secundário – que não a satisfação da necessidade direta e imediata decorrente da execução do objeto contratado. Em suma, que os procedimentos licitatórios também poderiam mirar outro objetivo, *indireto e mediato*, porém não menos importante, sua vocação para o cumprimento de uma função social.<sup>29</sup>

É imperioso, portanto, que se realize uma composição entre a liberdade individual e as aspirações de justiça social, valores supremos de nossa sociedade e que, em tese, se mostram antagônicos em matéria de contratações, impondo uma interpretação que considere a “medida social da liberdade individual”, tal qual vimos na evolução da noção do direito de propriedade.

---

<sup>28</sup> BARROS, Sérgio Resende de. **Liberdade e contrato**: a crise da licitação. Piracicaba: Editora UNIMEP, 1995. p. 159.

<sup>29</sup> FERREIRA, Daniel. **Função social da licitação pública**: o desenvolvimento nacional sustentável (no e do Brasil, antes e depois da MP nº 495/2010). Fórum de Contratação e Gestão Pública-FCGP. V. 9, n. 107, nov. 2010. Belo Horizonte; Fórum, 2010, p. 3.

As licitações e os contratos devem servir como um instrumento de progresso social e o Estado um dos seus agentes, assim como os indivíduos, a sociedade, as empresas, em clara homenagem à noção de subsidiariedade.

A 3ª pauta de evolução diz respeito a nova perspectiva e confiabilidade entre a Administração e os seus administrados, o que não afasta a imperiosidade de controle e fiscalização recíprocos e constante (responsabilidade).

A responsabilidade e a confiança nos agentes administrativos fazem com que desapareça a necessidade da lei esgotar todas as possibilidades em seu texto, ou de regular rigidamente o exercício da função administrativa. É por isso que se defende a necessidade de atuação razoável e proporcional pelos agentes administrativos no desempenho de suas atividades, inclusive no que se refere à utilização da licitação e do contrato administrativo como instrumentos de fomento social.

É imperioso que se supere essa noção de desconfiança predominante nos negócios públicos, conferindo certa margem de liberdade nas definições a serem feitas pelo administrador, que o faz sob o manto da responsabilidade e da competência.

Ao lado da negociação, nasce a ideia de colaboração (parceria), sintetizada nas palavras de Sérgio Resende de Barros:

A complexidade do objeto e das condições dos contratos exige a negociação e a colaboração com o particular não só na execução contratual, mas já na fase pré contratual, pois as avenças pré contratuais depende o êxito do contrato. No fundo, dirigirmos pré contratual e dirigismo contratual se completam e continuam.<sup>30</sup>

A passividade dos administrados não condiz, há muito tempo, com as necessidades da sociedade e da própria Administração Pública.

As novas ferramentas tecnológicas certamente servirão de impulso para esta aproximação entre a Administração e o administrado (pessoas físicas e jurídicas), viabilizando eficientes canais de comunicação, participação e controle social

---

<sup>30</sup> BARROS, Sérgio Resende de. **Liberdade e contrato**: a crise da licitação. Piracicaba: Editora UNIMEP, 1995. p. 168.

Conclui-se, assim, que se trata de verdadeiro exercício de cidadania, já que “a lei não pode evitar a corrupção, mas a sociedade, esta sim, pode eliminá-la através da participação e da vigilância”.<sup>31</sup>

Evidente, portanto, a incapacidade do modelo clássico de licitação em afastar a corrupção e outros males - seu maior fim -, o que impõe a colaboração entre Estado e sociedade na utilização da licitação como instrumento capaz de atingir novas e mais abrangentes finalidades (públicas).

Diante de tudo o que se abordou, fica a lição de que a ordem jurídica vigente conferiu ao Estado o papel de gerência do processo de desenvolvimento, sempre atrelado aos valores e interesses fixados como fundamentais pela mesma ordem jurídica, absolutamente vinculante para o Estado, o mercado e a sociedade, caindo por terra a noção de *subsidiariedade* até então prevalente.

Para Emerson Gabardo, é plenamente possível que um interesse público, relevante e coletivo, licitamente defendido, poderia, por si só, justificar o afastamento da noção de subsidiariedade e legitimar a intervenção do Estado (Administração Pública) em determinado setor, sobretudo o econômico, cuja ordem e valores possui previsão expressa na Carta Magna.<sup>32</sup>

Afinal, seja o desenvolvimento um objetivo (valor, princípio), uma política pública de determinada época ou, como visualizam alguns, um direito fundamental, a história do homem já possui elementos e fatos suficientes para atestar que o referido instituto deve ter respaldo nas condições e anseios reais dos indivíduos destinatários da norma, o que confere ainda mais relevo aos chamados direitos de ordem social, como o é o trabalho.

#### **IV. A FUNCIONALIZAÇÃO DA LICITAÇÃO PÚBLICA COMO MEIO DE FOMENTO SOCIAL DE ACESSO AO TRABALHO**

Conforme destacado acima, as licitações públicas e as contratações administrativas foram objeto de inúmeras inovações legislativas nos últimos tempos, as quais tem refletido e repercutido na idéia de se agregar um novo fim (interesse)

---

<sup>31</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Licitação**. Belo Horizonte: Dela Rey, 1987, p. 53

<sup>32</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 248-249.

no processo de compras da Administração, qual seja, “no sentido de materializá-la como coletivamente útil”.<sup>33</sup>

As licitações públicas não podem ser interpretadas como um processo que tem puramente um caráter econômico, entretanto devem ser examinadas também como um instrumento para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Quando se fala em desenvolvimento nacional sustentável quer dizer que os certames deverão perquirir também os aspectos de inclusão social e de sustentabilidade relacionados à definição dos objetos, das regras de habilitação, das condições das propostas, das condições de execução do objeto, dentre outras questões que possam garantir a observância e a concretização de outros interesses públicos relevantes (adicional, secundário), que não o interesse público primário almejado com a contratação em si.

Sobre esse aspecto fomentador, Diogo Figueiredo Moreira Neto qualifica que se trata de um “direcionamento não coercitivo do Estado à sociedade, em estímulo das atividades privadas de interesse público. É uma atividade que se sistematiza e ganha consistência acoplada ao planejamento dispositivo”.<sup>34</sup>

Como visto, o fomento não tem um caráter puramente econômico e nem visa somente incentivar atividades em que a iniciativa privada está carente, isto porque a atividade administrativa de fomento é mais ampla que o mero caráter econômico, alcançando em diversos objetos um caráter essencialmente social, isso sem falar que não necessariamente serve o precípuo de ajudar e incentivar somente atividades “carentes” na iniciativa privada.

Quando se aborda este caráter do desenvolvimento nacional sustentável em matéria de licitações e contratos, pode-se pensar que este raciocínio é inovador e decorre diretamente da Lei n.º 12.349/2010, que alterou a redação do *caput* do art. 3º da Lei Federal n.º 8.666/1993<sup>35</sup>. Todavia, a prescrição normativa do novo artigo

---

<sup>33</sup> FERREIRA, Daniel. **Função social da licitação pública**: o desenvolvimento nacional sustentável (no e do Brasil, antes e depois da MP nº 495/2010). Fórum de Contratação e Gestão Pública-FCGP. V. 9, n. 107, nov. 2010. Belo Horizonte; Fórum, 2010, p. 3.

<sup>34</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 45.

<sup>35</sup> Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade

3º, *caput*, da Lei n. 8.666/93, após alteração advinda da Lei n. 12.349/2010, simplesmente revelou a exteriorização pelo legislador de comandos já existentes na própria Constituição da República Federativa de 1988 e de outras legislações nacionais.

De fato, a Constituição preceitua em seu artigo 3º que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre outros, garantir o desenvolvimento nacional, promover o bem de todos sem qualquer preconceito e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. O artigo 170 prescreve que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios, dentre outros, da defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, bem como deve buscar a redução das desigualdades regionais e sociais.

Já o artigo 174 pontua que o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Além disso, em seus parágrafos também esclarece que a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. Não bastasse tais dispositivos concernentes à busca da diminuição das desigualdades sociais e regionais ainda existe, no âmbito constitucional pátrio, o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Inclusive, a norma constitucional preconiza que para assegurar o direito ao meio ambiente incumbe ao Poder Público, além de outras atribuições, o dever de controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e

---

administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; bem como promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

Como se vê, pelas normas constitucionais supracitadas, verifica-se que existe supedâneo na Carta Maior para que a Administração Pública promova o fomento socioambiental, inclusive no relacionamento do Poder Público com as empresas por intermédio de licitações públicas e contratos administrativos.

Nas palavras de Daniel Ferreira:

(...) não parece difícil concluir no sentido de que o exercício de função administrativa sempre exigiu, desde 1988, atenção dos gestores públicos (responsáveis pelas licitações, inclusive) com vistas a (i) “garantir o desenvolvimento nacional”, enquanto objetivo republicano (de todos, portanto!), e reconhecer a (ii) “a defesa do meio ambiente” e (iii) “a busca do pleno emprego” como princípios da ordem econômica, portanto com nortes de produção e mesmo de consumo de bens e serviços.<sup>36</sup>

Em suma, o que vem à tona é a necessidade de *funcionalização*<sup>37</sup> (social) das licitações e contratos administrativos, de forma que continuem a servir para o desenvolvimento nacional equilibrado (sustentável), mas que também passem a servir como instrumentos para a promoção dos acesso ao trabalho pelas minorias, tais como os negros, as mulheres, os egressos do sistema prisional, os índios. Nada mais relevante e indispensável<sup>38</sup>.

É diante desse cenário que se identifica a função social da licitação:

Como um instrumento para a concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, bem como dos demais valores, anseios e direitos nela encartados, sem prejuízo de outros, reconhecidos por lei ou até mesmo uma política de governo.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> FERREIRA, Daniel. **Função social da licitação pública**: o desenvolvimento nacional sustentável (no e do Brasil, antes e depois da MP nº 495/2010). Fórum de Contratação e Gestão Pública-FCGP. V. 9, n. 107, nov. 2010. Belo Horizonte; Fórum, 2010, p. 10.

<sup>37</sup> Termo extraído das reflexões feitas pelo Eminentíssimo Professor Francisco Cardozo Oliveira em sala de aula.

<sup>38</sup> Segundo a reflexão de Amartya Sen, “a necessidade de um exame crítico dos preconceitos e atitudes político-econômicas tradicionais nunca foi tão grande. Os preconceitos de hoje (em favor dos mecanismos de mercado puro) decerto precisam ser cuidadosamente investigados e, a meu ver, parcialmente rejeitados.” SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das letras, p. 150-151.

<sup>39</sup> FERREIRA, Daniel. **Função social da licitação pública**: o desenvolvimento nacional sustentável (no e do Brasil, antes e depois da MP nº 495/2010). Fórum de Contratação e Gestão Pública-FCGP. V. 9, n. 107, nov. 2010. Belo Horizonte; Fórum, 2010, p. 6.

Assim é que a responsabilização socioambiental não deve ser implementada de forma isolada, mas sim, deve ser implementada de forma conjunta e integrada, através de conformações que viabilizem segurança, lucratividade e satisfação nas relações entre os particulares e a Administração Pública, sendo as licitações e os contratos administrativos um setor inegavelmente propício para este tipo de relação consensual. Eis a idéia de parceria e solidariedade que gera uma nova perspectiva sobre os impactos das decisões e ações de todos os agentes sociais para a busca de uma sociedade justa, fraterna e solidária.<sup>40</sup>

Neste novo viés, o Poder Público se revela como sendo verdadeiro fomentador para a efetivação de ações afirmativas no campo das licitações e contratos públicos, de forma a viabilizar o acesso ao trabalho pelas minorias.

Como visto acima, a licitação tem plena aptidão para servir como instrumento nessa imperiosa (re)estruturação de uma nova teoria sobre a relação entre o Estado e a atividade empresarial, retirando do Estado o seu tradicional papel de contenção e fiscalização e alçando-o como fator determinante ao direcionamento de políticas públicas de fomento, sustentabilidade e inclusão social.

A responsabilidade socioambiental não é alcançada tão somente por intermédio das licitações sustentáveis a partir da aquisição de produtos ecológica e socialmente corretos, mas também deve a Administração Pública investigar científica e tecnologicamente os mecanismos mais adequados para alcançar tais propósitos.

E no caso de desrespeito por parte dos órgãos e instituições incumbidos de realizar licitações:

Tais ilegalidades devem ser apuradas não apenas pelos interessados, pelas Cortes de Contas e pelo Ministério Público, porém pela sociedade civil em geral, de forma a se responsabilizar pessoalmente os desidiosos com o trato dos referidos interesses públicos, sem prejuízo da eventual e cumulativa anulação da licitação, no âmbito administrativo ou judicial.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> ASHLEY, Patrícia Almeida. **A mudança histórica do conceito de responsabilidade social empresarial.** In:ASHLEY, Patrícia Almeida (coord.). *Ética e Responsabilidade social nos negócios.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 57.

<sup>41</sup> FERREIRA, Daniel. **Função social da licitação pública:** o desenvolvimento nacional sustentável (no e do Brasil, antes e depois da MP nº 495/2010). Fórum de Contratação e Gestão Pública-FCGP. V. 9, n. 107, nov. 2010. Belo Horizonte; Fórum, 2010, p. 17.

## V. CONCLUSÕES

Pelo exposto, constata-se uma grande necessidade de se revisitar a função das licitações públicas e dos contratos administrativos, devendo ser ampliada no sentido de passar de uma função puramente econômica para somar-se com uma função social que deve se preocupar com a efetivação da responsabilidade socioambiental dos envolvidos nos processos de compra pela Administração.

Conclui-se, dessa forma, que a luta pelos direitos sociais e a consequente promulgação de medidas afirmativas desempenham um relevante papel na mitigação das desigualdades sociais e na busca de equalização das oportunidades, sobretudo no que se refere ao reconhecimento de situações de desigualdades de acesso às oportunidades de trabalho e desenvolvimento individual.

Na mesma toada, apurou-se que os comportamentos violadores do princípio constitucional da igualdade tendem a se dissimular em práticas jurídicas, sociais, empresariais e culturais de caráter muitas vezes imperceptível, mas dotadas de uma incomparável força de exclusão, o que deve ser combatido tanto pelo Estado quanto pelos particulares (solidariedade)

Viu-se que os estudos tem revelado que este tipo de discriminação não podem ser enfrentados tão somente com a promulgação de medidas legislativas de conteúdo proibitivo. É imperioso que se vá além, que se imponham *medidas de promoção* (fomento), que sejam afirmativas, e que sejam fruto de uma colaboração entre todos os envolvidos, especialmente no domínio das relações de emprego.

Pelo acima exposto, é de se concluir como legítimas e imperiosas as ações afirmativas em sede de licitações e contratações públicas, no sentido de serem previstas “quotas de preferência” no acesso ao trabalho àqueles que de alguma forma podem ser enquadrados em qualificações do tipo: “desiguais”, “excluídos”, “marginalizados”, tal como os negros, as mulheres, os egressos do sistema prisional, dentre outras reconhecidas minorias.

Isso porque o direito ao trabalho é instrumento para a efetivação e de outros direitos e garantias de igual relevância, além de que importante fator de (re)inclusão social, pacificação e de promoção de dignidade ao ser humano, ainda mais agora, em que se anunciam para o Brasil uma série de grandes eventos internacionais

(Copa das Confederações, Copa do Mundo de 2012 e Olimpíadas de 2016) e de grande investimentos na área de infraestrutura.

Neste ideário, visualiza-se que diversas legislações recentes enfatizam as licitações sustentáveis sob o aspecto socioambiental, as quais são molas propulsoras para o fortalecimento do Estado Brasileiro enquanto verdadeira Ordem Social e Democrática de Direito.

Sob este raciocínio, a recente alteração legislativa, que adaptou a redação do art. 3º da Lei Federal 8.666/93 e, via de consequência, o próprio conceito de licitação, evidencia uma inovação legislativa que incrementa a responsabilidade social das empresas a fim de participarem junto com o Estado na construção de uma sociedade justa, equilibrada, e solidária, sendo as licitações e os contratos administrativos instrumentos propícios para tal finalidade.

O que se pretendeu evidenciar através do presente ensaio, portanto, é a necessidade de se estruturar uma nova teoria sobre a relação entre o Estado e a atividade empresarial, retirando o Estado do seu tradicional papel de contenção e fiscalização e alçando-o como fator determinante ao direcionamento de políticas públicas de fomento da (re)inclusão social, pois dessa forma não apenas se estará realizando uma atividade precípua do Estado, mas, principalmente, exaltando-se diversos interesses públicos dos destinatários do agir estatal.

Conclui-se, assim, que as licitações e os contratos administrativos podem se prestar a tanto, propiciando a incrementação da responsabilidade social das empresas e a (re)inclusão das minorias do mercado de trabalho, destacadamente das empresas que já se mostram parceiras da Administração Pública ou que pretendem fazê-lo, uma vez que tanto o setor público quanto o privado já estão vinculados a promoverem, conjunta e isoladamente, ações afirmativas de (re)inclusão das minorias no campo do trabalho.

## **VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ASHLEY, Patrícia Almeida (coord.). **Ética e Responsabilidade social nos negócios**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional, Direitos fundamentais e Democracia. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Coords.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARROS, Sérgio Resende de. **Liberdade e contrato**: a crise da licitação. Piracicaba: Editora UNIMEP, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade Social das Empresas**: práticas sociais e regulação jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 102

BESSE, Susan K. **Modernizando a desigualdade**: reestruturação da ideologia de gênero no Brasil, 1914-1940. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito jurídico de política pública em direito**. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder Comparato. **A afirmação histórica dos direitos humanos**, 3ª Edição, 2003.

FERREIRA, Daniel. **Função Social da licitação pública**: o desenvolvimento nacional sustentável (*no e do Brasil, antes e depois da MP 495/2010*). *In*: *Fórum de contratação e gestão pública – FCGP*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, ano 9, n. 107.

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

FLORES, Joaquín Herrera. **A (Re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boitex, 2009.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade** (o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos**. 11. Ed. São Paulo: Dialética, 2005.

LUÑO, Antonio Enrique P. **Dimensiones de la Igualdad**. 2ª ed. Madrid: DIKINSON, 2007.

\_\_\_\_\_. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª. ed. 19ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos administrativos**. 12. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. 7. ed. Brasília: Editora Brasiliense, 1977.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. Ed. Max Limonad, São Paulo, 1998

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e conseqüências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. **Ação afirmativa** – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica, in Revista Trimestral de Direito Público n.º 15/96.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.