

ano 12 - n. 48 | abril/junho - 2012
Belo Horizonte | p. 1-256 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
Administrativo & Constitucional

A&C

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEÚ FELIPE
BACELLAR

© 2012 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Daniel Starling
Pablo Gobira
Patrícia Falcão

Bibliotecária responsável: Ana Carolina Marques - CRB 2933 - 6ª Região
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Virgínia Loureiro
Diagramação: Reginaldo César Pedrosa

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral ISSN 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Ana Cláudia Finger

Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Eros Roberto Grau (USP)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Carlos Abraão (UEL)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile)
José Eduardo Martins Cardozo (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

A licitação pública como instrumento de concretização do direito fundamental ao desenvolvimento nacional sustentável

Daniel Ferreira

Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUC-SP.
Professor Titular da Faculdade de Direito de Curitiba e do Corpo Docente Permanente do Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Líder do Grupo de Pesquisa “Atividade Empresarial e Administração Pública” — devidamente registrado no CNPq.

Anna Flávia Camilli Oliveira Giusti

Mestra em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA.

Resumo: Este artigo examina parte da produção doutrinária contemporânea acerca do desenvolvimento, de sua assimilação como direito fundamental, dos mecanismos políticos e jurídicos voltados à sua concretização e da evolução teleológica-legislativa da licitação no Brasil. O texto sugere, afinal, que as licitações podem e devem servir de instrumento consensual para promover o desenvolvimento nacional sustentável.

Palavras-chave: Direito fundamental. Desenvolvimento nacional sustentável. Licitação pública.

Sumário: Contextualização necessária – Desenvolvimento não se confunde com crescimento – O desenvolvimento nacional como direito — e fundamental, de terceira geração – Políticas públicas e desenvolvimento nacional sustentável – Políticas públicas para o desenvolvimento nacional sustentável – Função social das licitações públicas – A superação da (potencial) “função social” das licitações públicas pelo “dever legal” de promoção do desenvolvimento nacional sustentável – Em síntese – Referências

Contextualização necessária

Em tempos de crise financeira global instalada a partir de 2008, uma das maiores dificuldades encontrada pelos estados que se assumem como democráticos, sociais e de direito, tal qual a República Federativa do Brasil, é evitar a diminuição do PIB *pari passu* à contenção do retrocesso social, de forma a

manter a economia estável sem o sacrifício da prestação dos serviços públicos e dos postos de trabalho criados junto à iniciativa privada, em especial.

Mais desafiador, ainda, é singrar em mar revolto e, a despeito disto, não perder a marcha rumo ao porto seguro — de todos e para todos brasileiros — que é, sem sombras de dúvida, o desenvolvimento nacional. Portanto, pautado pelo crescimento econômico sensível ao meio ambiente e com vistas à melhor distribuição de riqueza e minimização das desigualdades, tudo no entorno de uma sociedade livre, justa e solidária.

Este ensaio tem por objetivo demonstrar que a promoção desse direito fundamental no Brasil é viável mesmo no cenário pouco promissor do início do século XXI, bastando que se manejem, com adequação, os instrumentos políticos, legislativos e administrativos disponíveis, dentre os quais o “poder de compra” estatal. Ou seja, aquele que *hoje* também “exige” da Administração Pública, e como condição de validade, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável pela via das licitações públicas.

Desenvolvimento não se confunde com crescimento

O desenvolvimento tornou-se assunto de extrema importância para diversos países após a Segunda Guerra Mundial, embora já fosse estudado por economistas antes mesmo de seu término, conforme apontamentos de Fábio Nusdeo.¹ Apesar do contínuo interesse no seu revolvimento, pode-se afirmar que ele não conta com um conceito estanque, que reúna as condições necessárias e suficientes para sua adequada e perene estipulação.

Liliana Locatelli entende que tal dificuldade decorre de ser ele “um conceito dinâmico, que tem tido sua dimensão ampliada de acordo com a evolução da sociedade”.² Não por acaso, essa transformação é posta em relevo por Ignacy Sachs, quando assinala que

(...) a noção de desenvolvimento é central nas preocupações da ONU. Ao longo dos últimos 50 anos, ela se enriqueceu consideravelmente. A idéia simplista de que o crescimento econômico, por si só, bastaria para assegurar o desenvolvimento foi rapidamente abandonada em proveito de uma caracterização mais complexa do conceito, expressa pelas adições sucessivas de epítetos: *econômico, social, cultural, naturalmente político,*

¹ NUSDEO. Desenvolvimento econômico: um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO (Org.). *Regulação e desenvolvimento*, p. 11.

² LOCATELLI. Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988. In: BARRAL (Org.). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*, p. 96.

depois *viável* [*sustainable*], enfim, último e recente acréscimo, *humano*, significando ter como objetivo o desenvolvimento dos homens e das mulheres em lugar da multiplicação de coisas.³

Mas o entrave não reside apenas na delimitação do (conceito de) desenvolvimento em si, haja vista sua salutar modificação no tempo, sendo evidentes as confusões havidas entre ele e outros importantes fenômenos estudados na economia, como a modernização. Esta se difere do desenvolvimento por não acarretar em melhorias na condição de vida dos indivíduos, a despeito de ensejar a desejável elevação das taxas de crescimento econômico e o aumento de produtividade. Daí Bercovici também aduzir o seguinte:

desenvolvimento é um fenômeno com dimensão histórica: cada economia enfrenta problemas que lhe são específicos. Não existem fases de desenvolvimento pelas quais, necessariamente, passam todas as sociedades seguindo os moldes da industrialização européia. (...) Quando não ocorre nenhuma transformação, seja social, seja no sistema produtivo, não se está diante de um processo de desenvolvimento, mas simples modernização.⁴

Em suma, o desenvolvimento exprime um *plus* sobre o crescimento econômico, expressivo de uma concomitante mais valia qualitativa, de índole ambiental e social, pelo menos. Mas será indubiosamente a liberdade humana o principal fim, bem como o principal meio, para atingimento desse desiderato, porque somente as liberdades reais experimentadas por cada sujeito poderão servir de parâmetro para conformação do seu pessoal e particularizado destino.⁵ Destino esse que não há de se confundir com um degrau mais elevado na escada da vida por conta de uma opção política efêmera ou de uma benesse privada assemelhada a esmola.

O desenvolvimento nacional como direito — e fundamental,
de terceira geração

O desenvolvimento não constitui um presente, uma dádiva. Configura ele, isto sim, um direito; e fundamental. Daqueles que não se pode negar e

³ SACHS. *Rumo à ecossocioeconomia: teoria e prática do desenvolvimento*, p. 351-352.

⁴ BERCOVICI. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*, p. 52-53.

⁵ SEN. *Desenvolvimento como liberdade*, p. 76-77.

que é assim reconhecido internacionalmente, na “Declaração sobre o direito ao desenvolvimento” — adotada pela Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. Isso não significa dizer, no entanto, que todos e qualquer um tenham direito a ele quando em injustificada inércia. É preciso fazer-se merecedor dele e, ao mesmo tempo, permitir-se que as pessoas possam almejar alcançá-lo, não de forma a perpetuar as desigualdades materiais, mas de modo a propiciar meios de igualização formal, por intermédio de ações afirmativas, expressivas de políticas públicas e/ou de determinações normativas, sejam elas constitucionais, legais ou até mesmo regulamentares.

No Brasil o direito ao desenvolvimento socioeconômico se encontra assentado na raiz do Direito, na Lei das leis, e configura um dos objetivos perseguidos pela República (art. 3º, inciso II), ao qual se agrega direta e imediatamente a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III), de sorte a se construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I) e na qual se promove o bem de todos, sem quaisquer preconceitos ou outras formas de discriminação (inciso IV). Mas não só. Vem ele assegurado, com alarde, no seu próprio preâmbulo e para o qual se invocou, inclusive, a proteção de Deus.

E mais, ele tem de se mostrar *sustentável* como assim assumido desde muito por José Eli da Veiga,⁶ propiciando a todos — nascidos e por nascer — usufruir o “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, donde se impôs “ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225). De conseguinte, o desenvolvimento deverá cumprir as diretrizes traçadas pela sociedade, bem como proporcionar uma relação equilibrada entre bem-estar e crescimento. O desenvolvimento entendido como sustentável, além de satisfazer as necessidades imediatas de uma sociedade e de seu crescimento associa essa intenção com o não comprometimento da qualidade de vida das gerações futuras. É nesse contexto que a sustentabilidade faz sentido. O desenvolvimento sustentável “é a tradução do ótimo de Pareto a ser encontrado entre desenvolvimento econômico e proteção dos recursos naturais”.⁷

Quer dizer, o constituinte originário, a um só tempo, felizmente encampou o desenvolvimento em sua tríplice feição (ecossocioeconômica), à qual

⁶ VEIGA. *Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI*, p. 190-191.

⁷ DERANI. *Direito ambiental econômico*, p. 113.

atrelou, ademais, a previsão da *liberdade* e da *solidariedade*, complementando e justapondo o ideário de Sachs e da Sen. Melina Girardi Fachin, por sua vez, esmiúça as obrigações decorrentes da assunção do desenvolvimento como direito, nos seguintes termos:

As obrigações que nascem ao Estado, a partir da assunção desse direito como fundamental, são de ordem positiva e negativa. Não se circunscreve apenas à abscisão de empecilhos ao desenvolvimento, mas também ações concretas de promoção progressiva e crescente do desenvolvimento com o máximo de recursos disponíveis. Existem, destarte, face ao direito ao desenvolvimento, deveres positivos e negativos do estado e da comunidade na qual este direito está inserido, com fundamento na *solidariedade constitucional*.⁸

O direito ao desenvolvimento é, pois, um direito de terceira geração, um direito de solidariedade.⁹ Esses direitos, segundo Paulo Bonavides, não se destinam a proteger o interesse de um só indivíduo, grupo ou estado, eles “têm por primeiro destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”.¹⁰

Políticas públicas e desenvolvimento nacional sustentável

De outra banda, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que “política pública é um conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o País”.¹¹ No contexto,

o elemento político, não no sentido partidário, mas no sentido da relação da comunidade com o poder, presente no cotidiano da vida governativa e administrativa, deve ser reconhecido pela prática do direito administrativo, tanto no processo de definição do interesse público, como na sua execução, o que constitui o campo de atuação de uma política pública.¹²

⁸ FACHIN. Direito fundamental ao desenvolvimento: uma possível resignificação entre a Constituição Brasileira e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. In: PIOVESAN; SOARES (Coord.). *Direito ao desenvolvimento*, p. 195-196.

⁹ FERREIRA FILHO. *Direitos humanos fundamentais*, p. 60.

¹⁰ BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*, p. 569.

¹¹ BUCCI. *Direito administrativo e políticas públicas*, p. 280.

¹² BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 821.

Logo, as políticas públicas podem encontrar diferentes suportes, sejam eles de Estado ou de Governo, todos, porém, controláveis pelo Poder Judiciário, ainda quando reveladores de competências discricionárias, como adequadamente observado por Luis Manuel Fonseca Pires¹³ e por García de Enterría.¹⁴

O que importa registrar, no entanto, é que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável exige um sem número de iniciativas, sejam elas fáticas ou jurídicas, e desde logo por um fator de formatação do Estado Brasileiro, a assunção pela Constituição da República de um modelo federativo complexo, que não pouca vez distribui a todos os entes políticos — a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios — os mesmos deveres-poderes de índole material, como o de garantir o direito à saúde (“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”). O mesmo se diga da atuação compulsória no plano legislativo, *e.g.*, quando se atribui constitucionalmente ao Estado (em sua acepção ampla), como agente normativo e regulador da atividade econômica, o dever de exercer, na forma da lei, a função de incentivo ao cooperativismo e outras formas de associativismo (art. 174 e §2º), e à defesa do meio ambiente (art. 170, inciso VI), dentre outras, e, ainda, incentivar o microempreendedorismo (art. 179). Logo, com aquelas notas de *consensualidade* e de *participação*, típicas do discurso de Moreira Neto (2000, p. 40-41), em oposição à imperatividade clássica do Direito (ou do Direito clássico).

E com a depressão econômica global deste início do século XXI, por certo é ainda mais preciso criatividade por parte dos poderes públicos, tanto na criação de políticas de governo como na inovação legislativa e administrativa, para fins de evitar a desaceleração do crescimento econômico, a diminuição dos postos de trabalho e/ou a precarização das normas protetivas do obreiro e o sacrifício do meio ambiente pela conseqüente e quase inevitável redução de gastos ordenados à mitigação dos danos ambientais inerentes ao processo produtivo ordinário.

Políticas públicas para o desenvolvimento nacional sustentável

Deveras, é indubitoso que os brasileiros são ricos em criatividade e a administração fomentadora, na passagem, tem sido merecedora de ensaios

¹³ PIRES. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*.

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lucha contra las inmunidades del poder*.

de primeira grandeza da doutrina nacional. Carlos Ari Sundfeld já deixou assentado que “o fomento estatal à vida privada consiste na concessão de certos benefícios aos particulares, de modo a induzir suas ações em certo sentido”;¹⁵ portanto, sem a usual ameaça de sanção na hipótese de o comportamento se mostrar fugidio às pretensões públicas. Contudo, a mais feliz conceituação parece proposta por Célia Cunha Mello, para quem

a atividade de fomento é, pois, a função estatal incentivadora, positiva e persuasiva, que culmina em imprimir uma verdadeira metamorfose no papel estatal. O Estado, tido como o absenteísta garantidor dos direitos individuais ou como socialista repressor da iniciativa privada, passa a assumir uma postura dirigente.¹⁶

Postura essa que pode e deve se verificar em medidas legais (e regulamentares) complementares da estipulação constitucional ou, ainda, como referenciais de uma política de governo específica. Todavia, estas não seriam suficientes em si para um planejamento para as décadas futuras, que reclama por políticas objetivas de Estado, transcendentais de uma ou mais simples legislaturas. Como bem observado,

as linhas gerais das políticas públicas (...) devem estar na Constituição. O Poder Legislativo pode organizá-las na forma das leis, para que o Poder Executivo possa realizá-las de modo mais adequado, o que não significa necessariamente um aumento de sua competência. Isso porque este poder não se limita à administração do presente, mas ao planejamento do futuro, por meio de políticas públicas de longo prazo, com vistas ao desenvolvimento econômico e social.¹⁷

De qualquer modo, e para a sorte da coletividade, são inúmeras as medidas legais e infralegais vigentes neste país — de proporções continentais — voltadas ao desenvolvimento nacional sustentável, o mesmo ocorrendo na Argentina, como se pode depreender de comentários às leis de natureza fomentadora que similarmente expressam a nossa própria realidade:

Todas estas clases de leyes establecen normas, muchas de ellas definen la causa y la actividad promocional, y pueden clasificarse em la

¹⁵ SUNDFELD. *Direito administrativo ordenador*, p. 25.

¹⁶ MELLO. *O fomento da Administração Pública*, p. 36.

¹⁷ BREUS. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública contemporânea*, p. 222.

siguiente forma: 1. Independencia económica de nuestra pátria, adquiriendo autodeterminación para la decisión; 2. Aumento progresivo y continuo de la producción; 3. Desarrollo, descentralización y racionalización de los centros de producción com fines de arraigar a los productores y coordinar núcleos urbanos y económicos; 4. Fortalecer y expandir el desarrollo productivo de nuestras fuerzas económicas; 5. Asegurar um mercado de producción y de consumo interno, para transportar los excedentes a nuevos mercados; 6. Mantener el pleno empleo de las fuerzas de trabajo; 7. Asegurar los factores de nuestra defensa como nación; 8. Conquistar mercados externos a fin de regular nuestra balanza comercial; 9. Elevar el standard de vida de los habitantes; y 10. Aumentar nuestra renda nacional en forma progresiva e efectiva.

El objeto de la actividad promocional a través de las pautas expuestas trata de acentuar la nacionalidad y asegurar nuestro porvenir; y en esta conjuntura es donde la planificación, como método de realización, tiene su cometido histórico.¹⁸

Nada obstante, importa investigar, ainda, aquelas relativas ao “poder de compra” da Administração Pública, que ao longo do tempo vem usando de seu poder econômico de contratante para, mesmo sem querer ou perceber, dirigir as compras, a prestação dos serviços e o próprio comportamento empresarial dos seus futuros contratados.

Função social das licitações públicas

Não se tem, aqui, qualquer pretensão de conceituar “função social”. O escopo desta modesta investigação é apenas o de verificar se pode ou mesmo se deve haver uma “função social” para a licitação pública, mormente no sistema jurídico brasileiro, no sentido de se reconhecer outra *potencial* ou *compulsória finalidade* para o certame e que não se confunde com a satisfação da necessidade próxima, premente — de certa parcela da coletividade ou da própria Administração Pública, reprise-se — a ser obtida mediante regular execução do objeto contratado. Melhor dizendo, busca-se constatar a admissão pelo Direito em vigor de *adicional fim* para ela — remoto: singular ou plúrimo (conforme o caso) —, de modo que não se possibilite a satisfação de apenas um interesse público com sua exitosa realização, encapsulado como *primário* (de uma particularizada coletividade) ou *secundário*

¹⁸ FIORINI. *Derecho administrativo*. t. II, p. 242.

(do aparato administrativo), porém vários *interesses públicos*, num viés *primário-primário* (coletivo-coletivo) ou *secundário-primário* (administrativo-coletivo). Como exemplo assumo-se, desde logo, uma licitação que estipule, por força de lei, um *critério ficto de empate* entre propostas com vistas a incentivar a formalização da atividade microempresária e facilitar seu acesso às contratações públicas. Ou, ainda, a delimitação do objeto da licitação, por força de decreto hierárquico, a bens e serviços ambientalmente sustentáveis. E nisso reside a cogitada “função social da licitação pública” apresentar-se, sempre que possível e cumulativamente, 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, assim reconhecidos por lei ou até mesmo por uma política de governo.¹⁹

Todavia é preciso atentar para um fato relevante. Antes do advento da Medida Provisória nº 495/2010, que modificou substancialmente a Lei nº 8.666/93 (Lei Geral de Licitações – LGL), os fins “legais” da licitação eram apenas dois: garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração. No entanto, sempre foi dado ao administrador público escolher o objeto da licitação, definindo de antemão como, quando e em quais condições dar-se-ia “discricionariamente” a satisfação da necessidade ou da utilidade administrativa ou coletiva. Logo, sempre cumpriu ao instrumento licitatório fixar, precisa e objetivamente, não apenas o objeto licitado, mas os critérios por meio dos quais se faria a seleção da proposta mais vantajosa, observados, por evidente, os primados da isonomia e da legalidade, de modo que o exercício da competência discricionária sempre se deu nos termos e nos limites da lei, o que não evitou as escolhas “políticas”, no bom sentido, como a opção de aquisição por veículos logisticamente mais flexíveis e menos poluentes, com sistema bicombustível, por exemplo.

A virada normativa, em âmbito infraconstitucional imediato, deu-se com a edição da Lei Complementar nº 123/2006, que estabeleceu normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte — no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios — e deu concreção ao disposto no art. 179 da Constituição da República. Do seu teor extraem-se

¹⁹ FERREIRA. Função social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável (*no e do Brasil, antes e depois da MP 495/2010*). *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, p. 52-53.

significativas vantagens para o facilitado acesso das microempresas e das empresas de pequeno porte ao mercado das contratações públicas, dentre as quais a possibilidade de regularização de pendências tributárias apenas antecedendo a contratação (arts. 42 e 43), a preferência de contratação na ocorrência de empate com empresas de grande porte (art. 44) e a facultada (*sic*) realização de licitações exclusivas (art. 48, inciso I). De forma ainda mais contundente, a lei permitiu a concessão potencial de

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, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente (art. 47).

Enfim, somente com esse estatuto já se poderia reconhecer para as licitações públicas uma “função social” *específica*: a de promover o crescimento econômico direcionado, mediante afirmação positiva de índole legal, incentivadora da regularização das empresas informais no mercado pelo estímulo de acesso reservado a certas contratações (de até R\$80.000,00), dentre outros. E numa cadeia retroalimentada, porquanto a atuação regular do microempresário passa a exigir a formalização dos negócios, das parcerias e das relações com seus colaboradores e com o fisco, sob as penas da lei.

De outra banda, o Decreto Estadual nº 6.252, de 22 de março de 2006, assumidamente *politizado em matéria ambiental*, passou a integrar a ordem jurídica paranaense quando da realização da Conferência das Partes (COP 8). Nele se estipulou como medida política de governo a adoção de práticas de sustentabilidade ambiental, dentre as quais a restrição a certos produtos ou equipamentos que contenham ou façam uso das substâncias que destroem a camada de ozônio (SDO), arroladas em resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA (art. 9º). Desse modo, não enquanto um regulamento para fiel execução da lei, mas como opção política de sustentabilidade, que num eventual descumprimento não contaminaria a licitação ou o contrato dela decorrente, mas apenas (*sic*) ensejaria a responsabilização funcional do servidor desidioso.

Contudo, a ele se seguiram outros atos legislativos tratando do mesmo temário e, simultaneamente, das licitações e das contratações públicas, o que

serviu de mote para a sua predicação como “sustentáveis”.²⁰ Está-se a falar das leis de mudanças climáticas (Lei nº 12.187/2009) e de resíduos sólidos (Lei nº 12.305/2010), que instalaram um novo padrão de aceitabilidade de produtos, serviços e de parceiros pelo Poder Público.

Porém, essas novas funções — de caráter afirmativo — já foram assumidas como “anômalas”, e por ninguém menos que Marçal Justen Filho:

(...) há hipóteses em que o Estado pretende valer-se de uma contratação não apenas para obter uma prestação de que necessita. A execução da prestação é visualizada como meio de promoção de outros valores reputados como relevantes. Na Lei nº 8.666, essa situação conduzia à contratação direta, sem licitação. Já os arts. 47 e 48 da LC nº 123 previram uma situação diferenciada — ainda que não absolutamente original. Trata-se de manter a existência da licitação, porém de modo a assegurar a realização da função anômala do contrato administrativo. Daí se poderia aludir a uma “função extra-econômica” da licitação, para indicar a orientação do certame não propriamente à obtenção da proposta mais vantajosa, mas à seleção da proposta apta à realização de outros fins (não diretamente relacionados com a vantagem econômica). (...) Entretanto, a complexidade da figura dos arts. 47 e 48 é ainda maior. Trata-se de promover uma dupla instrumentalização anormal da contratação. A primeira instrumentalização indireta da contratação relaciona-se à implantação de preferência em favor de pequenas empresas. A segunda instrumentalização refere-se à obtenção de determinados fins macroeconômicos, políticos, complexos. Ou seja, os arts. 47 e 48 prevêm a existência de licitações que assegurariam vantagens às pequenas empresas como meio de promover certos fins de grande relevância.²¹

Anômala ou não, a possibilidade de se conferir às licitações um caráter instrumental não é exclusiva de brasileiros, porque assim já foi revelada, no ano de 1999 e sob os auspícios da UNAM, por León Cortiñas-Peláez:

La discutida instrumentalización. Partiendo de la postura intervencionista de la administración nacional, tendente al aprovechamiento de masas ingentes de capital capaces de transformar horizontal y verticalmente resortes determinantes del mercado, de la sociedad y de la economía de un país, de ha planteado y aún se discute la posibilidad

²⁰ SANTOS; BARKI (Coord.). *Licitaciones e contratações públicas sustentáveis*.

²¹ JUSTEN FILHO. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*, p. 80-81.

de *instrumentalización de las compras* del Estado. Así, destinando ingresos, por ejemplo, para la adquisición o promoción de empresas en zonas deprimidas, para la lucha contra la contaminación, para el fomento del pleno empleo de las mujeres en el mercado de trabajo (...).²²

Então, fica evidente que as licitações, pelo menos do ponto de vista teórico, sempre puderam servir, e, validamente, para outras e mais sobranceiras finalidades que não a franciscana satisfação da necessidade ou da utilidade administrativa ou coletiva, o que se manteve incólume até a adoção do Estatuto das Microempresas e, mais recentemente, a Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010. E isso porque, até então, persistia uma frequentemente subliminar dúvida: se a licitação *poderia* ou *deveria* promover outros fins, como aqueles anunciados no preâmbulo e nas primeiras — e mais importantes — notas da Carta Republicana.

A superação da (potencial) “função social” das licitações públicas pelo “dever legal” de promoção do desenvolvimento nacional sustentável

A modificação substancial havida no sistema jurídico-licitacional brasileiro a partir da referida medida provisória foi a inserção da *terceira finalidade* para os certames licitacionais: a promoção do desenvolvimento nacional. Ademais, quando da sua conversão em lei (operada pela Lei nº 12.349/2010, de 15 de dezembro de 2010) — sem qualquer motivo aparente — atrelou-se à expressão “desenvolvimento nacional” o termo “sustentável”, a despeito de as inovações constantes nada versarem sobre o meio ambiente. Entretanto, as duas leis anteriores já referidas, de mudanças climáticas e de resíduos sólidos, explicam o ocorrido, porque externam a exata dimensão, em sentido e alcance, do desenvolvimento que se almeja legislativa e sistemicamente obter pela via licitacional, aquele reflexo do *socioambientalismo* — que se escreve junto²³ e se volta para o futuro e não para o passado.²⁴

Não se pode mais cogitar de uma simples expectativa ou possibilidade para os agentes públicos, ou de uma decisão administrativa marcada por traços de exacerbada discricionariedade administrativa. Hodiernamente, constitui um *dever-poder* para a Administração Pública — direta, indireta, autárquica

²² CORTIÑAS-PELÁEZ. Estudio Preliminar. Del horizonte mexicano del derecho de la licitación pública. In: LOPES ELÍAZ. *Aspectos jurídicos de la licitación pública en México*, p. XXXIII-XXXIV.

²³ VEIGA. *A emergência socioambiental*, p. 129.

²⁴ RISTER. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e conseqüências*, p. 10.

e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios — vislumbrar para as concorrências vantagens novas e gerais, apropriáveis por cada um e por todos, independentemente da fruição efetiva ou potencial do objeto do contrato.

Ou seja, por conta dessa mudança substancial os editais de licitação devem se mostrar objetivamente sensíveis ao meio ambiente, à inclusão social e à proteção da indústria nacional. Por força de lei — da Lei nº 8.666/93, devidamente consolidada — faz-se possível, *rectius, obrigatório* (salvo quando o caso concreto assim o impedir) dar preferência a produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras (§5º do art. 3º), mediante consideração precisa de fatores como geração de emprego e renda, arrecadação tributária, desenvolvimento e inovação tecnológicos realizados no Brasil (§6º e incisos).

Quanto às contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, considerados estratégicos em ato do Poder Executivo Federal, a lei avançou ainda mais, ao permitir que a licitação possa ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país e produzidos de acordo com o processo produtivo básico previsto na Lei nº 10.176/2001 (conforme §12 do mesmo art. 3º da LGL).

E se a promoção do desenvolvimento nacional sustentável passou a figurar como finalidade da licitação e se, ao mesmo tempo, configura ele um direito fundamental, então é possível concluir que, no Brasil, os processos licitatórios também têm por escopo satisfazer esse direito fundamental. Direito esse, (re)lembre-se, que pressupõe a liberdade real dos indivíduos decorrente de uma igualização formalmente assegurada, num cenário de consensualidade e de participação, no qual os parceiros negociais privados da Administração Pública serão definidos tanto por seus predicados pessoais distinguidos como pelos compromissos — diretos e indiretos; imediatos e mediatos — que hão de voluntariamente assumir nessa condição, “engajando-se na busca das finalidades pretendidas, nos moldes legais”²⁵

Destarte, como pontuou Flávia Piovesan,²⁶ o direito ao desenvolvimento revela o direito a um ambiente nacional (e internacional) assegurador, aos indivíduos e aos povos, do exercício de seus direitos humanos básicos, bem como de suas liberdades fundamentais.

²⁵ OLIVEIRA. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, p. 516.

²⁶ PIOVESAN. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: PRONER; CORREAS (Coord.). *Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*, p. 239.

Em uma arena cada vez mais complexa, fundamental é avançar na afirmação do direito ao desenvolvimento e da justiça global nos planos social, econômico e político (...). A defesa do princípio da dignidade da pessoa humana demanda prioridade e urgência na implementação do direito ao desenvolvimento e na realização de direitos, a fim de assegurar a toda pessoa o direito de exercer seu potencial humano de forma livre, autônoma e plena.²⁷

Some-se a isso tudo o novo esforço legislativo, versado na Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011, instituidora do Regime Diferenciado de Contratações, que permite a exigência de certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação — portanto, da empresa licitante — inclusive sob o aspecto ambiental (art. 7º, inciso III), aquele materialmente esquecido, mas literalmente “lembrado” na Lei nº 12.349/2010.

Desse modo, assumir uma postura *socioambientalmente* diferenciada pode significar para o empresário disputar o mercado público em situação de vantagem competitiva. E mais, com a antecipada e voluntária assunção de padrões de economicidade e de responsabilidade socioambiental de países “desenvolvidos”, os empresários brasileiros “que saírem na frente” terão melhores condições de disputa no mercado internacional.²⁸

Demais disso, não há espaço, na seara, para retrocesso social. Muito embora essa nova finalidade da licitação não realize, *per se*, um direito fundamental propriamente dito, não pode uma lei superveniente desconstituí-la, pura e simplesmente, mormente pelo trato por ela deferido ao meio ambiente, à inclusão social e à proteção da indústria e da soberania nacional (no que diz com a tecnologia). Parafraseando Clèmerson Merlin Clève,

quando há direito fundamental em jogo, especialmente direito social, há necessidade de certa dose de cautela. Por isso, seria inaceitável, do ponto de vista constitucional, uma lei que pretendesse simplesmente revogar o estatuto da Criança e do Adolescente, sem colocar nada no lugar.²⁹

²⁷ *Idem*, p. 240.

²⁸ FERREIRA. Inovações para a responsabilidade socioambiental das empresas: o papel das licitações e dos contratos administrativos. In: DOTTA; HACHEM; REIS (Org.) *Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos Fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade*, p. 54.

²⁹ CLÈVE. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Crítica Jurídica – Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho*, p. 28.

Em síntese

Enfim, e como *condição de validade* (desde o advento da MP nº 495/2010), as licitações brasileiras bem se prestam e ainda prestarão, ao longo do tempo, como instrumento de concretização do direito fundamental ao desenvolvimento nacional “sustentável”, que pressupõe o desenvolvimento do indivíduo, da coletividade e da própria nação, num cenário que inexoravelmente alia aspectos econômicos, ambientais e sociais.

Basta, para tanto, cumprir a lei o direito; ou o direito e as leis, aqui melhor dizendo.

The Public Bidding as a Concretion Toll of the Fundamental Right to the National Sustainable Development

Abstract: This paper exams part of the contemporary doctrinal production regarding the development, its assimilation as a fundamental right, the political and juridical mechanisms pointed to its concretion and the teleological-legislative evolution of the public bidding in Brazil. The wording suggests, after all, that the public bidding can and should suit as a consensual toll to promote the national sustainable development.

Key words: Fundamental right. National sustainable development. Public bidding.

Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Crítica Jurídica – Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, n. 22, p. 18-29, jul./dez. 2003.
- CORTIÑAS-PELÁEZ, León. Estudio Preliminar. Del horizonte mexicano del derecho de la licitación pública. In: LOPES ELÍAZ, José Pedro. *Aspectos jurídicos de la licitación pública en México*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.
- DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA, Daniel. Função social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável (no e do Brasil, antes e depois da MP 495/2010). *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 107, p. 49-64, nov. 2010.

FERREIRA, Daniel. Inovações para a responsabilidade socioambiental das empresas: o papel das licitações e dos contratos administrativos. In: DOTTA, Alexandre Godoy; HACHEM, Daniel Wunder; REIS, Luciano Elias. (Org.). *Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos Fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade*. Curitiba: Negócios Públicos, 2011. p. 42-65.

FIORINI, Bartolomé A. *Derecho administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. t. II.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2007.

LOCATELLI, Liliana. Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988. In: BARRAL, Welber. (Org.). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.

MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico: um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Org.) *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coord.). *Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 219-240.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier; Campus, 2009.

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

SACHS, Ignacy. *Rumo à ecossocioeconomia: teoria e prática do desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997.

VEIGA, José Eli da. *A emergência socioambiental*. São Paulo: Senac, 2007.

VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FERREIRA, Daniel; GIUSTI, Anna Flávia Camilli Oliveira. A licitação pública como instrumento de concretização do direito fundamental ao desenvolvimento nacional sustentável. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 177-193, abr./jun. 2012.

Recebido em: 14.12.2011

Aprovado em: 24.02.2012