INOVAÇÕES PARA A INCREMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL DAS EMPRESAS:

o papel das licitações e dos contratos administrativos[1]

Daniel Ferreira[2]

INTRODUÇÃO

Foi-se o tempo em que todo empresário poderia ser visto como um oportunista escravizador que se valia do poder do capital para espoliar as forças de trabalho. Hoje, muitos se mostram espontaneamente engajados na minimização das desigualdades sociais e regionais, na busca do pleno emprego, na promoção do desenvolvimento nacional (sustentável) e na edificação da nossa sociedade como livre, justa e solidária. Portanto, com marcante compreensão da função social da propriedade, da empresa e dos contratos. De conseguinte, não pouca vez atuam lado a lado com o Poder Público almejando erradicar a pobreza e a marginalização, de modo a materializar – ainda que aos poucos – a democracia e fazer da dignidade da pessoa humana não apenas um sonho distante, mas uma meta a ser plenamente atingida.

Contudo, isso causa um problema evidente, e que salta aos olhos, na exata medida em que a responsabilidade socioambiental das empresas acaba por repercutir nos preços por ela praticados e, pois, no seu potencial econômico de competir no "mercado livre". Num cenário, frise-se, em que a escolha do agente econômico fornecedor normalmente se contém *na* e *pela* seleção da proposta menos dispendiosa e não daquela que mais bem satisfaça as necessidades do contratante com adequada consideração do contexto social e ambiental.

Portanto, urge investigar se há e quais são as possibilidades de inovação, especialmente no âmbito da Administração Pública, para estimular comportamentos socioambientalmente desejados, tanto das pessoas físicas como das pessoas coletivas, mas que a ética, a moral e o bom senso, sozinhos, não dão conta de propiciar.

DO PRINCÍPIO RETRIBUTIVO

Tratando da *ordem social*, KELSEN bem observou que

> A conduta que uma pessoa observa perante uma ou várias outras pessoas pode ser prejudicial ou útil a esta ou estas pessoas. Vista de uma perspectiva psicossociológica, a função de qualquer ordem social consiste em obter uma determinada conduta por parte daquele que a esta ordem está subordinado, fazer com que essa pessoa omita determinadas ações consideradas como socialmente – isto é, em relação às outras pessoas – prejudiciais, e, pelo contrário, realize determinadas ações consideradas socialmente úteis. (...)
>
> A ordem social pode prescrever uma determinada conduta humana sem ligar à

---

1. Artigo publicado nos **Anais do I Seminário Italo-Brasileiro "Inovações Regulatórias em Direitos Fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade**", ocorrido em Curitiba-PR, de 25 a 28 de outubro de 2011, sob os auspícios da UFPR, PUCPR, UNIBRASIL e o Centro Didattico Euro-americano sulle Politiche Costituzionali da Facoltà di Scienze Sociali, Politiche e del Territorio dell´Università del Salento, e que revela a palestra proferida na oportunidade.

2. Mestre e Doutor em Direito do Estado (Direito Administrativo) pela PUCSP. Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Curitiba e Membro do Corpo Docente Permanente do Mestrado em Direito Empresarial Cidadania do UNICURITIBA. Líder do Grupo "Atividade Empresarial e Administração Pública", cuja pesquisa em 2011 assim se revela: Atividade Empresarial e Administração Pública: fomento ao desenvolvimento nacional ambientalmente sustentável pela via das licitações e dos contratos administrativos (http://lattes.cnpq.br/0992142145444171).

> observância ou não observância deste imperativo quaisquer conseqüências. Também pode, porém, estatuir uma determinada conduta humana e, simultaneamente, ligar a essa conduta a concessão de uma vantagem, de um prêmio, ou ligar à conduta oposta uma desvantagem, uma pena (no sentido mais amplo da palavra). O princípio que conduz a reagir a uma determinada conduta com um prêmio ou uma pena é o princípio retributivo (*Vergeltung*). O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção.

Mutatis mutandis, assim também se dá em relação ao comportamento empresarial, que pode ser dirigido pela promessa institucionalizada de que, em direta e imediata resposta a ele, advirá uma vantagem ou uma desvantagem. Dentre estas se encontra a sanção jurídica em sentido estrito, aquela de praxe recebida pelo destinatário "como um mal"[3] e como a conduta devida a partir do Direito,[4] mas que em nada se confunde com a prescrita na norma jurídica (aquela socialmente reclamada).

Em síntese, no entorno de uma relação lógico-jurídica, *per se* o Direito garante a sanção de mesma ordem e não o comportamento prescrito, porque este reclama adesão material – seja ela desejada ou indesejada – do destinatário da norma.

Nessa perspectiva, para a incrementação da responsabilidade socioambiental das empresas, é possível imaginar dupla perspectiva: uma decorrente do exercício da função legislativa e outra do atuar administrativo. Ademais, ambas admitem uma expressão aflitiva ou premial, como se fará notar.

Antes, contudo, é preciso compreender em que consiste a chamada "responsabilidade socioambiental".

RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL E DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

Nem é preciso esforço para se constatar, no próprio âmago da Carta Política, a flagrante cautela com o meio ambiente – que se pretende ver preservado até para as futuras gerações – e com a "função social" da propriedade, sem a qual não há qualquer direito a cogitar e, quanto o mais, de garantido constitucionalmente.

Ou seja, a noção de responsabilidade socioambiental se encontra decantada na Lei das leis e aponta para um dever jurídico genérico, acometido a todos indistintamente, no sentido de harmonização das expectativas de crescimento, especialmente econômico, com os impactos de tanto, no meio social e ambiental. Logo, de forma a garantir o desenvolvimento nacional anunciado como objetivo fundamental da República.

Ignacy SACHS alerta para o fato de que o crescimento é condição necessária para o desenvolvimento, mas não suficiente; aquele pode permanecer indiferente à melhor distribuição de renda ou acentuar ainda mais as desigualdades sociais, beneficiando uma pequena minoria já originalmente abastada.[5] No mesmo sentido, há que se "minimizar as mudanças irreversíveis e, sobretudo, os danos irreversíveis" ao meio ambiente,[6] sob pena de revelação do "mau-desenvolvimento".[7]

---

3. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado; revisão para a edição brasileira Silvana Vieira. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 27.

4. Idem, ibidem, p. 28.

5. SACHS, Ignacy. **Rumo à ecossocioeconomia: teoria e prática do desenvolvimento.** Paulo Freire Vieira (org.). São Paulo: Cortez, 2007. p. 97.

6. Idem, ibidem. p. 99.

7. Não por acaso, Eros GRAU defende, desde os idos de 1980, que o desenvolvimento pressupõe crescimento econômico acompanhado de um processo contínuo e intermitente de mobilidade social, que faz com que as pessoas ascendam de uma condição para outra. (GRAU, Eros. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: RT, 1981. p. 7-14). E Fábio NUSDEO,

Mas parece que José Eli da VEIGA foi ainda mais percuciente, ao previamente justificar e, afinal, concluir que *sociambientalismo* se escreve junto;[8] "sem hífen":

> Para que seja compreendida a relação dialética que existe entre as temáticas do desenvolvimento e da sustentabilidade, ou do crescimento econômico e da conservação ambiental, são necessários conhecimentos sobre os comportamentos humanos (ciências sociais e humanas), sobre a evolução da natureza (ciências biológicas, físicas e químicas) e sobre suas configurações territoriais, Três âmbitos que interagem e se sobrepõem, afetando-se e condicionando-se mutuamente. O que significa que as revoluções científicas iniciadas por Darwin e Marx não podem continuar a ser subestimadas.
>
> Pode parecer estranho, mas o processo de adoção do termo *socioambiental* nada tem de fortuito ou de acaso. Responde a uma necessidade objetiva. A um imperativo que nunca poderá ser entendido – e muito menos explicado – por quem insista em negar ou rejeitar que a relação entre cultura e natureza tenha um caráter essencialmente dialético.[9]

Que não se baralhe, então, a responsabilidade socioambiental tomada nessa destacada perspectiva – atrelada ao desenvolvimento – com a eventual responsabilidade por infração às normas trabalhistas, às normas protetivas do meio ambiente (natural) ou mesmo do mercado, *e.g.*, e, ainda, por danos.

O *socioambientalismo* mira o futuro, vislumbra comportamentos como coletivamente desejados daqui a cinco, cinqüenta e quinhentos anos e não se preocupa, formal ou materialmente, com o descumprimento da lei e do Direito. Para tais hipóteses se propõe o espaço próprio da sanção aflitiva (seja ela administrativa ou penal) e da indenização (recomposição patrimonial do *status quo ante*), já devidamente esmiuçadas por ramos didaticamente autônomos do Direito (quais sejam o Administrativo, o Penal e o Civil). [10]

Nesse sentido, qualquer tentativa de maximização de comportamentos – individuais ou coletivos – pautados pela responsabilidade socioambiental (e daqueles que almejam ocupar lugares cada vez mais privilegiados numa sociedade que se reconhece como *global, tecnológica e de riscos*)[11] precisa se conciliar com a perspectiva premial, de oferecimento de uma vantagem como retribuição àquilo tudo que *ainda* não se afigura como juridicamente proibido ou obrigatório, mas que, muito provavelmente, *em breve tempo* se verá transmudado.

Ou seja, aqui se assume uma posição notadamente kelseniana, de reconhecer que a ordem jurídica pretende a sanção (numa implicação lógico-jurídica, de antecedente-conseqüente) e não o comportamento prescrito (aquele coletivamente útil). Todavia, isso não significa dizer que o Direito não pode estimular a adesão – *e voluntária* – aos comportamentos prescritos, e ainda quando não ameaçados de sanção. Basta adotar a outra lógica, que se revela tão ou mais importante, como política de estado ou de governo na atualidade.[12]

---

por sua vez, assenta que "para a continuidade do processo exige-se a presença do Estado. Esta dá-se, sobretudo por vai de indução, ou seja, medidas com vistas a estimular determinados setores ou atividades, (...)". (NUSDEO, Fábio. **Curso de economia – introdução ao direito econômico.** 6. ed. RT, 2010. p. 360-361.)

8. VEIGA, José Eli da. **A emergência socioambiental.** São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2007. p. 127-129.

9. Idem, ibidem. p. 129.

10. Carla RISTER se expressa de modo similar, ao tratar do desenvolvimento: "a visão do direito, no presente caso, deve estar voltada para o futuro, e não para o passado. (...) Ao examinarmos as normas construídas sob uma visão prospectiva, apareceria o seu objeto como incerto, como fim a ser perseguido. Assim, não se trataria de norma voltada a assegurar um tipo de conduta, mas sim o próprio alcance do seu objeto. (RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento – antecedentes, significados e conseqüências.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 9-10.)

11. BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad.** Barcelona: Paidós Iberica S.A., 2006.

12. "Fomento e polícia são, atualmente, formas de atuação estatal, cujo elemento distintivo pode ser identificado na medida em que a polícia "previne e reprime" – com a finalidade de manter e de restabelecer a ordem e a segurança públicas, empregando meios coativos, sempre que necessário –, ao passo que o fomento "promove e protege" – sem fazer uso da coação, utilizando meios persuasivos e promocionais." (MELLO, Célia Cunha. **O fomento da administração pública**.

FOMENTO COMO TÉCNICA DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOCIAL

De outra banda, convém lembrar que o Estado, para cumprir as tarefas que legitimam sua própria existência, pode *e deve* intervir no domínio econômico e no domínio social, com destaque, para regular os mercados e para prestar os serviços públicos, direta ou indiretamente. Mas não só. Conforme o caso, também constitui um seu *dever-poder* estimular certas atividades prestadas por particulares, pessoas físicas ou jurídicas, com ou sem finalidade lucrativa, porém de inolvidável interesse coletivo.

Na Constituição da República destacou-se a necessidade de se *favorecer* o microempreendedorismo, de se *fomentar* a produção agropecuária, de a lei *apoiar* e *estimular* o cooperativismo e, ainda, de *promover* a defesa do meio ambiente (inclusive mediante tratamento diferenciado, consoante o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação).[13]

Assim, tanto o legislador como o administrador público foram incumbidos de certas atribuições, dentre as quais a de potencializar certos comportamentos, pessoais e coletivos, a partir de "vantagens", como adequadamente propostas por Célia Cunha MELLO.[14/15]

Quanto à atividade legislativa, resta evidente o multifacetário resultado desse desiderato, favoravelmente perceptível pelo tratamento tributário diferenciado "oferecido" às microempresas e às empresas de pequeno porte (SUPERSIMPLES) pela Lei Complementar nº 123/2006. Nem todas as iniciativas, contudo, atenderam aos reclamos constitucionais. Infelizmente, a Lei nº 9.867/99 – que dispõe sobre a criação e o funcionamento de Cooperativas Sociais, visando à integração social dos cidadãos – não trouxe nenhuma vantagem a si atrelada e deixou as distintas cooperativas, a despeito de juridicamente reconhecidas, à mercê da boa vontade do Estado e da própria sociedade.

No âmbito do Poder Executivo – do Governo e da Administração – a situação é praticamente a mesma, porque há (louváveis) opções políticas e ações jurídico-administrativas ("gerais e abstratas" e/ou "individuais e concretas") concretizadoras daqueles comandos. Porém, existem tantas outras que são indiferentes ao desenvolvimento nacional sustentável. Quem sabe isso se dê pela falta de estudo ou mesmo de compreensão da "colaboração" e da "consensualidade", grafadas por Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO como expressivas de algumas das mais profundas "Mutações do Direito Administrativo".[16]

Mas há, ainda, hipóteses em que as vantagens concedidas administrativamente são peremptórias, independentes de qualquer ato de volição daquele direta ou indiretamente favorecido. Por exemplo, desde muito se faz largo uso do IPI (imposto sobre produtos industrializados) com finalidade extrafiscal e voltada à minimização de desigualdades sociais e regionais, com esteio até mesmo em decisões do Poder Judiciário em que se reconheceu essa "possibilidade" (*sic*) como conforme a Constituição.[17] E para proteger o meio ambiente usando dessa técnica, a doutrina tem se

---

Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 177.)

13. Consulte: REQUI, Érica Miranda dos Santos. Desenvolvimento sustentável e a agenda ambiental na administração pública A3P. In: **Revista Zênite de Licitações e Contratos-ILC**. Curitiba: Zênite, 2011, v. 203, p. 36-41.

14. *Op. cit.*

15. Confira: KOLADICZ, Aline Cristina. **A atividade empresarial socioambientalmente responsável e sustentável pela via do fomento estatal.** Curitiba. 2009. Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania – UNICURITIBA. Disponível em: http://tede.unicuritiba.edu.br/dissertacoes/AlineKoladicz.pdf. Acesso em: 08/10/2011.

16. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo**. Mutações do direito administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 42-43.

17. **Ementa**: TRIBUTO. Imposto sobre produtos industrializados. IPI. Alíquota. Fixação. Operações relativas a açúcar e álcool. Percentual de 18% (dezoito por cento) para certas regiões. Art. 2º da Lei nº 8.393/91. Ofensa aos arts. 150, II, 151, I, e 153, 3º, I, da CF. Inexistência. Finalidade extrafiscal. Constitucionalidade reconhecida. Improvimento ao recurso extraordinário. Não é inconstitucional o art. 2º da Lei federal nº 8.393, de 30 de dezembro de 1991. (STF, 1ª Turma, AI 515168 AgR-ED, Relator Min. CEZAR PELUSO, j. 30.08.2005)

mostrado ainda mais contundente e sensível, atinando para o abismo entre a incidência e a aplicação do Direito:

> Não há dúvidas quanto à correlação incidência x aplicação revelar o hiato existente entre o direito objetivo, como previsão abstrata, depois como direito subjetivo, enquanto norma, já incidida, portanto juridicizada, e a realização de seus efeitos, que somente ocorrem com a aplicação. Portanto, a incidência e a transformação do direito objetivo em subjetivo são infalíveis. O que não o é a aplicação, que depende da atuação dos homens para se realizar.[18]

Ou seja, a malsinada claudicância política e administrativa na aplicação das leis e do Direito – com especial destaque para a Carta Magna – é que reclama investigar-se, dentre outros assuntos, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável pela via das licitações e dos contratos administrativos, instrumento induvidosamente propício à incrementação da responsabilidade socioambiental das empresas que são ou que pretendem vir a ser parceiras negociais da Administração Pública.

O PAPEL DAS LICITAÇÕES E DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NA PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

Para nós, o assunto não é novidadeiro. Vem sendo revolvido desde 2009, antes mesmo da edição da Medida Provisória nº 495/2010 (de 19 de julho de 2010) – que alterou a Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93) e expressamente atrelou mais uma "finalidade" aos certames concorrenciais, ao lado das exaustivamente estudadas "promoção da isonomia" e "obtenção da seleção da proposta mais vantajosa". E a razão para tanto foi simples. A partir de 2006, em especial, detectaram-se novidades políticas, legislativas e administrativas em todo o Brasil agregando uma aparentemente estranha função (social) para as concorrências públicas. Algo dantes impensável, porque, por pressuposto, qualquer ação administrativa estaria umbilicalmente voltada à concretização jurídica ou material, direta e imediata, dos interesses públicos como assim reconhecidos na lei e na Constituição. Tudo delimitado pelo exercício da função administrativa *secundum legem*, nunca *contra legem* ou *praeter legem*, conforme lúcido e atualizado destaque de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO.[19]

Deveras, cumprir a lei – na sua frieza literal – era pouco, muito pouco,[20] especialmente quando o tema da (potencial) discricionariedade administrativa vinha à tona, na perspectiva inaugural de, ainda na fase interna da licitação, decidir-se qual a "solução ótima" para satisfação da necessidade (ou da utilidade) administrativa ou coletiva, à qual se poderia acrescentar outra – de positivo e desejado impacto também junto àqueles administrados que jamais viriam a se aproximar ou desfrutar do objeto do contrato. Somente isso autorizava pensar-se, desde então, numa "função social" da licitação.[21/22]

---

18. TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **Incentivos fiscais no direito ambiental.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31.

19. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 101.

20. Isto é referido, aliás, desde a década de trinta do século passado por Carlos MAXIMILIANO: "DEVE O DIREITO SER INTERPRETADO INTELIGENTEMENTE: não de modo que a ordem legal envolva um *absurdo*, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela, sem efeito, inócua, ou êste, jurìdicamente nulo. Revela acrescentar o seguinte: "é tão defectivo o sentido que deixa ficar sem efeito (a lei), como o que não a faz produzir efeito senão em hipóteses tão gratuitas que o legislador evidentemente não teria feito uma lei para preveni-las". Portanto, a exegese ha de ser de tal modo conduzida que explique o texto como não contendo superfluidades, e não resulte um sentido contraditório com o fim colimado ou o caráter do autor, nem conducente a *conclusão física ou moralmente* impossível. (MAXIMILIANO. Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 2. ed. Porto Alegre : Edição da Livraria do Globo, 1933. p. 183.)

21. "**Função Social da licitação: um deliberado *plus* à satisfação do Interesse Público**
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

O pano de fundo apresentado, na oportunidade, foi o seguinte:

> a licitação pública no Brasil sempre pôde 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 cumprimento de uma função social: ***latente**, e de difícil precisão e delimitação*, desde 15 de outubro de 1988 (data da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil); ***politizada em matéria ambiental*** por ocasião da realização da Conferência das Partes – COP 8 no Estado do Paraná (Decreto Estadual nº 6252, de 22 de março de 2006); ***economicamente segmentada*** a partir de 14 de dezembro de 2006 (dia da publicação da Lei Complementar nº 123/2006 – o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte); ***regionalmente dirigida para o desenvolvimento sustentável*** (na Amazônia, com a Lei Estadual nº 135, de março de 2007; e em São Paulo, com a Lei Estadual nº 13.798, de novembro de 2009, dentre outras); ***nacionalmente especializada em matéria ambiental*** (Lei Nacional sobre a Mudança do Clima – Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009) e, por fim – desde a edição da Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010 (que alterou a Lei nº 8.666/93) – **genérica e abstratamente dirigida à promoção desenvolvimento** (econômico e social) **nacional**, e como **condição de validade** a ser observada por todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como pelos órgãos da administração direta, além dos fundos especiais, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas, das sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios. [23]

E sobre as funções "anômalas" da licitação e do contrato administrativo também tratou Marçal JUSTEN FILHO:

> Mas 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

---

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* (do aparato administrativo), porém vários *interesses públicos*, num viés *primário-primário* (coletivo-coletivo) ou *secundário-primário* (administrativo-coletivo). Como exemplo assuma-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." [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 nov. p. 49-64.]

22. Confira, também: MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci N. Licitações nacionais como instrumento da efetivação dos princípios constitucionais do desenvolvimento nacional e do incentivo ao mercado interno. In: **Fórum de contratação e gestão pública – FCGP**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, ano 9, n. 107 nov. p. 07-11.)

23. 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 nov. p. 51-52.

> 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 prevêem a existência de licitações que assegurariam vantagens às pequenas empresas como meio de promover certos fins de grande relevância.[24/25]

Mas essa discussão é, contemporaneamente, superada – pelo menos no que diz com a "função social" da licitação concebida à margem da Lei nº 8.666/93.[26] Ocorre que, por ocasião da conversão da MP 495/2010 na Lei nº 12.349/2010, conferiu-se a segurança jurídica necessária ao reconhecimento de que, nos termos do *caput* do art. 3º da Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas, "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".[27]

É dizer: o sistema jurídico-administrativo licitatório brasileiro[28] se apóia, na atualidade, em três finalidades – de igual estatura e envergadura – para a licitação e que reclama a observância de tantos outros princípios como "condição de validade". Logo, não há mais espaço para se cogitar de uma "potencial" função social para as licitações a partir das regras de matriz constitucional. É a lei, mais simples de ser identificada e compreendida, que agora (também) exige a promoção do desenvolvimento nacional. Aquele que se predicou, ademais, como "sustentável", e mesmo que sem justificativa patente no processo legislativo, mas que se revela de compulsória assimilação a partir da compreensão do socioambientalismo em sua inteireza.

---

24. JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas.** São Paulo: Dialética, 2007. p. 80-81.

25. Tal possibilidade, aliás, nem é novidadeira ou exclusiva de brasileiros, porque assim já foi revelada, no ano de 1999 e sob os auspícios da UNAM, por León CORTIÑAS-PELÁEZ, no seu "Estudio Preliminar. Del horizonte mexicano del derecho de la licitación pública": "*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 economia de un país, de ha planteado y aún se discute la posibilidad de *instrumentalización de las compras* del Estado. Asi, 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, (...)." (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 Mexico**. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 1999. p. XXXIII-XXXIV.)

26. Confira: GIUSTI, Anna Flávia Camilli Oliveira**. A Licitação como instrumento de fomento ao desenvolvimento nacional sustentável.** Curitiba. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) – UNICURITIBA.

27. Destaques nossos.

28. Por evidente que há, no Brasil, um microssistema jurídico-administrativo licitatório. Ele é composto de princípios e de regras dispostos na Constituição Federal e nas Constituições Estaduais, em um sem número de Leis Orgânicas Municipais e em leis – dentre as quais as federais que veiculam "normas gerais" (como a Lei nº 10.520/2002 – que instituiu o pregão), além de estaduais (como a Baiana – Lei nº 9.433/2005) e municipais (de São Paulo, *e.g.*: Lei nº 13.278/2002), sejam elas "genéricas" (Lei nº 8.666/93) ou "especializadas" (Lei nº 8.987/1995) tratando diretamente da matéria, ou não (Lei Complementar nº 123/2006). Isto sem falar, ainda, nos regulamentos concretizadores de políticas públicas (Decreto Paranaense nº 6.252/2006), daqueles usuais, para fiel execução da(s) lei(s), e dos individualizados – voltados para específicas contratações (: os editais de licitação).

O mesmo se diga dos contratos administrativos, que sempre puderam ser utilizados – ainda que por exceção – para atingimento de fins diversos da isonômica seleção da proposta mais vantajosa. A contratação direta, nesses moldes, remonta ao Decreto-Lei nº 2300/86, que já previa a possibilidade, em seu art. 22, de a União intervir no domínio econômico para regular os preços ou normalizar o abastecimento, mediante dispensa de licitação. Desde a versão atualizada em 1993, e ampliada em 1994, permite-se, ainda, a contratação direta de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra.[29]

No entanto, pela via do fomento – dirigindo a licitação para certos fornecedores e produtos – se pode, até mesmo, reduzir os encargos de um contratado-empregador e fazer com que sua proposta comercial seja "incrementada" por conta da sua distinguida responsabilidade socioambiental.[30] Ou seja, com um efeito pouco conhecido e explorado. É de se lembrar, na passagem, que pululam em todo o Brasil iniciativas de reinserção social do egresso do sistema prisional e de profissionalização do detento. Dessas merecem destaque as decorrentes da louvável iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, batizada de "Programa Começar de Novo", de outubro de

---

29. O ato-falho do legislador percebe-se na complementar exigência feita, de que "o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado", a olhos vistos equivocada, porque parte do pressuposto de que o "gasto público" seria relevante, quando é o fomento da instituição (prestadora de atividade de relevante interesse coletivo) que se almeja atingir. Aliás, como reforço basta lembrar que o fomento poderia se dar por meio de subvenção social e sem qualquer contrapartida... (Art. 24. É dispensável a licitação: (...) XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.)

30. **INCENTIVOS LEGAIS À CONTRATAÇÃO**

A Lei de Execução Penal (LEP) e o Regulamento da Previdência Social (Decreto n. 3.048/99) estabelecem os seguintes incentivos ao empresário:

- O trabalho do preso no regime fechado e semiaberto não está sujeito ao regime da CLT. Portanto, o empresário fica isento de encargos como férias, 13º e FGTS. Dependendo do piso salarial, a redução nos custos da mão de obra pode chegar a 50%;

- A remuneração mínima corresponde a ¾ do salário mínimo. Normalmente, nos convênios firmados entre empresas e presídios é estipulado um salário mínimo como pagamento;

- Os apenados, enquanto permanecerem nos regimes fechado e semiaberto, são considerados contribuintes facultativos da Previdência e não segurados obrigatórios na condição de contribuintes individuais (Decreto n. 7.054/2009);

- Somente são encaminhados às vagas de trabalho externo candidatos selecionados pela Comissão Técnica de Classificação (CTC) de cada unidade penal, a qual é presidida pelo Diretor da unidade e composta por equipe multidisciplinar;

- O trabalho externo em instituições privadas e órgãos públicos é supervisionado pela Administração Penitenciária ou órgão instituído para esse fim, por meio de inspeções periódicas, de forma não ostensiva;

- Nas licitações para obras de construção, reforma, ampliação e manutenção de estabelecimento prisional, a proposta de aproveitamento, mediante contrato, de mão de obra de presos, poderá ser considerada fator de pontuação, a critério da legislação estadual ou municipal;

- Ao empregador cabe apenas o pagamento de salário, alimentação e transporte, salvo nos casos de contratação com registro em Carteira de Trabalho, hipótese em que o preso tem todos os direitos de um trabalhador livre;

- O trabalho dos detentos também é uma ação de responsabilidade social. Ajuda na ressocialização assim como na redução da pena – a cada três dias de trabalho o detento tem um dia a menos de pena a cumprir.

Portanto, contratar um apenado pode custar menos do que um empregado comum, especialmente naqueles Estados que instituem incentivos fiscais às empresas contratantes. Esse tipo de iniciativa pode contribuir muito para a diminuição da reincidência e para a reconstrução da vida desses seres humanos.

(BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Cartilha do empregador – 2011. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/programas/comecar-de-novo/campanha-2011/cartilha_do_empregador.pdf. Acesso em: 08/10/2011 – p. 16-17.)

2009, que "convenceram" a ITAIPU BINACIONAL e o Governo Federal (no que diz com as obras do PAC viabilizadas com verba federal) a reservar certo "percentual de vagas de trabalho" junto ao contratado para a prestação de serviços.

Desse modo, assumir uma postura *sociambientalmente* 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.

Todavia, importa mesmo é reconhecer que essa tendência – mesmo a partir de uma perspectiva legislativa – não tem volta, o que o novel RDC (Regime Diferenciado de Contratações Públicas), instalado pela Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011, só fez reforçar, notadamente em matéria ambiental:

> Chama a atenção, entretanto, a inovação reveladora da possibilidade de se exigir, conforme o específico objeto licitado, a "certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, *inclusive sob o aspecto ambiental*, por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada", nos termos do inciso III do art. 7º. Logo, como condição de aceitabilidade do produto e, pois, da própria proposta comercial, o que em nada colide com o princípio da isonomia ou mesmo resvala no acesso dos licitantes – mediante oferecimento de seus produtos – aos contratos administrativos. Ao revés, referida disposição acena o óbvio: que os gestores públicos *nunca* poderiam ter sido indiferentes às determinações constitucionais e legais de proteção e de preservação do meio ambiente, sendo-lhes vedado aceitar aquilo que a doutrina refere, faz muito, como objeto "ilícito" e, pois, inadmissível no âmbito da Administração. Aliás, traz ainda uma vantagem, qual seja a certificação prévia dará conta *per se* de "regular o acesso ao mercado público", na passagem. O que não se poderá tolerar, contudo, será eventual desvio de finalidade, exigindo-se certificação para tudo, sem uma justificativa técnica, pormenorizada e anterior, que reclame a inserção dessa exigência no edital de licitação que deverá, inclusive, ser padronizado. Logo, o trabalho de bem atender ao princípio da motivação, na fase interna (designada preparatória, neste novíssimo ato legislativo), deverá ser feito – e bem feito – uma única vez.[31]

Perceba-se, dessa feita, que a pretexto de participar de uma licitação regida pelo RDC, o proponente poderá ter de adequar-se, antecipadamente, a rígidas normas de certificação ambiental, o que aproveitará não apenas aos "compradores públicos",[32] mas aos parceiros privados e a toda coletividade.

Mercê do exposto, pode-se afirmar que a utilização das licitações e dos contratos administrativos em caráter instrumental, de maximização da responsabilidade socioambiental das empresas, não é apenas material e juridicamente viável, porém – hodiernamente – constitui um dever acometido a todos os agentes públicos com direta ou indireta atuação no segmento. E não só porque a referida "função social" passou a (também) ser uma das finalidades das concorrências públicas – e, por decorrência, das próprias contratações –, mas porque o desenvolvimento (nacional sustentável) configura direito fundamental.

---

31. FERREIRA, Daniel; SANTOS, José Anacleto. Licitações para a copa do mundo e olimpíadas – comentários sobre algumas inovações da Lei nº 12.462/2011. In: **Fórum de contratação e gestão pública – FCGP**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, ano 10, n. 117 set.)

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

DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL: UM DIREITO FUNDAMENTAL DE TODOS OS BRASILEIROS

Manoel Messias PEIXINHO e Suzani Andrade Ferraro sustentam que

> O direito do desenvolvimento é considerado na categoria de "direito de solidariedade" pertencente à terceira geração dos direitos humanos. (...)
>
> (...) direito ao desenvolvimento é um processo no pelos qual os direitos fundamentais e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados e que todas as pessoas humanas e todos os povos devem participar deste processo, uma vez que **participação** é um dos pontos centrais do direito ao desenvolvimento. (...)
>
> Contudo, o problema para o desenvolvimento está na falta de efetividade das normas, quer por falta de interesse político e da insuficiente iniciativa da sociedade civil no controle dos atos públicos. No entanto, **existem instrumentos jurídicos que podem direcionar a atuação estatal rumo ao desenvolvimento, a exemplo da adoção de políticas públicas** aliadas à transparência na gestão pública e ao controle do Judiciário que podem ser o elo entre a positivação constitucional e a efetivação do direito ao desenvolvimento.[33]

E assim induvidosamente o é, com especial destaque para a "participação", que pressupõe "colaboração" e "consensualidade", traços marcantes do Direito Administrativo contemporâneo, na visão de MOREIRA NETO.

Portanto, deixar de promover o desenvolvimento nacional sustentável pela via das licitações (e dos contratos administrativos) não equivale a um simples (*sic*) descumprimento de dever legal, ou mesmo desobediência a simples regras constitucionais; revela, sim, descumprimento a direito fundamental.[34]

Nesta mesma linha de raciocínio, assumindo (a promoção de) o desenvolvimento nacional sustentável como direito que é – de índole social e fundamental –, então em face dele se propõe a invocação do *princípio da vedação ao retrocesso*, que proíbe os poderes públicos de retroagir no atuar que realiza, ou pelo menos prestigia, a sua concretização, direta ou indireta, imediata ou mediata, material ou jurídica.

Como afirmou Joaquim José Gomes CANOTILHO,

> uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjectivo*. A "proibição de retrocesso social" nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (*reversibilidade fáctica*), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos *direitos adquiridos* (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do *princípio da*

---

33. PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao desenvolvimento como direito fundamental. In: **XVI Congresso Nacional do CONPEDI**, 2007, Belo Horizonte: Fundação Boiteux, 2007. p. 6971. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf. Acesso em: 7 out. 2011.

34. "(...) a efetivação dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais não é apenas uma obrigação moral dos Estados, mas também uma obrigação jurídica, que tem por fundamento os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial o Pacto Internacional dos Direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais. Os estados têm, assim, o dever de respeitar, proteger e implementar os direitos (...) enunciados no Pacto. (...) Nos termos em que estão previstos pelo Pacto, estes direitos apresentam realização progressiva, estando condicionados à atuação do Estado, que deve adotar todas as medidas, até o máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a completa realização desses direitos (pacto, art. 2º, § 1º)." [PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais e direitos civis e políticos. In: SILVA, Letícia Borges da; OLIVEIRA, Paulo Celso de (Coord.). **Socioambientalismo: uma realidade – homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 129.]

> *protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural*, e do *núcleo essencial* da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. (...) Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionalmente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma.[35]

Donde, se um egresso do sistema prisional vê realizado seu direito social ao emprego por meio de um incentivo conferido em licitação, por conta da qual sua mão-de-obra, intermediada pelo licitante, fez-se necessária, não poderá o encerramento do contrato, por exaurimento do seu objeto, redundar, pura e simplesmente, no desfazimento da estimulada relação de emprego. De modo similar, se num instrumento convocatório a Administração assume como devida a exigência de certificação ambiental de um produto, então nas próximas fica obrigada a manter o referencial. Tudo para garantir a manutenção do *status quo*, como expressão – que foi – de promoção efetiva e eficaz do desenvolvimento nacional sustentável.

Para facilitar, colaciona-se, outra vez, a precisa lição do mestre lusitano:

> O **princípio da proibição do retrocesso social** pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas ("lei da segurança social", "lei do subsídio do desemprego", "lei do serviço de saúde") deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa "anulação", "revogação" ou "aniquilação" pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.[36]

A perspectiva que se abre, assim, é a seguinte: já que a Lei nº 12.349/2010 fixou a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como *um dos fins da licitação* e que ele se revela como direito fundamental, nem por hipótese poderá haver retrocesso legislativo, passando ela a constituir norma de caráter teleológico fugidia a revisão, salvo para extensão e/ou ampliação de seus efeitos.

Outrossim, pelo fato de o art. 3º da Lei nº 8.666/93 se apresentar, indubitavelmente, como "norma geral de licitações", então todos os demais atos legislativos, estaduais e municipais, e demais de natureza infra-legal, deverão a ela adequar-se, sem exceção.

Demais disso, considerando que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável se realiza, *in casu*, mediante a adoção de *práticas administrativas* voltadas ao fomento do microempreendedorismo, à preservação do meio ambiente, à inclusão social e, mais atualmente, até mesmo a salvaguardar direitos trabalhistas,[37] dentre outras, a falta delas a um só tempo revela

---

35. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 320-321.
36. Idem, ibidem. p. 321.

37. A Lei nº 12.440/2011, de 07 de julho de 2011, alterou a CLT e instituiu novo artigo, cujo teor é o seguinte: "Art. 642-A. É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho. § 1º O interessado não obterá a certidão quando em seu nome constar: I – o inadimplemento de obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado proferida pela Justiça do Trabalho ou em acordos judiciais trabalhistas, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, a honorários, a custas, a emolumentos ou a recolhimentos determinados em lei; ou II – o inadimplemento de obrigações decorrentes de execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia. (...)"

Da mesma forma, alterou o *caput* do art. 29 da Lei nº 8.666/93, introduzindo novo inciso, que determina, como condição de habilitação, a "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." O *vacatio legis* previsto foi de 180 (cento e oitenta dias), de sorte que a novidade trará efeitos a partir de janeiro de 2012.

descumprimento de dever constitucional e legal, bem como violação a direito fundamental e, neste cariz, ainda, a vulneração de direito subjetivo.

Portanto, os "interessados"[38] podem exigir a satisfação desse direito fundamental perante as Cortes de Contas e junto ao Estado-Juiz, mormente reclamando a expedição de regulamentos (para fiel, objetiva e impessoal execução da lei). Conforme o caso, ainda, para fazer-se inserir, nos editais de licitação, requisitos específicos – como "reserva de mercado" para microempresas, exigência de certificação de empresas e de produtos como ambientalmente adequados, e/ou determinação de estipulação de critérios objetivos para valoração de propostas técnico-comerciais, a partir de fatores de sustentabilidade ambiental, de geração de emprego e de renda.

POR UMA POLÍTICA PÚBLICA NACIONAL DE FOMENTO AO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL:

Em suma, é chegado o momento de se insistir na necessidade de uma *política pública* **nacional**, apta a unir todos os entes políticos, órgãos e entidades, públicas e privadas – com ou sem fins lucrativos, e a sociedade em geral na conscientização[39] de que o desenvolvimento nacional sustentável constitui um direito, de índole social, fundamental e *subjetivo*; portanto, de todos – e, particularmente, ainda, de cada um de nós.

Mas isso há de ser feito, evidentemente, na acepção técnica da expressão, como apontada por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO

> *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. Estamos em que é inequívoco que se pode controlar juridicamente políticas públicas. Com efeito, se é possível controlar cada ato estatal, deve ser também possível controlar o todo e a movimentação rumo ao todo. Assim como agredir um princípio é mais grave que transgredir uma norma, empreender uma política – que é um plexo de atos – que seja em si mesma injurídica é mais grave que praticar um simples ato contraposto ao Direito. Logo, se é possível atacar o menos grave, certamente será possível atacar o mais grave. (...)
>
> São legitimados para opor-se a políticas públicas tanto o Ministério Público, como os habilitados em geral á propositura de ações civis públicas, como quaisquer cidadãos que possam demonstrar gravame que pessoalmente os atinja pela política pública empreendida ou indevidamente omitida, ainda que tal prejuízo seja disseminado sobre toda uma coletividade. O que legitima o cidadão não é a particularidade do gravame, mas o fato de subtrair um bem jurídico de que pessoalmente desfrutaria se a ordem jurídica fosse obedecida (...).[40]

Destarte, uma vez implementada, de fato e de direito, a referida política pública nacional – de promoção do desenvolvimento nacional sustentável induzido pelo "poder de compra" estatal,[41] então, num efeito cascata e de progressão geométrica, a responsabilidade empresarial socioambiental

---

Art. 4º Esta Lei entra em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data de sua publicação.

38. Na condição de licitantes, as pessoas jurídicas socioambientalmente responsáveis, as microempresas e empresas de pequeno porte, dentre outras; na condição de favorecidos, os egressos do sistema prisional e quaisquer sujeitos que se sintam prejudicados pela desatenção com o meio ambiente etc.

39. Sobre a importância da educação ambiental, confira: GALLI, Alessandra. **Educação ambiental como instrumento para o desenvolvimento sustentável.** Curitiba, Juruá, 2008.

40. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit*. p. 821-822.

41. Confira, pela relevância: ZANIN, Luís Maurício Junqueira; BARRETO, Cláudio Pereira. **Cartilha do Comprador: as compras públicas alavancando o desenvolvimento**. Brasília DF: CNM, SEBRAE, 2006. Do mesmo modo, consulte: BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. O que você pode fazer para comprar mais das Micro e Pequenas Empresas (MPE's). 19p. Disponível em: http://www.sebrae.com.br/customizado/lei-geral/Cartilha_MPEs.pdf. Acesso em: 08/10/2011.

restará maximizada, sendo praticamente ínfimas as possibilidades de retrocesso. Afinal, quem possui sua atividade empresarial certificada como ambientalmente adequada, *e.g.*, dificilmente concorrerá para a perda do *status*, obtido, aliás, com significativos investimentos.

EM SÍNTESE – E A GUISA DE CONCLUSÃO

Enfim, pode-se concluir que:

(i) são duas as formas de o Direito estimular comportamentos (das pessoas físicas e jurídicas), mas isto sempre se dá no entorno do princípio retributivo: para o comportamento juridicamente indesejado, a sanção aflitiva, punitiva; para o conduta desejada, o prêmio;

(ii) a responsabilidade socioambiental (das pessoas físicas das pessoas jurídicas) se extrai do sistema jurídico e a partir da própria Constituição da República;

(iii) *socioambientalismo* se escreve sem hífen: não há como cindir o social do ambiental, mormente quando a pauta do crescimento econômico vem à tona. Desenvolvimento pressupõe crescimento (econômico), repartição da riqueza, minimização das desigualdades e preservação do meio ambiente inclusive para as futuras gerações;

(iv) o socioambientalismo mira o futuro, vislumbra comportamentos como coletivamente desejados daqui a cinco, cinqüenta e quinhentos anos e não se preocupa, formal ou materialmente, com o descumprimento da lei e do Direito. Para tais hipóteses se propõe o espaço próprio da sanção aflitiva, seja ela administrativa ou penal dentre outras;

(v) tanto o legislador como o administrador público foram incumbidos de certas atribuições, dentre as quais a de potencializar certos comportamentos, pessoais e coletivos, a partir da promessa de "vantagens". Essa técnica é reconhecida como fomento e se insere nas formas de intervenção do Estado e da Administração Pública no domínio econômico e social;

(vi) o "poder de compra estatal" pode e deve servir como adequado instrumento de *promoção do desenvolvimento nacional sustentável*, ainda mais quando a Lei nº 8.666/93, em sua nova redação, estipula tal desiderato como finalidade (legal) da licitação – de mesma estatura e envergadura que a observância da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa. Todos, ademais, como condição de validade;

(vii) promover o desenvolvimento nacional sustentável é dever do Estado, mas não só. O desenvolvimento nacional sustentável é, também, um direito, de índole social e fundamental, que pode ser exigido por todos e por cada um individualmente;

(viii) uma vez concretizado, de forma personificada, em uma de suas facetas, resta vedada a desconstituição desse direito fundamental. Logo, para que se possa demitir um ex-detento que tenha sido contratado mediante inolvidável vantagem competitiva deferida em licitação, há de haver causa superveniente e suficiente para tanto. Donde, se houver necessidade de sua substituição ao longo da execução do contrato, ela terá de recair em sujeito em condição similar;

(ix) a promoção do desenvolvimento nacional sustentável – pela via das licitações e das contratações públicas – reclama por uma urgente política nacional, se não pela sua intrínseca utilidade, pelo menos para fins de harmonizar a interpretação e aplicação dessa "norma geral" de licitações (art. 3º, *caput* – da Lei nº 8.666/93, em sua ampliada versão);

(x) o "poder de compra estatal" é instrumento bastante para modificação de comportamentos empresariais coletivamente desejados, inclusive com efeitos *que tendem a se manter no futuro*. De conseguinte, a adequada e progressiva incorporação de critérios estimuladores, por exemplo, do microempreendedorismo, da inclusão social e/ou mais severos que os legalmente tolerados em matéria ambiental – como condição de acesso de proponentes ou de classificação de propostas – serve, por evidente, para

incrementar a responsabilidade empresarial socioambiental, além de fazer cumprir um dever legal e constitucional, na realização do tantas vezes referido direito fundamental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

2) BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad.** Barcelona: Paidós Iberica S.A., 2006.

3) BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Cartilha do empregador – 2011. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/programas/comecar-de-novo/campanha-2011/cartilha_do_empregador.pdf. 32p. Acesso em: 08/10/2011.

4) BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. O que você pode fazer para comprar mais das Micro e Pequenas Empresas (MPE's). 19p. Disponível em: http://www.sebrae.com.br/customizado/lei-geral/Cartilha_MPEs.pdf. Acesso em: 08/10/2011.

5) CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

6) 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 Mexico**. Ciudad do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

7) 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 nov.

8) _____; SANTOS, José Anacleto. Licitações para a copa do mundo e olimpíadas – comentários sobre algumas inovações da Lei nº 12.462/2011. In: **Fórum de contratação e gestão pública – FCGP**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, ano 10, n. 117 set.

9) GALLI, Alessandra. **Educação ambiental como instrumento para o desenvolvimento sustentável.** Curitiba, Juruá, 2008.

10) GIUSTI, Anna Flávia Camilli Oliveira**. A Licitação como instrumento de fomento ao desenvolvimento nacional sustentável.** Curitiba. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) – UNICURITIBA. Trabalho não publicado.

11) GRAU, Eros. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: RT, 1981.

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

13) KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado; revisão para a edição brasileira Silvana Vieira. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

14) KOLADICZ, Aline Cristina. **A atividade empresarial socioambientalmente responsável e sustentável pela via do fomento estatal.** Curitiba. 2009. 134p. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) – UNICURITIBA. Disponível em: http://tede.unicuritiba.edu.br/dissertacoes/AlineKoladicz.pdf. Acesso em: 08/10/2011.

15) MAXIMILIANO. Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 2. ed. Porto Alegre : Edição da Livraria do Globo, 1933.

16) MELLO, Célia Cunha. **O fomento da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

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

18) MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci N. Licitações nacionais como instrumento da efetivação dos princípios constitucionais do desenvolvimento nacional e do incentivo ao mercado interno. In: **Fórum de contratação e gestão pública – FCGP**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, ano 9, n. 107 nov.

19) NUSDEO, Fábio. **Curso de economia – introdução ao direito econômico.** 6. ed. RT, 2010.

20) PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao desenvolvimento como direito fundamental. In: **XVI Congresso Nacional do CONPEDI**, 2007, Belo Horizonte: Fundação Boiteux, 2007. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf. Acesso em: 7 out. 2011.

21) PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais e direitos civis e políticos. In: SILVA, Letícia Borges da; OLIVEIRA, Paulo Celso de (Coord.). **Socioambientalismo: uma realidade – homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho**. Curitiba: Juruá, 2008.

22) REQUI, Érica Miranda dos Santos. Desenvolvimento sustentável e a agenda ambiental na administração pública A3P. In: **Revista Zênite de Licitações e Contratos-ILC**. Curitiba: Zênite, 2011, v. 203, p. 36-41.

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

24) SACHS, Ignacy. **Rumo à ecossocioeconomia: teoria e prática do desenvolvimento.** Paulo Freire Vieira (Org.). São Paulo: Cortez, 2007.

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

26) SILVA, Lígia Neves da. **Os paradigmas da justiça social como referencial teórico da responsabilidade social empresarial.** Curitiba. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) – UNICURITIBA. Trabalho não publicado.

27) TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **Incentivos fiscais no direito ambiental.** 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

29) ZANIN, Luís Maurício Junqueira; BARRETO, Cláudio Pereira. **Cartilha do Comprador: as compras públicas alavancando o desenvolvimento**. Brasília DF: CNM, SEBRAE, 2006.