

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

ISABELLA KAROLLINA ROSSITO

Contratação pública socialmente sustentável:  
mecanismos na legislação nacional brasileira

Ribeirão Preto

2019



ISABELLA KAROLLINA ROSSITO

Contratação pública socialmente sustentável:  
mecanismos na legislação nacional brasileira

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientador: Professor Associado Thiago Marrara de Matos

Ribeirão Preto

2019

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca  
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,  
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

R831c	<p>Rossito, Isabella Karollina</p> <p>Contratação pública socialmente sustentável: mecanismos na legislação nacional brasileira / Isabella Karollina Rossito; orientador Thiago Marrara de Matos. -- Ribeirão Preto, 2019. 177 p.</p> <p>Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2019.</p> <p>1. LICITAÇÃO. 2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 3. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. 4. SUSTENTABILIDADE SOCIAL. I. de Matos, Thiago Marrara, orient. II. Título</p>
-------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

## FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: ROSSITO, Isabella Karollina

Título: Contratação pública socialmente sustentável: mecanismos na legislação nacional brasileira

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_



## DEDICATÓRIA

Às mulheres da minha vida:

Cicera, Daniela e Mariana.



## AGRADECIMENTOS

À Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, lugar que foi minha casa por mais de seis anos, e que nunca deixará de ser. Foi dentro de seus muros que surgiu o interesse pelo Direito Administrativo e onde conheci tantas pessoas maravilhosas, que ajudaram a moldar quem sou hoje. Agradeço à instituição e a todos os profissionais que a mantêm em pleno funcionamento para que os alunos possam aproveitar ao máximo as suas possibilidades.

Ao Prof. Assoc. Thiago Marrara, por ter me apresentado com tanta maestria e entusiasmo o que se tornaria minha área de trabalho e pesquisa. Muito obrigada pela confiança ao longo de toda essa trajetória, que teve início nas aulas de Direito Administrativo em 2013, passou por vários semestres de grupos de estudos e seminários de pesquisa, Iniciação Científica, Trabalho de Conclusão de Curso até chegar ao Mestrado. Obrigada por ser esse exemplo de profissional e de ser humano para todos os seus orientandos.

Aos amigos e companheiros acadêmicos do Grupo de Estudos de Direito Administrativo (GDA-USP), com quem compartilho tantas aventuras e momentos de reflexão: Alexandre, André, Carol, Jesus, Paulo, Mariana e Ricardo. A trajetória acadêmica é mais divertida com vocês.

Aos amigos e colegas do escritório Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, que contribuem diariamente para o meu crescimento pessoal e profissional: Beatriz, Diego, Gabriela, Guilherme, Lucas, Luísa, Natália, Rafael e, em especial, ao Cesar. Muito obrigada por todo o incentivo e apoio, imprescindíveis à conclusão desse trabalho.

Também tive a sorte de contar, durante todo esse processo, com a amizade de mulheres maravilhosas, mesmo que cada uma esteja num canto do mundo. Às amigas Acácia, Isabela, Mariana, Natália, Sarah e Thaiana: muito obrigada. A força de vocês me inspira.

Finalmente, à minha família: minha mãe, Cicera, minha irmã, Daniela, minha sobrinha, Mariana, meu pai, Dagoberto, e minha madrastra, Ana. Muito obrigada pela paciência e compreensão com as minhas ausências, bem como por todo o apoio e amor incondicional que me permitiram chegar até aqui. Eu amo vocês.



## RESUMO

ROSSITO, Isabella Karollina. *Contratação pública socialmente sustentável: mecanismos na legislação nacional brasileira*. 2019. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019.

A Lei n. 12.349, de 15 de dezembro de 2010, inseriu no artigo 3º da Lei das Licitações o objetivo de “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”. Entende-se classicamente que a sustentabilidade possui, no mínimo, três dimensões: ambiental, social e econômica. Apesar de sua relevância, o aspecto social tem sido pouco explorado pela doutrina nacional. Diante disso, a presente pesquisa se dispôs a analisar quais são, como funcionam e o que objetivam os mecanismos de contratação pública socialmente sustentável existentes na legislação nacional brasileira. Para tanto, inicialmente promoveu-se um estudo acerca das características da função de fomento dos contratos públicos e da sustentabilidade sob o viés social. Com base nos parâmetros estabelecidos, foi realizado um levantamento legislativo visando mapear os mecanismos de direcionamento da contratação pública para o atingimento da sustentabilidade social existentes. Posteriormente, os mecanismos foram analisados individualmente, agrupados pela fase da contratação em que produzem efeitos. Ao final, o trabalho definiu “contratação pública socialmente sustentável” e enfrentou os principais desafios e críticas relacionados ao tema, concluindo que o instituto tende a se perenizar e aperfeiçoar, não configurando apenas uma moda passageira no direito administrativo brasileiro.

**Palavras-chave:** Contratação pública. Licitação pública. Desenvolvimento sustentável. Sustentabilidade social.



## ABSTRACT

ROSSITO, Isabella Karollina. Socially sustainable public procurement: mechanisms in brazilian national legislation. 2019. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019.

Law 12.349, from December 15th, 2010, inserted in article 3 of the Law 8.666/1993 the objective of "promoting sustainable national development". It is classically understood that sustainability has at least three dimensions: environmental, social and economic. In spite of its relevance, the social aspect was left aside by the national doctrine. This research aims to analyze what the mechanisms of socially sustainable public procurement in the Brazilian national legislation are, how they work and what are their goals. In order to do so, at first a study was carried out on the characteristics of the function of promotion in public procurement, as well as on the sustainability in its social aspect. Based on the established parameters, a legislative survey was carried out aiming to map the mechanisms for directing public procurement to achieve social sustainability. Subsequently, the mechanisms were analyzed individually, grouped by the contracting phase in which they produce effects. In the end, the work defined "socially sustainable public procurement" and faced the main challenges and criticisms related to the subject, concluding that the institute tends to perpetuate and be optimized, not characterizing just a passing fad in Brazilian administrative law.

**Keywords:** Public procurement. Public bidding. Sustainable development. Social sustainability.



## LISTA DE TABELAS

<b>Tabela 1:</b> Legislação básica analisada.....	26
<b>Tabela 2:</b> Parâmetro de pesquisa “licitação”.....	28
<b>Tabela 3:</b> Parâmetros de pesquisa “Administração Pública”; “aquisição”; “preferência”.....	29
<b>Tabela 4:</b> Parâmetros de pesquisa “aquisição”; “desenvolvimento sustentável”.....	30
<b>Tabela 5:</b> Diretrizes gerais.....	84
<b>Tabela 6:</b> Dispensa.....	96
<b>Tabela 7:</b> Licitações exclusivas.....	111
<b>Tabela 8:</b> Habilitação.....	118
<b>Tabela 9:</b> Critério de desempate.....	120
<b>Tabela 10:</b> Reserva de cargos para pessoas portadoras de deficiência ou reabilitados da Previdência Social.....	124
<b>Tabela 11:</b> Margem de preferência.....	128
<b>Tabela 12:</b> Critérios de desempenho.....	132
<b>Tabela 13:</b> Obrigações contratuais.....	135
<b>Tabela 14:</b> Número de egressos ou oriundos do sistema prisional por quantidade de funcionários.....	139



## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO E METODOLOGIA.....	21
1.1 A emergência das contratações públicas sustentáveis na legislação brasileira	21
1.2 Problema e objetivos da pesquisa.....	22
1.3 Delimitação do tema.....	22
1.3 Recorte metodológico.....	23
1.4 Procedimento metodológico.....	25
1.4.1 Métodos e técnicas .....	29
2. A FUNÇÃO DE FOMENTO DOS CONTRATOS PÚBLICOS.....	31
2.1 As formas de intervenção do Estado na economia.....	31
2.1.1 A intervenção no domínio econômico ou intervenção direta.....	33
2.1.2 A intervenção sobre o domínio econômico ou intervenção indireta .....	35
2.1.3 As tendências da intervenção estatal na economia.....	36
2.2 A função administrativa de fomento .....	38
2.2.1 Definição .....	38
2.2.2 Características .....	40
2.2.3 Meios de fomento.....	42
2.3 A função de fomento dos contratos públicos .....	45
2.3.1 A caracterização da “função de fomento” dos contratos públicos .....	46
2.3.3 Agente fomentador .....	51
2.3.4 Objeto, agente e destinatário do fomento.....	53
2.3.5 Reserva legal .....	56
3. A DIMENSÃO SOCIAL DA SUSTENTABILIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....	61
3.1 Proposição do conceito de desenvolvimento sustentável.....	61
3.1.1 Antecedentes – A Conferência de Estocolmo .....	61

3.1.2 Nosso futuro comum – o Relatório Brundtland.....	65
3.2 Evolução do conceito.....	66
3.2.1 A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento.....	66
3.2.1 A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (Rio92).....	67
3.2.2 A Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável de Joanesburgo (Rio+10).....	69
3.2.3 Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20).....	70
3.4 A dimensão social da sustentabilidade .....	71
3.3 O princípio constitucional do desenvolvimento sustentável.....	75
3.2 Parâmetros na contratação pública .....	78
4. MECANISMOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA SOCIALMENTE SUSTENTÁVEL .....	81
4.1 Aspectos introdutórios .....	81
4.2 Fase interna da licitação.....	82
4.3.1 Diretrizes gerais .....	82
4.3.1.1 Sustentabilidade .....	87
4.3.1.2 Tratamento privilegiado às micro e pequenas empresas .....	89
4.3.1.3 Incentivos à inovação e à pesquisa tecnológica.....	91
4.3.1.4 Incentivos à agricultura familiar .....	91
4.3.1.5 Igualdade de oportunidades para a população negra .....	93
4.3.2 Dispensa.....	93
4.3.2.1 Instituição dedicada à recuperação social do preso .....	99
4.3.2.2 Associação de portadores de deficiência .....	100
4.3.2.3 Associações ou cooperativas de catadores de materiais recicláveis	101
4.3.2.4 Serviços de assistência técnica e extensão rural no PRONATER ...	103
4.3.2.5 Transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS ..	104

4.3.2.6 Implementação tecnologias sociais de acesso à água.....	105
4.3.2.7 Programa Nacional de Alimentação Escolar.....	106
4.3.2.8 Programa de Aquisição de Alimentos .....	108
4.3.2.9 Transporte rodoviário de cargas .....	109
4.3.4 Licitações reservadas.....	110
4.3.4.1 Concessões florestais.....	111
4.3.4.2 Contratação até R\$ 80.000,00 .....	112
4.3.4.3 Cota de até 25% para bens de natureza divisível .....	114
4.3 Fase externa da licitação.....	115
4.3.1 Habilitação.....	115
4.3.1.1 Prazo para ME e EPP sanarem irregularidades na documentação ...	117
4.3.2 Critério de desempate .....	118
4.4.1.1 Produzidos no país e produzidos ou prestados por empresas brasileiras .....	120
4.4.1.3 Por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos para pessoa com deficiência ou reabilitado da Previdência Social .....	122
4.4.1.4 Microempresas e empresas de pequeno porte .....	123
4.4.1.5 Desenvolvimento de ações de equidade entre homens e mulheres ..	125
4.3.3 Margem de preferência.....	126
4.4.2.1 Estoques reguladores .....	127
4.4.2.2 Empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos para pessoa com deficiência ou reabilitado da Previdência Social .....	128
4.4.2.3 Microempresas e empresas de pequeno porte .....	129
4.4 Execução contratual .....	129
4.5.1 Critérios de desempenho .....	130
4.5.1.1 Remuneração variável vinculada ao desempenho.....	131
4.5.1.2 Bonificação vinculada ao desempenho .....	132
4.5.2 Obrigações contratuais .....	133

4.5.3.1 Medidas de compensação .....	135
4.5.3.2 Contratação de oriundos ou egressos do sistema prisional.....	136
4.5.3.3 Formas diferenciadas de fixação garantias e preços em concessão florestal.....	138
4.5.3.4 Ações voltadas ao benefício da comunidade local .....	139
4.5.3.5 Subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte.....	139
4.5.3.6 Oferecimento de conteúdo em formato acessível .....	140
4.5.3.7 Contratação de mulheres vítimas de violência doméstica .....	141
5. CONTRATAÇÃO PÚBLICA SOCIALMENTE SUSTENTÁVEL.....	143
5.1 Definição.....	143
5.2 Críticas .....	143
5.3 Desafios .....	150
5.3.1 Planejamento.....	151
5.3.2 Ponderação entre custos econômicos e vantagens sociais .....	155
5.3.3 Discricionariedade administrativa .....	157
5.4 O projeto da nova Lei de Licitações .....	160
6. CONCLUSÃO .....	161
BIBLIOGRAFIA .....	167

## 1. INTRODUÇÃO E METODOLOGIA

Este capítulo apresentará o tema do presente estudo, os problemas que ele se dispõe a enfrentar e a metodologia eleita para tanto, apresentando seus objetivos, o recorte elaborado para a execução do levantamento legislativo e os métodos para análise dos resultados encontrados.

### 1.1 A emergência das contratações públicas sustentáveis na legislação brasileira

Em sua concepção tradicional, as contratações públicas destinavam-se exclusivamente a prover os entes estatais dos bens, serviços e obras necessários ao exercício de suas atividades, ou a dar um destino aos bens de que os entes administrativos não necessitassem. Sob esse enfoque, as contratações públicas eram destinadas a promover a satisfação direta e imediata das necessidades estatais (pelo lado da oferta ou da demanda).<sup>1</sup> Essas eram as finalidades *microeconômicas* da licitação e dos contratos administrativos. Nessa relação *inter partes*, não se cogitava dos efeitos causados pela contratação além das partes diretamente envolvidas.

Contudo, quando o Estado busca produtos e serviços no mercado, movimentando seu imenso poder de contratação, são geradas diversas externalidades de cunho *macroeconômico*. Com adequado planejamento e regulamentação, é possível que o poder de contratação público seja orientado para a geração de externalidades positivas apropriáveis pela sociedade. Num contexto em que a preocupação com a busca pelo desenvolvimento sustentável toma conta do cenário internacional, o poder de contratação pública passa a ser visto também como um meio de intervenção indireta sobre a ordem econômica, através da função de fomento.

A função de fomento é uma forma indireta de intervenção do Estado sobre a ordem econômica, por meio da qual se estabelecem mecanismos que visam a orientar a contratação administrativa à busca de finalidades públicas externas ao objeto imediato da contratação, visando o alcance do desenvolvimento sustentável, assumido como objetivo pela Organização das Nações Unidas em diversos compromissos internacionais, como a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, e pelo Brasil na Constituição Federal.

A leitura conjugada dos artigos 3º, 170 e 225 da Constituição permite a compreensão de que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil garantir o desenvolvimento socialmente inclusivo, que assegure a erradicação da pobreza e da marginalização, existência digna a todos, redução das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem de todos, sem

---

<sup>1</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 18ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 97.

quaisquer tipos de preconceito, assim como o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. É a consagração implícita do princípio do desenvolvimento sustentável no ordenamento jurídico nacional.

## **1.2 Problema e objetivos da pesquisa**

O desenvolvimento sustentável é um conceito multidimensional. Classicamente, admite-se que seu conteúdo abrange, no mínimo, o tripé ambiental, econômico e social. Todavia, o aspecto social do desenvolvimento sustentável tem sido percebido como o mais desconsiderado,<sup>2</sup> em termos normativos e doutrinários. Diante disso, na presente dissertação, executa-se um estudo da sustentabilidade nas contratações públicas especificamente sob o viés social.

A investigação guia-se pela seguinte indagação geral: quais são, como funcionam e o que objetivam os mecanismos de contratação pública socialmente sustentável existentes na legislação nacional brasileira?

O objetivo geral desse estudo consiste em analisar os mecanismos de contratação socialmente sustentável existentes na legislação nacional brasileira, mapeando-os por fases da contratação, quais sejam: (i) a fase interna da licitação; (ii) a fase externa da licitação; e (iii) a fase de execução contratual.

Os objetivos específicos da pesquisa são (i) estudar a função de fomento das contratações públicas; (ii) explorar o aspecto social da sustentabilidade e estabelecer parâmetros para que um mecanismo de contratação sustentável seja considerado social; (iii) sistematizar a legislação que trata do assunto, realizando um levantamento dos mecanismos existentes; (iv) analisar cada mecanismo de contratação socialmente sustentável encontrado; (v) expor e debater as principais críticas e desafios relacionados ao tema; (vi) ao final, conceituar “contratação pública socialmente sustentável”; (v) contribuir para a formação da doutrina sobre o assunto.

## **1.3 Delimitação do tema**

Para mais bem delimitar o tema que, na presente dissertação, propõe-se examinar, é importante destacar que não será realizada uma avaliação qualitativa sobre a efetividade dos mecanismos de contratação pública socialmente sustentável encontrados e analisados.

---

<sup>2</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Contratações públicas sustentáveis. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Orgs.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 83.

Exemplificativamente, não se avaliará a margem de preferência para contratação de empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou reabilitado da Previdência Social (contida no art. 3º, § 5º, inciso II, da Lei 8.666/1993), nem se ela efetivamente estimula a contratação de pessoas com deficiência ou reabilitados da Previdência Social pelas empresas. Tampouco se indagará se a instituição de margem de preferência em processos de licitação é o meio mais juridicamente adequado para a implementação dessa finalidade.

Uma avaliação qualitativa sobre a eficiência e a eficácia dos mecanismos de contratação pública socialmente sustentável, além de fugir ao escopo ora estabelecido, está além das possibilidades de um estudo jurídico sobre o tema, demandando uma análise de cunho econômico que foge à área da presente pesquisa.

Além disso, é importante advertir que os mecanismos de contratação pública socialmente sustentável estudados podem, também, visar o desenvolvimento sustentável sob aspectos ambientais e, especialmente, econômicos. Não há um isolamento de cada dispositivo. As facetas da sustentabilidade se cruzam muitas vezes, de modo que um mesmo instrumento jurídico é capaz de promover uma ou mais delas simultaneamente, ainda que com diferentes intensidades. Apesar disso, a pesquisa levará em consideração qualquer mecanismo de contratação que tenha objetivos sociais, ainda que isso não esgote seu propósito.

### **1.3 Recorte metodológico**

Fernando Menezes de Almeida, defendendo a ideia de que a teoria do contrato administrativo é insuficiente para explicar adequadamente o fenômeno contratual da Administração Pública, em especial diante do atual aumento de sua complexidade, propôs-se a sistematizar a matéria, classificando os contratos celebrados pela Administração Pública em “módulos”: (i) módulos convencionais necessários para a criação de situação jurídica, subdivididos em (i.1) módulos convencionais de cooperação, (i.2) módulos convencionais de concessão, e (i.3) módulos convencionais instrumentais; bem como os (ii) módulos convencionais substitutivos de decisão unilateral da Administração.<sup>3</sup>

A presente pesquisa não levará em consideração os denominados “módulos convencionais substitutivos de decisão unilateral da Administração”, que são aqueles em que a Administração possui o poder unilateral de impor à outra parte – privada ou pública – a situação

---

<sup>3</sup> ALMEIDA, Fernando Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 236.

jurídica que pretende estabelecer, independentemente de acordo de vontades e, contudo, decide substituir o exercício desse poder por um acordo de vontades.<sup>4</sup> Entende-se que tais módulos não são adequados ao exercício da função de fomento da Administração Pública, tendo em vista que se enquadram no exercício da função de polícia.

Desse modo, o recorte metodológico levará em consideração somente os “módulos convencionais necessários para a criação de situação jurídica”, excluindo-se da análise os “módulos de cooperação”, que incluem, segundo o citado autor, os convênios (em sentido amplo), os consórcios administrativos, contratos de repasse, convênios de cooperação, os contratos de gestão (com organizações sociais), os termos de parceria, os consórcios públicos e contratos de rateio, os contratos de programa, sociedades e associações, bem como todas as figuras voltadas ao fomento em geral.<sup>5</sup>

Nesses módulos convencionais de cooperação a Administração Pública lida com entidades criadas especificamente para a cooperação em atividades de utilidade pública, de maneira que elas não dependem de incentivos contratuais para levar a sustentabilidade social em consideração.

Ademais, já existem previsões específicas de fomento direto à atividade das entidades do terceiro setor, cumpridos os requisitos determinados, por exemplo, na lei das Organizações Sociais (9.637/1998), na lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (9.790/1999) e na lei das Organizações da Sociedade Civil (13.019/2014).

Restam, portanto, os contratos de concessão de serviço público, de concessão patrocinada e concessão administrativa, de concessão urbanística, de concessão de bem público, de concessão simples, de concessão de direito real de uso e concessão de uso especial para fins de moradia, de concessão florestal, os contratos de compra, alienação, obra e serviço, contratos para a gestão de bens públicos, contratos regidos “predominantemente” pelo Direito Privado, contratos de prestação de serviços pela Administração e contratos que têm a Administração como usuária de serviços públicos. Serão excluídos, todavia, os contratos de trabalho, pois não se cogita dar tratamento teórico a esses contratos pelo viés da teoria do contrato administrativo.

O recorte considerou apenas a legislação editada pelo Congresso Nacional em razão da competência privativa da União para legislar acerca de normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, prevista no artigo 22, inciso XXVII, da Constituição. Ao levar em

---

<sup>4</sup> ALMEIDA, Fernando Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 297.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 236.

consideração a legislação editada pelo Congresso, é possível abarcar a legislação nacional acerca do tema (ou seja, aquela aplicável a todas as esferas federativas), e ainda abranger a regulamentação federal que a disciplina e detalha – tarefa que seria inexecutável de ser reproduzida em todas as esferas.

#### 1.4 Procedimento metodológico

Considerando a baixa disponibilidade de dados acerca do assunto, foi necessária a realização de estudos exploratórios para atingir os objetivos estipulados, por meio de levantamento bibliográfico e documental.<sup>6</sup>

O levantamento documental objetivou determinar quais textos legislativos contêm previsões de contratação pública socialmente sustentável a serem analisadas. Para a execução desse levantamento legislativo foram selecionadas, num primeiro momento, todas as leis gerais que contenham previsões sobre contratações públicas relativas aos módulos selecionados. As leis gerais analisadas foram, portanto:

TABELA 1: Legislação básica analisada

<b>Lei</b>	<b>Ementa</b>
Lei nº 8.666/1993	Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.
Lei nº 8.987/1995	Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.
Lei nº 10.520/2002	Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.
Lei nº 11.079/2004	Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

<sup>6</sup> GIL, Antônio. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 42.

Lei Complementar nº 123/2006	Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999.
Lei nº 12.462/2011	Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998.
Lei nº 13.303/2016	Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.
Projeto de Lei nº 1.292/1995	Altera a lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

*Fonte: elaboração própria*

O Projeto de Lei nº 1.292/1995 foi incluído na análise por tratar-se do projeto da nova lei de licitações e contratos administrativos, que teve seu texto-base aprovado pela Câmara dos Deputados em 25 de junho de 2019.

O trâmite legislativo do projeto de lei não foi concluído até o momento do depósito do presente trabalho. Todavia, diante das importantes contribuições do texto para o tema,

considerou-se imprescindível a sua inclusão, ainda que seja necessário realizar eventuais atualizações posteriormente, com base no texto final aprovado.

Além da legislação básica mencionada acima, também foi conduzida pesquisa legislativa no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados,<sup>7</sup> a fim de identificar a existência de mecanismos de contratação pública socialmente sustentável na legislação esparsa. Foi necessário realizar essa pesquisa geral em razão da existência de previsões difusas acerca do tema da contratação pública sustentável fora dos diplomas legais específicos sobre o assunto.

A primeira pesquisa realizada utilizou a palavra-chave “licitação”, aplicando os filtros “lei ordinária” e “não consta revogação expressa”. Com esses parâmetros de pesquisa, foram encontrados 228 diplomas legais.

O recorte temporal descartou as leis anteriores à data de promulgação da atual Constituição (05 de outubro de 1998). Foram consideradas as leis publicadas até 31 de dezembro de 2018. As leis que somente alteraram o texto da legislação básica já analisada foram descartadas, considerando que já foi analisado o texto consolidado dessa legislação – ou seja, com as alterações promovidas pelas leis posteriores.

Das leis analisadas com base nesses parâmetros, as seguintes apresentaram previsões de contratação pública socialmente sustentável, selecionadas com base nos critérios de sustentabilidade social estabelecidos no Capítulo 3:

TABELA 2 – Parâmetro de pesquisa “licitação”

<b>Lei nº</b>	<b>Ementa</b>
8.029/1990	Dispõe sobre a extinção e dissolução de entidades da administração Pública Federal, e dá outras providências (Alterada pela Lei nº 13.713/2018)
8.171/1991	Dispõe sobre a política agrícola.
10.973/2004	Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências.
11.284/2006	Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro – SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal –

<sup>7</sup> <https://www2.camara.leg.br/busca/>

	FNDF; altera as Leis n°s 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências.
12.305/2010	Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências.
12.512/2011	Institui o Programa de Apoio à Conservação Ambiental e o Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais; altera as Leis n°s 10.696, de 2 de julho de 2003, 10.836, de 9 de janeiro de 2004, e 11.326, de 24 de julho de 2006.
13.146/2015	Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

*Fonte: elaboração própria*

A segunda pesquisa realizada utilizou as palavras-chave “Administração Pública”, “aquisição” e “preferência”. Os demais parâmetros foram os mesmos aplicados na pesquisa anterior, e foram encontrados 82 resultados. Da análise realizada, a seguinte lei apresentou previsões de contratação pública socialmente sustentável, excluindo-se as leis já constantes da tabela anterior:

TABELA 3 – Parâmetros de pesquisa “Administração Pública”; “aquisição”; “preferência”

<b>Lei n°</b>	<b>Ementa</b>
12.228/2010	Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003.

*Fonte: elaboração própria*

A terceira pesquisa utilizou as palavras-chave “aquisição” e “desenvolvimento sustentável”. Os demais parâmetros permaneceram os mesmos. Da análise realizada, somente

a seguinte lei apresentou previsões de contratação pública socialmente sustentável, excluindo-se as leis já constantes das tabelas anteriores:

TABELA 4 – Parâmetros de pesquisa “aquisição”; “desenvolvimento sustentável”

Lei nº	Ementa
11.947/2009	Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica; altera as Leis nos 10.880, de 9 de junho de 2004, 11.273, de 6 de fevereiro de 2006, 11.507, de 20 de julho de 2007; revoga dispositivos da Medida Provisória no 2.178-36, de 24 de agosto de 2001, e a Lei no 8.913, de 12 de julho de 1994; e dá outras providências.

*Fonte: elaboração própria*

A partir da leitura das leis selecionadas foi possível elaborar tabelas em que os mecanismos de contratação pública socialmente sustentável encontrados foram classificados de acordo com a fase da contratação (fase interna da licitação – dispensa, definição do objeto; fase externa da licitação – habilitação, classificação; e execução contratual). A análise dos mecanismos é realizada no Capítulo 4. Cada fase foi alocada em um tópico próprio, no qual os mecanismos correspondentes foram estudados em subitens separados.

Ao final do trabalho, no Capítulo 5, uma vez exploradas as características de todos os mecanismos encontrados na legislação, estabeleceu-se um conceito do que é contratação pública socialmente sustentável.

#### *1.4.1 Métodos e técnicas*

A pesquisa foi, primordialmente, bibliográfica e documental, utilizando livros e artigos científicos sobre o tema, contando também com a análise das leis selecionadas por meio dos estudos exploratórios iniciais. Além disso, foi jurídico-dogmática, pretendendo desenvolver investigações com vistas à compreensão das relações normativas no âmbito das contratações públicas socialmente sustentáveis, avaliando as estruturas interiores ao ordenamento jurídico.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 3. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 21.

Os métodos que proporcionaram as bases lógicas da investigação aqui proposta foram o dedutivo e o indutivo.<sup>9</sup>

Por meio do método dedutivo, partiu-se de conceitos já previamente definidos pela doutrina e pela legislação para estabelecer quais critérios licitatórios podem considerados socialmente sustentáveis, para, então, analisa-los individualmente, partindo do geral para o específico.

Após a coleta, sistematização e análise dos dados relativos aos mecanismos licitatórios, a partir das características observadas nesses mecanismos, foi possível, por meio do método indutivo, atingir um conceito geral e abstrato de “contratação pública socialmente sustentável”.

---

<sup>9</sup> GIL, Antonio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. pp. 9/12.

## 2. A FUNÇÃO DE FOMENTO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

A utilização do poder de contratação estatal para a busca do desenvolvimento sustentável – em seus diversos aspectos – configura hipótese de intervenção indireta do Estado sobre a economia por meio da função de fomento. O presente capítulo discorrerá sobre a capacidade de fomento dos contratos públicos. Para tanto, inicialmente serão brevemente estudadas as formas de intervenção do Estado na economia. Desse modo, será possível estudar a própria função de fomento, com seus elementos e características, para, por fim, chegar à análise de suas características quando exercido através dos contratos públicos.

### 2.1 As formas de intervenção do Estado na economia

De acordo com a definição de Fábio Nusdeo, a Ordem Econômica Constitucional é a feição jurídica de um sistema econômico, podendo ser definida como o conjunto orgânico de normas e instituições destinadas a permitir à comunidade um processo decisório coerente e consistente para a racional administração da escassez. Todas as constituições carregam previsões dessa natureza desde a Constituição de Weimar (1919), consagrando formalmente a manutenção, por um lado, das instituições próprias de uma economia de mercado, mas autorizando, por outro lado, a ação do Estado sobre elas, com vistas a balizar seu desempenho, afeiçoando-o aos objetivos estabelecidos em nível político pela sociedade.<sup>10</sup>

Também desde a Constituição de Weimar (1919) e a Constituição do México (1917) iniciou-se o processo de consagração constitucional de pautas de atuação do Poder Público na concretização de condições materiais para o exercício da liberdade e da igualdade asseguradas pelo ordenamento jurídico – relacionadas com os direitos fundamentais de segunda geração. Segundo aponta Cesar Guimarães Pereira, com intensidade e profundidade crescentes, as constituições passaram a orientar as escolhas políticas, estabelecendo um programa de direitos fundamentais relativos às condições materiais de vida digna e plena. As constituições tornaram-se, assim, instrumentos para um programa político de alteração da realidade, e não apenas um repositório de garantias em face do poder do Estado.<sup>11</sup>

A Constituição Federal brasileira não é diferente: seu Título VII é inteiro dedicado a tratar “Da Ordem Econômica e Financeira”. Inaugurando o título, o artigo 170 consagra os princípios da ordem econômica, que deve ser “fundada na valorização do trabalho humano e na

---

<sup>10</sup> NUSDEO, Fábio. A ordem econômica constitucional: algumas reflexões. In: NUSDEO, Fábio (Coord.). *O direito econômico na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.33.

<sup>11</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 274.

livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Conforme exposto por Eros Grau, a Constituição de 1988 define um modelo econômico de bem-estar, desenhado desde o disposto em seus artigos 1º e 3º até o quanto enunciado em seu artigo 170.<sup>12</sup> O bem-estar social não se origina apenas de garantias às liberdades clássicas conjugadas com a omissão do Estado Administrativo: é preciso haver condutas públicas que instalem condições mínimas de dignidade à pessoa e que inibam o abuso do poder econômico.<sup>13</sup> Nesse contexto marcado pela constitucionalização e centralidade dos direitos fundamentais, a atuação Administrativa deve ser pautada pela promoção dos valores pluralísticos consagrados na Constituição.<sup>14</sup>

Desse modo, a atuação do Estado na economia deve ser voltada ao alcance de diversas finalidades públicas. O Estado dispõe de variados mecanismos para tanto, desde o enquadramento de uma atividade como monopólio estatal, passando pelo exercício direto de atividades econômicas (por meio de empresas estatais), pela sujeição da atividade ao regime de serviço público, pela normatização e regulação da atividade, até chegar ao fomento público.<sup>15</sup>

Eros Grau distingue a *intervenção* da *atuação* estatal na economia. O Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a sua prestação – *atua*, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. A *intervenção* estatal ocorre quando o Estado *atua* em área de titularidade do setor privado. O Estado pode atuar, portanto, em área pública ou privada, mas a intervenção conota atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito.<sup>16</sup> O autor também divide a intervenção do Estado na economia em intervenção no domínio econômico e intervenção sobre o domínio econômico.

---

<sup>12</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 45.

<sup>13</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Notas sobre o Estado Administrativo: de omissivo a hiperativo. *Revista estudos institucionais*, vol. 3, n. 01, pp. 155/175, 2017. p. 160.

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. A função regulatória das licitações e o desenvolvimento nacional sustentável: o regime jurídico introduzido pela Lei nº 12.349/10. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 38, pp. 9-30, jul./set. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=81456>>. Acesso em: 4 fev. 2019. p. 3.

<sup>15</sup> KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p.406.

<sup>16</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14ª ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. pp. 91/92.

### 2.1.1 A intervenção no domínio econômico ou intervenção direta

Na intervenção no domínio econômico ou intervenção direta, segundo explica Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho, o Estado assume o papel de agente da atividade econômica, ou seja, de empresário, através de entidades administrativas.<sup>17</sup>

De acordo com a classificação elaborada por Eros Grau, a intervenção direta pode ser por absorção ou participação.<sup>18</sup> Na intervenção por *absorção* o Estado assume totalmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito, atuando em regime de monopólio. Já quando a intervenção se dá por *participação*, o Estado assume o controle parcial dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito, atuando em regime de competição com empresas privadas que permanecem a exercer atividades nesse mesmo setor.<sup>19</sup>

A Constituição trata da intervenção direta em seu artigo 173, determinando que, ressalvados os casos expressamente previstos no texto constitucional (os casos de intervenção direta por absorção – monopólios), a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Em princípio, a Constituição reserva o desempenho da atividade econômica aos particulares, permitindo a intervenção direta do Estado apenas de maneira excepcional, e somente na presença dos requisitos autorizadores.

A essa excepcionalidade a doutrina denomina “princípio da subsidiariedade”. Conforme definição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, o princípio significa que o Estado deve respeitar a liberdade de iniciativa, deixando que o particular desempenhe todas as atividades que tenha condições de executar sozinho, devendo, no entanto, subsidiar a iniciativa privada quando ela seja deficiente.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. A intervenção do Estado no domínio econômico: limites e modalidades à luz do direito brasileiro. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. v. 88/2009. pp. 60/90. Set/out 2009. p. 4.

<sup>18</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14ª ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 91.

<sup>19</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações sobre a intervenção do Estado na economia na ordem constitucional brasileira. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 11, n. 55, mai./jun. 2009. p. 6.

<sup>20</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 427-439.

A existência de um “princípio da subsidiariedade” no ordenamento jurídico brasileiro não é, contudo, pacífica. A Constituição de 1967 formulava o princípio de forma expressa no seu artigo 163, dispondo que “às empresas privadas compete preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas”, e que “somente para suplementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica”.

Emerson Gabardo, por exemplo, defende que o legislador constituinte decidiu alterar propositalmente a norma, com a intenção de fazer desaparecer a ideia de subsidiariedade, pois tal ideia pouco tem a ver com um Estado de modelo social. Para o autor, o comando do artigo 173 da Constituição significa que o Estado não deve se constituir como empresário, como regra geral (afastadas as exceções previstas no próprio artigo), devendo encontrar outras formas de agir para cumprir seu papel socializador e solidarístico de assistência e redistribuição de riqueza.<sup>21</sup>

Concordando com Emerson Gabardo, Daniel Wunder Hachem entende que inexistente no Direito Público brasileiro um princípio jurídico que determine a atuação subsidiária do Estado. Pelo contrário, ao Estado compete não apenas o dever de afastar os obstáculos para o alcance dos objetivos fundamentais da República, mas também a incumbência de criar condições reais e efetivas para a sua consecução.<sup>22</sup>

Contudo, entende-se que, a despeito da concordância, ou não, sobre a existência de um princípio da subsidiariedade no ordenamento jurídico brasileiro, é inegável que a Constituição reservou um espaço que deve ser, por excelência, reservado à iniciativa privada: o da atividade econômica em sentido estrito, campo no qual o Estado somente pode atuar quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Diante dessa constatação, entende-se adequado o uso da expressão “subsidiária” para qualificar a atuação do Estado nesse domínio, especialmente no sentido dado ao termo pela Professora Maria Sylvania.

*Subsidiário* pode ser entendido como aquele que ajuda, socorre, reforça, aumenta, contribui ou como aquele que é secundário, de menor importância. O Estado subsidiário deve ser compreendido na primeira acepção, e não na segunda. É o Estado que atua, no campo da

---

<sup>21</sup> GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. pp. 225/226.

<sup>22</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013. p. 135.

iniciativa privada, ajudando, socorrendo, reforçando, contribuindo. Diante da atual sistemática constitucional, não há nenhum fundamento para que a subsidiariedade seja entendida na acepção de secundariedade, como parecem temer os que discordam da existência do princípio no ordenamento jurídico brasileiro. Na prática, é a primeira interpretação que tem sido aplicada no Estado brasileiro, que tem preconizado as formas indiretas de intervenção sobre a economia para guiá-la aos cumprimentos dos preceitos consagrados em sua Constituição.

### 2.1.2 A intervenção sobre o domínio econômico ou intervenção indireta

Na intervenção sobre o domínio econômico ou intervenção indireta o Estado adota medidas de caráter fiscalizador ou de estímulo/desestímulo relativamente às atividades desenvolvidas pelas empresas privadas, ou mesmo pelas empresas públicas. Aqui, o Estado não atua como agente econômico, mas como agente normativo e regulador da atividade econômica, impondo regras de conduta, determinando, controlando ou influenciando o comportamento dos agentes, visando orientar tais comportamentos a direções socialmente desejáveis.<sup>23</sup>

Conforme a classificação de Eros Grau, essa intervenção pode ser por direção ou por indução.<sup>24</sup> A intervenção por direção se dá quando o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito, através de normas diretivas. Já a intervenção por indução ocorre quando o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados, mediante normas de indução.<sup>25</sup>

A Constituição versa sobre a intervenção indireta em seu artigo 174, estipulando que, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de *fiscalização, incentivo e planejamento*, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Discorrendo sobre o assunto, Floriano Azevedo Marques Neto indica que, para promover essa intervenção indireta o Estado pode utilizar-se especialmente de três diferentes funções: a fiscalização da economia, consubstanciada na função estatal coercitiva; a indução ou

---

<sup>23</sup> RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. A intervenção do Estado no domínio econômico: limites e modalidades à luz do direito brasileiro. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. v. 88/2009. pp. 60/90. Set/out 2009. p. 11.

<sup>24</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14ª ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 91.

<sup>25</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações sobre a intervenção do Estado na economia na ordem constitucional brasileira. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 11, n. 55, mai./jun. 2009. pp. 6/7.

incentivo ao setor privado, consistente na função estatal fomentadora; e o planejamento estatal, com a identificação dos objetivos a serem priorizados pelo Estado, e os meios para seu alcance.<sup>26</sup>

O exercício da função estatal coercitiva se dá através do poder de polícia. Aline Lícia Klein define “poder de polícia” como a “imposição de limitações à liberdade e à propriedade dos cidadãos, necessárias para assegurar a manutenção da ordem pública”. Em acepção ampla, a autora entende que o poder de polícia corresponderia ao conjunto de atividades estatais condicionadoras da liberdade e da propriedade, retratada tanto em atos do Poder Legislativo quanto do Executivo. Já em sentido estrito, o conceito designa exclusivamente os atos praticados pelo Poder Executivo, disciplinando e limitando os atos dos particulares.<sup>27</sup>

Por outro lado, a intervenção por indução se manifesta através do exercício da função administrativa de fomento, por meio da qual o Estado incentiva as atividades privadas que se entende que geram externalidades positivas para a sociedade, como será melhor detalhado no tópico 2.2 adiante.

Destaca-se que o planejamento, por sua vez, pode dizer respeito a qualquer atividade estatal, a depender do modo como for formalizado. Contudo, conforme aponta Célia Cunha Mello, o planejamento não diz respeito, propriamente, a uma modalidade de intervenção, mas a uma ação racional caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos, bem como pela formulação explícita de metas a serem atingidas e meios de ação coordenada, tudo visando otimizar a intervenção estatal – direta ou indireta.<sup>28</sup>

### 2.1.3 As tendências da intervenção estatal na economia

Alexandre Nester chama atenção para o fato de que, a partir do contexto da reforma gerencial, o Estado brasileiro passou a ocupar um novo papel em relação ao cenário econômico, onde se destacam as funções de regulação e fomento. Isso significa que houve uma redução da intervenção estatal direta na economia, e a atuação estatal passou a se dar em um regime de intervenção baseado na regulação do comportamento dos agentes econômicos que atuam em

---

<sup>26</sup> KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p. 409.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 236.

<sup>28</sup> MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pp. 75/76.

regime de concorrência, bem como no estímulo aos agentes econômicos para alcançar os objetivos de interesse coletivo eleitos pelo Estado.<sup>29</sup>

A intervenção direta na economia foi marcada pela produção direta de infraestrutura, bens e serviços pelo Estado, que detinha o monopólio sobre diversos serviços e, conseqüentemente, a titularidade de uma grande quantidade de empresas estatais, atuando em regime de monopólio ou de exploração de atividade econômica em regime de competição.

Diante da impossibilidade de manter um vácuo institucional nas áreas anteriormente ocupadas pelo Estado com maior intensidade na economia, esse movimento de diminuição da intervenção direta veio acompanhado de um movimento de compensação: o aumento da intervenção indireta. Entende-se que a privatização e a introdução do regime concorrencial em alguns serviços anteriormente considerados públicos (movimentos ocorridos no contexto da reforma gerencial) acarretaram uma intensificação na atividade regulatória e de fomento do Estado.

Floriano de Azevedo Marques Neto entende que houve uma mudança *qualitativa* na forma de intervenção estatal, que não necessariamente enseja uma alteração quantitativa. Para o autor, como forma de intervenção indireta estatal na economia, o fomento é capaz de viabilizar a satisfação de necessidades e interesses públicos com mínima restrição na liberdade e propriedade privada, e sem que o Estado assuma para si a prestação de uma atividade. Num cenário de crescentes demandas sociais, acompanhado de limitação de recursos públicos, o fomento se mostra uma ferramenta eficiente para permitir que essas demandas sejam, a partir de estímulos e incentivos estatais, promovidas pelo próprio setor privado.<sup>30</sup>

Jéssica Acocella e Juliana Rangel entendem que esse modelo de indução, em substituição a um modelo rígido e coercitivo, ao incentivar o estabelecimento de um sistema de cooperação voluntária, pode atender melhor aos objetivos de eficiência e racionalidade da atividade estatal, conferindo maior legitimidade ao processo regulatório. Para as autoras, é justamente nesse cenário de ascensão de um novo modelo regulatório de incentivo a determinados comportamentos econômicos que se insere a utilização da contratação pública

---

<sup>29</sup> NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. pp. 444-445.

<sup>30</sup> KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p. 405/407.

como instrumento de fomento a determinadas atividades e setores, bem como de indução a práticas e resultados social e economicamente benéficos ao desenvolvimento do país.<sup>31</sup>

## 2.2 A função administrativa de fomento

### 2.2.1 Definição

O fomento, meio de intervenção estatal indireta na economia, configura uma função administrativa, definida por Célia Cunha Mello como toda atividade realizada pelo Estado, ou por quem aja em seu nome, no interesse de outrem, visando atender a finalidade prevista no ordenamento jurídico.<sup>32</sup>

Conforme aponta Alberto Shinji Higa, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o processo de redemocratização do país, foi possível observar o crescimento dos modelos de colaboração entre o Poder Público e os administrados para a consecução dos interesses considerados relevantes para a coletividade.<sup>33</sup>

De maneira geral, as exigências de uma sociedade pluralista multiplicam os interesses protegidos pelo Estado, que não tem condições de assumir, sozinho, todas as atividades de interesse geral. Desse modo, cresce a importância da técnica de fomento, a partir do desenvolvimento da ideia de partilhar com o particular a proteção do interesse público, pelo entendimento de que essa proteção não constitui prerrogativa exclusiva do Estado.<sup>34</sup>

De acordo com a lição de Jordana de Pozas, a função administrativa de fomento é um meio-termo entre o liberalismo e o intervencionismo estatal, pretendendo conciliar a liberdade e o bem comum, por meio da influência indireta da vontade do indivíduo, para que queira o que é conveniente para a satisfação da necessidade pública em questão. O autor definiu fomento, então, como a atividade da Administração destinada a proteger ou promover aquelas atividades, estabelecimentos ou riquezas particulares que satisfazem necessidades públicas e se reputam de utilidade geral, sem usar de coação nem criar serviço público.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> ACOCELLA, Jéssica; RANGEL, Juliana Cabral Coelho. O papel regulatório e de fomento das licitações públicas. *Revista do BNDES*, n. 40, pp. 269-312. Rio de Janeiro: dez. 2013. p. 276-277.

<sup>32</sup> MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 27.

<sup>33</sup> HIGA, Alberto Shinji. A construção do conceito da atividade administrativa de fomento. *Revista de Direito Mackenzie*, v. 5, n. 1, pp. 10-36. São Paulo: 2011. p. 22.

<sup>34</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania. Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 427-439. p. 430-431.

<sup>35</sup> JORDANA DE POZAS, Luis. *Ensayo de una teoria del fomento en el derecho administrativo*. 1949. Disponível em: <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/ REP\\_048\\_040.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/ REP_048_040.pdf)>. Acesso em: 2 jun. 2018. p. 46.

Ampliando a definição para abarcar, entre os destinatários, outros entes públicos, Garrido de Falla defende que fomento é a atividade administrativa que se dirige a satisfazer indiretamente certas necessidades consideradas de ordem pública, protegendo ou promovendo, sem emprego de coação, as atividades dos particulares ou de outros entes públicos que diretamente as satisfaçam.<sup>36</sup>

Discorda-se, contudo, da ampliação da definição que pretendeu promover Garrido de Falla. Quando a Administração Pública satisfaz as necessidades da própria Administração não está intervindo indiretamente na ordem econômica, pois a intervenção do Estado sobre o domínio econômico ocorre necessariamente no campo das atividades privadas em sentido estrito.

Nesse sentido, José Vicente Santos de Mendonça entende importante não alargar a definição até o ponto em que seu potencial explicativo se perca dentro de sua abrangência, pois conceitos e classificações existem para que não se precise explicar, a cada vez, todas as características e particularidades das coisas.<sup>37</sup> A inclusão de atividades públicas como objeto do fomento tornaria, por exemplo, nebulosa a distinção entre a função de fomento e o serviço público, amparada no critério da titularidade da atividade, conforme será melhor detalhado no tópico seguinte.

Em estudo mais recente, Floriano Marques de Azevedo Neto define fomento como a atividade por meio da qual o Estado incentiva o próprio setor privado no desenvolvimento de atividades econômicas que ensejam externalidades positivas para a sociedade, direcionando assim a ordem econômica para os fins determinados pela Constituição Federal. Segundo o autor, é a forma mais branda de intervenção estatal, na medida em que, além de indireta, também se dá por meio de incentivo ou indução, sem envolver o manejo de autoridade.<sup>38</sup>

Celia Cunha Mello, por sua vez, define administração fomentadora como um complexo de atividades concretas e indiretas que o Estado desempenha despedido do poder de

---

<sup>36</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. 3ª Ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966. (v. II). p. 266.

<sup>37</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *Revista dos tribunais*, vol. 890/2009. pp. 80/140. dez/2009. p. 127.

<sup>38</sup> KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p. 408/409.

autoridade, cujo labor se limita a promover e/ou incentivar atividades e regiões, visando melhorar os níveis de vida da sociedade.<sup>39</sup>

Conforme aponta José Vicente Santos de Mendonça, a própria etimologia da palavra “fomento” já nos indica a sua ideia geral. Para o dicionário, fomentar é “cercar de cuidados para criar ou fazer crescer, estimular” e “proporcionar os meios para o desenvolvimento de algo”. O fomento público (aquele realizado por entidades integrantes da Administração Pública, ainda que possuidoras de personalidade jurídica de direito privado) busca, portanto, auxiliar o desenvolvimento e o exercício de uma atividade privada, que se supõe de interesse público, com meios públicos.<sup>40</sup>

### 2.2.2 Características

As principais características da função administrativa de fomento público são as seguintes: (i) relação com a consecução de finalidades de interesse público; (ii) ausência de serviço público; (iii) caráter não coativo; (iv) propósito de proteger ou promover atividades particulares; e (v) tendência à transitoriedade.

Os objetivos, fundamentos e limites do fomento estatal podem ser extraídos do artigo 170 da Constituição Federal, do mesmo modo que ocorre com os demais mecanismos de intervenção estatal na economia. A busca pela adequação da ordem econômica aos fins estabelecidos pelo artigo 170 (bem como aos demais objetivos visados pela República Federativa do Brasil) não apenas fundamenta o fomento como também representa os objetivos que devem ser buscados por essa intervenção.<sup>41</sup> O fomento tem, portanto, a finalidade de efetivar os objetivos da ordem econômica, conforme estatuídos pela Constituição Federal. O fomento é instituto reconhecido como mais um instrumental a favor do Poder Público para utilização na concretização dos direitos fundamentais, também na perspectiva dos direitos sociais.<sup>42</sup>

O fomento se diferencia das formas de intervenção direta do Estado na economia, seja na modalidade monopolística, seja na concorrencial. Na intervenção direta, a Administração,

---

<sup>39</sup> MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 38.

<sup>40</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *Revista dos tribunais*, vol. 890/2009. pp. 80/140. dez/2009. pp. 117/118.

<sup>41</sup> KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p. 408.

<sup>42</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Atividade de fomento: entre a proteção dos direitos sociais e a garantia da livre iniciativa. *Crise econômica e soluções jurídicas*, n. 19, nov., 2015. p.2.

com ou sem competição, é quem vai, em nome próprio, desempenhar a atividade – muito diferente do que ocorre no fomento, em que são os particulares que efetivamente executam a atividade.<sup>43</sup>

Desde os estudos iniciais de Jordana de Pozas, tem se entendido que o fomento se diferencia do serviço público, em que Administração realiza “diretamente”, com seus próprios meios, o fim perseguido, pois o fomento se destina a “estimular” os particulares para que, por sua própria vontade, desenvolvendo determinada atividade, cumpram “indiretamente” o fim perseguido pela Administração.<sup>44</sup>

Em linha com Jordana de Pozas, Célia Cunha de Mello entende que o traço distintivo reside na titularidade do serviço. No serviço público, a titularidade é da Administração Pública, que deve prestá-lo diretamente ou sob regime de concessão, na forma do artigo 175 da Constituição. No fomento, a competência atribuída legalmente ao ente estatal se restringe à adoção de medidas promocionais que terminem por convencer outrem a fazer ou deixar de fazer algo. Além disso, o serviço público é marcado pelo princípio da continuidade, enquanto o fomento se reveste de caráter transitório.<sup>45</sup>

Já com relação à intervenção indireta, e ainda em Jordana de Pozas, o fomento também se distingue do poder de polícia, pois, enquanto este “previne e reprime”, o fomento “protege e promove”, sem fazer uso de coação.<sup>46</sup>

Célia Cunha Mello destaca que, se o poder de polícia se caracteriza pela restrição coercitiva da liberdade e da propriedade individuais por meio da utilização da imperatividade estatal para assegurar o exercício dos direitos individuais, condicionando-os ao bem-estar social, o fomento público, ao contrário, deixa os sujeitos livres para aderir ou não aos propósitos do Estado, apesar de buscar, também, satisfazer o interesse público. Além disso, as medidas de polícia são, diante de expresse permissivo legal ou em casos de manifesta urgência, dotadas de auto executoriedade, atributo do qual a atividade de fomento não dispõe.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *Revista dos tribunais*, vol. 890/2009. pp. 80/140. dez/2009. p. 128.

<sup>44</sup> JORDANA DE POZAS, Luis. *Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo*. 1949. Disponível em: <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/ REP\\_048\\_040.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/ REP_048_040.pdf)>. Acesso em: 2 jun. 2018. p. 46.

<sup>45</sup> MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pp. 55/56.

<sup>46</sup> JORDANA DE POZAS, Luis. *Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo*. 1949. Disponível em: <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/ REP\\_048\\_040.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/ REP_048_040.pdf)>. Acesso em: 2 jun. 2018. p. 46.

<sup>47</sup> MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 43.

Desenvolvendo a diferenciação formulada por Jordana de Pozas, José Vicente Santos de Mendonça destaca que o fomento se diferencia da polícia porque não faz uso *imediato* da coerção. Enquanto o particular não adere ao incentivo formulado pela política pública, inexistente relação de fomento entre ele e a Administração. Ele se encontra a salvo de qualquer medida coativa que possa advir de vínculo então inexistente, ainda que esteja submetido à coercitividade advinda das normas gerais de polícia. Depois de aceito o incentivo, a situação muda: a Administração pode e deve fiscalizar o desempenho do fomentado no cumprimento das condições que lhe foram fixadas – e, para o autor, isso nada mais é do que poder coativo, inclusive com a possibilidade de imposição de multas administrativas, sem contar a obrigação de devolução de valores eventualmente repassados.<sup>48</sup>

O traço distintivo entre o fomento e poder de polícia é a ausência de coerção, portanto, num momento inicial, no sentido em que o particular é livre para aceitar ou não o incentivo estatal. Aceito o incentivo, é criada uma relação com a Administração Pública, sujeita ao regramento previsto no ordenamento jurídico e em eventual contrato firmado entre as partes.

Com relação à transitoriedade, não significa que a política de fomento deva ser, desde logo, instituída com prazo de validade determinado. Todavia, ela deve ser revista periodicamente, a fim de que se avalie seus custos, sua efetividade, a necessidade de sua manutenção. José Vicente Santos de Mendonça alerta que a transitoriedade não se aplica a situações que evidentemente não são passíveis de mudança a curto ou médio prazo, ou mesmo a circunstâncias estruturais que jamais mudarão. A transitoriedade não se aplica, por exemplo, ao tratamento privilegiado às micro e pequenas empresas assegurado pela Constituição Federal em seu artigo 179.<sup>49</sup>

### 2.2.3 Meios de fomento

Jordana de Pozas divide os meios ou formas de que se revestem a ação administrativa de fomento entre positivos e negativos. Os positivos outorgam prestações, bens ou vantagens, enquanto os negativos significam obstáculos ou cargas criadas para dificultar, por meios indiretos, aquelas atividades contrárias ao que a Administração deseja fomentar.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *Revista dos tribunais*, vol. 890/2009. pp. 80/140. dez/2009. p. 123.

<sup>49</sup> *Ibidem*, pp. 144/145.

<sup>50</sup> JORDANA DE POZAS, L. *Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo*. 1949. Disponível em: <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/ REP\\_048\\_040.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/ REP_048_040.pdf)>. Acesso em: 2 jun. 2018. p. 46.

Por meio do fomento positivo, portanto, a Administração Pública torna uma atividade privada mais atrativa, por considerar que ela gera externalidades positivas apropriáveis pela sociedade. Já por meio do fomento negativo, por outro lado, a Administração Pública torna uma atividade privada, a princípio lícita, mas que se entende que gera externalidades negativas para a sociedade, menos atrativa para os particulares, a fim de desincentivar sua prática.

É necessário chamar atenção para o fato de que existe uma linha tênue entre o emprego dos meios negativos de fomento e o exercício do poder de polícia do Estado. Para que a atividade se caracterize como fomento negativo é necessário que não haja emprego de coação, mas somente indução do comportamento do agente privado, considerando que, apesar de desincentivada, a conduta praticada ainda é considerada lícita, sendo o particular livre para escolher não aderir ao fomento estatal e continuar sua prática.

Além disso, Jordana de Pozas também classifica os meios de fomento com relação às vantagens concedidas, distinguindo entre os *meios honoríficos*, que compreendem as distinções e recompensas outorgadas como reconhecimento público de um ato ou conduta exemplar; *meios econômicos*, aqueles que, de modo direto, determinam a percepção de uma quantia ou a dispensa de um pagamento obrigatório (incluindo subvenções, prêmios, garantias, privilégios fiscais, enfim); e, por fim, os *meios jurídicos*, caracterizados pela outorga de uma condição privilegiada que, de modo indireto, representa vantagens econômicas ou de segurança.<sup>51</sup>

Através dos *meios honoríficos* de fomento, o Estado estabelece parâmetros e condições que, ao serem cumpridas, implicam na concessão de uma medida honorífica como recompensa, visando estimular o exercício de uma atividade que o Estado considera necessária ou conveniente por motivos de interesse público.<sup>52</sup>

Já os *meios econômicos* implicam o recebimento de uma vantagem patrimonial pelo beneficiário, o que pode se concretizar de diversas maneiras. É possível que a vantagem não implique um desembolso efetivo por parte do Poder Público em favor do sujeito fomentado, o que pode se realizar, por exemplo, através da disponibilização de um bem público ou de serviços técnicos. É uma vantagem que, apesar de não ser diretamente pecuniária, possui um valor econômico aferível. Por outro lado, é possível também que o meio econômico de fomento

---

<sup>51</sup> JORDANA DE POZAS, L. *Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo*. 1949. Disponível em: <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/ REP\\_048\\_040.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/ REP_048_040.pdf)>. Acesso em: 2 jun. 2018. p. 51/53.

<sup>52</sup> MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 93.

tenha o caráter de ajuda financeira direta, situação em que o agente fomentado pode receber valores do Poder Público, ou deixar de recolher valores em seu favor.

Célia Cunha Mello subdivide os meios econômicos de fomento entre diretos e indiretos. Os diretos são aqueles em que há um desembolso efetivo de dinheiro pelo erário público em favor do agente fomentado. Inclui, por exemplo, as atividades bancárias e as operações financeiras de qualquer gênero, as subvenções e as várias modalidades de apoio ao desenvolvimento científico e tecnológico, em todas as áreas do conhecimento. Os indiretos são aqueles em que o Estado deixa de receber quantia a que faria jus caso não tivesse concedido auxílio econômico ao agente fomentado. Como exemplo, é possível citar as formas de exoneração tributária, tais como redução de alíquota, remissão, anistia, diferimentos e fixação de prazos excepcionais de recolhimento de tributo, entre outros.<sup>53</sup>

Já José Vicente Santos de Mendonça classifica os meios de fomento econômico entre os meios (i) reais, que implicam na disponibilização de bens público ao sujeito fomentado; (ii) fiscais, abarcando imunidades, isenções, regimes especiais de pagamento tributário, etc; (iii) creditícios, ou seja, linhas privilegiadas de crédito, como prazos maiores, juros menores, não exigência de garantias, ou o fornecimento de meios para sua obtenção, como aval público para a obtenção de crédito no mercado financeiro; e, por fim, os (iv) os econômicos propriamente ditos, que se resumem à figura da subvenção – atribuição patrimonial, a fundo perdido, de uma Administração Pública em favor de um particular.<sup>54</sup>

Discorrendo sobre os meios jurídicos de fomento, José Vicente Santos de Mendonça afirma que incluem tudo o que significar a atribuição legal de status diferenciado, sem implicar na entrega direta de valores ou a realização de operações financeiras. Para o autor, apesar de aqui haver, também, finalidade econômica, a diferença é que nos meios jurídicos tal finalidade é alcançada de forma apenas indireta.<sup>55</sup>

A doutrina mais recente identifica, ainda, um quarto meio de fomento: os *meios psicológicos*, que seriam aqueles capazes de persuadir, sugerir e induzir opiniões, atitudes

---

<sup>53</sup> MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pp. 99/107.

<sup>54</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *Revista dos tribunais*, vol. 890/2009. pp. 80/140. dez/2009. pp. 148/149.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 11.

e valores. Nesse sentido, a propaganda veiculada por televisão, rádio ou internet evidencia-se como poderoso instrumento condicionador de opiniões e comportamento das pessoas.<sup>56</sup>

Apesar de parte da doutrina discordar da qualificação da propaganda como um meio de fomento, dentre os quais se destaca Mariano Baena de Alcázar, que não enxerga na propaganda um instrumento de interesse do Direito Administrativo,<sup>57</sup> acredita-se que a propaganda tem grande potencial de influenciar a vontade dos indivíduos para que ajam em conformidade a um determinado padrão de conduta que se entenda que gera externalidades positivas para a sociedade. Todavia, a discussão não traz grandes impactos ao tema em estudo.

### 2.3 A função de fomento dos contratos públicos

Conforme clássica lição de Marçal Justen Filho, a licitação não é um fim em si mesmo, mas um instrumento apropriado para o atingimento de certas finalidades. O mero cumprimento de formalidades legais não satisfaz, de modo automático, os interesses protegidos pelo Direito. Portanto, seria incorreto transformar a licitação numa espécie de solenidade litúrgica, ignorando sua natureza teleológica.<sup>58</sup>

Rafael Valim entende que a licitação pública e o contrato administrativo dela decorrente, enquanto resultados do exercício da função administrativa, estão rigorosamente atrelados à satisfação do interesse público primário. Para serem válidos, como todo ato administrativo, devem respeitar todo o ordenamento jurídico, inclusive a Constituição.<sup>59</sup> No mesmo sentido, Rafael Oliveira e Rafael Vêras de Freitas defendem que o pluralismo dos valores consagrados pela Constituição demonstra que, no âmbito das licitações e das contratações públicas, a atuação do Poder Público não pode ser pautada, exclusivamente, pela economicidade – ao contrário, a legitimidade da atuação estatal dependerá da efetivação de outros princípios constitucionais.<sup>60</sup>

---

<sup>56</sup> MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 91.

<sup>57</sup> ALCÁZAR, Mariano Baena del. Sobre el concepto de fomento. *Revista de Administración Pública*, v. 54, 1967. pp. 70/71.

<sup>58</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 18ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 86.

<sup>59</sup> VALIM, Rafael. Contratação pública e sustentabilidade. In: MARRARA, Thiago (Org). *Direito Administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 521/522.

<sup>60</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. A função regulatória das licitações e o desenvolvimento nacional sustentável: o regime jurídico introduzido pela Lei nº 12.349/10. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 38, p. 9-30, jul./set. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=81456>>. Acesso em: 4 fev. 2019. p. 4.

Conforme preludiado, a Constituição de 1988 consagra inúmeros direitos sociais. Já é amplamente assentado, conforme afirma Ingo Wolfgang Sarlet, que os direitos sociais abrangem tanto os direitos prestacionais (positivos) quanto os defensivos (negativos). Os direitos prestacionais, de conteúdo positivo, reclamam uma atuação positiva do Estado e da sociedade para sua implementação.<sup>61</sup>

Ao atuar na implementação desses direitos, a Administração Pública celebra inúmeros contratos, desencadeando procedimentos licitatórios para a escolha das pessoas com quem contratará. Considerando tanto o grande volume de obrigações constitucionalmente impostas ao Estado quanto a grande extensão territorial do Brasil, há um montante considerável de recursos sendo empreendidos pelo Poder Público no mercado todos os dias.

De acordo com Jair Santana, o chamado “poder de compra do Estado” corresponde justamente ao percentual da economia que é empenhado nessas compras e contratações por parte da Administração Pública, equivalendo, hoje, a percentuais variáveis que flutuam entre 10% e 15% do Produto Interno Bruto - PIB, repetindo-se nas variadas esferas de governo (União, Estados e Municípios).<sup>62</sup>

Desse modo, os contratos públicos configuram-se como relevante meio de intervenção estatal no mercado e na sociedade, produzindo efeitos sobre e a economia, que podem ser propositais ou não. Segundo aponta Guilherme Reisdorfer, ainda que esses efeitos não sejam objetivo expresso ou planejado, é certo que não deixarão de existir, pois a realidade não ficará alheia aos inúmeros contratos públicos celebrados diuturnamente. Portanto, se não é possível evitar que a atividade contratual pública produza implicações sobre a realidade, resta ao Poder Público a possibilidade de reconhecer e avaliar os efeitos potenciais, de modo a decidir por induzir ou evitar a ocorrência de tais ou quais resultados.<sup>63</sup>

### 2.3.1 A caracterização da “função de fomento” dos contratos públicos

Sempre que são empreendidos recursos públicos para a contratação com particulares, abre-se a oportunidade para que o administrador público utilize certos parâmetros para pautar

---

<sup>61</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 61, pp. 90-125, jan./mar., 2007. p. 04.

<sup>62</sup> SANTANA, Jair Eduardo. O poder de compra do Estado como ferramenta de fomento ao desenvolvimento local: uma visão estratégica de aplicação do estatuto das micro e pequenas empresas. *Revista de direito administrativo e infraestrutura*, v. 1, pp. 136-197. Abri./jun., 2017. p. 8.

<sup>63</sup> REISDORFER, Guilherme F. Dias. Desenvolvimento sustentável em licitações e contratos públicos: regulamentação, políticas de contratação e discricionariedade administrativa. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 171, p. 30-40, mar. 2016. p. 31.

suas decisões de quem contratar, o que, quanto e como contratar de modo a gerar externalidades positivas a nível macroeconômico.

A ideia não é nova. De acordo com Flávia Fabre, ela existe há muito tempo, lastreada na implícita noção de que o Estado tem como dever utilizar de seu poder soberano para a promoção do bem comum. Já era utilizada pelos governos de diversos países para alavancar a economia em tempos de crise (não deixando de ser um reflexo da máxima keynesiana de que o Estado deve fomentar o mercado).<sup>64</sup>

É possível utilizar as licitações e contratos públicos para formular exigências que objetivem atingir uma finalidade de interesse público além das finalidades microeconômicas visadas com o adimplemento do objeto do contrato. O particular não é obrigado a contratar com a Administração Pública. Todavia, caso tenha interesse em fazê-lo, terá um incentivo para se adaptar a essas exigências, gerando as externalidades positivas visadas pela política pública estabelecida.

Há aqui claro exercício da função de fomento, uma vez que estão presentes todos os elementos: há a eleição de uma finalidade de interesse público, que não será provida diretamente pela Administração por meio da criação de serviço público, nem imposta ao particular por meio de coação, a incidir sobre atividades particulares.

Destaca-se que que o aspecto da ausência de coação não é afetado pelo fato de alguma das exigências ser imposta pela Administração Pública ao particular para a obtenção do contrato público. Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto defende que a consensualidade pode estar presente somente em seu aspecto formal. Materialmente, contudo, é possível que a sujeição ao fomento seja essencial para a viabilização de determinada atividade. Nesse caso, ainda que inexista de fato uma opção pela não sujeição ao fomento, uma vez que somente com os incentivos a atividade será economicamente viável, ainda assim permanecerá a livre-iniciativa quanto à implementação ou não da atividade ou empreendimento, isto é, a faculdade de exercer ou não determinada atividade econômica.<sup>65</sup>

Aplicando o mesmo raciocínio, entende-se que a imposição de requisitos de habilitação, por exemplo, que, caso descumpridos, impliquem a exclusão do licitante do certame, não descaracterizará a natureza de fomento da medida. O mesmo ocorre nos mercados

---

<sup>64</sup> FABRE, Flavia Moraes Barros Michele. *Função horizontal da licitação e da contratação administrativa*. 2014. 185 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 12.

<sup>65</sup> KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p. 422.

que se caracterizam como monopólio estatal, em que o particular não terá outra escolha além de aderir à política de fomento, sob pena de não conseguir manter sua atividade econômica.

É o mesmo caso da extrafiscalidade, em que o objetivo do tributo, para além da arrecadação de rendas para o Estado, é o direcionamento de condutas, por meio de seu estímulo ou desestímulo.<sup>66</sup> O tributo não é opcional – uma vez verificada sua hipótese de incidência, o particular está obrigado ao seu pagamento. No entanto, sua obrigatoriedade não impossibilita a sua utilização para a veiculação de medidas de fomento, mesma lógica aplicável à função de fomento dos contratos públicos.

Como resultado à adesão à política de fomento, o particular receberá uma vantagem jurídica, qual seja, algum tipo de benefício para a contratação com o Poder Público, em caso de meios positivos de fomento, ou a não incidência ou amenização de algum obstáculo, em caso de meios negativos.

Considerando o imenso poder de compra do Estado, parece evidente que, no intuito de ganhar essa fatia considerável do mercado, importantes setores da economia buscariam se ajustar às demandas previstas nos editais de licitação.<sup>67</sup> Diante dessa possibilidade, Jair Eduardo Santana defende as contratações públicas jamais poderiam ser entendidas como simples procedimentos formais, de modo que a boa prática de governança aponta no sentido de valer-se do poder de compra como ferramenta estratégica de indução de políticas públicas.<sup>68</sup>

Conclui-se, portanto, que os contratos celebrados pela Administração Pública são capazes de atuar como meio de fomento jurídico, positivo ou negativo, inclusive para a busca de finalidades de interesse social.

As possibilidades de utilização do poder de compra estatal para o atingimento de finalidades externas à contratação já foram estudadas pela doutrina brasileira sob diversas nomenclaturas, como função regulatória do contrato administrativo, função social, função extra econômica, função horizontal e função derivada.

---

<sup>66</sup> KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p. 422.

<sup>67</sup> COUTO, Hugo Leonnardo Gomides do; RIBEIRO, Francis Lee. Objetivos e desafios de compras públicas sustentáveis no Brasil: a opinião dos especialistas. *Revista Administração Pública*, n. 50, pp. 331-343. Rio de Janeiro: mar./abr., 2016. p.332.

<sup>68</sup> SANTANA, Jair Eduardo. O poder de compra do Estado como ferramenta de fomento ao desenvolvimento local: uma visão estratégica de aplicação do estatuto das micro e pequenas empresas. *Revista de direito administrativo e infraestrutura*, v. 1, pp. 136-197, abri./jun., 2017. p. 9.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Rafael Vêras de Freitas falam em “função regulatória” da licitação, teoria segundo a qual o instituto da licitação não serve, tão somente, para que a Administração realize a contratação de bens e serviços a menor custo, mas tem um espectro mais abrangente, servindo também como instrumento para o atendimento de outras finalidades públicas, consagradas constitucionalmente.<sup>69</sup>

Considera-se a nomenclatura “regulatória” inadequada. Adota-se o posicionamento de José Vicente dos Santos Mendonça, que discorda da existência de um “fomento regulador” – para o autor, o caso é apenas de fomento público *tout court*. Sob certo ponto de vista, a intervenção regulatória pode se dar por meio de fomento, mesmo porque o conceito de regulação é bastante amplo. Todavia, na regulação pública o todo é a maior que a soma de suas partes. Regulação é criar a norma, fiscalizá-la, aplicá-la, compor controvérsias, induzir comportamentos. Nem por isso a regulação é uma mistura simples de polícia, fomento, poder normativo, funções executivas. Ela é tudo isso, em alguns casos partindo de visões um pouco diferenciadas das noções clássicas, dentro de um todo que se coordena e se imanta, gerando novas perspectivas e possibilidades práticas de atuação. O fomento existe na condição de técnica de regulação (e não perde sua condição de fomento por isso), mas fomento e regulação são coisas distintas.<sup>70</sup>

Flávia Fabre utiliza a expressão “função horizontal”, que consiste no poder-dever que tem a Administração Pública de concretizar objetivos econômicos, sociais ou ambientais por meio das compras que efetua, superando a mera satisfação vertical de suas necessidades ordinárias. A autora explica que a “função horizontal” vai além do exercício da atividade regulatória por meio da licitação e da contratação administrativa, e por essa razão não adota a denominação “função regulatória” ou “função social” da licitação e da contratação administrativa.<sup>71</sup>

Em trabalho mais recente, Marina Fontão Zago utiliza a expressão “função derivada”, buscando demonstrar o movimento de passagem de uma função original e, até então, única da

---

<sup>69</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. A função regulatória das licitações e o desenvolvimento nacional sustentável: o regime jurídico introduzido pela Lei nº 12.349/10. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 38, p. 9-30, jul./set. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=81456>>. Acesso em: 4 fev. 2019. p. 2.

<sup>70</sup> MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *Revista de Direito Processual Geral*, Rio de Janeiro, n. 5, 2010, pp. 130/131.

<sup>71</sup> FABRE, Flavia Moraes Barros Michele. Função horizontal da licitação e da contratação administrativa. 2014. 185 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 169.

contratação pública (execução de obra, fornecimento de bens, prestação de serviços) para a derivação de uma finalidade adicional (de política pública). Ou seja: a contratação pública passa a comportar, além de sua função primária (a satisfação de uma necessidade pública original), uma função derivada e adicional, operacionalizada pela inclusão, em qualquer fase da contratação pública, de restrições, obrigações ou preferências adicionais à finalidade primária do contrato e a ela não originárias.<sup>72</sup>

Ao delimitar o conceito de “função derivada”, a autora (i) excluiu regras que imponham preferências ou requisitos para toda a cadeia produtiva (não se aplicando apenas para o mercado de compras públicas, ou que apenas reiteram a aplicação de normas de abrangência geral para o campo das compras públicas); (ii) excluiu as regras que preveem uma preferência como o próprio objeto da contratação; e (iii) incluiu hipóteses de preferências e obrigações que envolvam contratações entre entidades estatais (o que abarca a contratação de empresas estatais, pessoas jurídicas de direito privado que devem participar do setor produtivo em igualdade de condições com as demais empresas privadas).<sup>73</sup>

A autora destaca que o uso direto do poder de compra estatal para fomentar atividade privada de interesse público não se enquadra como “função derivada” da contratação pública, pois, nesses casos, “o fomento da política pública é contratado como forma direta, constituindo a própria finalidade primária do contrato, e não uma finalidade secundária adicionada à avença”, de modo que, por exemplo, o “contrato de fomento” não configuraria hipótese de função derivada.<sup>74</sup>

O presente trabalho, todavia, não tem a pretensão de “empreender um novo conceito”<sup>75</sup> para designar a utilização dos contratos públicos para atingir finalidades de interesse público além do objeto imediato da contratação, uma vez que a hipótese configura evidente exercício da função de fomento estatal.

Portanto, será utilizada a expressão “função de fomento das contratações públicas” ou simplesmente “função de fomento”. Nesse recorte, (i) incluem-se regras previstas para toda a cadeia produtiva, apenas reiteradas no campo da contratação pública, desde que não se refiram

---

<sup>72</sup> ZAGO, Marina Fontão. *Poder de compra estatal para a implementação de políticas públicas: o uso derivado da contratação pública*. 2017. 373 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. pp. 21-28.

<sup>73</sup> *Ibidem*, pp. 117-118.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>75</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. Conceitos inventados de direito administrativo. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 9-18, abr./jun. 2016. p. 10.

a atividades ilícitas; (ii) incluem-se regras que preveem a preferência como o próprio objeto da contratação, como no caso das dispensas para contratação direta de determinados atores; (iii) não se incluem regras de preferências que visam beneficiar entidades estatais, considerando que o conceito de fomento adotado se restringe a atividades particulares.

A título de exemplo, a margem de preferência contida no artigo 3º, parágrafo 5º, da Lei nº 8.666/1993 para “empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência e reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação” se enquadra no recorte, pois apesar de a reserva de cargos ser uma obrigação imposta a toda a cadeia produtiva, nos termos da Lei nº 8.213/1991, aqui ela é inserida como um incentivo a quem quiser contratar com Administração, como meio de fomento positivo.

Também foram incluídas regras que preveem a preferência como o próprio objeto da contratação, como é o caso das hipóteses de dispensa em razão do contratado. Um exemplo a ser citado é o das associações ou cooperativas de catadores de materiais recicláveis, contido no artigo 24, inciso XXVII da Lei nº 8.666/1993. Aqui, o poder de contratação do Estado é utilizado para beneficiar diretamente essas entidades, através da reserva de uma parcela do mercado público para o fomento de sua atividade, em razão dos diversos benefícios gerados por ela.

Por derradeiro, as preferências que visam beneficiar entidades estatais foram excluídas do recorte. Conforme exposto no tópico 2.2.1, o conceito de fomento adotado não inclui o auxílio voltado a atividades administrativas, somente a atividades particulares. Desse modo, todas as diversas previsões de dispensa para contratação direta de empresas estatais, entre outras, não foram objeto de estudo do presente trabalho.

### *2.3.3 Agente fomentador*

O agente fomentador é o sujeito com competência para fomentar determinada atividade ou comportamento. A administração fomentadora figura, portanto, no polo ativo da relação de fomento, protegendo e promovendo indiretamente o objeto fomentado. Quando o Estado fomenta por meio de seus contratos, o agente fomentador será o ente público contratante. Contudo, segundo alerta Célia Cunha Mello, a competência para a instituição de uma política de fomento depende da competência para dispor sobre determinada política pública.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pp. 31/32.

O fomento público em geral compete às três esferas federativas, pois as expressões “Poder Público” e “Estado” empregadas nos artigos 170 e 174 da Constituição devem ser compreendidas de forma indistinta. Devem ser feitas, contudo, distinções relativas ao objeto do fomento, conforme a distribuição de competências desenhada pela Constituição Federal em seus artigos 21 a 30. Os objetivos normalmente visados pelo fomento inserem-se no âmbito da competência concorrente dos entes federativos, prevista no artigo 23 da Constituição, tais como a promoção da cultura, educação e ciência (inciso V), por exemplo. Diante disso, Floriano de Azevedo Marques Neto conclui que a função de fomento pode ser exercida pelas três esferas federativas, já que cabe ao Poder Público, de forma indistinta, direcionar a ordem econômica para os fins previstos no artigo 170 da Constituição Federal.<sup>77</sup>

Quando o meio de fomento utilizado é a contratação pública, contudo, a questão ganha contornos peculiares, pois a competência para a criação de mecanismos de fomento passa a depender também da competência para dispor sobre normas de licitação e contratos públicos.

Em seu artigo 22, inciso XXVII, a Constituição outorga à União competência privativa para a edição de normas gerais sobre licitações e contratos administrativos. Isso não significa o afastamento total da competência dos demais entes federativos para tratar do assunto. Conforme lição de Geraldo Ataliba, o direito administrativo é instrumento das pessoas políticas, é meio de sua afirmação, forma de explicitação de suas competências e instrumento de suas autonomias. Pessoa política é aquela dotada de Poder Legislativo, ou seja, dotada de competência para editar regras inovadoras da ordem jurídica. Portanto, essas pessoas são necessariamente competentes para criar *seu* direito administrativo. É preciso compatibilizar, portanto, essa competência com a competência da União para editar normas gerais,<sup>78</sup> inclusive sobre licitação e contratos administrativos.

Considerando, todavia, a restrição da autonomia legislativa das demais unidades federadas com relação ao tema promovido pela Constituição, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes entende que, em termos práticos, caberá apenas a repetição do que dispôs a Lei nº 8.666/1993,

---

<sup>77</sup> KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p. 466.

<sup>78</sup> ATALIBA, Geraldo. Competência do Congresso para editar normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 18, n. 72, pp. 45/48, out./dez. 1981. p. 46.

acrescentando-lhe regramentos de caráter integrativo e supletivo dos procedimentos, em nada alterando a sua essência ou conteúdo básico.<sup>79</sup>

De todo modo, o recorte elaborado pela presente pesquisa elegeu a legislação nacional, aprofundando-se na regulamentação federal, a fim de privilegiar a exequibilidade da análise, diante da impossibilidade de promover um levantamento legislativo em todos os entes federativos.

#### 2.3.4 Objeto, agente e destinatário do fomento

Conforme explicação de Floriano de Azevedo Marques Neto, no fomento, a ação estatal é estruturada de modo a identificar, num universo de condutas igualmente válidas e juridicamente permitidas, uma conduta específica que, por gerar externalidades positivas para a sociedade, entende-se que deve ser incentivada. Há, aqui, mera expectativa de que, a partir dos incentivos concedidos, os agentes econômicos executem a atividade incentivada. Tal expectativa, contudo, tem por base apenas os incentivos concedidos, já que no fomento inexistem coerção, sanção ou manejo de autoridade estatal para compelir o agente a executar a conduta fomentada.<sup>80</sup>

Os fins públicos relevantes visados pelo fomento são alcançados através da execução de atividades econômicas, regidas pela livre-iniciativa e para as quais o Estado não assume a obrigação de disponibilização para a coletividade. É próprio da intervenção fomentadora a eleição de um setor, de uma atividade ou mesmo de um agente econômico apto a merecer um incentivo, um incremento ou um suporte que o torne mais apto ou fornido a se desenvolver, e, com isso, ensejar um benefício coletivamente auferível. Através do fomento é possível prestigiar o princípio da isonomia em seu caráter material – o que não afasta a necessidade de ampla fundamentação que justifique a escolha.<sup>81</sup>

O objeto do fomento, portanto, deve ser uma atividade que gera externalidades positivas para a sociedade. Gregory Mankiw define externalidade, de forma bastante simples, como o impacto de ações de uma pessoa sobre o bem-estar de outras que não tomaram parte da

---

<sup>79</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Da competência para legislar sobre licitações e contratos e o poder regulamentar conferido pela Lei Federal de Licitações e Contratos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 74, fev. 2008. p. 11.

<sup>80</sup> KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p. 410/411.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 418/417.

ação. Se esse impacto é benéfico a externalidade é positiva, se é danoso a externalidade é negativa.<sup>82</sup>

Segundo aponta Guilherme Reisdorfer, é justamente essa aptidão de produzir uma pluralidade de externalidades em larga escala que justifica a reflexão acerca das possibilidades de racionalizar a internalização da promoção de fins públicos que, antes (ao menos na generalidade dos casos) eram considerados alheios aos contratos administrativos. Dentre os efeitos pretendidos pelas avenças firmadas pelo Estado, ganham protagonismo aqueles que se relacionam com o atendimento de finalidades externas à necessidade administrativa satisfeita pela prestação.<sup>83</sup>

A definição do objeto fomentado deve ser realizada de forma cautelosa, a fim de evitar que a medida resulte no desequilíbrio do setor fomentado com relação ao mercado ou incorra em arbitrariedades e protecionismos direcionados a determinado agente ou setor que dela não necessitem.<sup>84</sup>

Para Floriano Azevedo Marques Neto, os destinatários do fomento podem ser aqueles (i) que estão em situação de desvantagem, precariedade ou vulnerabilidade, e que exigem, portanto, atenção diferenciada do Poder Público (como no caso de cooperativas, associações, micro e pequenas empresas); ou (ii) cuja atuação promoverá fins públicos relevantes (como os as finalidades sociais buscadas pelas organizações da sociedade civil) e que, portanto, devem ser incentivados no exercício de suas atividades. Conforme ensina o autor, o fomento deve estar inserido no quadrante de efetivação de uma política pública, sendo que (i) os interesses públicos a serem alcançados devem estar previstos em uma política pública; (ii) o uso do fomento para a efetivação desses interesses públicos deve estar contemplado como um dos instrumentos de implementação da política pública; (iii) o destinatário do fomento deve estar inserido nessa política pública; (iv) o agente do fomento deve ser capaz, por meio do incentivo, de alcançar os interesses públicos visados.<sup>85</sup>

---

<sup>82</sup> MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. Tradução de Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 184.

<sup>83</sup> REISDORFER, Guilherme F. Dias. Desenvolvimento sustentável em licitações e contratos públicos: regulamentação, políticas de contratação e discricionariedade administrativa. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 171, p. 30-40, mar. 2016. p. 31.

<sup>84</sup> SAVIOLI, Anna Beatriz. *Licitações como instrumento do fomento estatal*. 2018. 257 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 100.

<sup>85</sup> KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p. 431/432.

Em sua pesquisa sobre a função derivada, Marina Fontão Zago concluiu que seus objetivos especificamente relacionados a contratação pública podem ser (i) conceder acesso exclusivo ao mercado de compras públicas para grupos ou atividades que cumpram determinadas condições, o que resulta na necessária destinação da contratação para a atividade ou grupo especificados; (ii) facilitar o acesso de determinados grupos ou atividades ao mercado de compras públicas, concedendo a esses destinatários preferência ou impondo restrição ou ônus ao demais, resultando em condições mais vantajosas na disputa pelo contrato, sem restringir o universo de possíveis candidatos; (iii) a execução propriamente dita de fins diversos, especialmente no caso da técnica de obrigação contratual, resultando no cumprimento de determinada obrigação, relacionada ou não com o objeto principal do contrato.<sup>86</sup> A mesma lógica é aplicável à função de fomento dos contratos públicos.

É necessário, conforme lição de Floriano de Azevedo Marques Neto, fazer uma distinção entre o *agente do fomento*, aquele que receberá o incentivo estatal para a prática de determinada conduta, e o *destinatário* do fomento, aquele que receberá os efeitos positivos advindos da prática da conduta.<sup>87</sup>

O agente do fomento pode ser o próprio destinatário do fomento, como no caso do fomento às microempresas e empresas de pequeno porte. O que se pretende fomentar é o desenvolvimento desse tipo de empreendimento, e são as próprias empresas as incentivadas por meio do fomento.

Contudo, pode haver um descolamento entre o agente do fomento e o destinatário da política, como no caso das políticas de fomento que visam à inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Nesse caso, o agente do fomento são as empresas que possuem a capacidade de contratar: são as empresas que recebem o incentivo estatal (no caso, uma preferência para contratar com o Poder Público) para praticar a conduta almejada. Contudo, o beneficiário da política de fomento não são as empresas, mas as pessoas que serão contratadas e inseridas no mercado de trabalho.

Destaca-se que, em geral, as políticas de fomento levam em consideração a geração de benefícios apropriáveis não apenas por seus destinatários diretos, mas também por toda a

---

<sup>86</sup> ZAGO, Marina Fontão. *Poder de compra estatal para a implementação de políticas públicas: o uso derivado da contratação pública*. 2017. 373 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 225-226.

<sup>87</sup> KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p. 430.

sociedade. Mesmo nos casos em que os destinatários são os próprios agentes do fomento espera-se que a política gere resultados socialmente apropriáveis – no exemplo do fomento às micro e pequenas empresas é possível citar a geração de emprego e renda para a sociedade.

Anna Beatriz Savioli defende que, embora não se confundam, o incentivo proposto deverá estar, em alguma medida, relacionado com o objeto a ser contratado, em razão da previsão contida no art. 3º, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/1993. Para a autora, a discriminação entre os licitantes somente será válida se guardar relação ou pertinência com o objeto da contratação, a fim de evitar o estabelecimento de critérios arbitrários que prejudiquem o caráter competitivo do certame.<sup>88</sup>

Discorda-se, todavia, do posicionamento da autora. Em alguns casos existe relação entre o objeto do fomento e o objeto a ser contratado, como no caso das associações e cooperativas de catadores de materiais recicláveis, contratadas justamente para realizar o trabalho de coleta, processamento e industrialização de resíduos sólidos, nos termos do artigo 24, inciso XXVII da Lei nº 8.666/1993. Em outros, contudo, a política pública visada pelo fomento não guarda qualquer relação com o objeto do contrato, como no caso da contratação de pessoas portadoras de deficiência, prevista no artigo 24, inciso XX, da Lei nº 8.666/1993, e uma exigência nesse sentido inviabilizaria a política.

### 2.3.5 Reserva legal

Conforme ensina Floriano de Azevedo Marques Neto, o exercício da função administrativa de fomento em geral não depende, necessariamente, de previsão específica em lei em sentido estrito. Todavia, a depender do instrumento de fomento, como no caso de subvenções econômicas ou desonerações tributárias, pode ser necessária expressa autorização legal.<sup>89</sup> É necessário investigar, portanto, se a função de fomento das contratações públicas se enquadra nesse último caso.

O inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal dispõe que as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, *ressalvados os casos especificados na legislação*:

---

<sup>88</sup> SAVIOLI, Anna Beatriz. *Licitações como instrumento do fomento estatal*. 2018. 257 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 104.

<sup>89</sup> KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4). p. 496.

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A redação do dispositivo constitucional significa que é necessária expressa ressalva legal para que o processo licitatório seja afastado – por meio de dispensa ou inexigibilidade. Significa, também, que é necessária expressa ressalva legal para que sejam criadas situações que afastem a “igualdade de condições” assegurada a todos os concorrentes.

Diante disso, uma vez que a função de fomento dos contratos públicos implica na criação de uma situação diferenciada para determinados setores, agentes ou atividades, seja afastando a própria necessidade de realização de licitação, seja afastando a igualdade de condições entre os licitantes prevista constitucionalmente, é imprescindível que haja expressa previsão legal permitindo sua utilização.

Sobre o assunto, Anna Beatriz Savioli concorda que, nos casos em que o fomento for viabilizado por meio do afastamento completo do dever de licitar, sua formalização deve ser viabilizada por lei em sentido estrito. Contudo, a autora defende que nos casos em que o fomento acarretar mera modificação no processo tradicional de licitação não há, necessariamente, vinculação à reserva legal.<sup>90</sup>

Discorda-se da mencionada autora com relação à possibilidade de criação de fatores de discriminação em licitações sem expressa previsão legal, em razão da redação do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, que não se restringe a assegurar a realização do procedimento licitatório, mas assegura também a igualdade entre os concorrentes – dois aspectos que, por expressa disposição constitucional, somente podem ser afastados por ressalva legal.

Seria possível entender que a reserva legal é suficientemente preenchida pela previsão do artigo 3º da Lei nº 8.666/1993, que estabelece uma permissão genérica para o emprego dos contratos públicos para a busca do desenvolvimento nacional sustentável. Diante da previsão legal, seria possível que seu conteúdo seja preenchido pelo poder normativo dos entes administrativos.

---

<sup>90</sup> SAVIOLI, Anna Beatriz. *Licitações como instrumento do fomento estatal*. 2018. 257 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. pp. 119/120.

É justamente nesse sentido o entendimento de Juliana de Palma. A autora defende que, por meio do exercício do poder normativo, devem ser estabelecidos critérios vinculantes de sustentabilidade para a Administração direta, autárquica e fundacional. Para a autora, essa centralização tem tanto fundamentos normativos quanto de gestão pública: sem a uniformidade dos critérios de sustentabilidade, a almejada segurança jurídica, imprescindível para que os gestores adotem práticas sustentáveis em matéria de licitação, se frustraria.<sup>91</sup>

Discorrendo sobre a submissão do fomento público ao princípio da legalidade, José Vicente Santos de Mendonça expressou o entendimento de que uma autorização legislativa genérica seria suficiente para a atuação do fomento público, não havendo necessidade de que todo e qualquer ato administrativo que concretize uma ação de fomento esteja rigorosamente pré-determinado em lei no sentido formal e material. Todavia, o mesmo autor ressalva que há limites: os termos da autorização não podem ser tão gerais que não permitam o controle, ou que se tornem, na prática, um cheque em branco, nem tão específicos que impossibilitem a atuação administrativa.<sup>92</sup>

Na situação em estudo, a expressão “desenvolvimento nacional sustentável” contida no artigo 3º da Lei nº 8.666/1993 e reproduzida no artigo 5º do texto base aprovado no PL 1.292/1995 é demasiadamente ampla, o que poderia significar, em última instância, justamente uma carta branca, permitindo a quebra da “igualdade de condições” prevista constitucionalmente para o fomento a qualquer tipo de atividade. Apesar de a previsão poder ser regulamentada em alguma medida – como o foi, pelo Decreto nº 7.746/2012 – a previsão não significa uma permissão ampla e genérica para a criação de hipóteses discriminatórias.

Considerando a necessidade de garantia de um mínimo de segurança jurídica – tanto para os particulares, que precisam se adaptar às exigências dos editais, quanto para os agentes públicos, que se submetem à inúmeras esferas de responsabilidade, entende-se imprescindível a existência de fundamentos legais sólidos a embasar a política de fomento impressa à contratação pública.

---

<sup>91</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Contratações públicas sustentáveis. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Orgs.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 108.

<sup>92</sup> MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *Revista de Direito Processual Geral*, Rio de Janeiro, n. 5, 2010, pp. 130/131.

Desse modo, é necessária a edição de lei em sentido estrito para a criação de hipóteses de uso da função de fomento dos contratos públicos que impliquem em (i) afastamento do dever de licitar ou (ii) criação de condições que afastem a igualdade entre os concorrentes.

Entende-se, contudo, desnecessária a edição de lei para as situações em que a utilização da função de fomento dos contratos públicos pode se dar dentro do espaço de discricionariedade do agente público, como através da mera especificação do objeto. Dentro desses limites da reserva legal, conforme aponta Murillo Giordan Santos, há espaço o poder regulamentar da Administração Pública, que deve ser utilizado como forma de consagração dos valores e regras estampados na Constituição e como forma de dar cumprimento ao comando de busca pelo desenvolvimento sustentável nas licitações.<sup>93</sup>

---

<sup>93</sup> SANTOS, Murillo Giordan. Poder normativo nas licitações sustentáveis. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 172, p. 56-67, abr. 2016. p. 56.



### **3. A DIMENSÃO SOCIAL DA SUSTENTABILIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

Este capítulo terá por finalidade expor o conceito de desenvolvimento sustentável e sua evolução desde o Relatório Brundtland, com o objetivo de estudar, especificamente, o seu viés social. A partir disso, será possível estabelecer critérios para que um mecanismo de contratação pública possa ser considerado socialmente sustentável. Esses critérios embasam a realização do levantamento legislativo para mapeamento desses mecanismos.

#### **3.1 Proposição do conceito de desenvolvimento sustentável**

##### *3.1.1 Antecedentes – A Conferência de Estocolmo*

De acordo com Elimar Pinheiro do Nascimento, a noção de sustentabilidade tem duas origens. A primeira, na biologia, por meio da ecologia, refere-se à capacidade de recuperação e reprodução dos ecossistemas (resiliência) em face de agressões antrópicas (uso abusivo dos recursos naturais, desflorestamento, entre outros) ou naturais (terremotos, tsunamis, enfim). A segunda, na economia, como adjetivo do desenvolvimento, em face da percepção crescente ao longo do século XX de que o padrão de produção e consumo em expansão no mundo, sobretudo no último quarto daquele século, não teria possibilidade de perdurar. Foi assim que surgiu a noção de sustentabilidade: sobre a percepção da finitude dos recursos naturais e sua gradativa e perigosa depredação.<sup>94</sup>

Para Ignacy Sachs, a onda da conscientização ambiental é recente. Embora possa ser parcialmente atribuída ao choque produzido pelo lançamento da bomba atômica em Hiroshima e à descoberta de que a humanidade havia alcançado suficiente poder técnico para destruir eventualmente toda a vida do nosso planeta, o autor identifica que foi, paradoxalmente, a aterrissagem na lua que despertou efetivamente a reflexão sobre a finitude dos recursos naturais da Terra, bem como sobre os perigos decorrentes das agressões ao meio ambiente, usado como depósito.<sup>95</sup>

O movimento ecológico obteve força na década de 60, sobretudo em razão das consequências negativas da industrialização (como poluição, tráfego e barulho) terem passado

---

<sup>94</sup> NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da sustentabilidade: do ambiental ao social, do social ao econômico. *Estudos avançados*, pp. 51/64. n. 26, vol. 75, 2012. p. 51.

<sup>95</sup> SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009. pp. 47/48.

a afetar a maior faixa da população dos países ricos – a classe média, cuja educação e cujo grau de liberdade permitiam explorar alternativas políticas para expressar sua insatisfação.<sup>96</sup>

Até a segunda metade do século XX, a concepção vigente de desenvolvimento era como sinônimo de crescimento econômico. O meio ambiente natural era tratado simplesmente como uma fonte de recursos a ser super explorada para a satisfação dos desejos consumistas de uma pequena parcela da humanidade, e como uma lixeira para os resíduos produzidos. Presumia-se que a expansão econômica automaticamente promoveria bem-estar social, e, nesse contexto, o crescimento do Produto Interno Bruto – PIB figurava como o indicador de desenvolvimento por excelência.<sup>97</sup>

A movimentação internacional que levou ao surgimento do conceito de “desenvolvimento sustentável” foi gradativa, e contou com o impulso de obras como Primavera Silenciosa (*Silent Spring*), lançada em 1962 por Rachel Carson, documentando os efeitos dos pesticidas no meio ambiente, e Este Planeta Ameaçado (*This Endangered Planet*), lançada em 1971 por Richard Falk, entre outras. A obra mais influente, tanto do ponto de vista econômico quanto do político, foi “Os limites do crescimento” (*Limits to growth*), publicada através do “Clube de Roma”.

O Clube de Roma reuniu pesquisadores e personalidades de diversas áreas para debater assuntos relacionados à política, economia, meio ambiente e desenvolvimento. Em 1972, o Clube publicou o relatório “Os limites do crescimento”, que contou com a participação de uma equipe do Massachusetts Institute of Technology – MIT, liderada por Donella Meadows e Dennis Meadows. Apresentando resultados a partir de modelos matemáticos sobre a evolução da população humana e a exploração de recursos naturais, o relatório concluiu, com um tom bastante alarmista, que se fossem mantidos os níveis de industrialização, poluição, produção de alimentos e exploração dos recursos naturais, o limite de desenvolvimento do planeta seria atingido em, no máximo, cem anos. Levantou-se, assim, a questão sobre a inviabilidade dos rumos do crescimento econômico, que poderia ocasionar uma diminuição drástica na população mundial e na capacidade industrial.<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> LAGO, André Aranha Corrêa do. *Estocolmo, Rio e Joanesburgo: o Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas*. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão, 2007. p. 28.

<sup>97</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. O princípio do desenvolvimento sustentável como princípio geral do direito: origem histórica e conteúdo normativo. *Revista dos Tribunais*, vol. 940, pp. 309/341, fev. 2014. p. 310.

<sup>98</sup> LIMA, Maria Isabel Leite Silva de; REI, Fernando. Da gênese do desenvolvimento sustentável à Agenda 2030: desafios ao modelo econômico. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 54, p. 139-155, abr./jun. 2016. p. 144.

Foi nesse contexto que, ainda em 1972, foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, na Suécia. Foi o primeiro evento do gênero a ser realizado no mundo. Nessa ocasião, a dimensão do meio ambiente foi colocada na agenda internacional. O principal produto da Conferência foi a Declaração de Estocolmo, contendo 26 princípios e um plano de ação com 109 recomendações – o primeiro conjunto de normas internacionais versando sobre questões ambientais.

Ignacy Sachs aponta que, durante a preparação da Conferência, duas posições diametralmente opostas foram assumidas, pelos que previam abundância (os *cornucopians*) e os catastrofistas (*doomsayers*). Os primeiros consideravam que as preocupações com o meio ambiente eram descabidas, pois atrasariam e inibiriam os esforços dos países em desenvolvimento rumo à industrialização para alcançar os países desenvolvidos. A prioridade deveria ser dada à aceleração do crescimento, e as externalidades negativas produzidas no processo poderiam ser neutralizadas posteriormente. Do lado oposto, os segundos anunciavam “o apocalipse para o dia seguinte” caso o crescimento demográfico e econômico (ou, ao menos, o crescimento do consumo) não fossem imediatamente estagnados. Ao final do século, a humanidade poderia encarar a triste alternativa de ter que escolher entre o desaparecimento em consequência da exaustão dos recursos ou pelos efeitos caóticos da poluição.<sup>99</sup>

Ambas as posições extremistas foram descartadas. Para Ignacy Sachs, a Conferência adotou uma alternativa média entre o economicismo arrogante e o fundamentalismo ecológico. O crescimento econômico ainda se fazia necessário, mas ele deveria ser socialmente receptivo e implementado por métodos favoráveis ao meio ambiente, em vez de favorecer a incorporação predatória do capital da natureza ao PIB.<sup>100</sup> Essa ideia, na realidade, acabou sendo reproduzida em certa medida em todas as Conferências internacionais posteriores sobre o tema, que jamais descartaram a ideia de crescimento – assegurando, inclusive, o direito ao desenvolvimento dos países mais pobres.

André Aranha Corrêa do Lago aponta que a maioria da doutrina entende como principais conquistas da Conferência de Estocolmo a entrada definitiva do tema ambiental na agenda multilateral e a determinação das prioridades das futuras negociações sobre meio ambiente, a criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA, o estímulo à criação de órgãos nacionais dedicados à questão do meio ambiente em dezenas de

---

<sup>99</sup> SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009. pp. 50/51.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 52.

países que ainda não os tinham, o fortalecimento das organizações não-governamentais e a maior participação da sociedade civil nas questões ambientais.<sup>101</sup>

Expressando, desde então, preocupações de cunho social em conjunto às preocupações ambientais, a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano de Estocolmo dispõe, em seu item 4, que, nos países em desenvolvimento, a maioria dos problemas ambientais são motivados pelo subdesenvolvimento, pois milhões de pessoas vivem muito abaixo dos níveis mínimos necessários para uma existência humana digna, privadas de alimentação e vestuário, de habitação e educação, de condições de saúde e de higiene adequadas.<sup>102</sup>

Assim, a Declaração recomenda que os esforços para o desenvolvimento desses países devem levar em conta essas prioridades e a necessidade de salvaguardar e melhorar o meio ambiente. Com o mesmo fim, a Declaração recomenda que os países industrializados devem esforçar-se para reduzir a distância que os separa dos países em desenvolvimento, ressaltando que, nos países industrializados, os problemas ambientais estão geralmente relacionados com a industrialização e o desenvolvimento tecnológico.<sup>103</sup>

O Princípio 1 da Declaração estabelece que o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. Além disso, Princípio 8 dispõe que o desenvolvimento não só econômico, mas também social, é indispensável para assegurar ao homem um ambiente de vida e trabalho favorável e para criar na terra as condições necessárias de melhoria da qualidade de vida.<sup>104</sup>

Nota-se, portanto, que desde os debates promovidos em Estocolmo já havia a noção de que a pobreza é provocadora de agressões ambientais e que, por isso, a sustentabilidade deve contemplar a equidade social e a qualidade de vida, dessa geração e das próximas.<sup>105</sup>

---

<sup>101</sup> LAGO, André Aranha Corrêa do. *Estocolmo, Rio e Joanesburgo: o Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas*. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão, 2007. p. 48.

<sup>102</sup> UNITED NATIONS. *Report of the United Nations Conference on the Human Environment*. Stockholm: United Nations Publication, 1982. p. 3.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>105</sup> NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da sustentabilidade: do ambiental ao social, do social ao econômico. *Estudos avançados*, pp. 51/64. n. 26, vol. 75, 2012. p. 51.

### 3.1.2 Nosso futuro comum – o Relatório Brundtland

Em 1983 o Secretário-Geral da ONU convidou a ex-Primeira Ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland, mestre em saúde pública, para estabelecer e presidir a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. Em abril de 1987 a Comissão Brundtland, como ficou conhecida, publicou o Relatório Brundtland, também denominado Nosso Futuro Comum (*Our Common Future*), ocasião em que o termo “desenvolvimento sustentável” foi utilizado pela primeira vez.<sup>106</sup>

De acordo com o Relatório, o desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades. Ele contém dois conceitos-chave: (i) o conceito de “necessidades”, sobretudo as necessidades essenciais dos pobres do mundo, que devem receber a máxima prioridade; e (ii) a noção das limitações que o estágio da tecnologia e da organização social impõe ao meio ambiente, impedindo-o de atender às necessidades presentes e futuras.<sup>107</sup>

O Relatório, assim como a Declaração de Estocolmo, já traz em seu conteúdo a preocupação com a dimensão social do desenvolvimento, expressando o entendimento de que a pobreza se relaciona intimamente com os problemas ambientais:

a pobreza é uma das principais causas e um dos principais efeitos dos problemas ambientais no mundo. Portanto, é inútil tentar abordar esses problemas sem uma perspectiva mais ampla, que englobe os fatores subjacentes à pobreza mundial e à desigualdade internacional.<sup>108</sup>

Daniel Magalhães entende que, em contraste com a Declaração da Conferência de Estocolmo, de 1972, e com o conteúdo do alarmista relatório “Os Limites do Crescimento”, o Relatório Brundtland coloca o crescimento como solução para os problemas ambientais, defendendo a redução da pobreza para a minimização dos impactos ambientais. O autor

---

<sup>106</sup> LIMA, Maria Isabel Leite Silva de; REI, Fernando. Da gênese do desenvolvimento sustentável à Agenda 2030: desafios ao modelo econômico. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 54, p. 139-155, abr./jun. 2016. p. 145.

<sup>107</sup> ONU, Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Nosso futuro comum*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991. p. 46.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 4.

argumenta que, por isso, que o conceito de “desenvolvimento sustentável” construído pelo Relatório tem um caráter antropocêntrico e economicista.<sup>109</sup>

Todavia, entende-se que o conteúdo do Relatório na realidade converge com o conteúdo da Declaração de Estocolmo, que pareceu em grande medida preocupada em assegurar o direito ao desenvolvimento dos países menos desenvolvidos – preocupação mantida em todos os eventos internacionais organizados pela ONU para debater o tema.

Conforme aponta André Aranha Corrêa do Lago, as conclusões do Relatório não poupam os países desenvolvidos nem aqueles em desenvolvimento, mas buscam oferecer alternativas e apontar caminhos viáveis que não excluam o desenvolvimento dos pobres nem o questionamento dos padrões dos países mais ricos.<sup>110</sup>

### 3.2 Evolução do conceito

Sem a pretensão de esgotar o estudo do assunto, a evolução do conceito de desenvolvimento sustentável passa pela análise dos outros quatro principais marcos regulatórios internacionais sobre o tema: a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio92), a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável em Joanesburgo (Rio+10) e a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20).

#### 3.2.1 A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento

Tendo em mente os propósitos e os princípios da Carta das Nações Unidas relativas à realização da cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e encorajar o respeito aos Direitos Humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião, a ONU elaborou, em 04 de dezembro de 1986, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (*Declaration on the Right to Development*).

A Declaração ainda não incorpora o conceito de *desenvolvimento sustentável* elaborado alguns anos antes pelo Relatório Brundtland, mas já expressa que o desenvolvimento não possui uma dimensão meramente econômica. Em seu artigo 1º, a Declaração dispõe que o

---

<sup>109</sup> MAGALHÃES, Daniel. *O conceito de sustentabilidade nas políticas de desenvolvimento territorial no Brasil*. 2012. 105 f. Dissertação (Mestrado). Instituto de Economia da Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2012. p. 22.

<sup>110</sup> LAGO, André Aranha Corrêa do. *Estocolmo, Rio e Joanesburgo: o Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas*. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão, 2007. p. 65.

direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.<sup>111</sup>

### 3.2.1 A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (Rio92)

Vinte anos após a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano de Estocolmo, a ONU convocou a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que se realizou no Rio de Janeiro, em 1992. A Conferência também ficou conhecida como Conferência do Rio, Rio92 ou Eco92.

De acordo com a Resolução nº 44/228 da Assembleia Geral da ONU, a Conferência foi convocada para elaborar estratégias e medidas para suspender e reverter os efeitos da degradação ambiental, no contexto dos crescentes esforços nacionais e internacionais para promover a sustentabilidade e o desenvolvimento ambientalmente saudável em todos os países.<sup>112</sup>

Um dos principais produtos da Conferência do Rio de 1992 foi a Agenda 21, um programa de ação com objetivos acerca do desenvolvimento e meio ambiente. Apesar de longa e ambiciosa – mais de seiscentas páginas, com propostas de ações em mais de uma centena de áreas, para serem executadas ao longo de décadas – o documento revelou-se profundamente relevante. A Agenda é um programa de ação que atribuiu novas dimensões à cooperação internacional, estimulando os governos, a sociedade civil e os setores produtivo, acadêmico e científico a planejar e executar juntos programas destinados a mudar as concepções tradicionais de desenvolvimento econômico e de proteção do meio ambiente.<sup>113</sup>

A Agenda foi dividida em quatro seções:<sup>114</sup>

---

<sup>111</sup> UNITED NATIONS, General Assembly. *Res/41/128 – Declaration on the Right to Development*. 97<sup>th</sup> Plenary Meeting. 04 dec. 1986. Disponível em: <https://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm>. Acesso em: 03 mai. 2019.

<sup>112</sup> UNITED NATIONS, General Assembly. *RES/44/228 – United Nations Conference on Environment and Development*. 85<sup>th</sup> Plenary Meeting. 22 dec. 1989. Disponível em: <https://www.un.org/documents/ga/res/44/ares44-228.htm>. Acesso em: 03 mai. 2019.

<sup>113</sup> LAGO, André Aranha Corrêa do. *Estocolmo, Rio e Joanesburgo: o Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas*. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão, 2007. p. 76.

<sup>114</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>. Acesso em: 03 mai. 2019.

(i) A primeira, relativa às *dimensões sociais e econômicas do desenvolvimento*, trata de cooperação internacional para acelerar o desenvolvimento sustentável dos países menos desenvolvidos; do combate à pobreza; da mudança nos padrões de consumo; da relação entre dinâmica demográfica e sustentabilidade; da proteção e promoção das condições da saúde humana; da promoção do desenvolvimento sustentável dos assentamentos humanos; e, por fim, da integração dentre meio ambiente e desenvolvimento na tomada de decisões;

(ii) A segunda, relativa à *conservação e gestão dos recursos para o desenvolvimento*, trata da proteção da atmosfera; da abordagem integrada do planejamento e do gerenciamento dos recursos terrestres; do combate ao desflorestamento; do manejo e do gerenciamento de ecossistemas frágeis; da promoção do desenvolvimento rural e agrícola sustentável; da conservação da diversidade biológica; do manejo ambientalmente saudável da biotecnologia; da proteção de oceanos de todos os tipos de mares; da proteção da qualidade e do abastecimento dos recursos hídricos; do manejo ecologicamente saudável das substâncias químicas tóxicas; do manejo ambientalmente saudável dos resíduos perigosos, dos resíduos sólidos e questões relacionadas com esgotos, bem como dos resíduos radioativos;

(iii) A terceira, relativa ao *fortalecimento do papel dos grupos principais*, trata da ação mundial pela mulher, visando um desenvolvimento sustentável equitativo; da infância e da juventude no desenvolvimento sustentável; do reconhecimento e fortalecimento do papel das populações indígenas e suas comunidades; do fortalecimento do papel das organizações não governamentais; das iniciativas das autoridades locais em apoio à Agenda; do fortalecimento do papel dos trabalhadores e seus sindicatos, da comunidade científica e tecnológica; e, por fim, do fortalecimento do papel dos agricultores;

(iv) A quarta seção, por fim, aborda os *meios de implementação* dos objetivos da Agenda, tratando dos recursos e mecanismos de financiamento; da transferência de tecnologia ambientalmente saudável, cooperação e fortalecimento institucional; da ciência para o desenvolvimento sustentável; da promoção do ensino, da conscientização e do treinamento; dos mecanismos nacionais e da cooperação internacional para o fortalecimento institucional nos países em desenvolvimento; dos arranjos institucionais internacionais; dos instrumentos e mecanismos jurídicos internacionais; e da informação para a tomada de decisões.

Nota-se que a estrutura da Agenda 21 contém preocupações relativas ao tripé principal da sustentabilidade: ambientais, econômicas e sociais. Há, inclusive, um grande protagonismo das preocupações sociais, que ocupam boa parte da primeira e da terceira seção da agenda.

Além da Agenda 21, outro produto da Conferência do Rio foi a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Contendo 27 princípios, a Declaração já se inicia estabelecendo que “Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”.<sup>115</sup>

O documento incorporou, em seu Princípio 3, o conceito de desenvolvimento sustentável recentemente apresentado ao mundo pelo Relatório Brundtland, ao estabelecer que “O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras”.<sup>116</sup>

Aqui também se verifica que a preocupação com o desenvolvimento sustentável não se dá somente em sua dimensão ambiental, ainda que não se estabeleça, de forma expressa, que o conceito possui mais de uma dimensão – o que ocorrerá somente no contexto da Conferência de Joanesburgo.

### 3.2.2 A Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável de Joanesburgo (Rio+10)

Em 2002, a Resolução 55/199 da Assembleia Geral das Nações Unidas convocou a “Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável”, em Joanesburgo, visando revisar o progresso alcançado dez anos após a Conferência do Rio, expressando preocupação com o fato de que, apesar de ter havido avanços desde a Conferência de Estocolmo em 1972, o meio ambiente e os recursos naturais que dão suporte à vida continuavam se deteriorando a um ritmo alarmante.<sup>117</sup>

Observava-se que, dez anos após a Conferência do Rio, o desenvolvimento associado à globalização não seguia os preceitos do desenvolvimento sustentável. Segundo aponta André Aranha Corrêa do Lago, a globalização, ao menos naquele momento, parecia corresponder mais ao capitalismo selvagem do que à visão mais humanista contida no conceito de desenvolvimento sustentável. Em pouco tempo, a globalização monopolizou o debate,

---

<sup>115</sup> UNITED NATIONS, General Assembly. *Report of the United Nations Conference on Environment and Development*. 12 aug. 1992. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/1709riodeclarationeng.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2019. p. 2.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>117</sup> UNITED NATIONS, General Assembly. *RES/55/199 – Ten-year review of progress achieved in the implementation of the outcome of the United Nations Conference on Environment and Development*. 87<sup>th</sup> Plenary Meeting. 20 dec. 2000. Disponível em: <https://undocs.org/A/RES/55/199>. Acesso em: 03 mai. 2019. p. 2.

ocupando muito do espaço que, esperava-se, poderia ter sido tomado pelo desenvolvimento sustentável.<sup>118</sup>

Os mais significativos resultados da Cúpula incluem a fixação ou reafirmação de metas para a erradicação da pobreza, água e saneamento, saúde, produtos químicos perigosos, pesca e biodiversidade, bem como a inclusão de dois temas de difícil progresso em inúmeras negociações anteriores: energias renováveis e responsabilidade corporativa. Além disso, merece destaque a decisão política de criação de fundo mundial de solidariedade para erradicação da pobreza e o fortalecimento do conceito de parcerias entre diferentes atores sociais para dinamização e eficiência dos projetos.<sup>119</sup>

Um dos produtos da Cúpula foi a Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável. Em seu item 3, a Declaração formaliza expressamente que o desenvolvimento sustentável contempla o desenvolvimento econômico, o desenvolvimento social e a proteção ambiental.<sup>120</sup>

### 3.2.3 Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20)

Renovando o compromisso com o desenvolvimento sustentável, a ONU promoveu a Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável no Rio de Janeiro, vinte anos depois da Rio92, em 2012.

A Conferência, dedicada à economia verde, à erradicação da pobreza e à governança ambiental, foi composta basicamente por três canais: o oficial, composto pelos países que negociariam uma declaração oficial no âmbito da ONU, o autônomo, no qual a sociedade civil (organizações não governamentais e movimentos sociais, sindicatos, governos, empresas e academia) se manifestou em espaços auto organizados, e o semioficial, em que a sociedade civil participou em espaços negociados com o Poder Público, o que revela a importância da participação desses atores no processo de governança ambiental global.<sup>121</sup>

---

<sup>118</sup> LAGO, André Aranha Corrêa do. *Estocolmo, Rio e Joanesburgo: o Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas*. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão, 2007. pp. 88/89.

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>120</sup> UNITED NATIONS. *Report of the World Summit on Sustainable Development*. Johannesburg, South Africa, 26 aug./04 sep.2002. Disponível em: [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/CONF.199/20&Lang=E](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.199/20&Lang=E). Acesso em: 03 mai. 2019. p. 1.

<sup>121</sup> LIMA, Maria Isabel Leite Silva de; REI, Fernando. Da gênese do desenvolvimento sustentável à Agenda 2030: desafios ao modelo econômico. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 54, p. 139-155, abr./jun. 2016. p. 147.

Um dos produtos da Conferência foi o Relatório “O Futuro que Queremos” (*The Future We Want*), em que a erradicação da pobreza é destacada como o maior desafio global encarado pelo mundo hoje, sendo um requisito indispensável ao desenvolvimento sustentável. O Relatório expressa, mais uma vez, a ideia do desenvolvimento sustentável multifacetado, nas dimensões econômica, social e ambiental, destacando a necessidade de que essas dimensões estejam interligadas para que o desenvolvimento sustentável seja plenamente atingido.<sup>122</sup>

### **3.4 A dimensão social da sustentabilidade**

Em sua obra “Desenvolvimento como liberdade” (*Development as freedom*), Amartya Sen busca demonstrar que o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. Esse enfoque nas liberdades humanas contrasta com visões mais restritas de desenvolvimento, como as prevalentes até a segunda metade do século XX, que identificavam desenvolvimento com crescimento do Produto Interno Bruto, aumento das rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social. O crescimento do PIB ou das rendas individuais pode ser importante como um meio de expandir as liberdades desfrutadas pelos membros da sociedade. Contudo, as liberdades dependem também de outros determinantes, como as disposições sociais e econômicas, os direitos civis, enfim.<sup>123</sup>

Amartya Sen entende que o desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação de liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social, como por exemplo a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais. Em outros casos, a violação da liberdade resulta diretamente de uma

---

<sup>122</sup> UNITED NATIONS, General Assembly. *The future we want*. 132rd Plenary meeting. 27 jul. 2012. Disponível em: [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/66/288&Lang=E](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/288&Lang=E). Acesso em: 03 mai. 2019. pp. 1/2.

<sup>123</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 16.

negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade.<sup>124</sup>

Crescimento, mesmo que acelerado, não é sinônimo de desenvolvimento se ele não amplia o emprego, não reduz a pobreza e não atenua desigualdades. Não é suficiente promover a eficiência alocativa. Para Ignacy Sachs, o desenvolvimento exige um equilíbrio de sintonia fina entre cinco diferentes dimensões. Para o autor, os cinco pilares do desenvolvimento sustentável são:

a-Social: fundamental por motivos tanto intrínsecos quanto instrumentais, por causa da perspectiva de ruptura social que paira de forma ameaçadora sobre muitos lugares problemáticos do nosso planeta;

b-Ambiental, com as suas duas dimensões (os sistemas de sustentação da vida como provedores de recursos e como “recipientes” para a disposição de resíduos);

c-Territorial, relacionado à distribuição espacial dos recursos, das populações e das atividades;

d-Econômico, sendo a viabilidade econômica a *conditio sine qua non* para que as coisas aconteçam;

e-Político, a governança democrática é um valor fundador e um instrumento necessário para fazer as coisas acontecerem; a liberdade faz toda a diferença.<sup>125</sup>

Como visto, a evolução do conceito de desenvolvimento sustentável passou a considera-lo eminentemente multidimensional. O conceito deixou de se resumir ao suprimento de necessidades materiais das presentes e futuras gerações. Sustentável é o desenvolvimento que insere todos os seres vivos, de algum modo, no futuro comum, evitando o apego excessivo a determinado padrão material de vida. Assim, o desenvolvimento sustentável experimenta sensível reconfiguração para se tornar eticamente consistente. Todo e qualquer desenvolvimento que se mostrar, a longo prazo, negador da dignidade dos seres vivos em geral, mesmo que pague dividendos imediatos, será tido como insustentável. O conceito deve ser, portanto, incluyente, política e socialmente.<sup>126</sup>

Elimar Pinheiro do Nascimento destaca que a primeira dimensão do desenvolvimento sustentável normalmente citada é a ambiental. Essa dimensão supõe que o modelo de produção e consumo seja compatível com a base material em que se assenta a economia, como subsistema do meio natural. A questão, portanto, de produzir e consumir de forma a garantir que os

<sup>124</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. pp. 16/17.

<sup>125</sup> SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008. p.14.

<sup>126</sup> FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 52.

ecossistemas possam manter sua autorreparação ou capacidade de resiliência. Já a dimensão econômica, para o autor, supõe o aumento da eficiência da produção e do consumo com economia crescente de recursos naturais, com destaque para recursos permissivos como as fontes fósseis de energia e os recursos delicados e mal distribuídos, como a água e os minerais – através da ecoeficiência. A dimensão social supõe que todos os cidadãos tenham o mínimo necessário para uma vida digna, o que significa erradicar a pobreza e definir o padrão de desigualdade aceitável, delimitando limites mínimos e máximos de acesso a bens materiais – implantando a justiça social.<sup>127</sup>

Ignacy Sachs destaca que a sustentabilidade social “vem na frente”, por se destacar como a própria finalidade do desenvolvimento. O autor aponta como critérios para a sustentabilidade social: (i) o alcance de um patamar razoável de homogeneidade social; (ii) a distribuição de renda justa; (iii) o emprego pleno e/ou autônomo com qualidade de vida decente; (iv) a igualdade no acesso aos recursos e serviços sociais.<sup>128</sup>

Para Juarez Freitas, a dimensão social da sustentabilidade significa que não se admite o modelo do desenvolvimento excludente, insensível e iníquo. Segundo o autor, “de nada serve cogitar da sobrevivência enfastiada de poucos, encarcerados no estilo oligárquico, relapso e indiferente, que nega a conexão dos seres vivos, a ligação de tudo, e, mais grave, sabota a condição imaterial do desenvolvimento”. Logo, não pode haver espaço para qualquer discriminação negativa – somente são válidas as distinções voltadas a auxiliar os desfavorecidos, mediante ações positivas e intervenções empáticas e altruísticas (efetivamente recompensadoras), que permitam fazer frente à pobreza (material e cognitiva), segundo métricas confiáveis, que contemplem os efeitos oblíquos das mazelas socioambientais.<sup>129</sup>

Thiago Pereira de Freitas entende que a dimensão social da sustentabilidade deve ser considerada como sendo o paradigma que não concorda com a miserabilidade consentida ou imposta, ou qualquer tipo de discriminação negativa, buscando efetivar os direitos fundamentais sociais, principalmente os relacionados à saúde, educação e segurança, que configuram serviços públicos essenciais.<sup>130</sup> No mesmo sentido, em Sidney Bittencourt, a

---

<sup>127</sup> NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da sustentabilidade: do ambiental ao social, do social ao econômico. *Estudos avançados*, pp. 51/64. n. 26, vol. 75, 2012. pp. 55/56.

<sup>128</sup> SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009. pp. 71/85.

<sup>129</sup> FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 65.

<sup>130</sup> FREITAS, Thiago Pereira. *Sustentabilidade e as contratações públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 68.

sustentabilidade social possui como objetivo principal a construção de uma civilização com redução das desigualdades sociais.<sup>131</sup>

Miriam Fernandes José Jorge entende que o aspecto social da sustentabilidade se refere a um conjunto de ações que visam melhorar a qualidade de vida da população, com a diminuição das desigualdades sociais, a concretização de direitos e a garantia ao acesso a serviços (educação e saúde principalmente) possibilitando às pessoas o acesso pleno à cidadania.<sup>132</sup>

Para Juarez de Freitas, a dimensão social da sustentabilidade reclama, em suma:<sup>133</sup>

- (i) o incremento da equidade intra e intergeracional;
- (ii) condições propícias ao florescimento virtuoso das potencialidades inerentemente humanas, assim como a regulação cooperativa, dialógica e inovadora, capaz de mitigar ou suprimir as falhas comportamentais, via consolidação de hábitos saudáveis; e
- (iii) por último, mas não menos importante, o engajamento na causa do desenvolvimento que insere solidariedade reflexiva na sociedade em rede, com a promoção da dignidade revigorada, isto é, não adstrita às amarras antropocêntricas.

Na dimensão social da sustentabilidade abrigam-se os direitos fundamentais sociais, que requerem outro modelo de governança, caracterizada por programas dirigidos à universalização do acesso aos bens e serviços essenciais, com o suporte em evidências. As políticas sociais, na formulação e implementação, devem ser concebidas e avaliadas sob o crivo empírico dos resultados diretos e indiretos.<sup>134</sup>

Diante do exposto, o presente trabalho entenderá a dimensão social do desenvolvimento sustentável como aquela direcionada a assegurar o implemento dos direitos fundamentais sociais, visando a redução das desigualdades e a melhoria da qualidade de vida da população, especialmente através do trabalho e da geração de renda.

As dimensões da sustentabilidade não são, contudo, estaques ou facilmente delineáveis. Existe inclusive uma grande proximidade entre o viés econômico e o viés social da sustentabilidade. As dimensões se entrelaçam e se constituem mutuamente na dialética da

---

<sup>131</sup> BITTENCOURT, Sidney. *Licitações sustentáveis: o uso do poder de compra do Estado fomentando o desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 6.

<sup>132</sup> JORGE, Miriam Fernandes José. *A cultura da sustentabilidade social, um instrumento de humanização*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra. p. 16.

<sup>133</sup> FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 67/68.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 66.

sustentabilidade, que não pode, sob risco de irremediável prejuízo ecossistêmico, ser rompida ou bloqueada. Conforme defendido por Juarez Freitas, não se trata de mera junção de características esparsas, mas de dimensões intimamente articuladas pelo pensamento sistemático, essenciais à modelagem do desenvolvimento fecundo.<sup>135</sup>

### 3.3 O princípio constitucional do desenvolvimento sustentável

Em seu preâmbulo, a Constituição Federal de 1988 expressa a instituição de um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

A previsão da busca ao desenvolvimento, conjugada à busca pelos demais objetivos estatuídos no preâmbulo, constitui o embrião do princípio do desenvolvimento sustentável na Carta Constitucional brasileira. Um desenvolvimento que vise, simultaneamente, assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça somente pode ser alcançado através das premissas da sustentabilidade, que imprime tais preocupações ao conceito de desenvolvimento.

Segundo aponta Daniel Wunder Hachem, é possível reconhecer, de forma implícita, a existência de um direito fundamental ao desenvolvimento na Constituição. Isso se dá em razão da cláusula de abertura material do catálogo de direitos fundamentais prevista no artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal.<sup>136</sup> A redação do dispositivo admite a existência de outros direitos materialmente fundamentais, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Lei Maior, bem como dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte.<sup>137</sup>

Ao julgar a medida cautelar requerida no âmbito da ADI 3.540-1/DF, proposta contra alguns dispositivos do Código Florestal (Lei nº 4.771/1965), o STF reconheceu expressamente a existência de um princípio constitucional do desenvolvimento sustentável no ordenamento jurídico brasileiro:

---

<sup>135</sup> FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 82.

<sup>136</sup> “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>137</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013. p. 147.

- O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.<sup>138</sup>

O STF entendeu que o princípio do desenvolvimento sustentável deriva, além dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, também da leitura conjugada dos artigos 3º, inciso II, e 225 da Constituição Federal, abaixo reproduzidos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

II - garantir o desenvolvimento nacional;

(...)

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Rafael Valim entende que é possível extrair da leitura conjugada dos artigos 3º, 170 e 225 uma síntese do desenvolvimento almejado pela Constituição: nacional, socialmente inclusivo, redutor das desigualdades sociais e regionais, obediente à dignidade humana, defensor do meio ambiente e de feição transgeracional.<sup>139</sup>

Juarez Freitas define o princípio constitucional da sustentabilidade como aquele que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar,

---

<sup>138</sup> STF, ADI 3.540-1/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em: 01 set. 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3540ementa.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2019.

<sup>139</sup> VALIM, Rafael. Contratação pública e sustentabilidade. In: MARRARA, Thiago (Org). *Direito Administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 520.

preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.<sup>140</sup>

De acordo com o mesmo autor, concebido como determinação ético-jurídica, o princípio constitucional da sustentabilidade (i) estatui, com eficácia direta e imediata, o reconhecimento da titularidade dos direitos daqueles que ainda não nasceram; (ii) preordena a ligação de todos os seres, acima das coisas, e a inter-relação de tudo; (iii) determina o escrutínio dos benefícios e custos, diretos e colaterais, antes de cada empreendimento. O princípio impõe, por variados ângulos, destacadamente no âmbito da formulação e implementação das políticas públicas, que se estime, motivadamente, os ônus e os ganhos, diretos e indiretos.<sup>141</sup>

A atuação principal do princípio, no entendimento de Edson Rodrigues Júnior, ocorre na fase pré-jurídica (política) e na fase de interpretação e aplicação das normas positivadas. Na fase pré-jurídica, o princípio do desenvolvimento sustentável guia o Estado legislador a adotar medidas legais que procuram harmonizar interesses humanos, culturais, econômicos e ambientais díspares, ao invés de sobrepor um grupo de interesses aos demais quando é possível harmonizá-los. Na fase jurídica, o princípio exerce papel destacado na interpretação e aplicação das normas que tratam sobre direitos humanos, diversidade cultural, meio ambiente (em sentido amplo) e atividade econômica. Quando um ou mais desses interesses estiverem em aparente conflito, o operador do direito deve buscar uma interpretação das normas apta a preservar a integridade do princípio do desenvolvimento sustentável, promovendo sua máxima efetividade.<sup>142</sup>

Juarez Freitas alerta que o princípio da sustentabilidade não é abstrato, elusivo ou de observância facultativa: vincula plenamente, e se revela inconciliável com o reiterado descumprimento da função socioambiental de bens e serviços. A sustentabilidade se traduz como dever fundamental de, visando o bem-estar intergeracional, produzir e compartilhar o desenvolvimento limpo e propício à saúde, em todos os sentidos, aí abrangidos os componentes primordialmente éticos, em combinação com os elementos sociais, ambientais, econômicos e jurídico-políticos.<sup>143</sup>

---

<sup>140</sup> FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 45.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>142</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. O princípio do desenvolvimento sustentável como princípio geral do direito: origem histórica e conteúdo normativo. *Revista dos Tribunais*, vol. 940, pp. 309/341, fev. 2014. p. 320.

<sup>143</sup> FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 43/44.

### 3.2 Parâmetros na contratação pública

Elimar Pinheiro do Nascimento considera que o desenvolvimento sustentável se tornou um campo de disputa, no sentido utilizado por Bordieu, com múltiplos discursos que ora se opõem, ora se complementam. Para o autor, o domínio da polissemia é a expressão maior desse campo de forças, que passa a condicionar posições e medidas de governos, empresários, políticos, movimentos sociais e organismos multilaterais.<sup>144</sup>

Não se pode perder de vista que o presente estudo possui natureza jurídica. Considerando que a definição da dimensão social do desenvolvimento sustentável adotada por esta pesquisa incorpora a noção de direitos sociais, o recorte do que deve ser considerado “sustentabilidade social” na contratação pública passa, necessariamente, pela análise do regramento constitucional dos direitos sociais. A partir da análise das disposições constitucionais é possível extrair parâmetros objetivos do que deve ser considerado sustentabilidade social na contratação pública.

O Título II da Constituição trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. A disciplina “Dos Direitos Sociais” consta do Capítulo II, que, em seu artigo 6º, determina serem direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, bem como a assistência aos desamparados. Além disso, o Capítulo II da Constituição, que trata dos Direitos Sociais, discorre amplamente sobre os direitos dos trabalhadores, urbanos e rurais, visando assegurar a melhoria de sua condição social.

O artigo 193, constante do Título VIII, que discorre sobre a Ordem Social, dispõe que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. Dentro do título VIII, a Constituição trata dos seguintes temas: da seguridade social; da saúde; da previdência social; da assistência social; da educação, da cultura e do desporto; da ciência, tecnologia e inovação; da comunicação social; do meio ambiente; da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso; e dos índios.

Em ordenamentos estrangeiros também é possível encontrar alguns parâmetros de referência. O assunto é amplamente explorado no âmbito da União Europeia, que chegou a editar um “guia de compras sociais”. Nele, considera-se que a licitação socialmente responsável deva levar em conta fatores como oportunidades de emprego (especialmente para os jovens, os

---

<sup>144</sup> NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da sustentabilidade: do ambiental ao social, do social ao econômico. *Estudos avançados*, pp. 51/64. n. 26, vol. 75, 2012. p. 51.

mais velhos, os grupos em desvantagens e para pessoas com deficiência), trabalho digno (abarcando cumprimento das normas trabalhistas, salário decente, segurança no trabalho, diálogo social, acesso a treinamento, e não discriminação, acesso a proteção social básica), cumprimento das normas sociais e direitos humanos, inclusão social (especialmente de pessoas com deficiência, preferência para contratação de empresas cujos proprietários sejam de etnias ou grupos minoritários), igualdade de oportunidades (incluindo, também, igualdade de gênero), acessibilidade, e, de modo geral, uma maior adesão voluntária às normas sociais.<sup>145</sup>

Foram considerados socialmente sustentáveis, portanto, os mecanismos que visam direcionar a contratação pública para o atingimento de objetivos relacionados aos direitos sociais previstos na Constituição, especialmente com a finalidade de reduzir as desigualdades sociais através da geração de emprego e renda.

---

<sup>145</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Buying social: a guide to taking account of social considerations in public procurement*. 2011. Disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-11-105\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-105_en.htm). Acesso em: 27 mai. 2018.



## 4. MECANISMOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA SOCIALMENTE SUSTENTÁVEL

Neste capítulo serão estudados os mecanismos de contratação pública socialmente sustentável encontrados na legislação levantada a partir dos parâmetros de pesquisa estabelecidos nos capítulos anteriores. Para organizar a análise, os mecanismos foram divididos em tabelas de acordo com o momento da contratação em que atuam, sendo o conteúdo de cada tabela analisada em um tópico distinto.

### 4.1 Aspectos introdutórios

A partir da análise realizada sobre a legislação mapeada, foi possível sistematizar os mecanismos de contratação pública encontrados a partir (i) da fase da contratação pública em que produzem efeitos e (ii) da forma como produzem efeitos.

Com relação à fase em que atuam, os mecanismos foram divididos entre aqueles que atuam (i) na fase interna da licitação; (ii) na fase externa da licitação; (iii) durante a execução contratual. A divisão realizada não segue, rigorosamente, a divisão das fases da licitação tradicionalmente seguida pela doutrina, pelo simples fato de que a atuação dos mecanismos não se esgota durante o procedimento licitatório, estendendo-se até o momento da execução contratual. Ou seja: os mecanismos atuam sobre toda a contratação pública, não somente sobre a licitação.

Com relação à forma com que produzem efeitos, na *fase interna da licitação* foram incluídos os mecanismos que dizem respeito à modelagem do procedimento licitatório e à verificação dos próprios pressupostos para a realização da licitação. Dentro desse tópico foram alocados, portanto, os mecanismos que dizem respeito (i) às diretrizes gerais da contratação pública; (ii) às hipóteses de dispensa; e (iii) às licitações reservadas. Na *fase externa da licitação*, que diz respeito ao procedimento licitatório propriamente dito, foram introduzidos os mecanismos relativos (i) à habilitação dos licitantes; (ii) aos critérios de desempate; (iii) às margens de preferência. Na *fase de execução contratual*, por fim, foram inseridos os mecanismos relativos a (i) critérios de desempenho; e (ii) obrigações contratuais.

Destaca-se que a sistematização realizada não esgota as possibilidades das formas de implementação da função de fomento dos contratos, pois leva em consideração somente o recorte da contratação pública socialmente sustentável. A sistematização diz respeito, portanto, somente aos mecanismos encontrados dentro desse recorte.

Não foram incluídas no recorte as previsões em que o beneficiário do mecanismo seria a própria Administração Pública. Conforme exposto no Capítulo 2, a definição de fomento

adotada não inclui os incentivos fornecidos às atividades públicas. Também não foram incluídas as previsões que diziam respeito apenas ao desenvolvimento tecnológico. Apesar das implicações sociais envolvidas no desenvolvimento tecnológico, e apesar de as dimensões econômica e social do desenvolvimento sustentável estarem intimamente imbricadas, entende-se que as previsões exclusivamente destinadas ao fomento do desenvolvimento tecnológico aproximam-se mais do desenvolvimento sustentável sob o viés econômico que social, objeto da pesquisa.

#### **4.2 Fase interna da licitação**

Segundo aponta Celso Antônio Bandeira de Mello, a licitação é composta por uma etapa interna e uma etapa externa. Na etapa interna, a promotora do certame, em seu recesso, pratica todos os atos necessários à sua abertura, antes de implementar a convocação dos interessados. A etapa externa inicia-se com a publicação do instrumento convocatório.<sup>146</sup>

A fase interna não deve ser vista meramente como a fase de preparação de um futuro certame. Sendo uma fase de preparação e modelagem da futura contratação, a fase interna inclui a verificação das hipóteses em que o certame sequer chegará a ser realizado, quando for o caso de dispensa ou inexigibilidade.

Nesse momento deve ser definido o objeto da contratação, verificados os pressupostos necessários à realização de licitação, enfim. Segundo afirma José Santos, a fase interna tem caráter estrutural com relação às demais etapas do certame (e, porque não dizer, de toda a contratação pública). É nesta fase que são fixados os fundamentos fático-jurídicos que condicionarão toda a conduta administrativa a ser adotada ao longo do processo licitatório.<sup>147</sup>

Diante disso, nesta fase foram incluídos os mecanismos relativos a diretrizes gerais da contratação pública, da definição do objeto, hipóteses de dispensa e de licitação reservada.

##### *4.3.1 Diretrizes gerais*

Durante o levantamento legislativo foi possível notar, especialmente na legislação específica sobre licitação e contratos, a existência de dispositivos estabelecendo diretrizes gerais para orientar o procedimento de licitação e contratação administrativa. A rigor, são mecanismos que podem e devem atuar em todas as fases da contratação. Todavia, considerando

---

<sup>146</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 597.

<sup>147</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. As decisões administrativas na fase interna do processo licitatório. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 20, p. 35-60, jan./mar. 2008. p. 50.



10.973/2004	<p>Art. 19. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as ICTs e suas agências de fomento promoverão e incentivarão a pesquisa e o desenvolvimento de produtos, serviços e processos inovadores em empresas brasileiras e em entidades brasileiras de direito privado sem fins lucrativos, mediante a concessão de recursos financeiros, humanos, materiais ou de infraestrutura a serem ajustados em instrumentos específicos e destinados a apoiar atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação, para atender às prioridades das políticas industrial e tecnológica nacional. (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)</p> <p>§ 2º-A. São instrumentos de estímulo à inovação nas empresas, quando aplicáveis, entre outros: (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)</p> <p>VIII - uso do poder de compra do Estado; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)</p>
10.973/2004	<p>Art. 27. Na aplicação do disposto nesta Lei, serão observadas as seguintes diretrizes:</p> <p>III - assegurar tratamento diferenciado, favorecido e simplificado às microempresas e às empresas de pequeno porte; (Redação dada pela Lei nº 13.243, de 2016)</p> <p>IV - dar tratamento preferencial, diferenciado e favorecido, na aquisição de bens e serviços pelo poder público e pelas fundações de apoio para a execução de projetos de desenvolvimento institucional da instituição apoiada, nos termos da Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, às empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País e às microempresas e empresas de pequeno porte de base tecnológica, criadas no ambiente das atividades de pesquisa das ICTs. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)</p>
11.079/2004	<p>Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:</p> <p>VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.</p>
11.284/2006	<p>Art. 26. No julgamento da licitação, a melhor proposta será considerada em razão da combinação dos seguintes critérios:</p>

	<p>II - a melhor técnica, considerando:</p> <p>b) os maiores benefícios sociais diretos;</p> <p>Art. 36. O regime econômico e financeiro da concessão florestal, conforme estabelecido no respectivo contrato, compreende:</p> <p>§ 2º A definição do preço mínimo no edital deverá considerar:</p> <p>IV - a geração de benefícios para a sociedade, aferidos inclusive pela renda gerada;</p>
LC 123/2006	<p>Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece 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, especialmente no que se refere:</p> <p>III - ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.</p>
11.947/2009	<p>Art. 2º São diretrizes da alimentação escolar:</p> <p>V - o apoio ao desenvolvimento sustentável, com incentivos para a aquisição de gêneros alimentícios diversificados, produzidos em âmbito local e preferencialmente pela agricultura familiar e pelos empreendedores familiares rurais, priorizando as comunidades tradicionais indígenas e de remanescentes de quilombos;</p>
12.228/2010	<p>Art. 39. O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas.</p> <p>§ 2º As ações visando a promover a igualdade de oportunidades na esfera da administração pública far-se-ão por meio de normas estabelecidas ou a serem estabelecidas em legislação específica e em seus regulamentos.</p> <p>§ 3º O poder público estimulará, por meio de incentivos, a adoção de iguais medidas pelo setor privado.</p>

	<p>§ 4º As ações de que trata o caput deste artigo assegurarão o princípio da proporcionalidade de gênero entre os beneficiários.</p>
12.462/2011	<p>Art. 3º As licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.</p> <p>Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:</p> <p>III - busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;</p> <p>V - proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; e</p> <p>VI - parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala.</p> <p>Art. 19. O julgamento pelo menor preço ou maior desconto considerará o menor dispêndio para a administração pública, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório.</p> <p>§ 1º Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental, entre outros fatores, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme dispuser o regulamento.</p>
13.303/2016	<p>Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da</p>

	<p>igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.</p> <p>Art. 32. Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:</p> <p>II - busca da maior vantagem competitiva para a empresa pública ou sociedade de economia mista, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;</p>
--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

*Fonte: elaboração própria*

#### 4.3.1.1 Sustentabilidade

A mais célebre das diretrizes gerais é aquela que estabelece a busca pelo desenvolvimento nacional sustentável como objetivo da licitação. A diretriz consta do artigo 3º da Lei nº 8.666/1993 (com a redação dada pela Lei nº 12.349/2010), e foi reproduzida pelo Projeto de Lei nº 1.292/1995, em seu artigo 11. A novidade do Projeto de Lei é que a previsão parece duas vezes: uma no artigo 11, como objetivo, e outra no artigo 5º, como princípio.

Além de constar da lei geral de licitações e contratos administrativos, a previsão também foi reproduzida na Lei nº 11.079/2004, a lei das parcerias público-privadas, no artigo 4º. Aqui, contudo, a redação é distinta: coloca-se como diretriz a busca pela “sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria”.

A diretriz consta também da Lei 12.462/2011, que institui o regime diferenciado de contratações. O artigo 3º da lei estabelece que as licitações e contratações realizadas em conformidade com o regime deverão observar o princípio do desenvolvimento nacional sustentável. O artigo 4º da lei estipula, ainda, que nas licitações e contratos de que trata a lei deve-se buscar a maior vantagem para a Administração, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental. Entre as diretrizes da lei também consta a proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas. Ainda,

demonstrando avançada técnica legislativa, o artigo 19 da lei estabelece que deverão ser considerados os custos indiretos no julgamento pelo menor preço ou maior desconto.

A diretriz foi reproduzida, também, na Lei nº 13.303/2016, a lei das estatais. O artigo 31 estabelece o desenvolvimento nacional sustentável como princípio das licitações realizadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista. O artigo 32 da lei estabelece, à semelhança da lei do regime diferenciado de contratações, como diretriz das licitações e contratos a consideração dos custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental.

Por fim, e já fora das leis gerais, a Lei nº 11.284/2006, ao disciplinar a concessão florestal para exploração de produtos e serviços florestais, determina em seu artigo 26 que, no julgamento da licitação, o critério de melhor técnica deverá considerar os maiores benefícios sociais diretos gerados. Além disso, o artigo 36 estipula que a definição do preço mínimo no edital deverá considerar a geração de benefícios para a sociedade, aferidos inclusive pela renda gerada.

Trata-se da reprodução, a nível infraconstitucional, do princípio do desenvolvimento sustentável estudado no tópico 3.4 da presente dissertação. As demais diretrizes gerais e mecanismos encontrados visam, justamente, adensar o conteúdo desse princípio em suas diversas dimensões.

Destaca-se que a busca pelo desenvolvimento nacional sustentável não é diretriz somente da licitação, mas de toda a contratação administrativa, conforme já apontado por Marçal Justen Filho. Segundo o autor, o que o legislador pretendia era determinar que a contratação pública fosse concebida como um instrumento interventivo estatal para produzir resultados mais amplos do que o simples provisionamento de bens e serviços necessários à satisfação das necessidades dos entes estatais.<sup>148</sup>

A diretriz atua principalmente através da ressignificação do que é a “proposta mais vantajosa”, que passa a levar em consideração outros critérios além do meramente econômico. O atendimento à diretriz pode se dar especialmente através da criação de novos mecanismos de contratação pública sustentável, seja por meio de lei, nos casos em que incidir reserva legal, seja por meio de normas infra legais, nos casos em que cabível o exercício do poder

---

<sup>148</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 18ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 96.

regulamentar, e através da orientação da margem de discricionariedade do agente público na tomada de decisões.

Em âmbito federal, o Decreto nº 7.746/2012 regulamenta amplamente a diretriz, estabelecendo critérios e práticas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes.

Os critérios de sustentabilidade estabelecidos pelo Decreto são: (i) baixo impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água; (ii) preferência para matérias, tecnologias e matérias-primas de origem local; (iii) maior eficiência na utilização de recursos naturais; (iv) maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local; (v) maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra; (vi) uso de inovações que reduzam as pressões sobre recursos naturais; (vii) origem sustentável dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras; (viii) utilização de produtos florestais madeireiros e não madeireiros originários de manejo florestal sustentável ou de reflorestamento.

Nos termos do decreto, esses critérios podem ser inseridos nos instrumentos convocatórios através da especificação técnica do objeto, obrigação da contratada ou requisito previsto em lei especial.

Com a finalidade de propor a implementação de critérios, práticas e ações de logística sustentável no âmbito da Administração Pública federal, o decreto institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP, de natureza consultiva e caráter permanente.

#### 4.3.1.2 Tratamento privilegiado às micro e pequenas empresas

Já entrando em previsões mais específicas, a Lei nº 8.666/1993 prevê, em seu artigo 5º-A, incluído pela Lei Complementar nº 147/2014, que as normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei. A “lei” mencionada, no caso, seria a Lei Complementar nº 123/2006, o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, que também contém várias diretrizes gerais em seu texto.

Logo em seu artigo 1º, a Lei Complementar nº 123/2006 determina que o tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte inclui a preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos. O conteúdo da diretriz é adensado pelas demais disposições da lei complementar, que cria diversos

mecanismos de contratação para o favorecimento das microempresas e empresas de pequeno porte – os quais serão estudados nos próximos tópicos.

O tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte é estabelecido pela própria Constituição, em seus artigos 170, inciso IX, e 179:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Apesar de as previsões estarem localizadas no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, os seus impactos sociais são evidentes e inegáveis. Conforme defende Gladston Mamede, por sua inserção social, as microempresas e empresas de pequeno porte realizam com mais eficácia os fundamentos da República de respeito à dignidade humana e de valorização do trabalho e da livre iniciativa.<sup>149</sup>

Nos termos da Lei Complementar nº 123/2006, considera-se microempresa aquela que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais). Por sua vez, considera-se empresa de pequeno porte aquela que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

De acordo com dados do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - SEBRAE, em 2016 as micro e pequenas empresas representavam 99% do número de empresas no Brasil, enquanto as médias e grandes empresas representavam apenas 1%. Isso significa que, de 6.910.393 (seis milhões, novecentos e dez mil, trezentos e noventa e três) estabelecimentos no Brasil, 6.844.362 (seis milhões, oitocentos e quarenta e quatro, trezentos e sessenta e dois) eram micro e pequenas empresas em 2016.<sup>150</sup>

---

<sup>149</sup> MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. (v. 1) p. 118.

<sup>150</sup> SEBRAE. *Anuário do trabalho nos pequenos negócios: 2016*. São Paulo: DIEESE, 2018. p. 60.

Ainda de acordo com dados do SEBRAE, as micro e pequenas empresas foram responsáveis, em 2016, por 16.902.495 (dezesseis milhões, novecentos e dois mil, quatrocentos e noventa e cinco) do total de 31.023.480 (trinta e um milhões, vinte e três mil, quatrocentos e oitenta) das vagas de emprego criadas no país – ou seja, 51,9%.<sup>151</sup>

A relevância social dessas empresas é incontestável. Diante disso, entendeu-se que as previsões relativas ao tratamento diferenciado conferido a elas no âmbito das licitações e contratos administrativos configura fomento ao desenvolvimento socialmente sustentável.

#### 4.3.1.3 Incentivos à inovação e à pesquisa tecnológica

A Lei nº 10.973/2004, ao dispor sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, estabelece o uso do poder de compra do Estado como instrumento de estímulo à inovação nas empresas, na redação dada ao artigo 19 pela Lei nº 13.243/2016. A mesma lei também estabelece que deve ser assegurado tratamento diferenciado, favorecido e simplificado às microempresas e empresas de pequeno porte, especialmente as de base tecnológica, criadas no ambiente das atividades de pesquisa das Instituições Científica, Tecnológica e de Inovação (ICTs).

Conforme já mencionado, considera-se que os incentivos à inovação e pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo aproximam-se mais da dimensão econômica do desenvolvimento sustentável que da dimensão social. A disposição não teria entrado no recorte da presente pesquisa se não fosse pela previsão de tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, pelos motivos delineados no tópico anterior.

#### 4.3.1.4 Incentivos à agricultura familiar

A Lei nº 11.947/2009 dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos de educação básica. Ao estabelecer as diretrizes da alimentação escolar, a lei determina o apoio ao desenvolvimento sustentável, com incentivos para a aquisição de gêneros alimentícios produzidos em âmbito local e preferencialmente pela agricultura familiar e pelos empreendedores familiares rurais, priorizando as comunidades tradicionais indígenas e de remanescentes de quilombos.

A previsão se relaciona com a Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais, estabelecida pela Lei nº 11.326/2006. Nos termos da lei, considera-se agricultor familiar e empreendedor familiar rural aquele que pratica atividades no

---

<sup>151</sup> SEBRAE. *Anuário do trabalho nos pequenos negócios: 2016*. São Paulo: DIEESE, 2018. p. 247.

meio rural atendendo, simultaneamente, aos seguintes requisitos: (i) não detenha, a qualquer título, área maior do que quatro módulos fiscais; (ii) utilize predominantemente mão-de-obra da própria família nas atividades econômicas do estabelecimento ou empreendimento; (iii) tenha percentual mínimo da renda familiar originada de atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento, na forma definida pelo Poder Executivo.

Desde que atendam aos requisitos previstos acima, também se enquadram na política (i) os silvicultores que cultivem florestas nativas ou exóticas e que promovam o manejo sustentável desses ambientes; (ii) os aquicultores que explorem reservatórios hídricos com superfície total de até dois hectares ou quinhentos metros cúbicos de água; (iii) extrativistas que exerçam essa atividade artesanalmente no meio rural, excluídos os garimpeiros e faiscadores; (iv) os pescadores que exerçam a atividade artesanalmente; (v) os integrantes de comunidades remanescentes de quilombos rurais e demais povos e comunidades tradicionais, excluída, aqui, a exigência do limite de quatro módulos fiscais.

Segundo dados do IBGE, em 2006 4.367.902 (quatro milhões, trezentos e sessenta e sete mil, novecentos e dois) do total de 5.175.489 (cinco milhões, cento e setenta e cinco mil, quatrocentos e oitenta e nove) dos estabelecimentos rurais no Brasil pertenciam à agricultura familiar, ou seja: mais de 84%. Esse numeroso contingente de agricultores ocupava uma área de 80,25 milhões de hectares, ou seja, pouco mais de 24% da área ocupada pelos estabelecimentos agropecuários brasileiros. Os dados demonstram uma estrutura agrária concentrada no país, em que os estabelecimentos não familiares, apesar de representarem apenas 15% do total de estabelecimentos, ocupavam mais de 75% da área. Enquanto a área média dos estabelecimentos familiares era de 18,37 hectares, a dos não familiares era de 309,18 hectares.<sup>152</sup>

Ainda segundo dados do IBGE, a agricultura familiar respondia por um terço das receitas dos estabelecimentos agropecuários brasileiros. Apenas 69% dos produtores declararam ter recebido alguma receita no estabelecimento durante o ano de 2006 – o que revela o exercício de uma atividade de subsistência. O valor médio anual das receitas declaradas foi de R\$ 13,6 mil reais.<sup>153</sup>

---

<sup>152</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo agropecuário 2006: agricultura familiar – primeiros resultados*. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/50/agro\\_2006\\_agricultura\\_familiar.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/50/agro_2006_agricultura_familiar.pdf). Acesso em: 21 jun. 2019. p. 19.

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 22.

Em razão de sua extrema relevância, a agricultura familiar foi eleita tema do ano em 2014 pela ONU. No Brasil, as políticas públicas relativas à agricultura familiar devem levar em consideração o fato de que os agricultores familiares dispõem de precários recursos produtivos, possuindo indicadores sociais e econômicos que os situam nas escalas inferiores das estatísticas agrícolas.<sup>154</sup> As políticas relativas ao assunto assumem, portanto, forte viés social, visando a redução das desigualdades e a geração de renda.

#### 4.3.1.5 Igualdade de oportunidades para a população negra

Por fim, a última previsão relativa a diretrizes gerais foi encontrada na Lei nº 12.228/2010, o Estatuto da Igualdade Racial. Em seu artigo 39, o Estatuto determina que o poder público deve promover ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas. As medidas devem assegurar o princípio da proporcionalidade de gênero entre os beneficiários.

A política visa dar efetividade ao comando da Constituição que determina ser objetivo da República a promoção do bem de todos, com a abolição de qualquer forma de discriminação, repudiando o racismo.

A generalidade da previsão permite vislumbrar a sua aplicação no âmbito dos contratos públicos. Diante desse permissivo legal, seria possível a edição de regulamento, no âmbito dos entes públicos, disciplinando a criação de cláusulas contratuais estabelecendo para o contratado a obrigação de promover ações para assegurar essa igualdade de oportunidades nas contratações realizadas para atender ao objeto do contrato.

#### 4.3.2 *Dispensa*

De acordo com a sistematização promovida por Celso Antônio Bandeira de Mello, a realização de qualquer licitação depende da ocorrência de determinados pressupostos, sem os quais o procedimento não teria sentido ou simplesmente não atenderia as finalidades para as quais foi concebido. O pressuposto *lógico* consiste na existência de uma pluralidade de objetos e ofertantes, sem os quais não é possível conceber uma licitação. O pressuposto *jurídico* significa que, em face do caso concreto, a licitação possa se constituir em meio apto, ao menos

---

<sup>154</sup> WANDERLEY, Maria de Nazareth Baudel. “Franja periférica”, “pobres do campo”, “camponeses”: dilemas da inclusão social dos pequenos agricultores familiares. In: DELGADO, Guilherme Costa; BERGAMASCO, Sonia Maria Pessoa Pereira (Orgs.). *Agricultura familiar brasileira: desafios e perspectivas de futuro*. Brasília: Secretaria Especial de Agricultura Familiar e do Desenvolvimento Agrário, 2007. p. 66.

em tese, para a Administração acudir ao interesse que deve prover – já que a licitação não é um fim em si mesmo. O pressuposto *fático* da licitação é a existência de interessados em disputá-la. Caso esse interesse não exista, não há como realizá-la.<sup>155</sup>

Para Rafael Valim, o princípio do desenvolvimento nacional sustentável é fundamento legítimo para a dispensa de licitação. O autor entende que é possível que a instauração da licitação colida com a concretização das dimensões ambiental, social e econômica abrigadas no princípio do desenvolvimento nacional sustentável. Diante disso, não estaria presente o pressuposto jurídico, sendo justificada previsão legislativa que permita a dispensa.<sup>156</sup>

De fato, observa-se que a dispensa é um dos mecanismos mais utilizados para implementar a função de fomento das contratações públicas. Flávia Fabre entende que na maioria dessas hipóteses o objeto contratual é secundário. O que se deseja realmente seria fomentar determinado setor ou ator, muito mais do que a obtenção do objeto a ser contratado propriamente – ou seja, nessas situações o exercício da função de fomento se sobreleva em relação à função ordinária da contratação.<sup>157</sup>

Um motivo para essa impressão talvez seja o fato de que, na dispensa, muitas vezes o destinatário do fomento é, também, o próprio agente do fomento, enquanto em outros mecanismos o destinatário costuma não se confundir com o agente do fomento.

Nos mecanismos que atuam através de obrigações contratuais, por exemplo, é mais comum que haja um descolamento entre o agente do fomento e o destinatário do fomento. Num caso em que se estabeleça a obrigatoriedade de adoção de ações para assegurar a igualdade de oportunidades no ambiente de trabalho para mulheres, por exemplo, o agente do fomento será a empresa contratada, mas o destinatário do fomento são as mulheres, que se beneficiarão da política. Na dispensa, contudo, a própria empresa contratada pode ser, também, destinatária do fomento, pois o que se pretende é o estímulo de sua atividade através da reserva de uma parcela do mercado público.

A Lei nº 8.666/1993 traz uma profusão de hipóteses de dispensa, elencadas em seu artigo 24. Dentre essas hipóteses, algumas se enquadram como mecanismos de contratação

---

<sup>155</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. pp. 560/561.

<sup>156</sup> VALIM, Rafael. Contratação pública e sustentabilidade. In: MARRARA, Thiago (Org). *Direito Administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 525.

<sup>157</sup> FABRE, Flavia Moraes Barros Michele. *Função horizontal da licitação e da contratação administrativa*. 2014. 185 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 107.

pública socialmente sustentável. Também foi possível encontrar algumas hipóteses na legislação esparsa:

TABELA 6 - Dispensa

Lei nº	Dispositivo legal
8.029/1990	Art. 19-A. A Companhia Nacional de Abastecimento (Conab) deve contratar transporte rodoviário de cargas com dispensa do procedimento licitatório para, no mínimo, 30% (trinta por cento) da demanda anual de frete da Companhia, obedecidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: (Incluído pela Lei nº 13.713, de 2018)
8.666/1993	Art. 24. É dispensável a licitação:  XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
13.303/2016	Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:  VII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;
PL 1.292/1995	Art. 73. É dispensável a licitação:  XVI – para a contratação realizada por instituição científica, tecnológica e de inovação (ICT) de instituição brasileira sem finalidade lucrativa que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar projetos de

	<p>ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive para gerir administrativa e financeiramente essas atividades, ou na contratação de instituição dedicada à recuperação social da pessoa presa, desde que o contratado tenha inquestionável reputação ética e profissional e não tenha fins lucrativos;</p>
8.666/1993	<p>Art. 24. É dispensável a licitação:</p> <p>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. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)</p>
13.303/2016	<p>Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:</p> <p>IX - na contratação de associação de pessoas com deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;</p>
PL 1.292/1995	<p>Art. 73. É dispensável a licitação:</p> <p>XIV – para contratação de associação de pessoas com deficiência, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado e os serviços contratados sejam prestados exclusivamente por pessoas com deficiência;</p>
8.666/1993	<p>Art. 24. É dispensável a licitação:</p> <p>XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda</p>

12.305/2010	<p>reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública. (Redação dada pela Lei nº 11.445, de 2007)</p> <p>Art. 36. No âmbito da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, cabe ao titular dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, observado, se houver, o plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos:</p> <p>§ 1º Para o cumprimento do disposto nos incisos I a IV do caput, o titular dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos priorizará a organização e o funcionamento de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda, bem como sua contratação.</p> <p>§ 2º A contratação prevista no § 1º é dispensável de licitação, nos termos do inciso XXVII do art. 24 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.</p>
13.303/2016	<p>Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:</p> <p>XII - na contratação de coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda que tenham como ocupação econômica a coleta de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;</p>
PL 1.292/1995	<p>Art. 73. É dispensável a licitação:</p> <p>IV- para contratação que tenha por objeto:</p> <p>j) coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, realizados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente</p>

	<p>por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública</p>
8.666/1993	<p>Art. 24. É dispensável a licitação:</p> <p>XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal. (Incluído pela Lei nº 12.188, de 2.010)</p>
8.666/1993	<p>Art. 24. É dispensável a licitação:</p> <p>XXXII - na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde - SUS, no âmbito da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica. (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012)</p>
PL 1.292/1995	<p>Art. 73. É dispensável a licitação:</p> <p>XII- para contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS), conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição desses produtos durante as etapas de absorção tecnológica, e em valores compatíveis com aqueles definidos no instrumento firmado para a transferência de tecnologia.</p>
8.666/1993	<p>Art. 24. É dispensável a licitação:</p> <p>XXXIII - na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)</p>

11.947/2009	<p>Art. 14. Do total dos recursos financeiros repassados pelo FNDE, no âmbito do PNAE, no mínimo 30% (trinta por cento) deverão ser utilizados na aquisição de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar e do empreendedor familiar rural ou de suas organizações, priorizando-se os assentamentos da reforma agrária, as comunidades tradicionais indígenas e comunidades quilombolas.</p> <p>§ 1º A aquisição de que trata este artigo poderá ser realizada dispensando-se o procedimento licitatório, desde que os preços sejam compatíveis com os vigentes no mercado local, observando-se os princípios inscritos no art. 37 da Constituição Federal, e os alimentos atendam às exigências do controle de qualidade estabelecidas pelas normas que regulamentam a matéria.</p>
12.512/2011	<p>Art. 16. Podem fornecer produtos ao Programa de Aquisição de Alimentos - PAA, de que trata o art. 19 da Lei nº 10.696, de 2 de julho de 2003, os agricultores familiares e os demais beneficiários que se enquadrem nas disposições da Lei nº 11.326, de 24 de julho de 2006.</p> <p>Art. 17. Fica o Poder Executivo federal, estadual, municipal e do Distrito Federal autorizado a adquirir alimentos produzidos pelos beneficiários descritos no art. 16, dispensando-se o procedimento licitatório, obedecidas, cumulativamente, as seguintes exigências:</p>

*Fonte: elaboração própria*

#### 4.3.2.1 Instituição dedicada à recuperação social do preso

O inciso XIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/1993, com a redação dada pela Lei nº 8.883/1994, prevê a dispensa de licitação para a contratação de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos. A mesma previsão foi repetida no artigo 29, inciso VIII, da Lei nº 13.303/2016 (o estatuto das estatais), e no artigo 73 do Projeto de Lei nº 1.292/1995 (nova lei de licitações).

A intenção da norma é, claramente, auxiliar o desenvolvimento e o aperfeiçoamento dessas instituições, criando oportunidades para que os presos desenvolvam atividades úteis e

remuneradas. Portanto, o destinatário do fomento é também o agente do fomento, diretamente incentivado a partir da possibilidade de contratação direta com o Poder Público.

A Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) prevê, em seu artigo 28, o trabalho do condenado como dever social e condição da dignidade humana, tendo finalidade educativa e produtiva. Ainda que garantidas legalmente, uma pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, em 2015, constatou que as oportunidades de trabalho são reduzidas, acessíveis apenas a uma minoria dos apenados.<sup>158</sup>

Marçal Justen Filho considera que, diante da baixa viabilidade de produção de bens o desenvolvimento de serviços em regime de competição no mercado, a contratação administrativa mostra-se uma alternativa para assegurar trabalho remunerado ao preso. O autor alerta, contudo, que essa contratação deve ser realizada com extrema cautela. O contrato não pode ser um instrumento disfarçado para a imposição de trabalhos forçados ou cruéis, pois não se admite a compulsoriedade da prestação dos serviços pelos presos, muito menos o desenvolvimento do trabalho em condições que não respeitem a dignidade humana.<sup>159</sup>

Além disso, o autor também considera que não se admite qualquer espécie de benefício apropriável por alguém que não os próprios presos. Evidente que há custos e outros encargos, mas será antijurídico que os benefícios da contratação sejam transferidos a terceiros, de modo que o contrato se configure em instrumento de enriquecimento ilícito de exploradores do trabalho dos presos.<sup>160</sup>

Entre os benefícios do trabalho dos presos estão, além do recebimento de remuneração, a remissão da pena, e outros benefícios menos quantificáveis, mas nem por isso menos relevantes: a oportunidade de manter-se ocupado e produtivo.

#### 4.3.2.2 Associação de portadores de deficiência

O artigo 24, inciso XX, da Lei nº 8.666/1993, com a redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994, prevê a dispensa de licitação para a contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o mercado.

---

<sup>158</sup> ANDRADE, Carla Coelho de; OLIVEIRA JÚNIOR, Almir de; BRAGA, Alessandra de Almeida; JAKOB, André Codo; ARAÚJO, Tatiana Daré. *O desafio da reintegração social do preso: uma pesquisa em estabelecimentos prisionais*. Brasília: IPEA, 2015. p. 24.

<sup>159</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 18ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 532.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 532.

A mesma previsão foi reproduzida no artigo 29, inciso IX, da Lei nº 13.303/2016 (lei das estatais) e no artigo 73, inciso XIV, do Projeto de Lei nº 1.292/1995 (nova lei de licitações).

Conforme aponta Rafael Carvalho, em relação ao direito administrativo, o fomento à proteção e inclusão das pessoas portadoras com deficiência tem sido consagrado na legislação e implementado pela Administração Pública, especialmente a partir do tratamento favorável garantido no âmbito dos serviços públicos, dos concursos públicos e das contratações administrativas, com o objetivo de garantir a inserção no mercado de trabalho, finalidade ratificada no artigo 35 da Lei nº 13.146/2015 (estatuto da pessoa com deficiência).<sup>161</sup>

A redação do artigo 24 da Lei nº 8.666/1993, todavia, restringe o benefício às associações de portadores de deficiência *física*. Diante disso, em 23 de março de 2016, o Deputado Federal Rafael Motta, do Partido Socialista Brasileiro do Rio Grande do Norte, propôs o Projeto de Lei nº 4810/2016, que altera a redação do inciso para excluir a palavra “física”, de modo que a previsão passe a abranger todo tipo de deficiência, em nome do princípio da isonomia. O trâmite do projeto de lei ainda não foi finalizado. Contudo, de todo modo a sugestão já foi incorporada na redação do mecanismo no Projeto de Lei nº 1.292/1995, que prevê a dispensa para a contratação de “associação de pessoas com deficiência”.

A hipótese é adstrita à prestação de serviços ou ao fornecimento de mão-de-obra, considerando que a intenção é a integração, no mercado de trabalho, dos portadores de deficiência. Como consequência, o contrato deve ser executado por portadores de deficiência, e não por terceiros, o que frustraria o elemento teleológico do dispositivo.<sup>162</sup> Aqui, nota-se outra hipótese de coincidência entre o agente e o destinatário do fomento.

#### 4.3.2.3 Associações ou cooperativas de catadores de materiais recicláveis

O inciso XXVII da Lei nº 8.666/1993, com a redação alterada pela Lei nº 11.445/2007, prevê a dispensa de licitação para contratação de coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo Poder Público como catadores de materiais recicláveis. A previsão é reforçada pelo artigo 36 da Lei nº 12.305/2010, que institui a Política Nacional de

---

<sup>161</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações inclusivas: os impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) nas contratações públicas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 182, p. 50-56, fev. 2017. p. 51.

<sup>162</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 316.

Resíduos Sólidos, e foi reproduzida no artigo 29, inciso XII, da Lei nº 13.303/2016 (lei das estatais) e no artigo 73, inciso IV, do Projeto de Lei nº 1.292/1995.

O mecanismo é complexo, composto por diversos requisitos: (i) há a definição de um objeto específico para a contratação, diferentemente das hipóteses de contratação direta de instituição dedicada à recuperação social do preso ou portadores de deficiência, por exemplo: aqui o contrato deve ser para coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis; (ii) as associações ou cooperativas contratadas devem ser formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda; (iii) o Poder Público deve reconhecer a associação ou cooperativa como sendo de “catadores de materiais recicláveis”.

Marçal Justen Filho destaca que seria inviável a opção pela contratação de cada pessoa física individualmente. Além disso, a contratação de entidade empresarial, organizada para a exploração do trabalho alheio, não poderia ser implementada através de dispensa. Daí a solução pela contratação de associações ou cooperativas<sup>163</sup> formadas no interesse de seus associados/cooperados. Neste mecanismo, as associações ou cooperativas são, simultaneamente, agentes e destinatárias do fomento.

De acordo com a Política Nacional de Resíduos Sólidos, a disposição final ambientalmente adequada dos resíduos deve se dar em aterros, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança, minimizando impactos ambientais adversos (artigo 3º, inciso VIII, da Lei nº 12.305/2010). Todavia, segundo aponta pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em 50,8% dos municípios brasileiros a destinação final dos resíduos se dá em vazadouros a céu aberto sem qualquer controle ou medidas de proteção ao meio ambiente e à saúde pública: os lixões.<sup>164</sup>

Segundo ressaltam Augusto Resende e Emerson Gabardo, a presença de catadores de materiais recicláveis em lixões é uma realidade. Estima-se que existam aproximadamente um milhão de catadores em vazadouros de lixo, movimentando cerca de dois bilhões de reais por ano. Os catadores veem no lixo o único meio para conseguir trabalhar, morar e existir, e por isso devem ser reconhecidos como sujeitos que buscam exercer, através do lixo, o direito ao trabalho e à vida. As condições de vida e de trabalho dessas pessoas são extremamente

---

<sup>163</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 18ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 578.

<sup>164</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Pesquisa nacional de saneamento básico - 2008*. Rio de Janeiro, 2010. p. 60. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv45351.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

insalubres e aviltantes à dignidade da pessoa humana. Diante dessa realidade, os catadores passaram a se organizar em associações ou cooperativas.<sup>165</sup>

As associações ou cooperativas de catadores de materiais recicláveis são fundamentais na gestão e no gerenciamento de resíduos sólidos urbanos porque podem realizar coleta seletiva de lixo, consistente na colheita separada dos materiais recicláveis, após o descarte seletivo realizado pela população, e, por ocasião da fase de tratamento de lixo, as entidades de catadores podem reduzir a quantidade ou o potencial poluidor dos resíduos sólidos urbanos, seja impedindo o descarte em local inadequado, seja transformando-os em material inerte ou biologicamente estável, através da reciclagem ou compostagem.<sup>166</sup>

O mecanismo cumpre duplo papel de extrema relevância: além de fomentar a atividade das associações ou cooperativas de catadores, que visam melhorar as condições de vida desses trabalhadores através da geração de emprego e renda, existe ainda uma função ambiental consistente na disposição ambientalmente adequada dos resíduos sólidos urbanos.

Destaca-se que a destinação adequada dos resíduos não se realiza no interesse exclusivo do beneficiário imediato do serviço – o responsável pela produção do lixo. O serviço é abrangido pelo conceito de saneamento básico, intimamente ligado à promoção da saúde pública e à preservação do meio ambiente, condições essenciais para a vida humana digna.<sup>167</sup>

#### 4.3.2.4 Serviços de assistência técnica e extensão rural no PRONATER

Incluído pela Lei nº 12.188/2010, o inciso XXX do artigo 24 da Lei nº 8.666/1993 prevê dispensa de licitação para a contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária – PRONATER.

O PRONATER é o principal instrumento de implementação da Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar e Reforma Agrária – PNATER. Dentro do PNATER, a Assistência Técnica e Extensão Rural – ATER inclui os serviços de educação não formal, de caráter continuado, no meio rural, que promove processos

---

<sup>165</sup> RESENDE, Augusto César Leite de; Gabardo, Emerson. A atividade administrativa de fomento na gestão integrada de resíduos sólidos em perspectiva com o desenvolvimento sustentável. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 105-131, jul./set. 2013. p.12.

<sup>166</sup> *Ibidem*, p.12.

<sup>167</sup> JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Concessão de serviços públicos de limpeza urbana. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, abr./jun. 2000. p. 1.

de gestão, produção, beneficiamento e comercialização das atividades e dos serviços agropecuários e não agropecuários, inclusive das atividades agroextrativistas, florestais e artesanais, conforme redação do artigo 2º da Lei nº 12.188/2010.

Os destinatários do fomento previsto no mecanismo do inciso XXX não são as instituições ou organizações que prestam serviços de assistência técnica e extensão rural: são os próprios beneficiários do PNATER. Nos termos do artigo 5º da mesma lei, os beneficiários do PNATER são os assentados da reforma agrária, os povos indígenas, os remanescentes de quilombos e os demais povos e comunidades tradicionais, e os agricultores familiares ou empreendimentos familiares rurais, os silvicultores, aquicultores, extrativistas, pescadores, bem como os beneficiários de programas de colonização e irrigação.

O mecanismo, contudo, não foi reproduzido no Projeto de Lei nº 1.292/1995, e deve deixar de existir com a revogação da Lei nº 8.666/1993.

#### 4.3.2.5 Transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS

Incluído pela Lei nº 12.715/2012, o inciso XXXII da Lei nº 8.666/1996 estabelece a dispensa de licitação para contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema único de Saúde – SUS. O dispositivo foi reproduzido no inciso XII do artigo 73 do PL 1.292/1995.

O tipo de relação a que o mecanismo faz referência é a Parceria para o Desenvolvimento Produtivo – PDP do Ministério da Saúde, regulamentada através da Portaria nº 837, de 18 de abril de 2012. De acordo com o artigo 2º da Portaria, as PDP são parcerias realizadas entre instituições públicas e entidades privadas com vistas ao acesso a tecnologias prioritárias, à redução da vulnerabilidade do Sistema Único de Saúde (SUS) a longo prazo e à racionalização e redução de preços de produtos estratégicos para saúde, com o comprometimento de internalizar e desenvolver novas tecnologias estratégicas e de valor agregado elevado.

Entre os objetivos do programa estão o de racionalizar o poder de compra do Estado, mediante a centralização seletiva dos gastos na área da saúde, com vistas à diminuição nos custos de aquisição do SUS e à viabilização da produção no País de produtos inovadores de alta essencialidade para a saúde, tendo como foco a melhoria do acesso da população a insumos estratégicos.

A política visa cumprir disposições como a do artigo 196 da Constituição, que determina ser a saúde direito de todos e dever do Estado, a quem incumbe promover políticas

sociais e econômicas que visem ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Além disso, a Constituição também determina, em seu artigo 200, que cabe ao SUS controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos, além de incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação.

Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza entendem que as PDPs em medicamentos são, acima de tudo, instrumentos de execução de políticas públicas de medicamentos e de incentivo à inovação no Brasil, e que servem tanto ao desenvolvimento industrial quanto ao incremento da autonomia tecnológica do setor produtivo nacional nessa matéria. Para os autores, entre os desafios da política de medicamentos do país figura, justamente, a defasagem tecnológica – problema frequentemente verificado em países em desenvolvimento, que, carentes de autonomia tecnológica para criar e produzir medicamentos, têm de importar a maior parte dos que sejam nele consumidos, a altos custos.<sup>168</sup>

Na contratação viabilizada por esse mecanismo, a aquisição de medicamentos é apenas instrumental ao negócio central, que é a efetiva transferência de tecnologia ao parceiro público. Ou seja, durante as etapas de absorção tecnológica pelo parceiro público e até que ele esteja apto a produzir o medicamento em escala relevante, quem o fabrica para abastecimento de todo o SUS é o parceiro privado.<sup>169</sup> Aqui, os destinatários do fomento não são os agentes do fomento, ou seja, as empresas contratadas. Os destinatários são a população que vai se beneficiar com o desenvolvimento advindo da contratação.

#### 4.3.2.6 Implementação tecnologias sociais de acesso à água

Incluído pela Lei nº 12.873/2013, o inciso XXXIII da Lei nº 8.666/1993 prevê a dispensa de licitação para a contratação de entidades privadas sem fins lucrativos para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água. Os destinatários do fomento são, portanto, as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água. O agente do fomento deve ser entidade sem fins lucrativos.

---

<sup>168</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Parcerias para o desenvolvimento produtivo em medicamentos e a Lei de Licitações. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 264, set/dez. 2013. p. 2.

<sup>169</sup> *Ibidem*, p.13.

Marçal Justen Filho entende que a expressão “tecnologias sociais” de acesso à água significa que as soluções devem ser aptas a beneficiar o conjunto da sociedade. O intuito, portanto, não é assegurar a satisfação de necessidade individual. O exemplo da cisterna, fornecido no texto, deve ser interpretado nesses termos – exige-se que ela seja utilizável pelo conjunto dos membros da comunidade.<sup>170</sup>

A medida faz parte do Programa Nacional de Apoio à Captação de Água de Chuva e Outras Tecnologias Sociais de Acesso à Água - Programa Cisternas, com a finalidade de promover o acesso à água para o consumo humano e animal e para a produção de alimentos.

O Programa é regulamentado pelo Decreto nº 9.606/2018, que estabelece que as entidades privadas sem fins lucrativos poderão se credenciar por meio de solicitação encaminhada à Secretaria Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional do Ministério do Desenvolvimento Social, desde que (i) estejam legalmente constituídas por, no mínimo, três anos; (ii) contenha em seu objeto social ações relacionadas com a gestão de recursos hídricos, o desenvolvimento rural ou a segurança alimentar ou nutricional; (iii) possuam experiência de, no mínimo, dois anos na execução de projetos que visem a gestão de recursos hídricos, o desenvolvimento rural ou a segurança alimentar e nutricional. O Decreto estabelece a realização de chamamento público para a seleção das entidades.

O mecanismo, contudo, não foi reproduzido no texto do Projeto de Lei nº 1.292/1995, e deve deixar de existir com a revogação da Lei nº 8.666/1993.

#### 4.3.2.7 Programa Nacional de Alimentação Escolar

Saindo da Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 11.947/2009, que dispõe sobre o atendimento alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica, estabelece em seu artigo 14 a dispensa de licitação para aquisição de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar e do empreendedor familiar rural ou de suas organizações, priorizando-se os assentamentos da reforma agrária, as comunidades tradicionais indígenas e comunidades quilombolas.

As contratações devem ser realizadas com os recursos repassados Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE no âmbito do Programa Nacional de Alimentação

---

<sup>170</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 18ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 590.

Escolar – PNAE. O artigo destina um mínimo de 30% desses recursos para esse tipo de contratação.

Aqui, os destinatários diretos são os próprios contratados, ou seja, a política visa fomentar os próprios agricultores e empreendedores familiares rurais e suas organizações. A política, contudo, está inserida num contexto maior, que é a política da alimentação escolar, prevista como direito dos alunos da educação básica pública e dever do Estado.

A Resolução/CD/FNDE nº 26, de 17 de junho de 2017, dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no âmbito do FNDE. Ao disciplinar a matéria, a Resolução determina a realização de chamada pública para a seleção de fornecedores, estabelecendo critérios de habilitação, de desempate, enfim, delineando todo um procedimento a ser seguido pelas escolas para a aquisição realizada com os recursos do FNDE.

A Resolução também dispensa o atendimento ao percentual de 30% nos casos em que (i) seja impossível emitir o documento fiscal correspondente; (ii) seja inviável o fornecimento regular e constante dos gêneros alimentícios, respeitada a sazonalidade dos produtos; e (iii) as condições higiênico-sanitárias sejam inadequadas. Ou seja: a primeira preocupação da política é assegurar alimentação adequada aos alunos da rede básica. O fomento à agricultura familiar foi apenas inserido nesse contexto.

Os dados constantes do sítio eletrônico do FNDE informam que, no ano de 2017, foram repassados R\$ 3.918.241.887,80 (três bilhões, novecentos e dezoito milhões, duzentos e quarenta e um mil, oitocentos e oitenta e sete reais e oitenta centavos) para o PNAE. Deste valor, R\$ 846.788.086,68 (oitocentos e quarenta e seis milhões, setecentos e oitenta e oito mil e oitenta e seis reais e sessenta e oito centavos) foram destinados à agricultura familiar: ou seja, um total de 21,61% dos recursos.<sup>171</sup>

Apesar de aquém do mínimo de 30% estabelecido pela lei, o valor é bastante significativo, e com certeza impacta de forma muito positiva a atividade dos beneficiários da política.

---

<sup>171</sup> MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. *Dados da Agricultura Familiar*. Disponível em: <https://www.fnde.gov.br/programas/pnae/pnae-consultas/pnae-dados-da-agricultura-familiar>. Acesso em: 17 jun. 2019.

#### 4.3.2.8 Programa de Aquisição de Alimentos

A Lei nº 12.512/2011, que institui o Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais, estabelece em seus artigos 16 e 17 a dispensa de licitação para aquisição de alimentos dos beneficiários do Programa de Aquisição de Alimentos – PAA.

O PAA foi criado pela Lei nº 10.696/2003, e tem como finalidades (i) incentivar a agricultura familiar, promovendo a sua inclusão econômica e social, com fomento à produção com sustentabilidade, ao processamento de alimentos e industrialização e à geração de renda; (ii) incentivar o consumo e a valorização dos alimentos produzidos pela agricultura familiar; (iii) promover o acesso à alimentação, em quantidade, qualidade e regularidade necessárias, das pessoas em situação de insegurança alimentar e nutricional, sob a perspectiva do direito humano à alimentação adequada e saudável; (iv) promover o abastecimento alimentar, que compreende as compras governamentais de alimentos, incluída a alimentação escolar; (v) constituir estoques públicos de alimentos produzidos por agricultores familiares; (vi) apoiar a formação de estoques pelas cooperativas e demais organizações formais da agricultura familiar; e (vii) fortalecer circuitos locais e regionais e redes de comercialização. Em suma: promover o acesso à alimentação e incentivar a agricultura familiar.

Para alcançar esses objetivos, através do PAA o Poder Público adquire alimentos produzidos pela agricultura familiar com dispensa de licitação, e os destina às pessoas em situação de insegurança alimentar e nutricional e àquelas atendidas pela rede sócio assistencial, pelos equipamentos públicos de segurança alimentar e nutricional e pela rede pública e filantrópica de ensino.

A lei estabelece vários requisitos para a aquisição dos alimentos por meio de dispensa: (i) que os preços sejam compatíveis com os vigentes no mercado, em âmbito local ou regional; (ii) que seja respeitado um valor máximo anual ou semestral por unidade familiar, cooperativa ou demais organizações formais, a ser definido em regulamento; e que (iii) que os alimentos adquiridos sejam de produção própria dos beneficiários.

A política configura medida de fomento com dois destinatários: os agricultores familiares de quem os alimentos serão adquiridos e as pessoas em situação de insegurança alimentar e nutricional que receberão os alimentos.

De acordo com dados do antigo Ministério do Desenvolvimento Social, em 2017 foram empreendidos R\$ 191.135.350,62 (cento e noventa e um milhões, cento e trinta e cinco mil, trezentos e cinquenta reais) no Programa.<sup>172</sup>

#### 4.3.2.9 Transporte rodoviário de cargas

A última hipótese de dispensa a ser analisada consta do artigo 19 da Lei nº 8.029/1990, com a redação dada pela Lei nº 13.713/2018. É a dispensa de licitação para que a Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB contrate cooperativas ou associações de transportadores autônomos de cargas para, no mínimo, 30% de sua demanda anual de frete.

A Lei nº 13.713/2018 é fruto da Medida Provisória nº 831/2018. De acordo com sua exposição de motivos, datada de 24 de maio daquele ano, a contratação direta do transporte oferecido pelo sindicalismo e cooperativismo agrícola atende às diretrizes legais da política agrícola e de abastecimento nacional preconizadas pela Lei nº 8.171/1991, que dispõe sobre a política agrícola. Além disso, permitiria a articulação adequada e proporcional de atores sociais do setor privado não mercantil para, ao lado do Estado, auxiliar a consecução da política pública de abastecimento:

Com a alteração proposta nesta Medida Provisória, objetiva-se estimular o cooperativismo agrícola e, também, fortalecer a política pública de abastecimento e equilíbrio social. Nesse contexto, estão inseridas as Políticas Públicas do Governo Federal relativa ao abastecimento nacional e sua estabilidade política.<sup>173</sup>

A Medida Provisória fez parte do acordo firmado pelo governo com os caminhoneiros no contexto da greve ocorrida em maio de 2018.<sup>174</sup> Para a aplicação do mecanismo, a lei exige que (i) em caso de cooperativa, que sua constituição seja na forma da Lei nº 5.764/1971, que define a política nacional do cooperativismo, e, em caso de associação, que sua constituição seja na forma do Código Civil; (ii) que o preço contratado não exceda o praticado nas tabelas referenciais utilizadas pela CONAB; (iii) que o contratado atenda aos requisitos estabelecidos

---

<sup>172</sup> MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL. *PAA Data – janeiro a dezembro de 2017*. Disponível em: [https://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/paa/2017/resumo\\_new/pg\\_principal.php?url=geral\\_bra](https://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/paa/2017/resumo_new/pg_principal.php?url=geral_bra). Acesso em: 17 jun. 2019.

<sup>173</sup> NOVACKI, Eumar Roberto; PADILHA, Eliseu. *EM nº 00017/2018 MAPA/CC-PR*. Brasília, maio de 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2015-2018/2018/Exm/Exm-MP-831-18.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2018/Exm/Exm-MP-831-18.pdf). Acesso em: 18 jun. 2019.

<sup>174</sup> PLANALTO, Presidência da República. *Paralisação - Entenda o acordo entre governo e caminhoneiros*. 27 mai. 2018. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/mandatomicheltemer/acompanhe-planalto/noticias/2018/05/entenda-o-acordo-entre-governo-e-caminhoneiros>. Acesso em: 17 jun. 2019.

no regulamento pra contratação de serviços de transportes da CONAB, aprovado em ato do Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Caso a oferta de transporte de cargas pelas cooperativas e associações não seja suficiente, a CONAB pode deixar de observar o percentual estabelecido em lei.

#### 4.3.4 Licitações reservadas

Além de afastar completamente a realização do procedimento licitatório, também é possível restringir a competitividade do certame a determinados atores, a fim de beneficiá-los. É exatamente o que fazem a Lei nº 11.284/2006, que dispõe sobre a gestão de florestas públicas, e a Lei Complementar nº 123/2006, que institui o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, ambas para beneficiar as micro e pequenas empresas.

TABELA 7 – Licitações exclusivas

<b>Lei nº</b>	<b>Dispositivo legal</b>
11.284/2006	Art. 33. Para fins de garantir o direito de acesso às concessões florestais por pessoas jurídicas de pequeno porte, micro e médias empresas, serão definidos no Paof, nos termos de regulamento, lotes de concessão, contendo várias unidades de manejo de tamanhos diversos, estabelecidos com base em critérios técnicos, que deverão considerar as condições e as necessidades do setor florestal, as peculiaridades regionais, a estrutura das cadeias produtivas, as infra-estruturas locais e o acesso aos mercados.
LC 123/2006	Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)  I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)
	Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

	III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)
--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

*Fonte: elaboração própria*

#### 4.3.4.1 Concessões florestais

A Lei nº 11.284/20106 dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável e dá outras providências. Para os fins da lei, consideram-se florestas públicas as florestas, naturais ou plantadas, localizadas nos diversos biomas brasileiros, em bens sob o domínio da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal ou das entidades da administração indireta. A concessão florestal, portanto, é a delegação onerosa, feita pelo poder concedente, do direito de praticar manejo florestal sustentável para exploração de produtos e serviços numa unidade de manejo, mediante licitação, à pessoa jurídica, em consórcio ou não, que atenda às exigências do respectivo edital de licitação e demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

De acordo com Raul Miguel Freitas de Oliveira, a concessão florestal é concessão de uso de bem público. Tal como na concessão de serviço público, terceiros estranhos à relação jurídica podem sofrer os seus efeitos, como as comunidades locais que habitem uma determinada unidade de manejo submetida à concessão. A influência, contudo, não se aproxima daquela sentida por usuários de serviço público, pois tal comunidade não é usuária da atividade de manejo florestal sustentável conduzida pelo concessionário. Constata-se, portanto, que a atividade de manejo florestal sustentável não é serviço público, mas simples uso peculiar, especialíssimo, da floresta pública, tal como ocorre na exploração de outros bens ambientais, como minas, água e areia.<sup>175</sup>

Os princípios da gestão da floresta pública são (i) a proteção dos ecossistemas e do patrimônio público; (ii) o estabelecimento de atividades que promovam o uso eficiente e racional das florestas e que contribuam para o cumprimento das metas do desenvolvimento sustentável; (iii) o respeito ao direito de acesso das comunidades locais às florestas públicas; (iv) a promoção do processamento local e o incentivo ao incremento da agregação de valor aos

---

<sup>175</sup> OLIVEIRA, Raul Miguel Freitas de. *Concessão florestal: exploração sustentável de florestas públicas por particular*. 2010. 288 f. Tese (Doutorado) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 135.

produtos e serviços da floresta, bem como ao desenvolvimento tecnológico e à diversificação industrial; (v) o acesso livre de qualquer indivíduo às informações referentes à gestão de florestas públicas; (vi) a promoção e difusão da pesquisa florestal, faunística e edáfica, relacionada à conservação, à recuperação e ao uso sustentável das florestas; (vii) a conscientização da população sobre a importância dos recursos florestais; e, por fim, (viii) a garantia de condições que estimulem investimentos de longo prazo nas florestas.

Conforme aponta Thiago Marrara, o legislador, consciente da relevância pública, econômica e social das florestas públicas, elaborou normativamente uma série de instrumentos no intuito de restringir a concentração desses bens públicos nas mãos de agentes particulares.<sup>176</sup> Além disso, preocupou-se em estabelecer a possibilidade de que as micro e pequenas empresas pudessem competir por esses contratos.

O artigo 33 da Lei nº 1.284/2006 estabelece a obrigatoriedade de que o Plano Anual de Outorga Florestal defina lotes de concessão contendo várias unidades de manejo de tamanhos diversos, a fim de garantir o direito de acesso às concessões florestais por pessoas jurídicas de pequeno porte, micro e médias empresas. Essa definição deve levar em consideração critérios técnicos, como as condições e as necessidades do setor florestal, as peculiaridades regionais, a estrutura das cadeias produtivas, as infraestruturas locais e o acesso aos mercados.

Da redação do artigo depreende-se a intenção de reservar esses lotes, previamente definidos pelo Plano Anual de Outorga Florestal com base em critérios técnicos, para a concorrência de “pessoas jurídicas de pequeno porte, micro e médias empresas”, com o fim de incentivar sua atividade.

Não foram encontrados, contudo, maiores parâmetros para a aplicação da previsão.

#### 4.3.4.2 Contratação até R\$ 80.000,00

Em seu artigo 48, inciso I, a Lei nº 123/2006 determina que o Poder Público deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

---

<sup>176</sup> MARRARA, Thiago. Aspectos concorrenciais da concessão de florestas públicas. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010. p. 12.

A redação original do artigo previa a realização da licitação reservada como uma faculdade do Poder Público. Com a alteração da redação promovida pela Lei Complementar nº 147/2014, contudo, a licitação reservada tornou-se uma obrigação. A previsão é reforçada no Decreto nº 8.535/2015, que regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado nas contratações públicas.

Outra alteração na redação promovida pela Lei Complementar nº 147/2014 foi com relação ao valor. A redação original previa a licitação exclusiva “nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00”. A redação alterada, contudo, fala “nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00”. Segundo apontam Paulo Recchia e Thiago Marrara, a alteração significa que agora a exclusividade se refere a um item da contratação, e não ao valor global licitado. Com isso, o benefício às microempresas e empresas de pequeno porte foi significativamente ampliado.<sup>177</sup>

Nos termos do artigo 49 da Lei Complementar nº 123/2006, a licitação reservada não se aplica (i) nas situações em que não houver um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresa ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; (ii) se o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a Administração Pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; ou (iii) se a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993. A última hipótese não produz efeitos, contudo, nas situações em que a dispensa seja em razão do valor.

Marçal Justen Filho alerta para o fato de que a previsão acerca da vantajosidade e dos prejuízos para a Administração não impõe a rejeição da licitação reservada em vista da não obtenção do menor preço possível. Segundo consigna o autor, essa interpretação tornaria inútil a disciplina das licitações diferenciadas e inviabilizaria a função extra econômica da contratação administrativa, tal como pretendida pela lei. Afinal, se a microempresa ou empresa de pequeno porte estivesse em condições de ofertar o menor preço possível, bastaria a participação em licitação comum, em que o oferecimento do menor preço implicaria na vitória do certame.

---

<sup>177</sup> MARRARA, Thiago, RECCHIA, Paulo Victor. Microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) em licitações: comentários aos meios discriminatórios da LC 123 e suas modificações recentes. *Revista de Direito Público Contemporâneo*, ano 1, vol. 1, edição extra, pp. 118/140, dez. 2017. pp. 9/10.

Diante disso, o autor entende deve-se entender que não se admitirá que a Administração desembolse valores incompatíveis com os preços disponíveis no mercado.<sup>178</sup>

Regulamentando a disposição, o Decreto nº 8.538/2015 dispôs expressamente em seu artigo 10, parágrafo único, que a contratação não será considerada vantajosa quando (i) resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência; ou (ii) a natureza do bem, serviço ou obra for incompatível com a aplicação dos benefícios.

#### 4.3.4.3 Cota de até 25% para bens de natureza divisível

O mesmo artigo 48 da Lei Complementar nº 123/2006 determina, em seu inciso III, que o Poder Público deve estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Marçal Justen Filho explica que o fracionamento do objeto da licitação pode se dar de forma interna ou externa. Ocorre o fracionamento interno quando a licitação de um único objeto divisível comporta disputa não apenas pelo todo, mas também por lances parciais. Já o fracionamento externo consiste na pura e simples multiplicação de licitações tendo por objeto as frações de um objeto divisível. Por exemplo, se a Administração deseja adquirir 100 quilos de açúcar e realiza dez licitações, cada uma relativa a 10 quilos, existe fracionamento externo. Haverá fracionamento interno se a Administração realizar uma única licitação para a compra dos 100 quilos e admitir tanto propostas integrais quanto parciais. O autor considera que não faria sentido a previsão do artigo 48 se referir ao fracionamento externo, pois já existe regra geral para tanto na Lei nº 8.666/1993.<sup>179</sup>

O artigo 23, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/1993 consagra a regra geral relativa ao fracionamento interno ao determinar que “as obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis”. Desse modo, a interpretação deve ser no sentido da realização de uma licitação única, com regras distintas atinentes às cotas reservadas preferencialmente para microempresas e empresas de pequeno porte e aquelas previstas para as empresas não beneficiárias de tratamento preferencial.

---

<sup>178</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*. 2ª ed. Dialética: São Paulo, 2007. pp. 123/124.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 119.

Existindo razões de ordem técnica e econômica, não se admite que a Administração fracione objetos, mesmo que seja para fomento das microempresas e empresas de pequeno porte.<sup>180</sup> Verificando-se que o fracionamento conduzirá a uma sensível redução nas economias de escala que poderiam ser aproveitadas pelo Poder Público, não haverá justificativa para a adoção da medida.

Destaca-se que a aplicação do inciso III do artigo 48 deve, necessariamente, afastar a incidência do inciso I. Ou seja: caso o objeto seja fracionado para a disputa por microempresas e empresas de pequeno porte, mesmo que o valor fique abaixo do previsto no inciso I, o certame ainda deverá ser realizado. Isso se dá em razão da previsão do parágrafo 2º do artigo 23 da Lei nº 8.666/1993, que determina que, em caso de fracionamento do objeto, deve ser preservada a modalidade pertinente para a licitação.

### **4.3 Fase externa da licitação**

A fase externa da licitação compreende os atos que dizem respeito à licitação propriamente dita. De acordo com a clássica lição de Adilson Abreu Dallari, a licitação se inicia no momento em que a Administração manifesta publicamente sua intenção de encontrar um determinado particular para com ela celebrar um contrato, para a prestação de determinado objeto e sob determinadas condições. Portanto, o início da fase externa se dá com a publicação do instrumento convocatório.<sup>181</sup>

Durante o procedimento licitatório, foram encontrados mecanismos que produzem efeitos sobre a habilitação e sobre a classificação das propostas, no último caso por meio de critérios de desempate ou margens de preferência.

#### *4.3.1 Habilitação*

A habilitação é o momento em que são recebidos e analisados os documentos que comprovarão se os licitantes preenchem os requisitos para participação no certame.<sup>182</sup> De acordo com o artigo 27 da Lei nº 8.666/1993, é exigida documentação relativa a habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista e comprovação de emprego regular de trabalho de menores.

---

<sup>180</sup> SAVIOLI, Anna Beatriz. *Licitações como instrumento do fomento estatal*. 2018. 257 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 165.

<sup>181</sup> DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.109.

<sup>182</sup> NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Licitação e contratos administrativos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 6). p. 160.

O artigo 37, inciso XXI da Constituição determina que o processo de licitação pública somente poderá fazer as exigências de qualificação técnica e econômica “indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Ou seja: nesse momento, mede-se a capacidade do licitante de contratar e de cumprir as obrigações contratadas, descabendo nessa fase exigências pertinentes à natureza e ao conteúdo do objeto a ser contratado.<sup>183</sup> Inclusive, o Tribunal de Contas da União tem entendimento amplamente sedimentado no sentido de que “É ilegal a exigência de apresentação de documentos na fase de habilitação que restrinjam o caráter competitivo dos certames licitatórios”.<sup>184</sup>

Desse modo, são escassos os mecanismos de contratação pública socialmente sustentável que operam na habilitação.

Destaca-se que algumas das exigências legais de habilitação, como a regularidade relativa ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, a regularidade perante a Justiça do Trabalho e o cumprimento das regras relativas ao trabalho de menores de idade, apesar de apresentarem cunho social, não se configuram como meios de fomento – nem mesmo de fomento negativo.

Falta um elemento essencial para tanto: a ausência de coerção. Aqui, não há mero incentivo para o cumprimento de obrigações legais genericamente impostas a todos, mas verdadeira coerção, uma vez que o não cumprimento significa impedimento de competir pelo objeto licitado pela Administração Pública.

É diferente do que ocorre, por exemplo, com a questão da reserva de cargos para pessoa com deficiência ou reabilitado da Previdência Social. Apesar de haver uma previsão legal impondo essa obrigação, a previsão foi concebida em forma de incentivo, como critério de desempate ou margem de preferência, não impedindo, *a priori*, a participação no certame – o que configura meio de fomento.

Dentro do recorte elaborado foi encontrado apenas um mecanismo:

TABELA 8 - Habilitação

Lei nº	Dispositivo legal
--------	-------------------

<sup>183</sup>PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Os requisitos de habilitação de licitantes no RDC. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 147, p. 33-76, mar. 2014. p. 33.

<sup>184</sup>TCU, TC-000.505/2007-1. Acórdão 597/2007 Plenário. Relator Ministro Marcos Bemquerer Costa. Data da sessão: 11 mai. 2007. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20070419/TC-000-505-2007-1.doc>. Acesso em: 17 jun. 2019.

LC 123/2006	<p>Art. 42. Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal e trabalhista das microempresas e das empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato. (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016)</p> <p>Art. 43. As microempresas e as empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista, mesmo que esta apresente alguma restrição. (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016)</p> <p>§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal e trabalhista, será assegurado o prazo de cinco dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para regularização da documentação, para pagamento ou parcelamento do débito e para emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa. (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016)</p>
-------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

*Fonte: elaboração própria*

#### 4.3.1.1 Prazo para ME e EPP sanarem irregularidades na documentação

O artigo 42 da Lei Complementar nº 123/2006 estabelece que a comprovação da regularidade fiscal e trabalhista das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida no momento da assinatura do contrato. Regulamentando a previsão, o Decreto nº 8.538/2015 dispõe, em seu artigo 4º, que a “comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de contratação, e não como condição para participação na licitação”.

Nas situações em que houver alguma restrição relativa à regularidade fiscal quando da comprovação da regularidade fiscal ou trabalhista, o artigo 43 determina deverá ser assegurado à micro ou pequena empresa o prazo de cinco dias úteis, prorrogável por igual período, para a regularização da documentação, a realização do pagamento ou parcelamento do débito e a emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa. Esse prazo deverá ser contado da divulgação do resultado da fase de habilitação, nas licitações em modalidade pregão e nas regidas pelo Regime Diferenciado de Contratações, ou da divulgação

do julgamento das propostas, nas demais modalidades ou nas regidas pelo Regime Diferenciado, porém sem a inversão de fases.

Não há dúvidas de que a comprovação dos requisitos relativos à habilitação implica em custos aos licitantes, os quais se elevam proporcionalmente conforme se reduz a estrutura da empresa e a sua frequência de participação em licitações.<sup>185</sup> A facilitação da habilitação para as micro e pequenas empresas visa, portanto, incentivar a sua participação nos certames.

O benefício do mecanismo reside na possibilidade de uma empresa eventualmente irregular participar da licitação e somente regularizar sua situação após ter a garantia de ter conseguido sagrar-se vencedora do certame – situação em que poderá contar com o recebimento de receitas num futuro próximo.

#### 4.3.2 Critério de desempate

Num procedimento dirigido à celebração de um contrato público em que seja adotado o critério de adjudicação da proposta mais vantajosa pode, eventualmente, colocar-se o problema de como decidir caso se registre um empate entre as propostas, após sua análise e avaliação.<sup>186</sup> Afinal, o certame precisa ser encerrado, preferencialmente com a adjudicação do objeto licitado ao vencedor. Diante disso, a legislação previu diversos critérios de desempate a serem adotados nessas situações.

Os critérios de desempate podem ser utilizados para o favorecimento de atores que se deseja incentivar para a geração de externalidades positivas para a sociedade, situação em que configurarão mecanismo de contratação pública socialmente sustentável. E, de fato, foram encontradas várias hipóteses na legislação.

Apesar da proliferação dos mecanismos relativos a critério de desempate verificada nos últimos anos, Anna Beatriz Savioli acredita que seu impacto é reduzido, tendo em vista a pouca probabilidade de ocorrência de situações de empate nos processos licitatórios atuais.<sup>187</sup> Não existe, contudo, um dimensionamento acerca do impacto desses mecanismos na contratação pública brasileira para embasar a afirmação.

---

<sup>185</sup> MARRARA, Thiago, RECCHIA, Paulo Victor. Microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) em licitações: comentários aos meios discriminatórios da LC 123 e suas modificações recentes. *Revista de Direito Público Contemporâneo*, ano 1, vol. 1, edição extra, pp. 118/140, dez. 2017. pp. 9/10.

<sup>186</sup> MARTINS, Licínio Lopes. O critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa – A omissão de uma regra legal para o desempate entre propostas e a adoção do critério do sorteio. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 123-133, set. 2013/fev. 2014. p. 123.

<sup>187</sup> SAVIOLI, Anna Beatriz. *Licitações como instrumento do fomento estatal*. 2018. 257 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 149.



	V - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)
LC 123/2006	Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.  § 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.  § 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.
PL 1.292/1995	Art. 58. Em caso de empate entre 2 (duas) ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:  III - desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento;

*Fonte: elaboração própria*

#### 4.4.1.1 Produzidos no país e produzidos ou prestados por empresas brasileiras

O artigo 3º, parágrafo 2º, da Lei nº 8.666/1993, estabelece que, em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços (i) produzidos no país e aos (ii) produzidos ou prestados por empresas brasileiras. A previsão também é aplicável no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações, por força do artigo 25 da Lei nº 12.462/2011.

O Projeto de Lei nº 1.292/1995 não reproduziu o critério relativo aos bens e serviços produzidos no país. Com relação aos produzidos ou prestados por empresa brasileira, o critério foi inserido como preferência somente caso não haja desempate após a aplicação das regras de desempate previstas no texto do projeto. Ou seja, a aplicação do mecanismo está subordinada a aplicação de outros critérios preferenciais.

As previsões foram incluídas no recorte da presente pesquisa por motivos similares aos que levaram à inclusão das previsões relativas às micro e pequenas empresas. A proteção ao empresariado nacional objetiva o seu desenvolvimento especialmente como meio de geração de emprego e renda para a população, o que revela seu viés social. Além disso, esse viés é explicitado pelo artigo 219 da Constituição, que estipula que o mercado interno integra o patrimônio nacional, e será incentivado “de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País”.

Conforme observa Marçal Justen Filho, a previsão relativa aos bens produzidos no país não leva em consideração a nacionalidade do sujeito. É possível que a preferência acarrete a vitória de um licitante estrangeiro face a um nacional, desde que o estrangeiro pretenda executar a prestação no Brasil.<sup>188</sup> Entende-se que o intuito da norma, contudo, não é necessariamente o de dar preferência à indústria nacional – afinal, para isso serve a previsão seguinte, relativa aos bens e produtos produzidos ou prestados por empresas brasileiras. A principal preocupação aqui parece ser com a geração de empregos e movimentação da economia.

Por sua redação e natureza, o dispositivo relativo aos bens produzidos no país alcança somente as compras, não se aplicando a serviços e obras – mesmo porque os serviços e obras serão executados em local previamente determinado no edital, independentemente da nacionalidade do licitante.

Com relação à preferência pelas propostas apresentadas por empresas brasileiras, o mesmo autor entende que esse critério de desempate seria aplicável somente na medida em que os bens ou serviços não fossem produzidos no Brasil, pois, se o fossem, caberia aplicar a preferência relativa aos bens produzidos no Brasil. A aplicação seria possível, também, se houvesse empate entre ofertantes de produtos fabricados no Brasil, caso um deles fosse produzido por empresa não brasileira.<sup>189</sup>

Todavia, deve-se considerar que a preferência para produtos produzidos no Brasil não abrange obras ou serviços. Desse modo, a preferência nas propostas apresentadas por empresas brasileiras faz total sentido em licitações para esse tipo de objeto.

---

<sup>188</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 18ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 134.

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 135.

#### 4.4.1.3 Por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos para pessoa com deficiência ou reabilitado da Previdência Social

O mesmo artigo 3º, parágrafo 2º, estabelece, em quarto lugar na ordem das preferências em caso de empate, os bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reservas de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade prevista na legislação.

A inclusão foi realizada no texto da Lei nº 8.666/1993 pela Lei nº 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência. O texto também determina que as empresas enquadradas no mecanismo devem manter o cumprimento à reserva de cargos durante todo o período de execução do contrato, o que deve ser fiscalizado pela Administração Pública.

A lei a que o mecanismo faz referência é a Lei nº 8.213/1991, que “dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências”. Em seu artigo 93, a lei estabelece que a empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, na seguinte proporção:

TABELA 10 – Reserva de cargos para pessoas portadoras de deficiência ou reabilitados da Previdência Social

<b>Número de empregados</b>	<b>Porcentagem da reserva de cargos</b>
Até 200 empregados	2%
De 201 a 500 empregados	3%
De 501 a 1.000 empregados	4%
De 1.001 em diante	5%

*Fonte: elaboração própria*

Apesar de a reserva de cargos ser obrigação legal genérica imposta a todos, fiscalizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, entende-se que a sua inserção como critério de desempate configura exercício da função de fomento através da contratação pública, considerando que o não cumprimento da reserva não impedirá, por si, a participação ou até

eventualmente a vitória do licitante no certame. Está ausente, portanto, o elemento da coerção. Existe apenas um incentivo para reforçar os propósitos da política pública pretendida.

Dados da ONU estimam que as pessoas com deficiência sejam cerca de 10% da população mundial. Essa população, naturalmente, encontra dificuldades adicionais para o exercício de seus direitos mais básicos, tais como o de ir e vir, estudar e, principalmente, trabalhar. Daí a necessidade de políticas públicas capazes de propiciar igualdade material de condições para a vida em sociedade, garantindo a essas pessoas um tratamento especial.<sup>190</sup>

Para beneficiar-se do mecanismo, além de cumprir a reserva de cargos, é necessário que a licitante comprove também cumprir as regras de acessibilidade previstas na legislação. Nos termos do artigo 2º, inciso I, da Lei nº 10.98/2000, acessibilidade é a “possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida”. A previsão mostra-se de extrema relevância, pois, como aponta Thiago Marrara, o espaço físico, o ambiente construído, a cidade e todas as outras formas possíveis de ambiente condicionam o exercício dos direitos fundamentais.<sup>191</sup>

Desse modo, revela-se uma dupla finalidade da política em que se insere o mecanismo ora estudado: a inserção de pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho e a adequação dos espaços a sua utilização.

#### 4.4.1.4 Microempresas e empresas de pequeno porte

O artigo 44 da Lei Complementar nº 123/2006 determina que nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. Aqui, contudo, há uma figura complementar: a do empate ficto. Nos termos da lei, deve-se considerar que houve empate em todas as situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% superiores à proposta mais bem classificada. No pregão, o intervalo é reduzido para 5%.

---

<sup>190</sup> RAMOS, André de Carvalho; A atuação da Justiça Federal e do Ministério Público Federal na defesa dos direitos das pessoas com deficiência. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David (Coord). *Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. pp. 83/84.

<sup>191</sup> MARRARA, Thiago. Acessibilidade da infraestrutura urbana: conceito e análise evolutiva da legislação brasileira a partir da década de 1990. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 159-180, jul./set. 2012. p. 150.

Destaca-se que aqui não há margem de discricionariedade para o administrador: a aplicação do mecanismo é obrigatória.

Verificando-se a ocorrência do empate, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada do certame, situação em que o objeto licitado será adjudicado em seu favor. Caso a beneficiada não apresente proposta em preço inferior, serão convocadas as demais microempresas ou empresas de pequeno porte que eventualmente tenham participado do certame e apresentado proposta até 10% superior à melhor proposta para o exercício do mesmo direito. Se houver equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte em situação de empate, será realizado sorteio entre elas para a escolha daquela que primeiro poderá apresentar nova oferta.

Nota-se que a lei não reserva o benefício para as situações em que a microempresa ou empresa de pequeno porte seja diretamente a segunda melhor classificada. O critério normativo reside na diferença proporcional entre o valor da menor oferta, realizada por uma empresa comum, e a oferta de uma microempresa ou empresa de pequeno porte. A lei sequer aborda a hipótese de existirem propostas intermediárias, o que conduz ao entendimento de elas serem irrelevantes.<sup>192</sup>

A aplicação do benefício mostra-se problemática nas licitações de técnica (técnica e preço e melhor técnica), em que a identificação da proposta mais vantajosa depende da conjugação de critérios econômicos e técnicos. O parágrafo 8º do artigo 5º do Decreto nº 8.538/2015 determina que nas licitações do tipo técnica e preço, o empate será aferido levando em consideração o resultado da ponderação entre a técnica e o preço na proposta apresentada pelos licitantes, sendo facultada à microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada a possibilidade de apresentar proposta de preço inferior, nos termos do regulamento.

Em caso de conflito entre os critérios de desempate previstos na legislação, devem prevalecer os critérios do Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, nos termos do que dispõe o Decreto nº 7.174/2010.

Flávia Fabre defende que o grande problema do empate ficto é o momento de sua adoção. Uma vez que uma dada empresa que não se enquadra como microempresa e empresa

---

<sup>192</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*. 2ª ed. Dialética: São Paulo, 2007. pp. 93/94.

de pequeno porte fez a proposta de menor valor, seria vantajoso economicamente que se abrisse a ela a possibilidade de baixar ainda mais sua oferta para, eventualmente, fugir à diferença de 5% ou 10%, e, como consequência, vencer o certame.<sup>193</sup>

Em geral as microempresas e empresas de pequeno porte estariam realizando suas ofertas tendo em vista essa margem, declinando a oferta de novo lance quando verificam que já podem fazer jus ao direito de preferência estabelecido na lei. A importância dessa possibilidade de negociação prévia estaria em permitir que o exercício da função de fomento da contratação promovesse ainda mais a competitividade, forçando as micro e pequenas empresas a exercerem seus direitos de preferência dentro do melhor preço possível para a Administração. Para a autora, a vantajosidade ainda deve ser levada em consideração, pois tratamento favorecido não pode ser confundido com assistencialismo.<sup>194</sup>

Contudo, discorda-se da crítica. O empate ficto é mecanismo que não gera ônus financeiro para a Administração Pública, pois aqui não se cria qualquer direito à contratação por valor superior ao da melhor proposta para as microempresas ou empresas de pequeno porte. Cria-se, apenas e tão somente, a possibilidade de apresentação de nova proposta, que deve até mesmo ser mais vantajosa que a originariamente vencedora.

Thiago Marrara e Paulo Recchia defendem, inclusive, que os benefícios no empate ficto deveriam ser mais amplos. Os autores ponderam que as empresas menores, em geral, não se aproveitam de economias de escala, dispõem de menor capital de giro, enfrentam mais dificuldades na captação de recursos financeiros e contam com estrutura mais frágil para se manter no mercado. Desse modo, seria adequado modificar o instituto para permitir que as micro e pequenas empresas se sagrassem vencedoras apresentando proposta de igual valor ao da vencedora.<sup>195</sup>

#### 4.4.1.5 Desenvolvimento de ações de equidade entre homens e mulheres

Inovando com relação à Lei nº 8.666/1993, o texto do Projeto de Lei nº 1.292/1995 prevê em seu artigo 58 um critério de desempate para beneficiar licitantes que desenvolvam

---

<sup>193</sup> FABRE, Flavia Moraes Barros Michele. *Função horizontal da licitação e da contratação administrativa*. 2014. 185 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 119.

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>195</sup> MARRARA, Thiago, RECCHIA, Paulo Victor. Microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) em licitações: comentários aos meios discriminatórios da LC 123 e suas modificações recentes. *Revista de Direito Público Contemporâneo*, ano 1, vol. 1, edição extra, pp. 118/140, dez. 2017. p. 16.

ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, remetendo a disciplina do benefício a regulamento.

O artigo 5º, inciso I, da Constituição, estabelece que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. O artigo 3º, inciso IV, por sua vez, estabelece como objetivo da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo e quaisquer outras formas de discriminação. As previsões estabelecem para as mulheres o direito à igualdade de gênero e, para o Poder Público, o dever de implementar medidas para o alcance desse objetivo.

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, incorporada ao ordenamento jurídico pelo Decreto nº 4.377/2002, define “discriminação contra a mulher” como toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Conforme célebre afirmação de Simone de Beauvoir, “Foi pelo trabalho que a mulher cobriu em grande parte a distância que a separava do homem; só o trabalho pode assegurar-lhe uma liberdade concreta”.<sup>196</sup> Medidas destinadas a assegurar a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, portanto, podem contribuir muito para que seja alcançado o objetivo estabelecido pelo artigo 3º, inciso IV, da Constituição.

#### 4.3.3 Margem de preferência

As margens de preferência atuam no momento de classificação das propostas. Elas criam a possibilidade de contratação de uma proposta que apresenta valor superior, em determinada porcentagem, àquela considerada mais vantajosa. Ou seja: a margem de preferência estabelece um direito à contratação por um preço superior.

A aplicação da margem de preferência se dá apenas após o encerramento da fase competitiva. Isso significa que, se a melhor proposta já for a do licitante que seria beneficiado, a margem não produzirá efeitos.<sup>197</sup> Foram encontradas as seguintes hipóteses de margem de preferência que configuram mecanismos de contratação pública socialmente sustentável:

---

<sup>196</sup> BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo: experiência vivida*. Tradução de Sérgio Milliet. 2ª ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1975 (vol. 2). p. 449.

<sup>197</sup> FABRE, Flavia Moraes Barros Michele. *Função horizontal da licitação e da contratação administrativa*. 2014. 185 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 111.

TABELA 11 – Margem de preferência

<b>Lei nº</b>	<b>Dispositivo legal</b>
8.171/1991	<p>Art. 31. O Poder Público formará, localizará adequadamente e manterá estoques reguladores e estratégicos, visando garantir a compra do produtor, na forma da lei, assegurar o abastecimento e regular o preço do mercado interno.</p> <p>§ 3º Os estoques reguladores devem ser adquiridos preferencialmente de organizações associativas de pequenos e médios produtores.</p>
8.666/1993	<p>Art. 3º, § 5º Nos processos de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)</p> <p>II - bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)</p>
LC 123/2006	<p>Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)</p> <p>§ 3º Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)</p>

*Fonte: elaboração própria*

#### 4.4.2.1 Estoques reguladores

A Lei nº 8.171/1991, que dispõe sobre a política agrícola, determina que o Poder Público formará, localizará adequadamente e manterá estoques reguladores e estratégicos, visando garantir a compra do produtor, na forma da lei, assegurar o abastecimento e regular o preço do mercado interno. O artigo 31 da lei estabelece, genericamente, que a aquisição relativa

aos estoques reguladores deve ser feita *preferencialmente* de organizações associativas de pequenos e médios produtores.

Os estoques reguladores são armazenamentos estatais de bens em circulação no mercado, geralmente alimentos ou combustíveis, para aumentar ou evitar a queda do preço. Ou seja: através dos estoques reguladores, o Poder Público compra e vende produtos com o objetivo precípua de influenciar os preços praticados pelos agentes privados no mercado. Essa influência se dá, por exemplo, quando a Administração coloca os produtos no mercado para aumentar a sua oferta e conseqüentemente reduzir o seu preço por todos os agentes de mercado.<sup>198</sup>

Apesar de o mecanismo estabelecer a preferência para que a aquisição seja feita de organizações associativas de pequenos e médios produtores, não há maior detalhamento sobre sua forma de aplicação.

#### 4.4.2.2 Empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos para pessoa com deficiência ou reabilitado da Previdência Social

Incluído pela Lei nº 13.146/2015, o inciso II do parágrafo 5º do artigo 3º da Lei de Licitações estabelece a possibilidade de instituição margem de preferência para aquisição de bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

A adoção do regime de preferência é faculdade discricionária do Poder Público. Contudo, o legislador não deixa de lado a necessidade de avaliação da eficácia das medidas de favorecimento, dentro do enfoque do planejamento.<sup>199</sup> O parágrafo 6º do mesmo artigo determina que a margem de preferência deverá ser estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a cinco anos, levando em consideração (i) a geração de emprego e renda; (ii) o efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; (iii) custo adicional dos produtos e serviços; e (iv) em suas revisões, análise retrospectiva dos resultados.

---

<sup>198</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Fungibilidade da atuação direta do Estado na economia com a regulação e o fomento. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 9-21, out./dez. 2016. pp. 13/14.

<sup>199</sup> NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Licitação e contratos administrativos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 6). p. 239.

#### 4.4.2.3 Microempresas e empresas de pequeno porte

O artigo 48, parágrafo 3º, da Lei Complementar nº 123/2006, estipula uma vantagem específica para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente: uma margem de preferência na contratação até o limite de 10% do melhor preço válido. Ou seja: o mecanismo estabelece para as micro e pequenas empresas sediadas local ou regionalmente um direito à contratação com preço superior.<sup>200</sup> A redação do artigo denota uma discricionariedade do Administrador Público, que *poderá*, desde que *justificadamente*, estabelecer a prioridade.

O mecanismo pode incidir quando utilizados algum dos benefícios previstos no artigo 48, ou seja: (i) licitação exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00; (ii) subcontratação obrigatória de microempresas ou empresas de pequeno porte em contratos de obras e serviços; (iii) cota de até 25% para a contratação de microempresa e empresa de pequeno porte em certames para aquisição de bens de natureza divisível.

O Decreto nº 8.538/2015 define âmbito local como os limites geográficos do Município onde será executado o objeto da contratação, e âmbito regional os limites geográficos do Estado ou da região metropolitana, que podem envolver mesorregiões ou microrregiões, conforme definido pelo IBGE.

Desse modo, a título de exemplo, numa licitação exclusiva em que uma microempresa ou empresa de pequeno porte sediada em outro Estado ofereça o melhor preço no valor de R\$ 10.000,00, uma microempresa ou empresa de pequeno porte sediada localmente que tenha apresentado proposta no valor de R\$ 10.100,00 poderá ser declarada vencedora, caso haja regra no edital nesse sentido.

#### **4.4 Execução contratual**

Neste tópico serão estudados os mecanismos de contratação pública socialmente sustentável relativos à fase de execução contratual. Na execução do contrato administrativo, a sustentabilidade pode se expressar no conteúdo das obrigações contratuais e nos critérios para a aferição da remuneração variável do contratado.

---

<sup>200</sup> FABRE, Flavia Moraes Barros Michele. *Função horizontal da licitação e da contratação administrativa*. 2014. 185 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 110.

A partir do momento em que os licitantes apresentam suas propostas, deixam clara a sua disposição em aceitar as condições de contratação contidas no edital (na minuta do contrato que o integra).<sup>201</sup> Essas condições podem incluir mecanismos de contratação socialmente sustentável, consistentes na imposição de obrigações ao contratado que gerarão benefícios sociais.

Flávia Fabre defende que, especialmente para as contratações sociais, os mecanismos de execução contratual são de grande relevância, pois nelas, como regra, é necessário afetar a cadeia de produção mais que características ou funcionamento do produto final em si.<sup>202</sup>

#### 4.5.1 Critérios de desempenho

Os mecanismos relativos aos critérios de desempenho dizem respeito às hipóteses em que a Administração Pública estabelece uma vinculação entre a contraprestação recebida pelo particular e o atendimento a certos padrões na prestação do serviço para o qual foi contratado.

São mecanismos aplicáveis aos contratos de obras e serviços, pois em geral sua natureza é incompatível com os contratos para mero fornecimento de bens, considerando que presume a existência de uma relação continuada de prestação direta de serviços pela contratada à Administração.

Os critérios de desempenho podem atuar de duas maneiras. A primeira delas é através da remuneração variável, em que se configura um meio de fomento negativo, pois a contratada receberá sua remuneração em patamares diminuídos caso não atinja os parâmetros mínimos estabelecidos pelo contrato. A segunda é através da bonificação vinculada ao desempenho, em que se configura um meio de fomento positivo, pois a contratada é premiada por atingir os parâmetros estabelecidos:

TABELA 12 – Critérios de desempenho

Lei nº	Dispositivo legal
11.079/2004	Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:

<sup>201</sup> FABRE, Flavia Moraes Barros Michele. Função horizontal da licitação e da contratação administrativa. 2014. 185 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 153.

<sup>202</sup> *Ibidem*, p. 153.

12.462/2011	<p>§ 1º O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)</p> <p>Art. 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.</p> <p>Parágrafo único. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação.</p>
PL 1.292/1995	<p>Art. 142. Na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no edital de licitação e no contrato.</p>
11.284/2006	<p>Art. 30. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:</p> <p>XIX - aos critérios de bonificação para o concessionário que atingir melhores índices de desempenho socioambiental que os previstos no contrato, conforme regulamento;</p>

*Fonte: elaboração própria*

#### 4.5.1.1 Remuneração variável vinculada ao desempenho

A Lei nº 11.079/2004, lei das parcerias público-privadas, e a Lei nº 12.462/2011, lei do regime diferenciado de contratação, estabelecem que o contrato poderá prever o pagamento de remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, conforme metas e padrões de qualidade definidos no contrato. O regime diferenciado de contratação ainda vai além da lei das parcerias, dispondo que também podem ser considerados critérios de sustentabilidade

ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. A previsão foi reproduzida no Projeto de Lei nº 1.292/1995, e será aplicável a todos os contratos de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia.

Discorrendo sobre a remuneração variável no regime diferenciado, Rafael Wallbach Schwind demonstra que a vinculação da remuneração à obtenção de uma vantagem previamente determinada pode ser a solução mais vantajosa tanto para o tomador quanto para o prestador do serviço. Desde que haja uma ponderação da vantagem almejada e dos riscos envolvidos, não haverá necessariamente um agravamento da situação do tomador nem do prestador.<sup>203</sup>

Diante da disciplina acerca do princípio do desenvolvimento sustentável nas licitações, afigura-se possível a inserção de critérios relativos a qualquer das dimensões da sustentabilidade para a aferição da remuneração variável do contratado – inclusive a social. Poderiam ser empregados critérios de desempenho que dissessem respeito, por exemplo, à promoção de medidas de igualdade de gênero ou raciais no local de trabalho ou à promoção de ações sociais junto à comunidade local. Não existe, contudo, nenhuma disciplina expressa acerca da possibilidade.

#### 4.5.1.2 Bonificação vinculada ao desempenho

De forma mais diretamente direcionada ao desenvolvimento sustentável também sob o aspecto social, a Lei nº 11.284/2006, que disciplina a gestão de florestas públicas, estabelece que os contratos de concessão florestal devem conter cláusula relativa aos critérios de bonificação para o concessionário que atingir melhores índices de desempenho socioambiental que os previstos no contrato, conforme regulamento.

Regulamentando a previsão, o artigo 46 do Decreto nº 6.063/2007 determina que a bonificação por desempenho poderá ser expressa em desconto nos preços florestais, e que os critérios e indicadores de bonificação serão definidos pelo Serviço Florestal Brasileiro no edital de licitação. O decreto estabelece, contudo, um limite para a bonificação: ela não pode resultar na prática de valores menores que os preços mínimos definidos no edital de licitação.

O Anexo 15 do Edital da licitação para a concessão da Floresta Nacional de Altamira, no Pará, por exemplo, prevê, entre outros critérios, bonificação de acordo com (i) o investimento em infraestrutura e serviços para a comunidade local realizado pela

---

<sup>203</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.462/2011). *Informativo Eletrônico Justen, Pereira, Oliveira & Talamini*, Curitiba, nº 56, out. 2011. Disponível em: [http://www.justen.com.br/pdfs/IE56/IE56-rafael\\_rdc.pdf](http://www.justen.com.br/pdfs/IE56/IE56-rafael_rdc.pdf). Acesso em: 20 jun. 2019.

concessionária; (ii) a geração de empregos pela concessão florestal; (iii) a capacitação dos empregados; (iv) a implementação e manutenção de sistema de gestão da qualidade, responsabilidade social e saúde e segurança no trabalho.<sup>204</sup>

#### 4.5.2 Obrigações contratuais

Os mecanismos relativos a obrigações contratuais dizem respeito, em sua maioria, a imposição de obrigações adicionais, que não dizem respeito ao objeto do contrato, ao contratado pela Administração Pública. Todavia, é possível também que o fomento consista na facilitação do cumprimento das obrigações contratuais a que o contratado já estaria sujeito de qualquer forma.

TABELA 13 – Obrigações contratuais

Lei nº	Dispositivo legal
8.666/1993	Art. 3º, § 11. Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da administração pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)
PL 1.292/1995	Art. 25, § 6º Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da Administração Pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial ou tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento,

<sup>204</sup> Edital de licitação para concessão florestal na Flona de Altamira (PA). *Serviço Florestal Brasileiro*. Disponível em: <http://www.florestal.gov.br/florestas-sob-concessao/104-concessoes-florestais/florestas-sob-concessao/altamira/363-edital-de-licitacao-para-concessao-florestal-na-flona-de-altamira-pa>. Acesso em: 20 jun. 2019.

	cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal
8.666/1993	Art. 40, § 5º A Administração Pública poderá, nos editais de licitação para a contratação de serviços, exigir da contratada que um percentual mínimo de sua mão de obra seja oriundo ou egresso do sistema prisional, com a finalidade de ressocialização do reeducando, na forma estabelecida em regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.500, de 2017)
PL 1.292/1995	Art. 24. O edital deve conter o objeto da Licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, a habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.  § 9º O edital poderá, na forma de regulamento, exigir que o contratado destine um percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação a:  II- oriundo ou egresso do sistema prisional, na forma estabelecida em regulamento.
11.284/2006	Art. 21. As garantias previstas no inciso XIII do art. 20 desta Lei:  § 3º Para concessão florestal a pessoa jurídica de pequeno porte, microempresas e associações de comunidades locais, serão previstas em regulamento formas alternativas de fixação de garantias e preços florestais.
11.284/2006	Art. 30. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:  IX - às ações voltadas ao benefício da comunidade local assumidas pelo concessionário;
LC 123/2006	Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)  II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa

	ou empresa de pequeno porte; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)
13.146/2015	<p>Art. 68. O poder público deve adotar mecanismos de incentivo à produção, à edição, à difusão, à distribuição e à comercialização de livros em formatos acessíveis, inclusive em publicações da administração pública ou financiadas com recursos públicos, com vistas a garantir à pessoa com deficiência o direito de acesso à leitura, à informação e à comunicação.</p> <p>§ 1º Nos editais de compras de livros, inclusive para o abastecimento ou a atualização de acervos de bibliotecas em todos os níveis e modalidades de educação e de bibliotecas públicas, o poder público deverá adotar cláusulas de impedimento à participação de editoras que não ofertem sua produção também em formatos acessíveis.</p>
PL 1.292/1995	<p>Art. 24. O edital deve conter o objeto da Licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, a habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.</p> <p>§ 9º O edital poderá, na forma de regulamento, exigir que o contratado destine um percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação a:</p> <p>I- mulher vítima de violência doméstica;</p>

*Fonte: elaboração própria*

#### 4.5.3.1 Medidas de compensação

Incluído pela Lei nº 12.349/2010, o artigo 3º, parágrafo 11, da Lei nº 8.666/1993, no que foi copiado pelo artigo 25, parágrafo 6º do Projeto de Lei nº 1.295/2015, prevê que os editais para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da Administração Pública, ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal.

Em contratações de grande porte, especialmente em setores muito específicos, pode ser necessário à satisfação dos interesses nacionais condicionar a contratação à adoção, pelo particular, de contrapartidas determinadas, que não podem ser consideradas como integrantes da prestação objeto do contrato. Isso envolve, geralmente, a transferência de tecnologia para produção ou manutenção dos bens adquiridos, mas também pode envolver prestações de cunho econômico.<sup>205</sup>

Muito comuns nos contratos realizados no setor de defesa, em que são realizados vultosos investimentos de capital público, geralmente associados a elevados custos em atividades de operação, manutenção e suporte, as medidas de compensação tentam constituir, a partir da contratação, instâncias de ampliação das capacidades apropriadas à geração de emprego e renda, além de induzir uma espiral crescente de desenvolvimento socioeconômico.<sup>206</sup>

Considerando que a expressão *medidas de compensação* é bastante ampla, vislumbra-se a possibilidade de que as medidas de compensação impostas ao contratado possuam cunho social. Não há, contudo, disciplina jurídica específica para tanto.

#### 4.5.3.2 Contratação de oriundos ou egressos do sistema prisional

Com a redação dada pela Lei nº 13.500/2017, o artigo 40, parágrafo 5º, da Lei nº 8.666/1993, reproduzido pelo artigo 24, parágrafo 9º, do Projeto de Lei nº 1.292/1995, prevê que a Administração Pública poderá, nos editais de licitação para a contratação de serviços, exigir da contratada que um percentual mínimo de sua mão de obra seja oriundo ou egresso do sistema prisional, com a finalidade de ressocialização do reeducando, na forma estabelecida em regulamento.

A previsão foi regulamentada pelo Decreto nº 9.450/2018, que institui a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional - PNAT, voltada à ampliação e qualificação da oferta de vagas de trabalho, ao empreendedorismo e à formação profissional das pessoas presas e egressas do sistema prisional, visando a inserção dessas pessoas no mundo do trabalho e na geração de renda. A política destina-se aos presos provisórios, às pessoas

---

<sup>205</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 18ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 151.

<sup>206</sup> VIEIRA, André Luís; UAQUIM, Filipe Ramos. O princípio da publicidade e os acordos de compensação (offset) no setor de defesa: sentido e alcance da transparência administrativa. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 54, p. 157-183, jul./set. 2016. p. 160.

privadas de liberdade em cumprimento de pena no regime fechado, semiaberto e aberto, em como às pessoas egressas do sistema prisional.

Os princípios da política são a dignidade da pessoa humana, a ressocialização, o respeito às diversidades étnico-raciais, religiosas, em razão de gênero e orientação sexual, origem, opinião política, às pessoas com deficiência, entre outras, e a humanização da pena.

Em seu artigo 5º, o decreto estabelece a aplicação do mecanismo nos contratos de serviços, inclusive os de engenharia, com valor anual acima de R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais), para os órgãos e entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

A obrigação deve ser prevista no edital, como requisito de habilitação jurídica, consistente na apresentação, pelo licitante, de declaração de que contratará pessoas presas ou egressos caso vença o certame, acompanhada de declaração emitida pelo órgão responsável pela execução penal de que dispõe de pessoas presas aptas à execução de trabalho externo, e no edital e na minuta de contrato, como obrigação da contratada de empregar como mão de obra pessoas presas ou egressos do sistema prisional.

Entre as obrigações a serem assumidas pela contratada, estão as de observar certas cautelas, como as de (i) apresentar prévia autorização do Juízo da Execução; (ii) comprovar aptidão, disciplina e responsabilidade da pessoa presa; (iii) comprovar o cumprimento de no mínimo um sexto da pena; e (iv) observar o limite máximo de dez por cento do número de presos na prestação do serviço.

A Administração Pública deve fiscalizar o cumprimento dessas obrigações, cabendo a ela informar à contratada e oficiar à vara de execuções penais sobre qualquer incidente ou prática de infração por parte dos empregados, para que adotem as providências cabíveis à luz da legislação penal, e aplicar penalidades à contratada quando verificada infração às regras do decreto.

Nos termos do artigo 6º do decreto, a contratação de pessoas presas, em cumprimento de pena em regime fechado, semiaberto ou aberto, ou egressas do sistema prisional deve se dar nas seguintes proporções:

TABELA 14 – Número de egressos ou oriundos do sistema prisional por quantidade de funcionários

<b>Número de funcionários demandados para execução do contrato</b>	<b>Número de egressos ou oriundos do sistema prisional a serem contratados</b>
Até 200 funcionários	3% das vagas
De 201 a 500 funcionários	4% das vagas
De 501 a 1.000 funcionários	5% das vagas
Mais de 1.001 funcionários	6% das vagas

*Fonte: elaboração própria*

Apesar de salutar a detalhada disciplina promovida pelo decreto, nota-se que os artigos 5º e 6º, ao determinar a obrigatoriedade da contratação, extrapolaram os limites do que foi estabelecido no texto da Lei nº 8.666/1993, que estipula o mecanismo como uma faculdade do administrador público, estando a sua adoção dentro de sua esfera de discricionariedade.

#### 4.5.3.3 Formas diferenciadas de fixação garantias e preços em concessão florestal

O artigo 21 da Lei nº 11.284/20006 estabelece que, para a concessão florestal a pessoa jurídica de pequeno porte, microempresas e associações de comunidades locais, serão previstas em regulamento formas alternativas de fixação de garantias e preços florestais.

As garantias previstas pela lei são as relativas a cobertura de eventuais danos causados ao meio ambiente, ao erário e a terceiros, e podem incluir também a cobertura do desempenho do concessionário em termos de produção florestal.

Conforme aponta André Luís da Silva Gomes, a garantia é instrumento essencial para a celebração dos contratos administrativos, pois é preciso buscar a segurança de que o objeto da contratação será entregue no prazo e nas condições previstas. Caso contrário, haverá prejuízo ao erário e a ausência ou deficiência de algum serviço destinado à população – daí a importância da garantia de um contrato administrativo.<sup>207</sup> Na concessão florestal, todavia, a situação é distinta, pois aqui não há um serviço de que a população seja diretamente beneficiária, o que justifica a adoção da simplificação na prestação das garantias como mecanismo de contratação pública socialmente sustentável.

---

<sup>207</sup> GOMES, André Luís da Silva. As garantias do contrato administrativo e as inovações da Instrução Normativa nº 02/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 166, p. 27-35, out. 2015. p. 27.

A obtenção de garantias implica em evidentes custos para as contratadas – custos que são ainda mais expressivos para empresas menores, que possuem maior dificuldade na obtenção de créditos e tendem a ser avaliadas como configurando um risco maior pelas instituições financeiras.

O artigo 47 do Decreto nº 6.063/2007 remete a questão da disciplina das garantias para resolução a ser editada pelo Serviço Florestal Brasileiro. Essa disciplina foi realizada através da Resolução nº 16, de 07 de agosto de 2012, que estabeleceu que as pessoas jurídicas de pequeno porte, microempresas e associações de comunidades locais possuem até trinta dias para prestar garantias, em oposição aos dez dias que possuem os demais, contados da homologação do plano de manejo florestal sustentável ou do segundo plano operacional anual da Unidade de Manejo Florestal.

#### 4.5.3.4 Ações voltadas ao benefício da comunidade local

Ainda no âmbito da concessão florestal, a Lei nº 11.284/2006 estipula, em seu artigo 30, que são cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas às ações voltadas ao benefício da comunidade local assumidas pelo concessionário. De acordo com o artigo 3º, inciso X, da lei, comunidades locais são as populações tradicionais e outros grupos humanos, organizados por gerações sucessivas, com estilo de vida relevante à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica.

Como já visto, o texto da lei de gestão de florestas públicas é todo permeado por preocupações com as comunidades locais, o que se expressa mais uma vez através desse mecanismo. Quando a gestão das florestas públicas não se destinar às comunidades locais, a lei estabelece que o contratado deve promover ações para beneficiá-las.

A previsão, todavia, não foi adequadamente regulamentada, e não há maiores parâmetros para a sua aplicação.

#### 4.5.3.5 Subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte

O artigo 48 da Lei Complementar nº 123/2006 prevê que a Administração Pública poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte. Há, portanto, uma faculdade, e não uma imposição legal.

Nos termos do parágrafo 2º do mesmo artigo, nas situações em que houver a subcontratação, a Administração Pública poderá destinar os empenhos e pagamentos diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas. A previsão também

é um benefício, pois configura uma exceção à regra geral, em que é vedado o pagamento direto realizado pela Administração Pública às subcontratadas, uma vez que não se forma nenhuma relação jurídica entre Administração e subcontratada, nos termos da jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União:

9.2.2. abstenha-se de efetuar pagamentos diretos a subcontratadas, tendo em vista a falta de amparo legal, uma vez que não há qualquer relação jurídica entre a Administração Pública e o terceiro subcontratado, impossibilitando a realização de uma das fases da despesa, a saber, a liquidação, a qual deve ter por base o respectivo contrato, ajuste ou acordo; a nota de empenho; e os comprovantes da entrega do material ou da prestação efetiva do serviço, conforme dispõe o art. 63, § 2º, da Lei 4.320/64.<sup>208</sup>

O Decreto nº 8.538/2015 prevê que, caso a Administração Pública estabeleça a obrigatoriedade de subcontratação no edital, os contratantes devem cumprir a determinação sob pena de rescisão contratual, sem prejuízo das sanções legais. Os instrumentos convocatórios devem estabelecer um percentual mínimo a ser subcontratado e o percentual máximo admitido, vedada a sub-rogação completa ou da parcela principal da contratação. As microempresas e empresas de pequeno porte a serem subcontratadas devem ser indicadas e qualificadas pelos licitantes com a descrição dos bens e serviços a serem fornecidos e respectivos valores. Além disso, já no momento da habilitação deve ser apresentada a documentação de regularidade fiscal das subcontratadas.

Na hipótese de extinção da subcontratação, a subcontratada deve ser substituída pela empresa contratada no prazo máximo de trinta dias, mantendo-se os percentuais originalmente previstos. A empresa contratada deverá, ainda, responsabilizar-se pela padronização, pela compatibilidade, pelo gerenciamento centralizado e pela qualidade da subcontratação.

#### 4.5.3.6 Oferecimento de conteúdo em formato acessível

A Lei nº 13.146/2015, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência, estabelece em seu artigo 68 que o Poder Público deve adotar mecanismos de incentivo à produção, edição, difusão, distribuição e comercialização de livros em formatos acessíveis, inclusive em

---

<sup>208</sup> TCU – TC 022.251/2005-8. Acórdão 502/2008. Relator Conselheiro Ubiratan Aguiar. Data da sessão: 11/03/2008. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2225120058.PROC/%20/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=d3244890-a5a8-11e9-8a47-7900781983fc>. Acesso em: 24 jun. 2019.

publicações da Administração Pública ou financiadas com recursos públicos, visando garantir à pessoa com deficiência o direito de acesso à leitura, à informação e à comunicação.

Um dos mecanismos indicados pelo artigo consiste em, nos editais de compras de livros, inclusive para o abastecimento ou atualização de acervos de bibliotecas em todos os níveis e modalidades de educação e de bibliotecas públicas, adotar cláusulas de impedimento à participação de editoras que não ofereçam sua produção também em formatos acessíveis.

Nos termos da lei, consideram-se formatos acessíveis os arquivos digitais que possam ser reconhecidos e acessados por *softwares* leitores de telas ou outras tecnologias assistivas que vierem a substituí-los, permitindo leitura com voz sintetizada, ampliação de caracteres, diferentes contrastes e impressão em braile.

#### 4.5.3.7 Contratação de mulheres vítimas de violência doméstica

Uma previsão inovadora que consta do Projeto de Lei nº 1.292/1995 consiste na possibilidade, prevista no artigo 24, parágrafo 9º, de o edital exigir que o contratado destine um percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação a mulher vítima de violência doméstica.

No momento, ainda não é possível saber como o mecanismo produzirá seus efeitos. A locução aberta do dispositivo denota a necessidade de sua regulamentação para a determinação de diversos aspectos – como a quantidade de mulheres em situação de violência doméstica a ser empregada, a forma de comprovação dessa situação, a fiscalização do cumprimento da obrigação pela contratada, enfim.



## **5. CONTRATAÇÃO PÚBLICA SOCIALMENTE SUSTENTÁVEL**

Após a sistematização e detalhada análise de todos os mecanismos de contratação pública socialmente sustentável encontrados, o presente capítulo pretende estabelecer uma definição de “contratação pública socialmente sustentável”, bem como enfrentar as principais críticas e desafios suscitados pelo tema.

### **5.1 Definição**

A contratação pública socialmente sustentável é aquela que visa, através do exercício da função de fomento, direcionar a contratação pública para o atingimento de objetivos relacionados aos direitos sociais previstos na Constituição, especialmente com a finalidade de reduzir as desigualdades sociais através da geração de emprego e renda.

Do mapeamento legislativo realizado, é possível constatar que os mecanismos de contratação pública socialmente sustentável se inserem no contexto de políticas públicas elaboradas para beneficiar grupos específicos, como os portadores de deficiência, os catadores de materiais recicláveis, os oriundos ou egressos do sistema prisional, as mulheres, os negros, entre outros.

Observou-se que os mecanismos podem atuar em todas as fases da contratação pública. Alguns estabelecem observância obrigatória pela Administração Pública, como a obrigatoriedade de prazo para que microempresas e empresas de pequeno porte regularizem a documentação relativa à habilitação fiscal e trabalhista. Outros mecanismos estabelecem apenas uma faculdade ao administrador, inserindo-se em sua esfera de discricionariedade a opção por sua adoção ou não, avaliado a conveniência e oportunidade da solução em cada caso concreto.

Em alguns mecanismos, especialmente nos casos de dispensa e habilitação, os destinatários da política de fomento são os próprios agentes do fomento. A contratação direta de associações ou cooperativas de catadores de materiais recicláveis, a título de exemplo, visa fomentar a atividade desse setor específico. Em outros mecanismos, especialmente nos relacionados à execução contratual, os destinatários da política não se confundem com os agentes do fomento, que somente recebem o incentivo para a prática da atividade que gerará os benefícios aos destinatários. É o caso, por exemplo, da imposição da obrigação de contratação de oriundos ou egressos do sistema prisional.

### **5.2 Críticas**

O movimento de utilização das licitações e contratos para a concretização de políticas públicas não veio desacompanhado de críticas por parte da doutrina especializada.

Marina Fontão Zago aponta que “o sistema de contratações públicas brasileiro, compreendendo suas diversas leis gerais, vem passando por uma ‘crise de identidade’”. De um lado, há a complexificação e redefinição do que deve ser considerado como a melhor proposta e, do outro, a busca por maior simplificação, competição e eficiência da contratação pública. A “função derivada” da contratação pública converge com o primeiro movimento, porém diverge do segundo, pois tende a tornar o procedimento de contratação mais complexo, mais caro (ainda que não necessariamente menos eficiente), e eventualmente até causar diminuição no universo de competidores efetivos.<sup>209</sup>

A autora expressa preocupação com a potencialidade de a “função derivada” ser utilizada como instrumento de reserva de mercado, sobretudo a depender da técnica por meio da qual é incorporada, com afronta à isonomia, ampla competição e concorrência, tais como moldadas para a contratação pública. O grau de tensões geradas com a isonomia, a competição e a concorrência nas contratações públicas seria afetada (i) pela abrangência da regra, pois regras específicas para determinado tipo de objeto causam menos impacto que regras gerais para qualquer contratação pública; (ii) pela técnica utilizada, já que regras excludentes geram mais impacto que preferências ou imposição de obrigação adicional; e (iii) pelo objeto da regra, vez que regras que protegem um grupo ou setor específico ensejariam maior conflito com a isonomia do que o fomento a atividade socialmente relevante.<sup>210</sup>

A tese é concluída com a defesa de que a “função derivada” deve ser evitada pelo legislador e pelo gestor público, já que (i) impacta o custo e qualidade das contratações, até mesmo colocando em risco a satisfação da função primária; (ii) causa tensão com os valores da competição e da isonomia; (iii) dificulta a boa governança da contratação, trazendo inclusive maior burocratização e litigiosidade; e (iv) sua eficácia é de difícil demonstração.<sup>211</sup>

Joel Menezes Niebuhr faz três ressalvas gerais sobre o tema. Para o autor, a finalidade da licitação é seleção da proposta mais vantajosa. O desenvolvimento sustentável pode ser uma finalidade de caráter secundário, que se acopla à finalidade primária. Portanto, a busca pela sustentabilidade não poderia derogar a busca pela proposta mais vantajosa. A segunda ressalva é no sentido de que a licitação brasileira é procedimento já por demais complicado. A eficiência

---

<sup>209</sup> ZAGO, Marina Fontão. *Poder de compra estatal para a implementação de políticas públicas: o uso derivado da contratação pública*. 2017. 373 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 97-274.

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 275/279.

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 319.

nas licitações somente poderia ser encontrada tornando o procedimento mais simples, e tudo o que não vise a selecionar a proposta mais vantajosa acaba prejudicando esse intuito. Por fim, a terceira ressalva é no sentido de que, se todas as demandas morais identificáveis, que geram suas respectivas políticas públicas, fossem incorporadas à licitação, o procedimento jamais teria fim.<sup>212</sup>

Anna Beatriz Savioli, apesar de concordar que a função de fomento torna a contratação pública mais complexa, acredita que é necessário refletir sobre os desafios por ela impostos no âmbito da legislação e da prática administrativa, considerando os benefícios que podem ser obtidos a partir do alinhamento da função primária e da função derivada das contratações e, ainda, considerando que essa utilização se encontra, atualmente, em processo constante e irreversível de incorporação na prática administrativa (não só em âmbito nacional, mas também internacional).<sup>213</sup>

Por outro lado, Juarez de Freitas defende que quem resiste às noções de licitações e contratos sustentáveis nada mais faz do que expressar a crença distorcida de que a preservação de bens e serviços ecossistêmicos acarretaria efeitos destemperados. Para o autor, é necessária uma revisão de conceitos, pois, assimilada corretamente, a sustentabilidade revela-se franca aliada de resultados sistemicamente positivos, inclusive econômicos. Ou seja: bem pensada, a sustentabilidade combina com a abordagem econômica, embora a transcenda.<sup>214</sup>

No mesmo sentido, Flávia Fabre defende que a licitação sustentável deve ser a regra e não a exceção, e que é preciso que ela assim passe a ser considerada, forçando a alteração do comportamento estatal e privado em prol do bem comum. Para a autora, em princípio todas as contratações, de serviços ou materiais, podem e devem ser focadas em aquisições sustentáveis, isto é, que visem não apenas à satisfação da necessidade ordinária da Administração Pública ou de seus administrados, mas que concorram para o desenvolvimento nacional sustentável pelo

---

<sup>212</sup> NIEBUHR, Joel Menezes. Crítica à utilização das licitações públicas como instrumento de políticas públicas. *Direito do Estado*, n. 243, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/critica-a-utilizacao-das-licitacoes-publicas-como-instrumento-de-politicas-publicas>. Acesso em: 21 jun. 2019.

<sup>213</sup> SAVIOLI, Anna Beatriz. *Licitações como instrumento do fomento estatal*. 2018. 257 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 210.

<sup>214</sup> FREITAS, Juarez. Sustentabilidade dos contratos administrativos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 35-53, abr./jun. 2013. p. 38.

fomento de uma sociedade economicamente viável, socialmente justa e ecologicamente correta.<sup>215</sup>

Nota-se que as principais críticas relacionadas ao tema estão relacionadas, em suma: (i) às tensões geradas com a isonomia e a concorrência; (ii) às tensões geradas com a vantajosidade; e (iii) à complexificação do procedimento. As preocupações são intensificadas diante da utilização da técnica de dispensa.

Flávia Fabre entende que o que se tem hoje é a necessidade de criar uma nova regra geral, e não de inserir cada vez mais exceções a ela. Para a autora, vez que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável se tornou, agora, um dos objetivos a serem buscados pela licitação, já não tem cabimento a proliferação das hipóteses de dispensa de licitação com esse viés. Havendo mais de um ator ou setor que se subsuma à hipótese prevista em lei como passível de receber determinado favorecimento legal com vistas ao atingimento de finalidades sociais, ambientais ou econômicas, seria necessária, ao menos, a realização de uma seleção de projetos, já que o sacrifício dos princípios norteadores da compra pública deve ocorrer apenas no limite do necessário para a consecução do objetivo visado.<sup>216</sup>

Concordando com a autora, Anna Beatriz Savioli afirma que, se antes a dispensa de licitação era aceita como único mecanismo pertinente para a viabilização da implementação de políticas públicas através da contratação pública, atualmente é necessário que haja uma diversificação dos procedimentos, levando-se em consideração os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na intervenção estatal e definindo-se, sempre, o mecanismo que seja mais apto, em conformidade com as características específicas da política que se objetiva fomentar.<sup>217</sup>

É importante destacar que a preocupação com a criação de reserva de mercado não parece se coadunar com a preocupação acerca da abrangência da regra, pois são justamente as regras específicas para determinado tipo de objeto que causam impacto maior no mercado em que atuam. Por vezes a única maneira de viabilizar o fomento à atividade socialmente relevante é através do incentivo direto ao grupo que a pratica, como no caso das associações e cooperativas de catadores de materiais recicláveis, por exemplo.

---

<sup>215</sup> FABRE, Flavia Moraes Barros Michele. *Função horizontal da licitação e da contratação administrativa*. 2014. 185 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 71.

<sup>216</sup> *Ibidem*, pp. 94 e 108.

<sup>217</sup> SAVIOLI, Anna Beatriz. *Licitações como instrumento do fomento estatal*. 2018. 257 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 174.

A dispensa de licitação não significa, contudo, que é impossível a realização de procedimento competitivo para seleção da proposta mais vantajosa nas situações em que houver mais de um particular elegível para se beneficiar do fomento da Administração Pública, privilegiando o princípio da isonomia. A título de exemplo, no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar, a Resolução/CD/FNDE nº 26, de 17 de junho de 2017 determina a realização de chamada pública para a seleção de fornecedores, estabelecendo critérios de habilitação, de desempate, enfim, delineando todo um procedimento a ser seguido pelas escolas para a aquisição realizada com os recursos do FNDE.

Além disso, é preciso considerar que diversas hipóteses de dispensa visam beneficiar entidades pertencentes ao terceiro setor, que são criadas para a prática de atividades socialmente relevantes em benefício de seus associados, sem intuito de distribuição de lucro. São entidades que atuam no mercado de forma distinta das sociedades empresárias, o que justifica o tratamento diferenciado a elas dispensado.

As únicas hipóteses de contratação direta que não dizem respeito a contratação de entidades do terceiro setor são (i) a relacionada aos serviços de assistência técnica e extensão rural no PRONATER; (ii) os casos em que a aquisição dos produtos ocorre diretamente do agricultor familiar, e não por intermédio de alguma de suas organizações; e (iii) a contratação em que haja transferência de tecnologia para o SUS.

Nas duas primeiras hipóteses há objetos muito bem delimitados para a contratação, com flagrante finalidade pública. Em adição, não se cogita que a contratação direta da agricultura familiar para o fornecimento de gêneros alimentícios para o Programa Nacional de Alimentação Escolar e para o Programa de Aquisição de alimentos seja capaz de causar distorções concorrenciais dignas de nota no mercado nacional.

No terceiro caso existe verdadeira hipótese de inviabilidade de competição, de modo que o mais correto seria tratar a situação como inexigibilidade de licitação, e não dispensa. Ainda que não existisse o mecanismo, a Administração Pública ainda poderia adquirir diretamente determinado produto de quem detém a sua tecnologia através da previsão do artigo 25, inciso I, da Lei nº 8.666/1993.

Discorda-se que a contratação pública socialmente sustentável entre em colisão com o princípio da isonomia. O objetivo da sustentabilidade social é justamente o alcance da isonomia, considerada em um patamar mais amplo – externo ao do procedimento licitatório isoladamente considerado.

De acordo com a clássica lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para determinar se houve quebra da isonomia é necessário verificar qual o critério discriminatório utilizado, se há uma justificativa racional para a escolha, e se o fundamento escolhido está de acordo com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional.<sup>218</sup> No caso em apreço, a busca pela sustentabilidade, em todas as suas dimensões, foi consagrada pelo ordenamento jurídico, bem como os direitos sociais tutelados pelos mecanismos estudados. Portanto, o tratamento desigual instituído mostra-se justificado.

Com relação à vantajosidade, entende-se que a legislação já tem evoluído para agregar outras preocupações além da meramente econômica para a aferição da vantajosidade da contratação pública. No contexto da contratação sustentável, uma contratação mais cara não pode ser considerada necessariamente menos eficiente – isso depende da avaliação de vários aspectos intrínsecos ao planejamento da atuação estatal.

Rafael Oliveira e Rafael Vêras Freitas entendem que a ideia de eficiência não pode ser confundida com a de economicidade, já que a eficiência não pode ser analisada, exclusivamente, sob o prisma econômico. A Administração tem o dever de considerar outros aspectos igualmente fundamentais: a qualidade do serviço ou do bem, durabilidade, confiabilidade, universalização do serviço para o maior número possível de pessoas, entre outros aspectos. Para os autores, o princípio da eficiência, previsto no art. 37 da Constituição, relaciona-se com a concretização das finalidades estatais colocadas pelo texto constitucional e, por consequência, com a satisfação das necessidades da população.<sup>219</sup>

Na esteira da visão de Juarez de Freitas, a proposta mais vantajosa deve ser concebida como aquela que se apresenta apta a produzir, direta ou indiretamente, o menor impacto negativo e, simultaneamente, os maiores benefícios econômicos, sociais e ambientais. Para tanto, todavia, o sistema brasileiro de avaliação de custos deverá ser inteiramente reformulado.<sup>220</sup>

---

<sup>218</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 21.

<sup>219</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. A função regulatória das licitações e o desenvolvimento nacional sustentável: o regime jurídico introduzido pela Lei nº 12.349/10. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 38, p. 9-30, jul./set. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=81456>>. Acesso em: 4 fev. 2019. p. 4.

<sup>220</sup> FREITAS, Juarez. Sustentabilidade dos contratos administrativos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 35-53, abr./jun. 2013. p. 40.

A evolução da legislação sobre licitação e contratos públicos tem se preocupado, justamente, com essa resignificação da proposta mais vantajosa. É o que se observa na Lei nº 11.079/2004, que trata das parcerias público-privadas, na Lei nº 11.284/2006, que trata da gestão das florestas públicas, a Lei nº 12.462/2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratação, e a Lei nº 13.303/2016, que institui o estatuto das estatais. Essa legislação mais recente inclui na busca da proposta mais vantajosa a consideração dos custos e benefícios diretos e indiretos, de natureza econômica, social e ambiental.

Ademais, em análise de dados concretos sobre o tema, Juliana Bonacorsi de Palma chega à conclusão de que não necessariamente uma contratação sustentável corresponderá a uma contratação mais cara. Na análise das licitações sustentáveis do BNDES realizada pela pesquisa Compras Públicas Sustentáveis, por exemplo, essa hipótese não se confirmou, já que o percentual médio de economia de recursos nas licitações sustentáveis foi de 54,37%.<sup>221</sup> A autora não chega a afirmar, contudo, que o fator sustentabilidade não influi no preço final, especialmente porque os dados analisados na pesquisa diziam respeito, quase que em sua totalidade, à modalidade pregão, em que há acirrada competitividade entre os licitantes em diversas fases, como o saneamento do processo e a fase de lances.<sup>222</sup>

De todo modo, concorda-se com a posição de Guilherme Reisdorfer no sentido de que o desenvolvimento sustentável não se apresenta em posição privilegiada em face dos demais vetores da atividade contratual administrativa.<sup>223</sup> Evidentemente, deve haver uma ponderação entre todos os objetivos da licitação e da contratação pública.

Para Marçal Justen Filho, considerando que não existe hierarquia entre “isonomia”, “economicidade” e “desenvolvimento nacional sustentável”, é impossível reputar que um dos fins poderia prevalecer sobre os demais. Desse modo, não será válida a decisão administrativa fundada exclusivamente em um dos referidos critérios. O autor considera que a solução de

---

<sup>221</sup> Pesquisa disponível em [http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Manuais/03-01\\_A\\_12\\_INFORMATIVO%20COMPRASNET\\_ComprasSustentaveis.pdf](http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Manuais/03-01_A_12_INFORMATIVO%20COMPRASNET_ComprasSustentaveis.pdf). Acesso em: 22.05.2019.

<sup>222</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Contratações públicas sustentáveis. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Orgs.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 97.

<sup>223</sup> REISDORFER, Guilherme F. Dias. Desenvolvimento sustentável em licitações e contratos públicos: regulamentação, políticas de contratação e discricionariedade administrativa. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 171, p. 30-40, mar. 2016. p. 36.

equilíbrio deve ser produzida em face das circunstâncias concretas, sem a afirmação apriorística, abstrata e teórica de decisões que ignorem as circunstâncias do mundo real.<sup>224</sup>

Na condição de princípio constitucional e objetivo da licitação e da contratação pública, a busca pelo desenvolvimento sustentável, inclusive em sua dimensão social, deve balizar a formulação de políticas públicas, momento em que o planejamento estatal deve cotejar, adequadamente, a busca pelo desenvolvimento sustentável com os demais objetivos da licitação e da contratação pública, optando pelo caminho que melhor acomodar o atendimento simultâneo a todos os objetivos – sem a completa exclusão de nenhum.

### 5.3 Desafios

Conforme já notado pela doutrina, as contratações sustentáveis suscitam questões que até então não tinham ganhado destaque na agenda de debates da contratação pública no Brasil. Além disso, questionam premissas da teoria da licitação tomadas quase que como verdades absolutas.<sup>225</sup>

Conforme bem observado por Juliana Bonacorsi de Palma, em razão do contexto de sua edição, marcado por escândalos de corrupção e pela forte atuação de grupo de interesses durante o processo legislativo, a Lei nº 8.666/1993 deu ênfase ao procedimento de licitação. Ou seja, apostou-se na ideia de que seria possível combater a corrupção nas contratações públicas por meio da superlegalização dos procedimentos licitatórios, antecipando na lei boa parte das decisões que poderiam, em tese, ser tomadas no plano infralegal (regulamentos ou editais). Assim, foram criados inúmeros critérios de habilitação, com a finalidade de combater a corrupção e assegurar a igualdade entre os licitantes. A proposta mais vantajosa seria, assim, um simples cálculo matemático do valor das propostas apresentadas.<sup>226</sup>

A ressignificação da proposta mais vantajosa para a inclusão de critérios de sustentabilidade social cria preocupações principalmente relacionadas (i) ao planejamento das políticas públicas a serem implementadas; (ii) à ponderação entre os custos econômicos incorridos e as vantagens sociais pretendidas; e (iii) à questão da discricionariedade administrativa na adoção das soluções. Os temas serão abordados nos tópicos seguintes.

---

<sup>224</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 18ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 102.

<sup>225</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Contratações públicas sustentáveis. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Orgs.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 102.

<sup>226</sup> *Ibidem*, p. 103.

### 5.3.1 Planejamento

Por força do artigo 174 da Constituição de 1988, a atividade de planejamento é uma das obrigações do Estado brasileiro. Confirmando a previsão, o inciso I do artigo 6º do Decreto-Lei nº 200/1967 estabelece que o planejamento como princípio fundamental das atividades da Administração Federal. Como processo preparatório da ação pública, o planejamento é absolutamente necessário para o alcance das finalidades consagradas pela Constituição, e deve estar presente em todos os setores da atuação estatal.

Além da existência de expressas disposições legais e constitucionais, é possível extrair o dever de planejamento estatal também do direito fundamental à boa administração.<sup>227</sup> Tal dever é especialmente acentuado no que diz respeito à atividade de fomento, não só para evitar uma natureza protecionista setorializada, que outrora caracterizou e desvirtuou o instituto, como também para viabilizar o desenvolvimento nacional,<sup>228</sup> especialmente sob o viés da sustentabilidade.

O planejamento tem sido entendido pela doutrina como um antecedente necessário ao fomento.<sup>229</sup> Sem a concepção de um planejamento prévio, corre-se o risco de que o fomento seja adotado de forma casuística e sem o compromisso de alcançar finalidades maiores, havendo também a possibilidade de prejuízos à segurança jurídica, uma vez que, sem um planejamento estipulando as metas, prazos e condições para a consecução dos objetivos maiores da política pública na qual se insere o mecanismo de fomento, os seus beneficiários e a própria sociedade ficariam à mercê da vontade política de diferentes governantes para obter ou continuar obtendo determinado incentivo.<sup>230</sup>

Conforme defende Juarez Freitas, políticas sociais, na formulação e na implementação, devem ser concebidas e avaliadas sob o crivo empírico dos resultados diretos e indiretos. O autor entende que escolhas insustentáveis são (i) aquelas que não realizam o sopesamento pertinente e satisfatório entre eficiência e equidade; (ii) aquelas que, na crença em alternativa

---

<sup>227</sup> SANTOS, Flávio Rosendo dos; OLIVEIRA, Antônio Gonçalves de; VICENTIN, Ivan Carlos. O planejamento na Administração Pública como decorrência do direito fundamental à boa administração. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 16, n. 181, p. 26-35, mar. 2016. p. 33.

<sup>228</sup> MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 76.

<sup>229</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *Revista dos tribunais*, vol. 890/2009. pp. 80/140. dez/2009. p. 132.

<sup>230</sup> ALENCAR, Letícia Oliveira Lins de. A atividade administrativa de fomento e a importância do planejamento. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 16, n. 182, p. 25-40, abr. 2016. p. 25.

unívoca, não reconhecer alternativas melhores, a partir da experiência autocrítica e do alargamento de informações; e (iii) aquelas que deixam, por imaturidade ou medo infundado, de empreender as escolhas favoráveis à continuidade experiencial do bem-estar.<sup>231</sup>

As previsões constitucionais relativas ao orçamento público (plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamentos anuais, previstos no artigo 165 da Constituição) refletem uma preocupação com o planejamento de um ponto de vista mais estritamente financeiro – relacionado a receitas e despesas públicas.

O sucesso e a eficiência da atuação pública, todavia, está intimamente atrelado a um planejamento que leve mais do que isso em consideração, especialmente no que diz respeito ao exercício da atividade de fomento, que tem a capacidade de gerar distorções na economia.

Thiago Marrara indica as seis características essenciais do planejamento estatal:<sup>232</sup>

(i) *complexidade*, que resulta da multiplicidade de elementos que o constituem, de seu procedimento, dos diversos interesses que envolve e dos inúmeros sujeitos que dele participam;

(ii) *orientação finalística*, na medida em que visa concretizar finalidades públicas e objetivos específicos, sem o que se tornaria apenas um procedimento burocrático inútil e custoso;

(iii) *seletividade*, pois a eficácia processual da atividade de planejamento e a eficiência prática de seus resultados dependem da existência de um objeto claro, específico e exequível - quanto mais amplo e impreciso for o objeto do planejamento, mais difícil será seu procedimento executório, mais lentamente ele chegará aos seus produtos e maior será o risco de resultados indesejados;

(iv) *conexidade* das medidas do processo de planejamento, pois o sucesso de um plano estatal dependerá da escolha de medidas compatíveis, racionalmente viáveis e voltadas para uma mesma finalidade claramente definida;

(v) *flexibilidade*, pois quanto mais espaço de escolha existe para o planejamento, mais facilmente serão afastadas falsas estratégias e falsas escolhas, tornando possível retificar efeitos indesejados do planejamento e corrigir seus rumos para o atingimento dos objetivos esperados – preservando, sempre, um mínimo de segurança jurídica;

---

<sup>231</sup> FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 66 e 179.

<sup>232</sup> MARRARA, Thiago. A atividade de planejamento na Administração Pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no anteprojeto da Nova Lei de Organização Administrativa. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, pp. 9-45, jul./set. 2011.

(vi) *criatividade planejadora*, representando a capacidade inventiva de soluções legais, legítimas, viáveis e necessárias à superação do problema concreto e para a consecução das metas planejadas.

Para um planejamento eficaz, não basta que se indique quais são os seus fins. É necessário especificar também a medida da atividade, especificando “quanto”, “quando”, “com o quê”, “onde”, “quem”, enfim, fazendo constar do plano todos os dados elementares ao processo de planejamento. O plano deve ser composto, portanto, de elementos finalistas, que condicionam e unificam suas disposições, e elementos instrumentais, que são as medidas objetivas calculadas para lograr aqueles fins, havendo entre ambos uma influência recíproca e inevitável.<sup>233</sup>

Ainda para Thiago Marrara, a série de procedimentos e atos decisórios específicos que compõem a atividade planejadora do Estado pode ser resumida na seguinte sequência:<sup>234</sup>

(i) *Processo* de definição das finalidades a serem atingidas pelo Estado em consonância com eventuais metas já existentes na Constituição e em leis de normas gerais;

(ii) *Resultado* consistente nas metas retiradas do processo preliminar e que dirijam o comportamento dos agentes do planejamento;

(iii) *Processo* de planejamento administrativo, ou seja, processo administrativo que busca encontrar ou debater medidas concretas, no âmbito da Administração Pública, para executar as metas estatais;

(iv) *Resultado* do processo administrativo de planejamento, consistente em um plano, na alteração de um plano ou na omissão planejada;

(v) *Processo* de execução do plano, quando existente, através de outros atos da Administração, incluindo atos administrativos em sentido estrito e atos materiais;

(vi) *Resultado* consistente na consecução, parcial ou integral, dos objetivos estabelecidos no plano estatal ou no seu não atingimento (plano fracassado);

(vii) *Processo* de avaliação dos resultados atingidos pela execução do plano, abrindo-se espaço para a manifestação dos interessados e da sociedade;

---

<sup>233</sup> MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 61.

<sup>234</sup> MARRARA, Thiago. A atividade de planejamento na Administração Pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no anteprojeto da Nova Lei de Organização Administrativa. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, pp. 9-45, jul./set. 2011.

(viii) *Resultados* consistentes nas conclusões da avaliação de planejamento que, inclusive, podem gerar novos processos de planejamento ou acarretar a alteração de planos existentes no intuito de aprimorá-los e imprimir-lhes mais eficiência em sentido amplo.

A atividade de planejamento, portanto, compreende uma série de processos e seus respectivos resultados, que geralmente se iniciam no Legislativo, com a definição das metas gerais da atividade estatal, e se alongam no âmbito da Administração Pública, esfera responsável pela condição dos procedimentos administrativos de planejamento e pela prática dos atos administrativos, normativos e materiais que o compõem.<sup>235</sup>

Guilherme Reisdorfer entende que as despesas incorridas para a produção de externalidades através da contratação pública constituem não apenas a contrapartida pelo atendimento de necessidades estatais ou públicas específicas, mas *investimentos para a consecução de políticas públicas*.<sup>236</sup> Desse modo, é necessário o estabelecimento de metas para a utilização do poder de compra estatal, já que isso pode implicar no aumento do custo final daquilo que é contratado.

Para Flávia Fabre, a menos que os agentes políticos responsáveis pela vontade superior do Estado expressamente estabeleçam percentuais, metas quantitativas claras em instrumentos normativos para que o poder de compra estatal seja utilizado para o atingimento de outras finalidades, o agente público que faz a compra em si, bem como o órgão que solicita um determinado bem ou serviço, dificilmente arcará com o peso de efetivar uma compra sabidamente mais cara, especialmente considerando o risco de questionamento pelos Tribunais de Contas. Ou seja: não basta o estabelecimento de normas autorizando o exercício da função de fomento da compra pública sem o estabelecimento de metas a serem alcançadas em sua concreção ou percentuais claros a que estão dispostas a fazer frente.<sup>237</sup>

O fomento não pode ser considerado um fim em si mesmo: é um instrumento voltado à consagração de direitos e objetivos maiores do Estado, e somente será possível aferir a

---

<sup>235</sup> MARRARA, Thiago. A atividade de planejamento na Administração Pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no anteprojeto da Nova Lei de Organização Administrativa. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, pp. 9-45, jul./set. 2011.

<sup>236</sup> REISDORFER, Guilherme F. Dias. Desenvolvimento sustentável em licitações e contratos públicos: regulamentação, políticas de contratação e discricionariedade administrativa. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 171, p. 30-40, mar. 2016. p. 38.

<sup>237</sup> FABRE, Flavia Moraes Barros Michele. Função horizontal da licitação e da contratação administrativa. 2014. 185 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. pp. 99/101.

contribuição efetiva dos mecanismos a partir da fixação de regras claras quanto à sua forma de utilização e de metas a serem atingidas.<sup>238</sup>

Do estudo realizado, contudo, é possível notar que nem todos os mecanismos de contratação pública socialmente sustentável estudados inserem-se no âmbito de uma política pública devidamente planejada. Não existe, com relação à maioria deles, sequer um instrumento de controle adequado dos gastos incorridos ou dos resultados gerados.

Uma iniciativa nesse sentido é a previsão do artigo 3º, parágrafo 6, da Lei nº 8.666/1993, que determina que devem ser realizados estudos periódicos, em prazo não superior a cinco anos, para embasar a margem de preferência estabelecida para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras e para bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou reabilitado da previdência social.

De acordo com a determinação legal, esses estudos devem levar em consideração (i) a geração de emprego e renda; (ii) o efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; (iii) o desenvolvimento e a inovação tecnológica realizados no país; (iv) o custo adicional dos produtos e serviços; e (v) em suas revisões, uma análise retrospectiva de resultados. Todavia, não foram encontradas informações acerca da efetiva realização desses estudos. Tais providências deveriam ser tomadas com relação a todos os mecanismos de contratação pública sustentável, porém não são tomadas sequer na hipótese em que há previsão legal.

Sem uma atividade de planejamento bem executada é impossível um controle dos resultados para a verificação da eficácia das medidas de fomento implementadas através dos contratos públicos. Sem a verificação da eficácia das medidas, corre-se o risco de manter benefícios que não são capazes de produzir os resultados esperados.

### *5.3.2 Ponderação entre custos econômicos e vantagens sociais*

Dissertando sobre a função derivada da contratação pública, Marina Fontão Zago aponta que um dos maiores desafios a ser enfrentado é a ponderação do equilíbrio entre custos

---

<sup>238</sup> ALENCAR, Letícia Oliveira Lins de. A atividade administrativa de fomento e a importância do planejamento. *Fórum Administrativo* – FA, Belo Horizonte, ano 16, n. 182, p. 25-40, abr. 2016. p. 29.

econômicos e vantagens socioeconômicas, tendo em vista o alargamento das externalidades que podem, em princípio, ser consideradas.<sup>239</sup>

A mesma lógica é especialmente aplicável às contratações socialmente sustentáveis. Nas contratações ambientalmente e economicamente sustentáveis é possível quantificar ou ao menos estimar o valor econômico das externalidades positivas geradas pela contratação sustentável, a depender do objeto do contrato. Por outro lado, as externalidades positivas geradas pela contratação socialmente sustentável, apesar de inegáveis, são muito mais difíceis de mensurar: são, por natureza, difusas.

Anna Beatriz Savioli alerta que os custos da introdução do fomento devem ser avaliados sob uma dupla perspectiva: a partir do ponto de vista dos licitantes, que, desejando concorrer à contratação com a Administração Pública, deverão adaptar suas práticas produtiva às particularidades do fomento, e sob a ótica da Administração Pública, que, além de conferir novos significados ao conceito de proposta mais vantajosa, precisará aferir os exatos contornos da introdução e da execução de políticas públicas em seu planejamento orçamentário, tanto sob o aspecto dos custos relacionados ao procedimento quanto aos relacionados a uma possível majoração dos preços. No que toca aos custos suportados pela Administração Pública, a autora questiona quanto a mais admite-se que a Administração Pública gaste em uma contratação a fim de fomentar determinado objetivo público, mantendo-se a concepção de vantajosidade.<sup>240</sup>

Juarez de Freitas aponta, contudo, que o acréscimo enriquecedor de componentes sociais e ambientais nas contratações públicas não diz respeito, necessariamente, a valores monetizáveis.<sup>241</sup>

A realidade é que essa ponderação entre custos econômicos e benefícios sociais da contratação pública sustentável deve ser realizada casuisticamente, no âmbito de cada política pública, dentro da atividade de planejamento da Administração Pública, diante da impossibilidade de se fazer um juízo apriorístico e generalizante.

---

<sup>239</sup> ZAGO, Marina Fontão. *Poder de compra estatal para a implementação de políticas públicas: o uso derivado da contratação pública*. 2017. 373 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 92.

<sup>240</sup> SAVIOLI, Anna Beatriz. *Licitações como instrumento do fomento estatal*. 2018. 257 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. pp. 184/188.

<sup>241</sup> FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 287.

### 5.3.3 Discricionariedade administrativa

A discricionariedade administrativa com relação à utilização de mecanismos de contratação pública socialmente sustentável pode ser avaliada em dois aspectos distintos: o primeiro diz respeito à discricionariedade quanto à obrigatoriedade de utilização dos mecanismos, o segundo diz respeito à discricionariedade quanto à determinação de seu conteúdo.

Com relação à discricionariedade para decidir sobre a utilização dos mecanismos, Jessé Torres Pereira Junior entende que toda contratação de obra, serviço ou compra pela Administração pública deve ser capaz de contribuir para promover o desenvolvimento sustentável.<sup>242</sup> No mesmo sentido, Juarez Freitas argumenta que a licitação sustentável é cogente, não configurando mera opção política do administrador. Seu caráter prioritário decorre, sobretudo, da consagração do desenvolvimento sustentável como princípio constitucional.<sup>243</sup>

Para o autor, toda discricionariedade administrativa encontra-se plenamente vinculada à sustentabilidade, desde a fase interna dos procedimentos administrativos, uma vez que não se carece de regras legais para a encarnação do princípio constitucional. O contrário representaria arbitrariedade por omissão. Desse modo, a proposta mais vantajosa será sempre aquela que se apresentar mais apta a gerar, direta ou indiretamente, o menor impacto negativo e, simultaneamente, os maiores benefícios econômicos, sociais e ambientais.<sup>244</sup>

Em artigo escrito em 2015, Juliana de Palma defendia que a adoção da contratação sustentável era uma faculdade do gestor, que caso a caso deveria deliberar sobre a oportunidade e conveniência de adotar critérios sustentáveis para licitar, não configurando uma obrigação. Essa discricionariedade seria expressa pelo texto do Decreto nº 7.746/2012, que dispunha no *caput* de seu artigo 2º que a Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, e

---

<sup>242</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Desenvolvimento sustentável: a nova cláusula geral das contratações públicas brasileiras. *Biblioteca Digital Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, maio/2011, p. 03.

<sup>243</sup> FREITAS, Juarez. Licitações públicas sustentáveis: dever constitucional e legal. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, ano 02, n. 01, p. 339/340. Disponível em: [http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11516/2/Licitacoes\\_Publicas\\_Sustentaveis\\_dever\\_constitucional\\_e\\_legal.pdf](http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11516/2/Licitacoes_Publicas_Sustentaveis_dever_constitucional_e_legal.pdf). Acesso em: 24 jun. 2019.

<sup>244</sup> FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 264.

as empresas estatais dependentes “poderão” adquirir bens e contratar serviços e obras considerando critérios e práticas de sustentabilidade.<sup>245</sup>

Contudo, a redação do artigo foi posteriormente alterada pelo Decreto nº 9.178/2017, e passou a dispor que a Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, e as empresas estatais dependentes “adotarão” critérios e práticas sustentáveis nos instrumentos convocatórios.

Anna Beatriz Savioli considera que, diante da escassez de recursos com a qual se depara a Administração, não seria possível incluir em toda e qualquer licitação pública requisitos e exigências relativas à sustentabilidade. Desse modo, as técnicas de planejamento quanto às contratações públicas a serem efetivadas deverão ser implementadas gradativamente, e considerando-se a melhor alocação de recursos para que critérios indutores sociais e ambientais sejam incluídos nos certames públicos.<sup>246</sup>

Em suma, a autora considera que a vinculação ou discricionariedade de aplicação da política de fomento dependerá da forma pela qual foi estruturada a política e o grau de autonomia conferido pelo legislador em virtude das características do objeto fomentado. Nos casos em que o administrador tiver autonomia para decidir aplicar ou não o fomento, a autora defende a realização de uma análise casuística quanto à viabilidade, estrutural, social e econômica, da aplicação do fomento, aliada à ponderação das particularidades enfrentadas pelo ente federado em suas contratações públicas.<sup>247</sup>

De fato, da análise realizada no Capítulo 4 foi possível observar que alguns mecanismos de contratação pública socialmente sustentável foram estruturados de modo a prever a sua obrigatoriedade de observação pelo administrador público, enquanto outros foram estruturados como uma faculdade do gestor.

As diretrizes gerais são todas de observância obrigatória. A redação dos mecanismos contém forma mandatória, cogente: “serão observados”, “devem privilegiar”, “será considerada”, “são diretrizes”, “o poder público promoverá”, “deverão observar”,

---

<sup>245</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Contratações públicas sustentáveis. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Orgs.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. pp. 100/110.

<sup>246</sup> SAVIOLI, Anna Beatriz. *Licitações como instrumento do fomento estatal*. 2018. 257 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 110.

<sup>247</sup> *Ibidem*, p. 114/115.

“considerará”, enfim. O mesmo ocorre com os mecanismos relativos à licitação reservada, habilitação e critério de desempate

Todas as hipóteses de dispensa, por outro lado, enquadram-se na esfera de discricionariedade do Administrador Público. Nos termos do *caput* do artigo 24 da Lei nº 8.666/1993, reproduzido pelo texto do artigo 73 do Projeto de Lei nº 1.292/1995, a licitação é apenas *dispensável*. Não existe nenhuma obrigatoriedade na não realização do certame diante das hipóteses elencadas pela legislação. Conforme ensina Joel Menezes Niebuhr, na dispensa o legislador apenas *autoriza* o agente administrativo a não proceder à licitação pública.<sup>248</sup> A decisão sobre a aplicação dos mecanismos no caso concreto depende da avaliação de sua conveniência e oportunidade.

Do mesmo modo, as margens de preferência *poderão* ser adotadas – exceto no caso dos estoques reguladores, em que *deverá* ser assegurada preferência às organizações associativas de pequenos e médios produtores (apesar de não haver nenhuma disciplina da previsão).

No que toca à fase de execução contratual, todos os mecanismos são de adoção facultativa, com exceção daqueles previstos na Lei nº 11.284/2006, que dispõe sobre a gestão das florestas públicas, e na Lei nº 13.146/2015, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A discussão da discricionariedade com relação à determinação do conteúdo guarda íntima relação com a discussão da necessidade de expressa previsão legal para a instituição de mecanismos de licitação sustentável, travada no Capítulo 2 desta dissertação. Após análise da questão, concluiu-se que é necessária a edição de lei em sentido estrito para a criação de hipóteses de uso da função de fomento dos contratos públicos que impliquem em (i) afastamento do dever de licitar ou (ii) criação de condições que afastem a igualdade entre os concorrentes. Outras situações estão situadas no campo do poder regulamentar e da discricionariedade do gestor público.

Murillo Giordan Santos situa a definição do objeto dentro dessa margem de discricionariedade, já que a escolha do objeto da licitação deve atender à conveniência e à oportunidade do interesse público (mérito do ato administrativo), dentro da margem de escolha

---

<sup>248</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 231.

deixada pela própria lei.<sup>249</sup> Desse modo, dentro das margens estabelecidas pela legislação, é possível o exercício da discricionariedade para a determinação do conteúdo do princípio do desenvolvimento sustentável.

#### **5.4 O projeto da nova Lei de Licitações**

É possível concluir da análise realizada no Capítulo 4 que a contratação pública socialmente sustentável não é uma *moda passageira* no direito administrativo brasileiro, como temido por alguns autores.<sup>250</sup> O texto-base aprovado do Projeto de Lei nº 1.292/1995, que substituirá a Lei nº 8.666/1993, reitera e aperfeiçoa diversos dos mecanismos de contratação pública socialmente sustentável contidos na legislação anterior, além de inovar em alguns aspectos, criando novos mecanismos.

O texto também incorpora muito da evolução legislativa que tem sido observada no país nos últimos anos, determinando, em seu artigo 33, que o julgamento da melhor proposta pelo critério do menor preço ou do maior desconto e, no que couber, por técnica e preço, leve em consideração também os custos indiretos, relacionados com despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental, entre outros fatores vinculados ao ciclo de vida do objeto licitado, remetendo a disciplina da questão a regulamento específico.

Portanto, a tendência é de perenização e aperfeiçoamento dos mecanismos de contratação pública socialmente sustentável na legislação brasileira.

---

<sup>249</sup> <sup>249</sup> SANTOS, Murillo Giordan. Poder normativo nas licitações sustentáveis. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 172, p. 56-67, abr. 2016. p. 57.

<sup>250</sup> Cf. VALIM, Rafael. Contratação pública e sustentabilidade. In: MARRARA, Thiago (Org). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.

## 6. CONCLUSÃO

A presente pesquisa pretendeu analisar os mecanismos de contratação pública socialmente sustentável existentes na legislação nacional brasileira. Para tanto, foi realizada uma estrutura em cinco capítulos. O Capítulo 1 apresentou a metodologia utilizada para a execução da pesquisa e do levantamento legislativo realizado. Considerando que a contratação pública socialmente sustentável se dá através do exercício da função de fomento da contratação pública, o Capítulo 2 se dedicou ao estudo do fomento público e de suas características. O Capítulo 3, por sua vez, debruçou-se sobre a questão da dimensão social da sustentabilidade, para que fosse possível, no Capítulo 4, analisar os mecanismos de contratação pública socialmente sustentável encontrados na legislação. Por fim, o Capítulo 5 define contratação pública socialmente sustentável, e enfrenta as principais críticas e desafios relativos ao tema.

Conforme exposto no Capítulo 2, no contexto do Estado de bem-estar social a atuação do Estado na economia deve ser voltada ao alcance de diversas finalidades públicas. Existem diversos mecanismos para o alcance dessas finalidades, que vão desde o enquadramento de uma atividade como monopólio estatal até o seu incentivo através do fomento público.

O fomento público é uma forma indireta de intervenção na economia. Através do fomento, a Administração Pública incentiva uma atividade privada considerada de interesse público que enseja externalidades positivas para a sociedade, direcionando a ordem econômica ao cumprimento dos fins determinados pela Constituição Federal. As principais características do fomento são: (i) relação com a consecução de finalidades de interesse público; (ii) ausência de serviço público; (iii) caráter não coativo; (iv) propósito de proteger ou promover atividades particulares; e (v) tendência à transitoriedade.

Sua viabilização pode se dar através dos *meios positivos* de fomento, em que são outorgadas prestações, bens ou vantagens aos particulares, ou *meios negativos*, que significam cargas ou obstáculos criados para dificultar, de forma indireta, as atividades contrárias ao que a Administração deseja fomentar. Os meios de fomento podem ser ainda *honoríficos*, compreendendo as distinções e recompensas outorgadas como reconhecimento de um comportamento, *econômicos*, quando determinarem de modo direto a percepção de uma quantia ou a dispensa de um pagamento obrigatório; ou *jurídicos*, caracterizados pela outorga de uma condição privilegiada que, apenas de modo indireto, representa vantagens econômicas ou de segurança.

Ao atuar na implementação de suas finalidades, a Administração Pública celebra diariamente inúmeros contratos, empreendendo valores expressivos na economia, o que corresponde ao “poder de contratação do Estado”. Com isso, é inevitável a geração de externalidades sobre a economia e o mercado. Surge, então, a possibilidade de que a Administração reconheça e planeje esses efeitos, utilizando seu poder de contratação como meio de fomento jurídico.

Através da função de fomento dos contratos públicos, a Administração utiliza certos parâmetros para decidir com quem contratar, qual objeto contratar ou como contratar de modo a gerar externalidades positivas a nível macroeconômico. Uma vez que o Brasil está vinculado, por meio de sua Constituição, ao princípio do desenvolvimento sustentável, a legislação consagrou a utilização da função de fomento dos contratos públicos para a implementação dessa finalidade.

Com base no estudo sobre a evolução do conceito de desenvolvimento sustentável conduzida no Capítulo 3, a presente pesquisa considerou como “socialmente sustentáveis” os mecanismos que visam direcionar a contratação pública para o atingimento de objetivos relacionados aos direitos sociais previstos na Constituição, especialmente com a finalidade de reduzir as desigualdades sociais através da geração de emprego e renda.

O Capítulo 4 promoveu, então, a análise dos mecanismos de contratação pública socialmente sustentável encontrados na legislação brasileira. Os mecanismos foram sistematizados a partir (i) da fase da contratação pública em que produzem efeitos e (ii) da forma como produzem efeitos.

Com relação à fase em que atuam, os mecanismos foram divididos entre aqueles que atuam (i) na fase interna da licitação; (ii) na fase externa da licitação; (iii) durante a execução contratual.

Com relação à forma com que produzem efeitos, na *fase interna da licitação* foram incluídos os mecanismos que dizem respeito à modelagem do procedimento licitatório e à verificação dos próprios pressupostos para a realização da licitação. Dentro desse tópico foram alocados, portanto, os mecanismos que dizem respeito (i) às diretrizes gerais da contratação pública; (ii) às hipóteses de dispensa; e (iii) às licitações reservadas.

Na *fase externa da licitação*, que diz respeito ao procedimento licitatório propriamente dito, foram introduzidos os mecanismos relativos (i) à habilitação dos licitantes; (ii) aos critérios de desempate; (iii) às margens de preferência.

Na *fase de execução contratual*, por fim, foram inseridos os mecanismos relativos a (i) critérios de desempenho; e (ii) obrigações contratuais.

As diretrizes gerais relativas ao desenvolvimento socialmente sustentável encontradas dizem respeito à incorporação de (i) preocupações sustentáveis na contratação pública; (ii) tratamento privilegiado às microempresas e empresas de pequeno porte; (iii) incentivos à inovação e à pesquisa tecnológica; (iv) incentivos à agricultura familiar; e (v) preocupações relativas à igualdade de oportunidades para a população negra.

Os mecanismos de dispensa visam a contratação direta de (i) instituição dedicada à recuperação social do preso; (ii) associação de portadores de deficiência; (iii) associações ou cooperativas de catadores de materiais recicláveis; (iv) serviços de assistência técnica e extensão rural no PRONATER; (v) empresas para transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS; (vi) entidades privadas sem fins lucrativos para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água; (vii) agricultores familiares, empreendedores familiares rurais ou suas organizações para fornecimento de alimentos para o Programa Nacional de Alimentação escolar; e (viii) agricultores familiares para o Programa de Aquisição de Alimentos.

As licitações reservadas visam (i) privilegiar as pessoas jurídicas de pequeno porte, micro e médias empresas na concessão florestal; (ii) estabelecer licitações exclusivas para microempresas e empresas de pequeno porte para itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00; (iii) estabelecer cota de até 25% do objeto em certames para aquisição de bens de natureza divisível para a contratação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte.

O único mecanismo enquadrado no recorte que se enquadra na fase de habilitação visa dar tratamento privilegiado às microempresas e empresas de pequeno porte, determinando que a documentação relativa à habilitação fiscal e trabalhista será exigida somente para efeito de assinatura do contrato, havendo, ainda, a fixação de prazo para sanar eventuais irregularidades.

As margens de preferência podem ser instituídas para (i) a formação de estoques reguladores, que devem ser adquiridos preferencialmente de organizações associativas de pequenos e médios produtores; (ii) empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos para pessoa com deficiência ou reabilitado da Previdência Social; (iii) microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente.

Os critérios de desempenho incluem (i) a remuneração variável vinculada ao desempenho nas parcerias público-privadas, regime diferenciado de contratação e no projeto da

nova lei de licitações, em que podem ser impostos parâmetros socialmente sustentáveis para a aferição; e a (ii) a bonificação vinculada ao desempenho prevista pela de gestão de florestas públicas, em que é possível estabelecer critérios socialmente sustentáveis.

Por derradeiro, as obrigações contratuais podem se dar através da imposição a contratado de (i) adoção de medidas de compensação em favor da Administração Pública; (ii) contratação de oriundos ou egressos do sistema prisional; (iii) fixação de formas diferenciada de garantia em concessão florestal; (iv) adoção de medidas voltadas ao benefício da comunidade local em concessão florestal; (v) subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte; (vi) oferecimento de conteúdo em formato acessível nos editais de compra de livros; (vii) contratação de mulheres vítimas de violência doméstica.

Após análise de todos os mecanismos, o Capítulo 5 definiu contratação pública socialmente sustentável como aquela que visa, através do exercício da função de fomento, direcionar a contratação pública para o atingimento de objetivos relacionados aos direitos sociais previstos na Constituição, especialmente com a finalidade de reduzir as desigualdades sociais através da geração de emprego e renda.

Observou-se que as principais críticas doutrinárias relacionadas ao tema estão relacionadas, em suma: (i) às tensões geradas com a isonomia e a concorrência; (ii) às tensões geradas com a vantajosidade; e (iii) à complexificação do procedimento. As preocupações são intensificadas diante da utilização da técnica de dispensa.

Considerou-se, contudo, que a adoção da técnica de dispensa é justificada nas hipóteses estudadas, já que se referem à contratação direta de entidades do terceiro setor ou à contratação de objetos muito específicos, voltados à geração de benefícios sociais.

Além disso, concluiu-se que a contratação pública socialmente sustentável não implica em quebra injustificada da isonomia, já que os direitos sociais e a busca pela sustentabilidade são tutelados pelo ordenamento jurídico. Ademais, o objetivo da sustentabilidade social é justamente o alcance da isonomia, considerada em um patamar mais amplo – externo ao do procedimento licitatório isoladamente considerado.

Com relação à vantajosidade, entendeu-se que a legislação já tem evoluído para agregar outras preocupações além da meramente econômica para a aferição da vantajosidade da contratação pública. No contexto da contratação sustentável, uma contratação mais cara não pode ser considerada necessariamente menos eficiente – isso depende da avaliação de vários aspectos intrínsecos ao planejamento da atuação estatal.

A busca pelo desenvolvimento sustentável não deve se sobrepor aos demais objetivos da licitação e da contratação administrativa. Contudo, na condição de princípio constitucional e objetivo da licitação e da contratação pública, a busca pelo desenvolvimento sustentável, inclusive em sua dimensão social, deve balizar a formulação de políticas públicas, momento em que o planejamento estatal deve cotejar, adequadamente, a busca pelo desenvolvimento sustentável com os demais objetivos da licitação e da contratação pública, optando pelo caminho que melhor acomodar o atendimento simultâneo a todos os objetivos – sem a completa exclusão de nenhum.

No que concerne aos principais desafios a serem enfrentados para o aperfeiçoamento da contratação pública socialmente sustentável, identificou-se estarem relacionados (i) ao planejamento; (ii) à ponderação entre custos econômicos e vantagens sociais; e (iii) à discricionariedade administrativa.

Sem uma atividade de planejamento bem executada é impossível um controle dos resultados para a verificação da eficácia das medidas de fomento implementadas através dos contratos públicos. Sem a verificação da eficácia das medidas, corre-se o risco de manter benefícios que não são capazes de produzir os resultados esperados.

A ponderação entre custos econômicos e benefícios sociais da contratação pública sustentável deve ser realizada casuisticamente, no âmbito de cada política pública, justamente dentro da atividade de planejamento da Administração Pública, diante da impossibilidade de se fazer um juízo apriorístico e generalizante.

A discussão sobre a discricionariedade administrativa foi ser avaliada em dois aspectos distintos: quanto à obrigatoriedade de utilização dos mecanismos e quanto à determinação de seu conteúdo.

A discricionariedade sobre a obrigatoriedade de utilização depende da forma como cada mecanismo foi estruturado. As diretrizes gerais, os mecanismos relativos à licitação reservada, habilitação e critério de desempate são vinculativos. As hipóteses de dispensa, margens de preferência e mecanismos da fase de execução contratual são discricionários, à exceção dos mecanismos dos estoques reguladores, dos previstos na lei de gestão de florestas públicas e no Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A discricionariedade sobre a determinação do conteúdo depende da análise da reserva legal. É necessária a edição de lei em sentido estrito para a criação de hipóteses de uso da função de fomento dos contratos públicos que impliquem em (i) afastamento do dever de licitar ou (ii)

criação de condições que afastem a igualdade entre os concorrentes. Outras situações estão situadas no campo do poder regulamentar e da discricionariedade do gestor público.

O texto conclui, por fim, constatando que a contratação pública sustentável, em especial a dimensão social, não é apenas uma moda passageira no direito administrativo brasileiro. Apesar das críticas existentes à forma como são implementadas as contratações públicas socialmente sustentáveis no Brasil, é inegável que elas encontram fundamento no ordenamento jurídico brasileiro. A análise da evolução legislativa demonstrou que os mecanismos têm se consolidado e se aperfeiçoado, o que se consagrou com a sua manutenção no texto-base aprovado do Projeto de Lei nº 1.292/1995, a nova lei de licitações e contratos administrativos.

Apesar de a contratação pública sustentável não se tratar de uma panaceia para todas as mazelas sociais enfrentadas pelo país, trata-se de mais um instrumento à mão do Administrador Público, que, bem utilizado, tem potencial para gerar efeitos positivos.

**BIBLIOGRAFIA**

ACOCELLA, Jéssica; RANGEL, Juliana Cabral Coelho. O papel regulatório e de fomento das licitações públicas. *Revista do BNDES*, n. 40, pp. 269-312. Rio de Janeiro: dez. 2013.

ALCÁZAR, Mariano Baena del. Sobre el concepto de fomento. *Revista de Administración Pública*, v. 54, 1967.

ALENCAR, Letícia Oliveira Lins de. A atividade administrativa de fomento e a importância do planejamento. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 16, n. 182, p. 25-40, abr. 2016.

ALMEIDA, Fernando Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ANDRADE, Carla Coelho de; OLIVEIRA JÚNIOR, Almir de; BRAGA, Alessandra de Almeida; JAKOB, André Codo; ARAÚJO, Tatiana Daré. *O desafio da reintegração social do preso: uma pesquisa em estabelecimentos prisionais*. Brasília: IPEA, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Fungibilidade da atuação direta do Estado na economia com a regulação e o fomento. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 9-21, out./dez. 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ATALIBA, Geraldo. Competência do Congresso para editar normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 18, n. 72, pp. 45/48, out./dez. 1981.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo: experiência vivida*. Tradução de Sérgio Milliet. 2ª ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1975 (vol. 2).

BITTENCOURT, Sidney. *Licitações sustentáveis: o uso do poder de compra do Estado fomentando o desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

COUTO, Hugo Leonnardo Gomides do; RIBEIRO, Francis Lee. Objetivos e desafios de compras públicas sustentáveis no Brasil: a opinião dos especialistas. *Revista Administração Pública*, n. 50, pp. 331-343. Rio de Janeiro: mar./abr., 2016.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DELGADO, Guilherme Costa; BERGAMASCO, Sonia Maria Pessoa Pereira (Orgs.). *Agricultura familiar brasileira: desafios e perspectivas de futuro*. Brasília: Secretaria Especial de Agricultura Familiar e do Desenvolvimento Agrário, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia. Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Edital de licitação para concessão florestal na Flona de Altamira (PA). *Serviço Florestal Brasileiro*. Disponível em: <http://www.florestal.gov.br/florestas-sob-concessao/104-concessoes-florestais/florestas-sob-concessao/altamira/363-edital-de-licitacao-para-concessao-florestal-na-flona-de-altamira-pa>. Acesso em: 20 jun. 2019.

EUROPEAN COMMISSION. *Buying social: a guide to taking account of social considerations in public procurement*. 2011. Disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-11-105\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-105_en.htm). Acesso em: 27 mai. 2017.

FABRE, Flavia Moraes Barros Michele. *Função horizontal da licitação e da contratação administrativa*. 2014. 185 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Da competência para legislar sobre licitações e contratos e o poder regulamentar conferido pela Lei Federal de Licitações e Contratos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 74, fev. 2008.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações sobre a intervenção do Estado na economia na ordem constitucional brasileira. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 11, n. 55, mai./jun. 2009.

FREITAS, Juarez. Licitações públicas sustentáveis: dever constitucional e legal. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, ano 02, n. 01, p. 339/340. Disponível em: [http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11516/2/Licitacoes\\_Publicas\\_Sustentaveis\\_dever\\_constitucional\\_e\\_legal.pdf](http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11516/2/Licitacoes_Publicas_Sustentaveis_dever_constitucional_e_legal.pdf). Acesso em: 24 jun. 2019.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade dos contratos administrativos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 35-53, abr./jun. 2013.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FREITAS, Thiago Pereira. *Sustentabilidade e as contratações públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. pp. 225/226.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. 3ª Ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966. (v. II).

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GIL, Antônio. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

GOMES, André Luís da Silva. As garantias do contrato administrativo e as inovações da Instrução Normativa nº 02/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 166, p. 27-35, out. 2015.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14ª ed. verrev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 3. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

HIGA, Alberto Shinji. A construção do conceito da atividade administrativa de fomento. *Revista de Direito Mackenzie*, v. 5, n. 1, pp. 10-36. São Paulo: 2011.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Pesquisa nacional de saneamento básico - 2008*. Rio de Janeiro, 2010. p. 60. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv45351.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo agropecuário 2006: agricultura familiar – primeiros resultados*. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/50/agro\\_2006\\_agricultura\\_familiar.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/50/agro_2006_agricultura_familiar.pdf). Acesso em: 21 jun. 2019.

JORDANA DE POZAS, L. *Ensayo de una teoria del fomento en el derecho administrativo*. 1949. Disponível em: <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP\\_048\\_040.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP_048_040.pdf)>. Acesso em: 2 jun. 2018.

JORGE, Miriam Fernandes José. *A cultura da sustentabilidade social*, um instrumento de humanização. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 18ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*. 2ª ed. Dialética: São Paulo, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Concessão de serviços públicos de limpeza urbana. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, abr./jun. 2000.

KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 4).

LAGO, André Aranha Corrêa do. *Estocolmo, Rio e Joanesburgo: o Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas*. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão, 2007.

LIMA, Maria Isabel Leite Silva de; REI, Fernando. Da gênese do desenvolvimento sustentável à Agenda 2030: desafios ao modelo econômico. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 54, p. 139-155, abr./jun. 2016.

MAGALHÃES, Daniel. *O conceito de sustentabilidade nas políticas de desenvolvimento territorial no Brasil*. 2012. 105 f. Dissertação (Mestrado). Instituto de Economia da Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2012. p. 22.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. (v. 1).

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. Tradução de Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

MARRARA, Thiago (Org). *Direito Administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.

MARRARA, Thiago, RECCHIA, Paulo Victor. Microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) em licitações: comentários aos meios discriminatórios da LC 123 e suas modificações recentes. *Revista de Direito Público Contemporâneo*, ano 1, vol. 1, edição extra, pp. 118/140, dez. 2017.

MARRARA, Thiago. A atividade de planejamento na Administração Pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no anteprojeto da Nova Lei de Organização Administrativa. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, pp. 9-45, jul./set. 2011.

MARRARA, Thiago. Acessibilidade da infraestrutura urbana: conceito e análise evolutiva da legislação brasileira a partir da década de 1990. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 159-180, jul./set. 2012.

MARRARA, Thiago. Aspectos concorrenciais da concessão de florestas públicas. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010.

MARTINS, Licínio Lopes. O critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa – A omissão de uma regra legal para o desempate entre propostas e a adoção do critério do sorteio. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 123-133, set. 2013/fev. 2014.

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

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *Revista de Direito Processual Geral*, Rio de Janeiro, n. 5, 2010.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Conceitos inventados de direito administrativo. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 9-18, abr./jun. 2016.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. *Dados da Agricultura Familiar*. Disponível em:

<https://www.fnde.gov.br/programas/pnae/pnae-consultas/pnae-dados-da-agricultura-familiar>.

Acesso em: 17 jun. 2019.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL. *PAA Data – janeiro a dezembro de 2017*. Disponível em:

[https://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/paa/2017/resumo\\_new/pg\\_principal.php?url=geral\\_bra](https://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/paa/2017/resumo_new/pg_principal.php?url=geral_bra).

Acesso em: 17 jun. 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. Notas sobre o Estado Administrativo: de omissivo a hiperativo. *Revista estudos institucionais*, vol. 3, n. 01, pp. 155/175, 2017.

NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da sustentabilidade: do ambiental ao social, do social ao econômico. *Estudos avançados*, pp. 51/64. n. 26, vol. 75, 2012.

NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

NIEBUHR, Joel Menezes. Crítica à utilização das licitações públicas como instrumento de políticas públicas. *Direito do Estado*, n. 243, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/critica-a-utilizacao-das-licitacoes-publicas-como-instrumento-de-politicas-publicas>. Acesso em: 21 jun. 2019.

NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Licitação e contratos administrativos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de Direito Administrativo, v. 6).

NOVACKI, Eumar Roberto; PADILHA, Eliseu. *EM nº 00017/2018 MAPA/CC-PR*. Brasília, maio de 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Exm/Exm-MP-831-18.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Exm/Exm-MP-831-18.pdf). Acesso em: 18 jun. 2019.

NUSDEO, Fábio. A ordem econômica constitucional: algumas reflexões. In: NUSDEO, Fábio (Coord.). *O direito econômico na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações inclusivas: os impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) nas contratações públicas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 182, p. 50-56, fev. 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. A função regulatória das licitações e o desenvolvimento nacional sustentável: o regime jurídico introduzido pela Lei nº 12.349/10. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 38, pp. 9-30, jul./set. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=81456>>. Acesso em: 4 fev. 2019.

OLIVEIRA, Raul Miguel Freitas de. *Concessão florestal: exploração sustentável de florestas públicas por particular*. 2010. 288 f. Tese (Doutorado) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

ONU, Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Nosso futuro comum*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>. Acesso em: 03 mai. 2019.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Contratações públicas sustentáveis. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Orgs.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Desenvolvimento sustentável: a nova cláusula geral das contratações públicas brasileiras. *Biblioteca Digital Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, maio/2011,

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Os requisitos de habilitação de licitantes no RDC. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 147, p. 33-76, mar. 2014.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PLANALTO, Presidência da República. *Paralisação - Entenda o acordo entre governo e caminhoneiros*. 27 mai. 2018. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/mandatomicheltemer/acompanhe->

[planalto/noticias/2018/05/entenda-o-acordo-entre-governo-e-caminhoneiros](http://planalto/noticias/2018/05/entenda-o-acordo-entre-governo-e-caminhoneiros). Acesso em: 17 jun. 2019.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. A intervenção do Estado no domínio econômico: limites e modalidades à luz do direito brasileiro. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. v. 88/2009. pp. 60/90. Set/out 2009.

RAMOS, André de Carvalho; A atuação da Justiça Federal e do Ministério Público Federal na defesa dos direitos das pessoas com deficiência. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David (Coord). *Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. Desenvolvimento sustentável em licitações e contratos públicos: regulamentação, políticas de contratação e discricionariedade administrativa. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 171, p. 30-40, mar. 2016.

RESENDE, Augusto César Leite de; Gabardo, Emerson. A atividade administrativa de fomento na gestão integrada de resíduos sólidos em perspectiva com o desenvolvimento sustentável. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 105-131, jul./set. 2013.

RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. O princípio do desenvolvimento sustentável como princípio geral do direito: origem histórica e conteúdo normativo. *Revista dos Tribunais*, vol. 940, pp. 309/341, fev. 2014.

SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009. pp.

SANTANA, Jair Eduardo. O poder de compra do Estado como ferramenta de fomento ao desenvolvimento local: uma visão estratégica de aplicação do estatuto das micro e pequenas empresas. *Revista de direito administrativo e infraestrutura*, v. 1, pp. 136-197. Abri./jun., 2017.

SANTOS, Flávio Rosendo dos; OLIVEIRA, Antônio Gonçalves de; VICENTIN, Ivan Carlos. O planejamento na Administração Pública como decorrência do direito fundamental à boa administração. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 16, n. 181, p. 26-35, mar. 2016.

SANTOS, José Anacleto Abduch. As decisões administrativas na fase interna do processo licitatório. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 20, p. 35-60, jan./mar. 2008.

SANTOS, Murillo Giordan. Poder normativo nas licitações sustentáveis. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 172, p. 56-67, abr. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 61, pp. 90-125, jan./mar., 2007.

SAVIOLI, Anna Beatriz. *Licitações como instrumento do fomento estatal*. 2018. 257 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Atividade de fomento: entre a proteção dos direitos sociais e a garantia da livre iniciativa. *Crise econômica e soluções jurídicas*, n. 19, nov., 2015.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.462/2011). *Informativo Eletrônico Justen, Pereira, Oliveira & Talamini*, Curitiba, nº 56, out. 2011. Disponível em: [http://www.justen.com.br/pdfs/IE56/IE56-rafael\\_rdc.pdf](http://www.justen.com.br/pdfs/IE56/IE56-rafael_rdc.pdf). Acesso em: 20 jun. 2019.

SEBRAE. *Anuário do trabalho nos pequenos negócios: 2016*. São Paulo: DIEESE, 2018.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

STF, ADI 3.540-1/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em: 01 set. 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3540ementa.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Parcerias para o desenvolvimento produtivo em medicamentos e a Lei de Licitações. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 264, set/dez. 2013.

TCU – TC 022.251/2005-8. Acórdão 502/2008. Relator Conselheiro Ubiratan Aguiar. Data da sessão: 11/03/2008. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2225120058.PROC/%20DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=d3244890-a5a8-11e9-8a47-7900781983fc>. Acesso em: 24 jun. 2019.

TCU, TC-000.505/2007-1. Acórdão 597/2007 Plenário. Relator Ministro Marcos Bemquerer Costa. Data da sessão: 11 mai. 2007. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20070419/TC-000-505-2007-1.doc>. Acesso em: 17 jun. 2019.

UNITED NATIONS, General Assembly. *Report of the United Nations Conference on Environment and Development*. 12 aug. 1992. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/1709riodeclarationeng.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2019.

UNITED NATIONS, General Assembly. *Res/41/128 – Declaration on the Right to Development*. 97<sup>th</sup> Plenary Meeting. 04 dec. 1986. Disponível em: <https://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm>. Acesso em: 03 mai. 2019.

UNITED NATIONS, General Assembly. *RES/44/228 – United Nations Conference on Environment and Development*. 85<sup>th</sup> Plenary Meeting. 22 dec. 1989. Disponível em: <https://www.un.org/documents/ga/res/44/ares44-228.htm>. Acesso em: 03 mai. 2019.

UNITED NATIONS, General Assembly. *The future we want*. 132rd Plenary meeting. 27 jul. 2012. Disponível em: [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/66/288&Lang=E](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/288&Lang=E). Acesso em: 03 mai. 2019.

UNITED NATIONS. *Report of the United Nations Conference on the Human Environment*. Stockholm: United Nations Publication, 1982.

UNITED NATIONS. *Report of the World Summit on Sustainable Development*. Johannesburg, South Africa, 26 aug./04 sep.2002. Disponível em: [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/CONF.199/20&Lang=E](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.199/20&Lang=E). Acesso em: 03 mai. 2019.

VALIM, Rafael. Contratação pública e sustentabilidade. In: MARRARA, Thiago (Org). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.

VIEIRA, André Luís; UAQUIM, Filipe Ramos. O princípio da publicidade e os acordos de compensação (offset) no setor de defesa: sentido e alcance da transparência administrativa. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 54, p. 157-183, jul./set. 2016.

WANDERLEY, Maria de Nazareth Baudel. “Franja periférica”, “pobres do campo”, “camponeses”: dilemas da inclusão social dos pequenos agricultores familiares. In: DELGADO, Guilherme Costa; BERGAMASCO, Sonia Maria Pessoa Pereira (Orgs.). *Agricultura familiar brasileira: desafios e perspectivas de futuro*. Brasília: Secretaria Especial de Agricultura Familiar e do Desenvolvimento Agrário, 2007.

ZAGO, Marina Fontão. *Poder de compra estatal para a implementação de políticas públicas: o uso derivado da contratação pública*. 2017. 373 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.