

AÇÕES AFIRMATIVAS NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS: O ALCANCE DA SUSTENTABILIDADE SOCIAL

RITA TOURINHO*

1. Introdução

Quando se aborda o tema Ações Afirmativas no Sistema Jurídico, pensa-se no princípio da igualdade, fruto da pluralidade existente no Planeta Terra.

A necessidade de concretização do princípio da igualdade nasce da heterogeneidade da sociedade, caracterizada pela diversidade de valores, interesses, crenças e etnias em um mesmo espaço social e político.

Pode-se afirmar que a diversidade é reportada desde o Livro do Gênesis¹, segundo o qual Deus, após criar Adão do pó da terra, tomou uma das suas costelas formando uma mulher. Revela-se neste momento a diversidade de sexo, que, com a evolução do mundo, passa a ser acompanhada da diversidade de raças, de religiões, de características físicas, dentre tantas outras, originando-se o mundo plural.

Assim, as diferenças constatadas na sociedade, muitas delas levando a discriminações indevidas, conduz à necessidade de implementação de medidas voltadas a suprimir ou minimizar as reais desigualdades existentes entre os cidadãos. Tais medidas são chamadas de ações afirmativas.

No sistema jurídico brasileiro, diversas medidas foram acolhidas no sentido de minimizar as desigualdades existentes no meio social. A Carta Constitucional de 1988, por exemplo, trouxe a reserva de vagas em concurso público para as pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII).

Pretende-se, assim, demonstrar a viabilidade de adoção de ações afirmativas nas licitações e contratos administrativos, adotando-se como fundamento os princípios da igualdade e da sustentabilidade social, constantes da Carta Constitucional de 1988.

2. Do Princípio da Igualdade

A trajetória da evolução da ideia de igualdade apresenta registros desde os pensadores da Grécia Clássica.

Aristóteles defendia que a justiça apenas seria alcançada por meio da igualdade. Em sua obra *Política* aduz *"considera-se, por exemplo, que justiça é igualdade, e de fato o é, mas como igualdade para os iguais, não para todos. E considera-se*

* Promotora de Justiça da Cidadania do Estado da Bahia, Mestre em Direito Público pela UFPE, Professora Assistente de Direito Administrativo da UFBA e da Faculdade Baiana de Direito.

¹ Primeiro livro tanto da Bíblia Hebraica como da Bíblia Cristã, que narra uma visão mitológica da criação do mundo na perspectiva hebraica.

também que a desigualdade pode ser justa, e de fato o pode, mas não para todos, somente para os desiguais entre si”². Platão, em sua obra “A República” referia-se à igualdade como fundamento da democracia. Sólon, por sua vez, afirmava que “a igualdade não gera guerras”.

A título de registro, é na Revolução Francesa que a igualdade passa a ser incorporada no discurso jurídico. Assim, segundo o art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão “os homens nascem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”. De acordo com Oscar Vilhena Vieira³ a igualdade era voltada à aplicação do Direito sem discriminações, ou seja, o Direito aplicado de olhos vendados, como a estátua que representa a Justiça.

Naquela época, assegurar o cumprimento da lei trazia em si a garantia da igualdade, que significava um avanço, pois nascia poderoso instrumento de reação contra privilégios pessoais e contra hierarquização das classes sociais.

Tratando da dimensão jurídica do princípio da igualdade, Kelsen o compreende como a igualdade **perante** a lei ou a igualdade **na** lei. Quando se reporta a igualdade **perante** a lei, reporta-se à **lei** no sentido de norma geral, ou seja, a correta aplicação da lei, qualquer que seja o conteúdo que esta lei possa ter. Segundo o seu entendimento “quando os indivíduos são iguais – mais rigorosamente: quando os indivíduos e as circunstâncias externas são iguais –, devem ser tratados igualmente, quando os indivíduos e as circunstâncias externas são desiguais, devem ser tratados desigualmente”⁴.

Na visão kelseniana a igualdade **perante** a lei não é igualdade, mas conformidade com a norma⁵. Significa dizer que os aplicadores do Direito não devem levar em consideração senão as distinções feitas nas leis a aplicar.

Já a igualdade **na** lei, de acordo com Kelsen, implicaria a impossibilidade da lei de fundar uma diferença de tratamento sobre certas distinções muito determinadas, tais como as que respeitam a raça, a religião, a classe social ou a fortuna. Como exemplo, cita o caso de uma lei que confira apenas aos homens, e não às mulheres, o direito de voto, não existindo, sob este aspecto, igualdade **na** lei, porém poderá subsistir o princípio da igualdade **perante** a lei. Para concretização da igualdade **na lei** se faz necessária a consideração das peculiaridades observadas no meio social para a proibição de discriminações arbitrárias e a realização da igualdade concreta ou material, com a remoção de obstáculos ou fornecimento de instrumentos adequados a superar a real desigualdade entre os cidadãos.

Partindo-se da posição kelseniana, pode-se afirmar que a igualdade no seu aspecto meramente formal, revela-se apenas em um simples princípio de

2 Política, III 5 (1280^a).

3 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma Leitura da Jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 288.

4 KELSEN, Hans. *O Problemas da Justiça*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 54.

5 KELSEN, Hans. *O Problemas da Justiça*. Trad. João Batista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 60.

prevalência da lei. Em consequência, necessário se faz delinear os contornos do princípio da igualdade em sentido material. Canotilho⁶ reporta-se à *proibição geral do arbítrio*. Logo, existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações não são arbitrariamente tratados como desiguais. O princípio da igualdade não proíbe que a lei estabeleça distinções, desde que estas possuam fundamento material razoável.

Pode-se, então, afirmar que o princípio da igualdade apresenta um viés bloqueador, impondo ao Estado o dever de evitar discriminações indevidas, ou seja, através de comportamentos negativos, bem como um viés implementador, estabelecendo a obrigação de adotar medidas voltadas a superar as desigualdades observadas no meio social, quer dizer, através de comportamentos positivos.

Saliente-se que tais obrigações apresentam como destinatários não somente o Legislativo, na edição das leis a serem observadas pelos seus aplicadores, como também o Judiciário e o Executivo, na interpretação da regra, bem como na atuação dotada de margem de discricionariedade.

Nesta linha, manifesta-se Seabra Fagundes, segundo o qual:

Ainda quando o princípio da igualdade jurídica possa parecer na literalidade da sua enunciação pela Constituição da República ("todos são iguais perante a lei", art. 141, parágrafo 1º), apenas endereçado ao aplicador das normas legislativas – o administrador ou o juiz – o certo é que, pelas razões superiores que o inspiram e pelas finalidades a que se destina, é endereçado também ao legislador⁷.

3. O Princípio da Igualdade na Carta Constitucional de 1988

O princípio da igualdade aparece no ordenamento jurídico brasileiro desde a Carta Constitucional de 1891, no parágrafo 2º, do art. 72, segundo o qual:

Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégio de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliários e de conselho.

De logo, observa-se que o princípio da igualdade revela-se no seu viés bloqueador, apenas como vedação formal a privilégios individuais.

Na Constituição de 1988, o direito à igualdade é trazido no preâmbulo dentre os valores supremos do Estado Brasileiro, baseado na dignidade da pessoa humana. Assim, sensível quanto à efetiva necessidade de alcance da igualdade

6 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 403.
7 FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Princípio Constitucional da Igualdade Perante a Lei e o Poder Legislativo*. In Revista dos Tribunais, vol. 235, p. 3-15, maio, 1955.

material, que exige do Estado medidas voltadas a superar as desigualdades constatadas na sociedade, a Carta Constitucional de 1988 traz implicitamente tanto o princípio da igualdade no seu aspecto bloqueador, vedando comportamentos que gerem privilégios irrazoáveis, como no seu aspecto implementador, através de medidas destinadas a garantir a igualdade material.

Como exemplo do princípio da igualdade no seu aspecto bloqueador, tem-se, a título de exemplos, os artigos 5º, *caput* e incisos I e XLI, 170, *caput*, 196 e 205. Em todos os dispositivos citados impõe-se o tratamento isonômico de todos, sem discriminações indevidas.

Por outro lado, a Constituição também busca o alcance do princípio da igualdade através de medidas voltadas a superar desigualdades existentes no seio da nossa sociedade heterogênea. Neste sentido, apresentam-se os artigos, 3º, inciso III e IV, art. 37, inciso VIII e art. 170, incisos VII e IX.

Dentre as medidas voltadas à implementação da igualdade material, através de comportamentos positivos, tem-se as chamadas ações afirmativas, claramente reveladas no art. 37, VIII, que determina a reserva de vagas em concurso público para pessoas portadoras de deficiência, estabelecendo-se critérios referentes à admissão.

4. As Ações Afirmativas frente à Igualdade Material

Após a 2ª Guerra Mundial, os sistemas constitucionais passaram a conferir maior atenção ao princípio da igualdade, formalizando-o como direito fundamental.

Ocorre que, a simples proibição de condutas discriminatórias não se fazia suficiente para garantir a igualdade jurídica no âmbito social. Com efeito, em 1965, através da *Executive Order* 11.246, do Presidente Lyndon Johnson, consolidou-se a expressão **ação afirmativa** (*affirmative actions*) na ordem jurídica federal norte-americana, significando a exigência de benefícios a algumas minorias socialmente inferiorizadas, vítimas de preconceitos, que precisavam ser superados com o propósito de se atingir a igualdade garantida constitucionalmente. Assim, determinou-se naquele ordenamento que as empresas empreiteiras contratadas pelas entidades públicas ficavam obrigadas a uma “ação afirmativa” para aumentar a contratação de grupos de minorias⁸. Também foram estabelecidas como garantias, por exemplo, vagas reservadas nas escolas, universidades e hospitais para determinados grupos⁹.

A discriminação negativa, que implica obstáculos ao exercício do direito, justifica a discriminação positiva para a integração igualitária, através de **ações afirmativas**.

Pode-se conceituar **ação afirmativa** como sendo uma medida jurídica voltada a minimizar as dificuldades sociais sofridas por certas minorias. Joaquim B. Barbosa Gomes define tais ações como:

8 Rocha, Carmem Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica*. In Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 15, 1997. p.87.

9 Comparato, Fábio Konder, *Igualdade, desigualdades*. In: Revista Trimestral de Direito Público, jan. 1993, São Paulo: Malheiros, p.77.

*Políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física*¹⁰. De acordo com o referido autor *“a introdução das políticas de ação afirmativa representou, em essência, a mudança da postura do Estado, que em nome de uma suposta neutralidade, aplicava suas políticas governamentais indistintamente, ignorando a importância de fatores como sexo, raça e cor”*¹¹.

Vive-se em uma sociedade plural, logo não se pode pretender que as ações afirmativas funcionem como fator “igualador”. Um Estado que faz a opção pelo pluralismo não pode pretender “igualar” as pessoas. Assim, seria mais coerente tratar as ações afirmativas como meios voltados a assegurar dignidade às minorias.

Em nosso país, convive-se com o grave problema da pobreza, que ao extremo impossibilita inclusive a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. Problemas que seriam “das minorias”, no Estado brasileiro, infelizmente, atingem um grande percentual da população que necessita da instituição de programas e políticas públicas voltadas à erradicação da pobreza e, conseqüentemente, da marginalidade.

O art. 3º, IV da Constituição Federal traz como um dos objetivos da República Federativa do Brasil *“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”*. Assim, pretende o dispositivo a realização de ações afirmativas voltadas a promover o bem estar dos administrados, sem discriminações, minimizando os efeitos das diferenças existências entre os mesmos.

Hoje quando se reporta a atuação administrativa voltada à concretização de ações afirmativas, logo vem à mente a reserva de vagas em concurso público para portadores de necessidades especiais, constante do já citado inciso VIII, art. 37 da Constituição Federal, ou, ainda, as cotas raciais em universidades públicas.

Nada impede, no entanto, que ações afirmativas sejam efetivadas através de processos licitatórios e, conseqüentemente, por meio das contratações públicas. Pode-se afirmar que a própria evolução administrativa, quanto aos reais objetivos da licitação no nosso ordenamento jurídico, faz com que tal processo seja também utilizado para minimizar as diferenças sociais presentes na sociedade.

10 Gomes, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 6.

11 Gomes, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.23.

5. Da Licitação e seus aspectos Finalísticos

Segundo expôs Hely Lopes Meirelles:

*Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa a propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos*¹².

Na mesma linha, José dos Santos Carvalho Filho reporta-se à licitação como sendo *“o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato ou a obtenção de melhor trabalho técnico, artístico ou científico”*¹³.

Até o ano de 1967, as licitações eram regidas pelo Código de Contabilidade Pública da União e seu Regulamento, ambos de 1922. Em verdade, tal diploma não abordava especificamente o instituto da licitação, limitando-se a referir-se ao mesmo em alguns dos seus dispositivos.

Com a reforma administrativa de 1967, inicia-se a sistematização das licitações, nos termos dos artigos 125 a 144 do Decreto-Lei 200/67.

Tratando da licitação sob a égide do referido Decreto-Lei, Geraldo Ataliba lecionou que *“o Instituto da concorrência pública não pode ser usado em favor ou detrimento de quem quer que seja. E se o for, nula será a licitação; se demonstrada a infração direta ou indireta do princípio da igualdade, irremediável será a inconstitucionalidade do ato administrativo”*¹⁴. Logo, o processo licitatório, desde a sua concepção inicial, jamais desvencillhou-se do princípio da igualdade.

Em 21 de novembro de 1986, passa a vigorar o Decreto-Lei 2.300, regulamentando a licitação e contratos administrativos no Brasil. Nesse texto normativo aparece como principal objetivo da licitação a seleção de proposta mais vantajosa para a Administração, garantida a concretização de princípios, dentre os quais o da igualdade. Tinha-se, então, como proposta mais vantajosa aquela que melhor atendia ao interesse da Administração Pública, sob aspectos de preço e qualidade do objeto.

A Constituição de 1988, no capítulo destinado à Administração Pública, trouxe o *princípio da obrigatoriedade de licitação*. No art. 37, XXI, estabelece que, fora os casos expressos em lei, *“as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”*. Assim, veda o estabelecimento de condições

12 MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 27.

13 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 236.

14 ATALIBA, Geraldo. *Licitação e Igualdade entre os Licitantes*. In *Doutrinas Essenciais: Direito Administrativo*. Org: Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2912, vol IV. p. 57.

no processo licitatório que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais. Ou seja, o próprio texto constitucional ao tratar da licitação reporta-se ao princípio da igualdade.

Seguindo a orientação constitucional, a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, no seu texto original, aborda como objetivos da licitação no seu art. 3º, *caput*, além da seleção da proposta mais vantajosa, a garantia da observância do princípio da isonomia. Tal isonomia, a princípio, significa o livre acesso de todo e qualquer interessado à disputa pela contratação com a Administração Pública, afastando-se arbitrariedades na escolha.

Marçal Justen Filho¹⁵ argumenta que a isonomia estabelecida na Lei n. 8.666/93 aparece como tutela aos interesses individuais de cada sujeito particular potencialmente interessado em ser contratado pela Administração, sem distanciar-se do interesse público. Com efeito, tanto significa o direito de cada particular de participar na disputa pela contratação administrativa, invalidando-se restrições desnecessárias e abusivas, como também atenta ao interesse público ao propiciar uma ampliação de disputa, com a redução dos preços e a elevação da qualidade das ofertas.

Logo, de início, o princípio da isonomia aparece no texto da Lei de Licitações com o objetivo de concretização da igualdade, no seu viés bloqueador. Assim, a redação original do art. 3º estabelecia no seu parágrafo 1º, incisos I e II:

Art. 3º (...) Parágrafo 1º É vedado aos agentes públicos:

- I- Admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objetivo do contrato.*
- II- Estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamento, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei n. 8.248, de 23 de outubro de 1991.*

A previsão do princípio da isonomia como um dos objetivos do processo licitatório, por óbvio que legitima também a adoção de medidas no sentido de minimizar as desigualdades presentes no seio social. Assim, permite a concretização do princípio da igualdade no seu viés implementador, buscando alcançar a igualdade material, o que foi logo percebido pelo legislador, levando não só a alteração da Lei n. 8.666/93, como também a criação de outros diplomas voltados a este desiderato.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2010. p. 69.

5.1. A Concretização da Igualdade Material através do Processo Licitatório

Em atenção ao viés implementador do princípio da igualdade, a Lei n. 8.883/94 introduziu o inciso XX, ao art. 24 da Lei n. 8.666/93, possibilitando-se a dispensa de licitação *“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”*.

Marçal¹⁶ ao comentar tal dispositivo reporta-se à *“função social do contrato administrativo”*, no sentido de que a contratação pública é instrumento de realização de outros valores que não a mera obtenção de bens e serviços que atendam à necessidade da Administração. Por certo que a contratação direta neste caso poderá beneficiar associações de portadores de deficiências de qualquer espécie, e não apenas a deficiência física. Logo, poderia favorecer entidades que congreguem portadores de Síndrome de Down, por exemplo.

Conforme sabido, o art. 24 da Lei n. 8.666/93 permite à Administração Pública contratar sem licitação, na ocorrência de uma das hipóteses previstas no artigo. Logo, embora viável a competição entre particulares, a licitação, nas hipóteses enumeradas no art. 24, pode-se afigurar objetivamente incompatível com os valores norteadores da atividade administrativa.

Infelizmente, apesar das incontáveis instituições sem fins lucrativos idôneas que atuam em prol dos deficientes, não há no nosso país a sensibilidade administrativa no sentido de incentivar tais contratações diretas. São poucas as Administrações Públicas que colocam em pauta esses certames como forma de fomento e incentivo a uma parcela da população que, apesar das limitações, possuem viva sua força de trabalho, altamente discriminada, muitas vezes por falta de informações quanto a sua real capacidade.

Também o inciso XXVII, do art. 24, introduzido pela Lei n. 11.445/07 (Lei de Saneamento Básico), revela o princípio da igualdade no seu viés implementador, buscando a concretização da igualdade material. De acordo com o referido dispositivo é dispensável a licitação *“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 reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as mesmas técnicas, ambientais e de saúde pública”*.

A Lei de Saneamento Básico em seu art. 3º, inciso I, alínea “c”, denomina o serviço de limpeza urbana como *serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos*, conceituando-o como *“conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo orgânico da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas”*.

Considera-se *catador* o sujeito que tira do lixo o seu sustento. Seja pela coleta seletiva junto a alguns parceiros que doam o seu lixo; seja buscando

16 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2010. p.336.

recicláveis nas ruas e lixões. Apesar do elevado número de catadores de lixo existente no Brasil, é flagrante a omissão estatal quanto à atividade de coleta desempenhada por tais pessoas. Normalmente os catadores de lixo travam suas relações comerciais com empresas privadas que nas suas atividades reaproveitam detritos sólidos.

Com a nova concepção do serviço de limpeza urbana trazida pela lei nº 11.445/07, que requer especial atenção ao tratamento e destinação final do lixo, com proteção especial ao meio ambiente, as Administrações Públicas - em especial de âmbito municipal - não poderão mais ficar inertes à atuação dos catadores de materiais recicláveis.

Em consequência, diante da necessidade de promoção da dignidade das pessoas que atuam no setor, sem desprezar a importância da atividade que desempenham, as Administrações Públicas poderão, ou melhor, deverão promover a contratação direta de associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, levando a concretização do princípio da igualdade material.

Ainda voltada à concretização do princípio da igualdade no seu aspecto implementador, pode-se mencionar a Lei Complementar nº 123/06, que trouxe alguns privilégios às microempresas e empresas de pequeno porte em processos licitatórios efetivados pelas Administrações Públicas.

Em verdade tal diploma legal significa a regulamentação do inciso IX, do art. 170, da Constituição Federal, citado neste trabalho como destinado à concretização da igualdade material. A referida Lei Complementar tem por finalidade garantir o acesso de tais empresas ao mercado, reduzindo os entraves burocráticos limitadores do seu desenvolvimento.

Dentre as importantes alterações trazidas na lei, tem-se a referente à *regularidade fiscal*, a ser comprovada pelas empresas de pequeno porte e as microempresas nos processos licitatórios. Diferentemente da regra geral, que exige a demonstração da regularidade pelos participantes da licitação antecipadamente, sendo os documentos apresentados juntamente com os demais requisitos de habilitação, a LC 123/06 determinou que a regularidade fiscal a ser demonstrada por tais empresas somente deverá ser exigida para efeito da assinatura do contrato (art. 42). Não significa que na fase de habilitação estará dispensada a apresentação de documentos concernentes à regularidade fiscal, mas sim que a efetiva regularidade somente será exigida para efeitos de contratação. Logo, estando a empresa com débitos perante a fazenda municipal, por exemplo, poderá apresentar na fase de habilitação certidão positiva de débito, desde que, caso saia vencedora do processo, regularize a sua situação até a assinatura do contrato.

Outra inovação da lei é o *critério de desempate*. O critério geral de desempate encontra-se no art. 45, parágrafo 2º, da Lei n. 8.666/93. Na LC 123/06, o critério de desempate recai na preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. A preferência verifica-se

em caso de empate de uma dessas empresas com outras desprovidas de tal qualificação. A LC refere-se, ainda, ao empate presumido, considerando como empate qualquer situação em que as propostas oferecidas por microempresas e empresas de pequeno porte sejam até 10% superiores à proposta de melhor classificação (art. 44, parágrafo 1º), caindo o percentual para 5% nos casos de pregão (art. 44, parágrafo 2º). Logo, no caso do empate presumido, a vitória de empresa comum não lhe assegura, de imediato, o direito à contratação. Permite-se à microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada (valor apresentado até 10% superior ao da primeira colocada) a oportunidade de oferecer proposta com preço inferior à daquela empresa comum (art. 45). Observe-se que tal inovação não persistirá em caso de licitação que conte com a participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte.

Percebe-se, assim, que o princípio da igualdade, trazido como um dos objetivos da licitação já permitia a concretização das chamadas *ações afirmativas* nos processos licitatórios. No entanto, o tema entra em pauta pela alteração da Lei nº 8.666/93, efetivada pela Lei n. 12.349.10, que, dentre outras coisas, introduziu mais um objetivo da licitação – a *promoção do desenvolvimento nacional sustentável*.

6. O Princípio da Sustentabilidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Segundo o sociólogo Ulrich Beck, atualmente vivemos em uma sociedade de risco na qual os riscos sociais, políticos, ecológicos e individuais são incalculáveis e seus efeitos passaram a ser imprevisíveis, escapando cada vez mais das instituições de controle e proteção da sociedade industrial¹⁷.

Esta constatação leva à necessidade de instrumentos jurídicos não somente para se ocupar dos danos, mas, sobretudo, para atentar aos riscos normalmente abstratos, potenciais e cumulativos.

Busca-se, assim, um Estado Sustentável pautado em um modelo econômico, político, social, cultural e ambiental equilibrado, que satisfaça as necessidades das gerações atuais, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer suas próprias necessidades.

De acordo com Juarez Freitas:

O princípio da sustentabilidade trata-se do princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, 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, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos¹⁸.

17 BECK, Ulrich. *In: Risk Environment E Modernity: towards a new ecology*. Londres: Sage Publications, 1998. p. 27
18 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. São Paulo: Fórum, 2011. p. 41.

A sustentabilidade estatal decorre de uma posição política do Estado que a legitima constitucionalmente. No Brasil, a busca da sustentabilidade aparece por diversas vezes no texto constitucional. Assim, por exemplo, quando afirma que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos existência digna (art. 173) ou quando aduz que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182) ou, ainda, no momento que determina que a saúde é direito de todos, garantido mediante políticas sociais e econômicas (art. 196), sem também esquecer quando garante a todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado, cabendo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225).

Dentre as dimensões da sustentabilidade, destacam-se três, sem hierarquia e sem caráter exaustivo: a dimensão ambiental, a dimensão econômica e a dimensão social.

A dimensão ambiental requer adoção de medidas voltadas a evitar a degradação ambiental. Impede-se a destruição ilimitada, com a redução dos resíduos tóxicos e da poluição, reciclagem de materiais e energia, conservação, tecnologias limpas e de maior eficiência e regras para uma adequada proteção ambiental.

Já a dimensão econômica da sustentabilidade impõe que se realize ponderação entre eficiência e equidade. De acordo com Juarez Freitas *“o consumo e a produção precisam ser reestruturados completamente. A natureza não pode mais ser vista como simples capital e a regulação estatal homeostática se faz impositiva, sem o desvio característico dos adeptos do fundamentalismo do mercado, que ignoram a complexidade do mundo natural”*. Nessa dimensão, deve-se atentar à regularização do fluxo dos investimentos públicos e privados, compatibilidade entre padrões de produção e consumo, equilíbrio de balanço de pagamento, acesso à ciência e tecnologia.

Quanto à dimensão social da sustentabilidade, essa leva a adoção de medidas no sentido de minimizar as diferenças sociais, tendo como uma de suas ações, inclusive, programas voltados à inclusão social.

O princípio da sustentabilidade já consta da legislação infraconstitucional brasileira há muito tempo. Em 08 de janeiro de 1997, a Lei 9.433 trouxe dentre os objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos *“a utilização racional e interada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável”*. Em 02 de agosto de 2010, foi publicada a Lei n.12.305, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, trazendo no seu art. 7º, Inciso XI, como um dos seus objetivos *“prioridade nas aquisições governamentais de bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis”*.

Em 15 de dezembro de 2010, foi publicada a Lei n. 12.349 que alterou a Lei n. 8.666/93, *introduzindo a promoção do desenvolvimento nacional sustentável* como um dos seus objetivos, criando novas perspectivas advindas do processo licitatório.

7. O Princípio da Sustentabilidade nos Processos Licitatórios

O Estado, para o exercício das inúmeras funções que lhes são impostas, torna-se um grande consumidor de bens e serviços. Nesse seu consumo, utiliza-se de recursos naturais que não são perpétuos. Desta forma, deve colaborar para o progresso material e tecnológico do país, mas sem comprometer a existência saudável de gerações futuras e sem o esgotamento dos recursos naturais não renováveis.

Com tal consciência ambiental, em 20 de janeiro de 2010, foi publicada a Instrução Normativa n. 01/10, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI), do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), dispondo sobre critérios de sustentabilidade ambiental na contratação de serviços ou obras pela Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, prevendo expressamente que as especificações técnicas para aquisição de bens e contratação de obras e serviços deverão conter critérios ambientais nos processos de extração, fabricação, utilização e descarte de matérias-primas, sem frustrar o caráter competitivo do certame. Neste sentido, a IN enumera uma série de medidas a serem adotadas para atingir seus objetivos, consolidando a sustentabilidade ambiental nas licitações públicas federais.

Em 15 de dezembro de 2010, publicada a Lei n° 12.349, altera-se o art. 3° da Lei n. 8.666/93 passando a licitação a ter um terceiro objetivo: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Em consequência, além de buscar a proposta mais vantajosa e promover a igualdade, no seu aspecto formal e material, a licitação passa também a ter a finalidade de concretizar a sustentabilidade.

7.1 O Acolhimento Legislativo da Sustentabilidade nas Licitações em suas Dimensões Ambiental, Econômica e Social.

Quando se reporta à sustentabilidade nas licitações, pensa-se, de imediato, na sua dimensão ambiental. Rosa Maria Meneguzzi afirma que *"licitações sustentáveis seriam aquelas que levariam em conta a sustentabilidade ambiental dos produtos e processos a elas relativos."*¹⁹

Por certo que o debate inicial quanto ao princípio da sustentabilidade nas licitações iniciou-se quanto à sua dimensão ambiental, mas não se podem desprezar os aspectos econômico e social deste princípio, também de grande importância.

Em 05 de agosto de 2011, foi publicada a Lei n. 12.462, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Em consonância com a redação atual da Lei n. 8.666/93, o art. 3°, do mencionado diploma legal, estabelece que as licitações do RDC deverão observar o princípio do *desenvolvimento nacional sustentável*. No inciso III, do art. 4°, ao estabelecer as

¹⁹ MANEGUZZI, Rosa Maria. *Conceito de Licitação Sustentável*. In *Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis*. Coords. SANTOS, Murillo Giordan, e BARKI, Teresa Villac Pinheiro. São Paulo: Fórum, 2011. p 21.

diretrizes a serem observadas nas licitações e contratos pautados no RDC, determina a *"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"*. Percebe-se, assim, a preocupação com a sustentabilidade nas três dimensões: econômica, social e ambiental.

Na **dimensão ambiental**, antes da IN n. 01/10, houve a Lei n. 12.187, de 29 de dezembro de 2009, que institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima, autorizando o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e contratações públicas para as propostas *"que propiciem maior economia de energia, água, e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos"*.

Com essa pauta principiológica da sustentabilidade a ser observada, a Lei n. 12.462/11(RDC) tratou da sustentabilidade ambiental no art. 10, ao dispor que a remuneração variável poderá estar vinculada a *"critérios de sustentabilidade ambiental"* e no art. 14, ao determinar que dentre os requisitos de habilitação sejam exigidos aqueles de *"sustentabilidade ambiental, na forma da legislação aplicável"*.

No que se refere à sustentabilidade na sua **dimensão econômica**, pode-se reportar às alterações efetivadas nos parágrafos do art. 3º, da Lei n. 8.666/93, também pela Lei n. 12.349/10. Assim, o parágrafo 5º, do art. 3º possibilita a previsão de margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras. O RDC (Lei n. 12.462/11) também atento à sustentabilidade na dimensão econômica estabelece como uma de suas diretrizes a utilização, sempre que possível, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução conservação e operação do bem, serviço ou obra (art. 4º, V).

A **sustentabilidade social** da licitação por certo já era timidamente acolhida na Lei n. 8.666/93, nas hipóteses já mencionadas do art. 24, incisos XX e XXVII. O RDC também acolhe no seu texto à sustentabilidade social ao estabelecer que as contratações realizadas com base no RDC devem respeitar as normas relativas *"à acessibilidade para uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida"*.

8. A Sustentabilidade Social como fundamento às Ações Afirmativas nas Licitações Públicas

Por certo, que o tema *"ações afirmativas nas licitações"* ganha fôlego com a previsão do objetivo de sustentabilidade nas licitações. A dimensão social da sustentabilidade, juntamente com a necessidade de promoção da igualdade no seu aspecto implementador, legitima a previsão de cláusulas em editais de licitação voltadas a atender interesses de minorias socialmente discriminadas.

Nesta nova fase, convém citar o conceito de licitação apresentado por Marçal Justen Filho, segundo o qual a licitação é:

Um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional, com observância do princípio da isonomia, conduzido por órgão dotado de competência específica²⁰.

Conforme já exposto, não se pode mais negar a possibilidade de adoção de ações afirmativas em processos licitatórios no ordenamento jurídico brasileiro. Tal viabilidade, existente no nosso ordenamento desde a introdução do princípio da isonomia como um dos objetivos da licitação, reforça-se com a previsão do desenvolvimento nacional sustentável (leia-se princípio da sustentabilidade), também como finalidade a ser alcançada nos processos licitatórios. Mas como introduzir tais medidas?

Inicialmente, pode-se afirmar que não há qualquer restrição à previsão nos editais de ações afirmativas a serem adotadas por licitantes, vencedores de processos licitatórios. Logo, viável estabelecer-se, por exemplo, que 30% (trinta por cento) da mão de obra utilizada na execução de contrato de prestação de determinados serviços sejam de afrodescendentes ou de portadores de necessidades especiais.

Nesse sentido, cumpre ressaltar a iniciativa do CNJ que através da Recomendação nº 29, de 16 de dezembro de 2009, sugeriu aos Tribunais que incluam nos editais de licitação de obras e serviços públicos exigência para a proponente vencedora, quando da execução do contrato, disponibilizar certo percentual de vagas aos presos, egressos, cumpridores de penas e medidas alternativas e adolescentes em conflito com a lei. Também a Lei do Estado do Rio de Janeiro nº 871-A/12 determina a reserva de 5% das vagas de empregos de prestadoras de serviço do estado do Rio à ex-detentos.

Concorda-se, no entanto, que a solução apresentada não se refere à realização de ação afirmativa na licitação, mas sim na execução do contrato. Acredita-se, no entanto, que o cenário atual seja extremamente propício para edição de leis que tragam benefícios a certas minorias socialmente inferiorizadas no próprio processo licitatório, a exemplo do que ocorreu com os privilégios conferidos às microempresas e empresas de pequeno porte, através da Lei Complementar nº 123/06, com a implementação da sustentabilidade na sua dimensão econômica.

No que concerne à edição de tais leis, a primeira questão suscitada diz respeito à necessidade ou não da abrangência nacional da legislação voltada à implementação de ações afirmativas nos processos licitatórios. Ou seja, a matéria a ser abordada nos referidos diplomas legais possui natureza de norma geral?

Antes de adotar posição quanto a tal questionamento, deve-se ter a noção do alcance da expressão *norma geral*.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Fórum, 2011. p. 448.

Dentre os conceitos jurídicos indeterminados temos, como exemplo, a noção de interesse público, notável saber, ordem pública e, também, *norma geral*. Costuma-se definir *normas gerais*, em matéria de licitações e contratos administrativos, como aquelas indispensáveis à implementação dos princípios constitucionais. Segundo Alice Gonzalez são “*normas necessárias para tornar pacífica e uniforme, em todo território nacional, a integral realização dos princípios que emanam ou decorrem da Constituição Federal*”²¹. Além disso, para que determinada norma tenha tal natureza, necessário se faz que não viole a autonomia dos entes federados.

Sem dúvida que a diversidade existente no Brasil leva a características bem distantes entre regiões, estados e municípios. Assim, cada Ente Federado possui necessidades próprias, que muitas vezes não ultrapassam a sua fronteira. Seria o caso de certa parcela da população de determinada localidade, que necessita da implementação de ação afirmativa, para combater a desigualdade material existente naquele espaço. Logo, nada impede que determinado município, através de Lei Municipal, estabeleça, por exemplo, que somente participarão de licitações voltadas à formalização de contratos de permissão de serviços de taxi adaptáveis para portadores de necessidades especiais, associações de portadores de deficiência. Seria um diploma legal que leva em consideração necessidade e conveniência própria de certo ente federado, razão pela qual se entende possível a concessão de benefícios a certas categorias socialmente inferiorizadas através de leis estaduais ou municipais, uma vez que a matéria não tem natureza de norma geral.

Essa posição guarda relação com as ações afirmativas em concursos públicos. Como sabido, além da reserva de vagas para portadores de deficiência, estabelecida no inciso VIII, do art. 37, da Constituição Federal, muitos entes federados vêm implementando, através de leis locais, outras ações afirmativas em concurso público. Como exemplo, tem-se o caso do Município de Salvador, que através da Lei Complementar nº 54/2011 assegura aos afrodescendentes que se inscreverem nos concursos públicos municipais a reserva de vagas em até 30% (trinta por cento).

Por tudo quanto exposto, é possível a edição de leis, pelos diversos entes federados, com a previsão de ações afirmativas em licitações.

No entanto, surge outra questão: seria possível buscar a realização de uma ação afirmativa em certo processo licitatório, sem que haja previsão legal expressa para tanto, com base apenas no edital? Poder-se-ia, por exemplo, em uma licitação técnica e preço pontuar-se atestados de existência de, pelo menos, 10% (dez por cento) de deficientes físicos entre os empregados das empresas concorrentes? Ou mesmo, estabelecer-se processo licitatório com privilégios conferidos a certas categorias socialmente inferiorizadas, sem que haja lei específica abordando a matéria?

21 GONZALEZ Borges, Alice Maria. *Normas Gerais de Licitação para Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas*. In *Temas do Direito Administrativo Atual*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2004. p. 88.

Resposta imediata, baseada na Lei nº 8.666/93, seria no sentido negativo, uma vez que dentre os princípios estabelecidos no art. 3º, do mencionado diploma legal, consta o da legalidade, explicitado no art. 4º ao estabelecer que *“todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o artigo 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos”*. Assim, significa que o administrador deve observar as regras que a lei traçou para o procedimento licitatório.

É inegável que a tendência do atual Estado Democrático de Direito é considerar a legalidade numa dimensão muito mais ampla que a mera subordinação à lei, considerada no sentido estrito. Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández²² sabiamente afirmam que o conceito de legalidade não se refere a um tipo de norma específica, mas ao ordenamento jurídico considerado como um todo. Com efeito, a legalidade seria o acatamento pleno e concomitante à lei e ao Direito no seu sentido amplo²³, considerando, neste ponto, comentário de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, segundo o qual *“a lei será apenas uma forma de expressão. O direito revela uma situação de vida”*²⁴.

Nesta linha de raciocínio, ao se estabelecer na licitação critérios voltados a beneficiar determinadas pessoas socialmente discriminadas, estar-se-á implementando não somente o princípio da igualdade no seu viés implementador, como também garantindo a sustentabilidade social do processo, concretizando-se, assim, a legalidade no seu sentido amplo.

9. Supostos obstáculos à realização de ações afirmativas através de processo licitatório.

Por certo que para a concretização da sustentabilidade social, com adoção de ações afirmativas nas licitações, o Estado deve se despir de alguns paradigmas sedimentados. Dentre tais paradigmas, tem-se: a absoluta superioridade da vantagem econômica nos contratos administrativos sobre outros aspectos relevantes, o apego demasiado ao princípio da legalidade no sentido estrito nos processos licitatórios, e a busca da eficácia imediatista.

Fala-se que Administração Pública possui como finalidade imediata de sua atuação a satisfação do interesse público. É certa, no entanto, a dificuldade de se identificar o conteúdo da expressão *interesse público*. A doutrina costuma invocar o “interesse público”, mas sem apresentar um conceito preciso.

Não se pode confundir o *interesse público* com o interesse do agente público ou mesmo com o interesse do aparato estatal. Também se deve atentar que o interesse público e os interesses dos cidadãos, que antes eram vistos como

22 ENTERRÍA, Eduardo García de; e FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2000. p. 435.

23 FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 61.

24 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Estudos de Direito Público*. São Paulo: Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de Documentação, 1966. p. 22.

potencialmente antagônicos, passam a ser observados como, em princípio, reciprocamente identificáveis. Assim, tem-se um Direito Administrativo voltado a garantir em prol dos cidadãos a melhor satisfação possível dos seus direitos fundamentais²⁵. Segundo Juarez Freitas “o princípio do interesse público exige a subordinação das ações administrativas ao primado dos direitos fundamentais de todas as dimensões, notadamente do direito fundamental à boa administração pública”²⁶. Reportando-se aos direitos fundamentais, Daniel Sarmento qualifica-os como “apenas alguns interesses especialmente relevantes, relacionados à proteção e promoção da dignidade humana, que, pela sua elevada significação, foram postos pela Constituição acima do poder das instâncias deliberativas ordinárias”²⁷.

Por certo que situações concretas podem demonstrar a existência de vários interesses públicos, inclusive em conflito entre si. Caberá, em tais hipóteses, a ponderação desses interesses em conflito, decidindo-se por aquele que deverá prevalecer na situação específica. Tal atividade de ponderação é efetivada com a utilização do princípio da proporcionalidade, que constitui importante parâmetro para aferição da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais.

No caso da licitação, como se trata de um processo voltado a concretizar os objetivos constantes do art. 3º, *caput*, da Lei n. 8.666/93, podem ocorrer situações em que tais objetivos estejam em conflito. Assim, tem-se a situação em que a concretização da sustentabilidade pode conflitar com a proposta economicamente mais vantajosa. Neste caso, caberá a ponderação dos interesses envolvidos, decidindo-se por aquele que deverá prevalecer na situação concreta.

Em certas situações a concretização de ações afirmativas, atendendo à dimensão social da sustentabilidade, justificará a realização de processos licitatórios nos quais a economicidade não seja apontada como principal requisito para a contratação.

Quanto à extrema valorização da legalidade no sentido restrito nos processos licitatórios, já se observou neste trabalho que não mais condiz com o Estado atual, no qual a Constituição, enquanto sistema de princípios, ganha destaque como norma jurídica, irradiando seus efeitos para todo o ordenamento, passando-se a falar numa constitucionalização do direito, conforme bem esclarece Gustavo Binbenojm²⁸. Desta forma, a juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa a englobar o campo da legalidade administrativa. Conclui-se, então, que nada impede que o princípio da sustentabilidade, na sua dimensão social, por exemplo, seja

25 Neste sentido manifesta-se Alexandre de Aragão. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A Supremacia do Interesse Público no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo*. In *Interesses Públicos x Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Org: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 04.

26 FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 58.

27 SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional*. In *Interesses Públicos x Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Org: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 58.

28 BINENBOJM, Gustavo. *O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade no Direito Brasileiro*. In *Direito Administrativo e seus Novos Paradgmas*. Org: Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 149.

apresentado como justificativa à instauração de processo licitatório no qual se decida beneficiar certa parcela da população, vítima de discriminações, mesmo sem que exista lei expressa a respeito.

No que se reporta à eficácia imediatista, esta deverá ser substituída pela eficácia intertemporal, valorizando-se a gestão da cidadania ativa, engajada com a concretização dos objetivos fundamentais do Estado Constitucional.

Desta forma, os objetivos traçados pelo Estado devem romper os laços estreitos com interesses políticos, que levam a adoção de medidas ilusórias de curta duração. É preciso que sejam firmados compromissos com o futuro da nação, através de atitudes pro-ativas, engajadas com o desenvolvimento durável, mesmo que para tanto os caminhos adotados não tragam satisfações imediatas.

O direito à boa administração pública decorre diretamente da Constituição Federal, independente de pontuais lacunas de regulamentação. A boa administração consiste na observância das expectativas sociais e econômicas da sociedade.

Por óbvio que neste processo é importante a estabilidade das regras, mas tal estabilidade não se confunde com a preservação patética do *status quo* ante demasiadamente legalista e de costas para as diferenças crescentes no meio social.

As ações afirmativas nos processos licitatórios surgem não somente como forma de promoção da isonomia e da sustentabilidade social, mas também busca desatrelar o Estado da sua postura paternalista, conferindo a todos, sem discriminações, a possibilidade de ingresso no mercado de trabalho.