

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE
POLÍTICAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS: A DIMENSÃO
ESQUECIDA**

THIAGO PEREIRA DE FREITAS

**Itajaí-SC
2013**

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS: A DIMENSÃO ESQUECIDA

THIAGO FREITAS

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Luiz Magno Pinto Bastos Júnior

Co-orientador: Professor Doutor Gabriel Real Ferrer

Itajaí-SC

2013

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar devo mencionar o profundo agradecimento e admiração que nutro pelo verdadeiro arquiteto do meu mestrado, Prof. Dr. Luiz Magno Pinto Bastos Jr. Muito obrigado pelo apoio incondicional e por ter tido esse grande espírito, que não temeu em nenhum momento as diversas mudanças de rumos que esta dissertação sofreu com relação ao Projeto Inicial submetido à banca de seleção para discentes do Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI.

Impossível deixar de registrar a importantíssima participação intelectual do Prof. Dr. Gabriel Real Ferrer. Foi ele que me abriu as portas da teoria da sustentabilidade e fez com que houvesse uma guinada de 180 graus nos rumos da minha dissertação, que ia versar sobre contratações públicas e o princípio da igualdade. Além disso, sou eternamente grato pela disposição em debater idéias, mesmo que estas não se coadunassem com as deles, e pelo auxílio metodológico e bibliográfico em terras alicantinas e brasileiras.

A minha querida mulher Luciana Lanhi Balthazar, que foi quem me deu um imenso suporte emocional para poder concluir o curso. Quantas horas de nosso convívio foram ceifadas em virtude da grande carga de leitura e para a confecção dos artigos que redundaram neste trabalho. Sem ela este caminho seria muito mais árduo e sem cor.

Ao Estado de Santa Catarina que me liberou por seis meses para poder escrever esta dissertação e freqüentar as aulas em Alicante. Bem como ao meu gerente, à época, Luciano Tizatto que deu todo o suporte para que eu pudesse conciliar minhas atividades acadêmicas com às da Diretoria de Auditoria Geral do Estado de Santa Catarina.

Ao Prof. Dr. German Valencia Martin, coordenador do Curso de Mestrado em Direito Ambiental e da Sustentabilidade da Universidade de Alicante por ter nos recebido com tanta presteza e educação. Muchas gracias German.

À querida colega do mestrado Kamilla Pavan devo também fazer um especial registro de meu agradecimento e admiração. Foi ela quem resolveu antes da chegada em Alicante em abril de 2012 todas as questões referentes a nossa matrícula e moradia. Caso contrário eu não poderia ter aproveitado tanto do curso.

Ao professor Alexandre Morais da Rosa por ter podido compartilhar um ano inteiro de debates sobre temas relativos à Teoria Política e a Epistemologia. Confesso que não conheço pessoa com essa idade tão inteligente e esforçada quanto ele, mas não reside aí sua maior virtude. Com o conhecimento colossal que angariou durante sua vida ele nunca olha para um aluno, por mais mal preparado que seja, com ar de desdém ou de superioridade. Acho que, na verdade, seu objetivo é abrir os nossos olhos para nos inteirarmos do quanto somos manipulados pelo sistema. E ah como somos !

Aos professores Josemar Sidnei Soares pela abertura para diálogos filosóficos intensos e pela minha primeira publicação científica na Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade, capitaneada por este nobre filósofo hegeliano.

Aos professores Francisco de Oliveira Neto, Marcos Leite Garcia, Paulo Márcio da Cruz, Jesús Jordano Fraga, Toni Fine, Mário João Ferreira Monte e Maurizio Oliviero pelos inestimáveis estímulos durante esses últimos dois anos.

Ao colega Lucas de Melo Prado que fez toda a revisão “formatológica” e metodológica desta dissertação.

É importante expor que eu não cheguei aqui sozinho. Foi o professor Miroslav Milošević que em 2002 me abriu as portas da Filosofia, sempre com a sua habitual calma e sabedoria, e fez com que minha vida no direito ficasse muito mais fácil.

Ao professor Ruitemberg Nunes Pereira também devo registrar meu sincero agradecimento, pois foi ele quem foi meu primeiro orientador num Programa de Iniciação Científica no qual fui bolsista do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB e ajudou a me preparar melhor para pesquisas acadêmicas mais robustas e rigorosas.

Aos meus colegas de mestrado que cito em ordem aleatória sem o mínimo intuito classificá-los em um rol de predileção Marcos Antônio Koncikowski, Maurício Salvadori, Fábio dos Passos, Charles Armada, Raquel Cayotopa Diaz, Ricardo Hahn, Alfonso Patiño Castillo, Ana Paula Johnanson, Mariluci Ronconi, Jair Soares, Carlos Henrique Carvalho, Maria Raquel Duarte, Priscila Gonçalves e Fernanda Koshinski

Aos meus colegas do curso de Especialização em Filosofia da Universidade de Brasília Luciana Ferreira, Fábio Portela e Telma Costa Lago que foram muito importantes nos profícuos debates que travamos durante anos sobre temas de Filosofia Pré-Socrática, Clássica, Existencialismo e Filosofia da Comunicação.

Aos funcionários da Univali Alexandre Zarske Melo, Jaqueline Quinteiro e Gizelli Gavioli pela ajuda e paciência com esse trabalho tão necessário para organizar as atividades acadêmicas.

E finalmente, aos que eu esqueci de mencionar neste espaço.

DEDICATÓRIA

Dedico esta dissertação a todas as pessoas que acreditam em um novo Direito Administrativo que se preocupa muito mais com a sociedade (verdadeiro destinatário da atividade pública) e com a efetividade da prestação do serviço público em detrimento de um Direito Administrativo focado num rigorismo formal-legalista que ajuda a gerar uma ineficiência sistêmica e, com isso, impede que as pessoas gozem em sua plenitude de seus direitos constitucionais.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, data.

Thiago Pereira de Freitas
Mestrando

Página de aprovação a ser entregue pela secretaria do PPCJ/UNIVALI

ROL DE CATEGORIAS

Contrato Administrativo: O contrato é uma espécie de avença entre as partes contratantes, ao passo que a licitação é um procedimento que visa à aquisição ou à venda (leilão) de determinado bem ou serviço.

Contratação Pública: contratação pública visa à satisfação de necessidades imediatas e mediatas da Administração Pública. As necessidades imediatas estão relacionadas com a aquisição de bens ou serviços para suprir as necessidades mais prementes e corriqueiras do serviço público (compra de material de expediente, contratação de serviços de limpeza e vigilância, etc.). As necessidades mediatas estão relacionadas com a consecução de políticas públicas de maior espectro como, por exemplo, dar tratamento favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte conforme o art. 170, IX da Constituição Federal de 1988.

Contratações Públicas Sustentáveis: São as contratações públicas que são orientadas pelo princípio jurídico da sustentabilidade.

Empresa de Pequeno Porte: é a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde 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\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

Estatuto das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte: é a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 que 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.

Microempresa: é a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais)

Política pública: é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados –processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial — visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Princípio Jurídico da Sustentabilidade: Trata-se 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, equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito de bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos.

SUMÁRIO

RESUMO.....	14
ABSTRACT.....	15
INTRODUÇÃO	16
1 SUSTENTABILIDADE: O QUE É E QUAIS SÃO SEUS FUNDAMENTOS	21
1.1 SUSTENTABILIDADE COMO UM NOVO VALOR, O DIREITO AO FUTURO ...	21
1.1.1 Sustentabilidade como Valor	21
1.1.2 Origens do Pensamento sobre Sustentabilidade: das Origens Históricas até o Relatório Brundtland	23
1.1.3 Trajetória da Sustentabilidade no Âmbito da ONU	25
1.1.4 Diferença entre Sustentabilidade e Desenvolvimento Sustentável: Parâmetros para a Diferenciação	34
1.2 FUNDAMENTAÇÃO ÉTICA DA SUSTENTABILIDADE (EQUIDADE, SOLIDARIEDADE E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA)	36
1.2.1 Equidade e Solidariedade Intra e Inter-Geracional	36
1.2.2 A Democracia Participativa como um dos Pilares para a Legitimação do Princípio da Sustentabilidade	41
1.3 O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE	51
1.3.1 A Sustentabilidade como Princípio Jurídico	51
1.3.2 A Sustentabilidade como Princípio Constitucional	57
1.3.3 As Dimensões Clássicas do Princípio Jurídico da Sustentabilidade	60
1.3.5 Conceitos do Princípio Jurídico da Sustentabilidade.....	62
2 LEGISLAÇÕES SOCIALMENTE SUSTENTÁVEIS: BRASIL E ESPANHA	64
2.1 BREVES EXPOSIÇÕES SOBRE O OBJETIVO DO CAPÍTULO BEM COMO DA METODOLOGIA UTILIZADA	64
2.2 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E CATARINENSE SOBRE CONTRATAÇÃO PÚBLICA SOCIALMENTE SUSTENTÁVEL: O ENFOQUE SOCIAL VOLTADO PARA AS CARACTERÍSTICAS INTRÍNSECAS DAS EMPRESAS QUE PARTICIPAM DE PROCESSOS LICITATÓRIOS	67

2.2.1 Previsão Constitucional de Proteção às Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte	67
2.2.2 Objetivos do Estatuto das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte	68
2.2.3 Da Definição Legal da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.....	69
2.2.4 Restrições Subjetivas para Enquadramento no Sistema Diferenciado e Favorecido do Estatuto das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte	70
2.2.4.1 “I - cujo capital participe outra pessoa jurídica”	70
2.2.4.2 “II - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior”	71
2.2.4.3 “III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo”	71
2.2.4.4 “IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do <i>caput</i> deste artigo”	72
2.2.4.5 “V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do <i>caput</i> deste artigo”	73
2.2.4.6 “VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo”	73
2.2.4.7 “VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica”	74
2.2.4.8 “VIII - que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar”	74
2.2.4.9 “IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores”	75

2.2.4.10 “X - constituída sob a forma de sociedade por ações”	76
2.3 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: O ENFOQUE SOCIAL VOLTADO PARA AS CARACTERÍSTICAS INTRÍNSECAS DAS EMPRESAS QUE PARTICIPAM DE PROCESSOS LICITATÓRIOS.....	76
2.3.1 Normas que Instituem a Possibilidade de Regularização Tardia da Documentação Fiscal (Artigos 42 e 43)	78
2.3.2 Normas que Estabelecem o Empate Ficto e o Direito à Preferência	79
2.3.3 Normas que Instituem a Cédula de Crédito Microempresarial	80
2.3.4 Normas que Instituem a Possibilidade dos Entes Federativos Adotarem o Regime Jurídico das Licitações Diferenciadas e Favorecidas	84
2.3.5 Lei Catarinense sobre Contratação Pública Sustentável.....	85
2.4 LEGISLAÇÃO DA ESPANHA E DA COMUNIDADE AUTÔNOMA DE NAVARRA: O ENFOQUE SOCIAL VOLTADO PARA AS CARACTERÍSTICAS INTRÍNSECAS DOS EMPREGADOS DAS EMPRESAS QUE PARTICIPAM DE PROCESSOS LICITATÓRIOS	86
2.4.1 Inserção Laboral de Coletividades Desfavorecidas.....	90
2.4.2 Normas de Proteção à Pessoa Portadora de Deficiência.....	92
2.5 CONSIDERAÇÕES SOBRE AMBAS AS LEGISLAÇÕES	94

3 DA POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS.....	97
3.1 O QUE SÃO E PARA QUE SERVEM AS POLÍTICAS PÚBLICAS?	97
3.1.1 O Conceito de Políticas Públicas	97
3.1.2 O Ciclo de Vida das Políticas Públicas.....	100
3.1.2.1 Identificação do Problema	101
3.1.2.2 Formação da Agenda.....	102
3.1.2.3 Formulação de Alternativas.....	103
3.1.2.4 Tomada de Decisões.....	103
3.1.2.5 Implementação	104
3.1.2.6 Avaliação.....	105
3.1.2.7 Extinção.....	107
3.2 A CONTRATAÇÃO PÚBLICA COMO POLÍTICA PÚBLICA.....	108
3.2.1 O Conceito Contrato e Contratação Pública.....	108

3.2.2 Aspectos Legais e Doutrinários das Contratações Públicas Sustentáveis	109
3.3.3 O Tratamento Favorecido das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte como Política Pública.....	111
3.4 CONTRATAÇÕES PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS: POR UMA REVISÃO DO PRINCÍPIO DA VANTAJOSIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	114
CONSIDERAÇÕES FINAIS	127
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS	134