

**OS DIREITOS HUMANOS COMO LEGITIMADORES DAS CLÁUSULAS SOCIAIS
NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA ESTRATÉGICA OU SUSTENTÁVEL: PANORAMA
NORMATIVO DO BRASIL, DA ESPANHA E DE PORTUGAL**

***LOS DERECHOS HUMANOS COMO LEGITIMADORES DE LAS CLÁUSULAS
SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA O SOSTENIBLE:
DESCRIPCIÓN GENERAL REGULADORA DE BRASIL, ESPAÑA Y PORTUGAL***

***HUMAN RIGHTS AS LEGITIMISTS OF SOCIAL CLAUSES IN STRATEGIC OR
SUSTAINABLE PUBLIC HIRING: NORMATIVE PANORAMA OF BRAZIL, SPAIN
AND PORTUGAL***

Daniel Ferreira¹

Luciano Elias Reis²

RESUMO

Brasil, Espanha e Portugal têm rígidos ordenamentos jurídicos reguladores dos procedimentos de licitação e contratação pública. Justamente por serem deveras duras as respectivas legislações destes países de língua ibérica, tem-se adotado parâmetros novos para a interpretação e a aplicação das normativas, e faz-se isso com o fito de satisfazer as necessidades coletivas de índole econômica, ambiental e social. Todavia, para que se tenha respaldo jurídico a flexibilização normativa de que trata este *paper* e para que o mundo do Direito positivo se adapte à situação reinante atualmente, encontra-se em transição o marco regulatório de licitações e contratos no Brasil, na Espanha e em Portugal, e isso não se dá somente por causa das mudanças nos sistemas normativos internos destes três países, mas também para a absorção das Diretivas da União Europeia e a incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), sendo estes os legitimadores das cláusulas

¹ Pós-Doutorado pelo *Ius Gentium Conimbrigae*/Centro de Direitos Humanos – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Doutor e Mestre em Direito do Estado (Direito Administrativo) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Corpo Docente Permanente e atual Coordenador do PPGD (Mestrado Acadêmico em Direito) do UNINTER. Líder do Grupo de Pesquisa “Teoria Contemporânea da Jurisdição e Direito Público”. Parecerista, consultor, advogado e árbitro em Curitiba-PR. *E-mail*: daniel.f@uninter.com

² Doutorando em Direito Administrativo na Universitat Rovira i Virgili. Doutorando e Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor de Direito Administrativo do UNICURITIBA. Ex-Presidente da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná. Advogado. *E-mail*: luciano@rcl.adv.br

sociais na contratação pública estratégica ou sustentável.

PALAVRAS-CHAVE

Contratação estratégica ou sustentável. Direitos humanos. Direito administrativo brasileiro, espanhol e português.

RESUMEN

Brasil, España y Portugal tienen estrictos sistemas legales reguladores de los procedimientos de licitación y contratación. Justamente por ser verdaderamente duras las respectivas legislaciones de estos países de lengua ibérica, se han adoptado parámetros nuevos para la interpretación y la aplicación de las normativas, y se hace con el fin de satisfacer las necesidades colectivas de índole económica, ambiental y social. Sin embargo, para que se tenga respaldo jurídico la flexibilización normativa de que trata este artículo científico y para que el mundo del derecho positivo se adapte a la situación reinante actualmente, se encuentra en transición el marco regulatorio de licitaciones y contratos en Brasil, España y en Portugal, y esto le da no sólo debido a cambios en los sistemas jurídicos internos de estos tres países, sino también para la absorción de Directivas de la Unión Europea y la incorporación del Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH), siendo estos los legitimadores de las cláusulas sociales en la contratación pública estratégica o sustentable.

PALABRAS CLAVE

Contratación estratégica o sostenible. Derechos humanos. Derecho administrativo brasileño, español y portugués.

ABSTRACT

Brazil, Spain and Portugal have strict legal systems that regulate bidding and contracting procedures. Precisely because the respective legislations of these Iberian-speaking countries are truly harsh, new parameters have been adopted for the interpretation and application of the regulations, and it is done with the purpose of satisfying the collective needs of economic, environmental and social nature. However, in order to have legal support for the regulatory flexibility that this scientific article deals with and for the positive law world to adapt to the current situation, the regulatory framework for bids and contracts in Brazil, Spain and Portugal is in transition, and this is due not only to changes in the internal legal systems of

these three countries, but also to the absorption of European Union Directives and the incorporation of International Human Rights Law (IHRL), these being the legitimators of social clauses in strategic or sustainable public contracting.

KEYWORDS

Strategic or sustainable contracting. Human rights. Brazilian, Spanish and Portuguese administrative law.

O marco regulatório de licitações e contratos administrativos no Brasil, na Espanha e em Portugal está em franco processo de transição. Existe movimento em curso no sentido de unificação de diversas leis brasileiras versando sobre o temário com vistas à sua concentração num único texto legislativo³ e novas diretivas encontram-se em fase de transposição e absorção nos ordenamentos jurídicos dos estados integrantes da União Europeia, inclusive referindo a deliberados e especiais usos para o poder de compra estatal.

Nada obstante, esses futuros estatutos jurídicos (alterados ou atualizados) não justificarão ou legitimarão, sozinhos, eventual política pública afirmativa extraordinária, mas sua serventia será a de lhes dar (ou autorizar) – explícita ou implicitamente – concreção, “na forma” da lei. O mesmo se pode afirmar com relação aos estatutos ainda vigentes e com relação às práticas afirmativas já concretizadas ou reconhecidas como viáveis, haja vista que a deliberada utilização do poder de compra estatal para atingimento de fins transcendentais pode encontrar amparo nas Constituições (como a brasileira) ou mesmo no Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH).

O fato incontroverso é que a contratação pública “estratégica” ou “sustentável”, se se preferir, revela-se como um excelente instrumento de regulação estatal e que tem proporcionado excelentes retornos aos estados, nas vertentes econômica, social e ambiental, pelo menos. Convém salientar que o seu uso, ainda que acentuado recentemente, não é nenhuma novidade, já que, por exemplo, desde 1953 os Estados Unidos possuem normas dispostas de tratamento diferenciado para beneficiar pequenas empresas - o *Small Business*

³ *In casu*, o PROJETO DE LEI 1292/1995 atualmente está em regime de urgência na Câmara dos Deputados e representa a junção de inúmeros de projetos legislativos que caminharam ou se arrastaram nas últimas duas décadas e meia no Poder Legislativo Brasileiro. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526&ord=1>> Acesso: 09 abr. 2019.

Act.⁴

Há evidente preocupação no Brasil, Portugal e Espanha com a igualdade de oportunidades na firmação das contratações públicas e na vantajosidade delas decorrentes, o que se constata na Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas⁵, no Código dos Contratos Públicos⁶ e na Ley de Contratos del Sector Público,⁷ respectivamente. A “novidade” que se percebeu nos últimos anos foi a adoção de critérios ou parâmetros para seleção de parceiros, escolha de propostas e definição dos objetos contratuais que transcenderam a fria e neutra expectativa de satisfação das necessidades ou utilidades administrativas ou coletivas, para a elas fazer atrelar outros interesses, de índole econômica, ambiental e *social* (dentre outros). Quanto ao último aspecto, a doutrina aponta para essa possibilidade faz certo tempo, merecendo referência, dentre outros, Sérgio Resende de **BARROS** (“função social ou

⁴ “The essence of the American economic system of private enterprise is free competition. Only through full and free competition can free markets, free entry into business, and opportunities for the expression and growth of personal initiative and individual judgment be assured. The preservation and expansion of such competition is basic not only to the economic well-being but to the security of this Nation. Such security and well-being cannot be realized unless the actual and potential capacity of small business is encouraged and developed. It is the declared policy of the Congress that the Government should aid, counsel, assist, and protect, insofar as is possible, the interests of small-business concerns in order to preserve free competitive enterprise, to insure that a fair proportion of the total purchases and contracts or subcontracts for property and services for the Government (including but not limited to contracts or subcontracts for maintenance, repair, and construction) be placed with small business enterprises, to insure that a fair proportion of the total sales of Government property be made to such enterprises, and to maintain and strengthen the overall economy of the Nation.” (Public Law 85-536, as amended). Disponível em: <https://www.sba.gov/sites/default/files/Small%20Business%20Act_0.pdf>. Acesso: 09 abr. 2019.

⁵ Lei nº 8.666/93 (Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas)

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da *isonomia*, a *seleção da proposta mais vantajosa* para a administração e a *promoção do desenvolvimento nacional sustentável* e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm> Acesso: 25 nov. 2016. Destacamos.)

⁶ Decreto-Lei nº 18/2008 (Código dos Contratos Públicos)

Artigo 1º (...) 4 - À contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da *igualdade* e da *concorrência*. (Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2063&tabela=leis> Acesso: 25 nov. 2016).

⁷ Ley 09/2017:

Preâmbulo (...) El sistema legal de contratación pública que se establece en la presente Ley persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia. Todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad. (...)

Artículo 1. Objeto y finalidad. (...) 3. En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social. (Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-12902>> Acesso: 09 abr. 2019.)

socialidade da administração pública”);⁸ José Pedro **CORTIÑAS-PELAÉZ** (instrumentalização das compras estatais);⁹ Luciano **FERRAZ** (“função regulatória” da licitação),¹⁰ Daniel **FERREIRA** (“função social” da licitação),¹¹ Maria João **ESTORNINHO**¹² e Nuno Cunha **RODRIGUES** (função instrumental dos contratos públicos”).¹³

Mas foi ao abrigo do Programa da União Europeia para o Emprego e a Solidariedade

⁸ "A idéia de função social ou socialidade da administração pública. O interesse público não se limita ao interesse administrativo. Abrange também o interesse social, que pode prevalecer sobre o administrativo, o financeiro, o técnico, como critério de avaliação. Em casos especiais, à proposta financeira ou tecnicamente mais vantajosa, pode preferir outra, que seja de maior proveito social. Exemplo: em regiões ou situações críticas, sendo grave o desemprego, pode o Estado preferir proposta que empregue mais mão-de-obra, atendendo o interesse social, embora outras atendam melhor o estrito interesse administrativo, por serem financeira ou tecnicamente mais vantajosas". (BARROS, Sérgio Resende de. **Liberdade e contrato: a crise da licitação**. Piracicaba: Unimep, 1995. p. 161.)

⁹ CORTIÑAS-PELAÉZ, José Pedro. Estudio preliminar. Del horizonte mexicano del derecho de la licitación pública. In LOPES ELÍAZ. **Aspectos jurídicos de la licitación pública en México**. México-DF: UNAM, 1999. p. XXXIII-XXXIV.

¹⁰ “Por fim, em nome do princípio econômico da busca do pleno emprego, vislumbra-se mesmo a possibilidade de utilização do contrato administrativo como instrumento de saneamento de empresas em sérias dificuldades financeiras, todas as vezes que os efeitos sociais decorrentes de sua bancarrota puderem desestabilizar econômica e socialmente importantes segmentos do país. Abrir-se-ia na espécie a possibilidade de contratação direta pelo Poder Público, fundada na inviabilidade de competição, como forma de auxiliar na recuperação da empresa. Cito exemplo de dada empresa que, por ser a maior responsável pela empregabilidade em local específico do país, pudesse, se arruinada, levar ao desemprego considerável número de pessoas, que precisam dele para sua sobrevivência e de sua família. Note-se que não se trata aqui de contratar a empresa em dificuldade com sobrepreço, para beneficiá-la, mas de reconhecer a situação excepcional que induz a desnecessidade de competição, para auxiliá-la à retirada da bancarrota. Também para empresas locais, relativamente aos Municípios, em casos excepcionais, vislumbra-se a hipótese”. (FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=62558>>. Acesso: 26 nov. 2016.)

¹¹ “Portanto, não parece difícil concluir no sentido de que o exercício de função administrativa sempre exigiu, desde 1988, atenção dos gestores públicos (responsáveis pelas licitações, inclusive) com vistas a (i) ‘garantir o desenvolvimento nacional’, enquanto objetivo republicano (de todos, portanto!), e reconhecer a (ii) “a defesa do meio ambiente” e (iii) ‘a busca do pleno emprego’ como princípios da ordem econômica, portanto como nortes de produção e mesmo de consumo de bens e serviços. Destarte, em sede de licitações públicas não se poderia admitir *indiferença administrativa* a tais comandos, merecendo, *no mínimo*, a delimitação do objeto (e do futuro contrato) respeito a tais ditames, tanto negativa como positivamente. Negativa para não feri-los; positiva para, na medida do razoável, pretender alcançá-los, ainda que de forma indireta e mediata. Desse modo, sempre foi material e juridicamente possível ‘dirigir’ o objeto, sob o manto da discricionariedade administrativa, para vislumbrar a *solução ótima*, almejando um fim público duplo (administrativo-coletivo ou coletivo-coletivo) sem oportunizar qualquer plausível cogitação de violação à superveniente Lei Geral de Licitações (e, em especial, o inciso I do §1º do seu artigo 3º, na redação original), porque mesmo ela exige, para sua escorreita aplicação e por evidente, um processo de interpretação sistemático-teleológico que nunca pode se esgotar em seus estritos termos.” (FERREIRA, Daniel. Função social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável (no e do Brasil, antes e depois da MP nº 495/2010). **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 107, nov. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=70303>>. Acesso: 26 nov. 2016.)

¹² “Assim, lembrem-se os princípios da igualdade e da não-discriminação e salienta-se a necessidade de incentivar a prossecução de objetivos sociais através da imposição de condições de execução dos contratos públicos que passem, por exemplo, pela obrigação de garantir emprego a determinadas categorias de pessoas, favorecendo a reinserção social de pessoas desfavorecidas, o combate ao desemprego, a promoção da igualdade entre homens e mulheres ou a diversidade étnica”. (ESTORNINHO, Maria João. **Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação pública sustentável**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 422.)

¹³ RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política económica**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 226.

Social (2007-2013) que se chegou *ao ápice*; ao ponto de elaborar (em 2010) e tornar pública (em 2011) a cartilha intitulada “Compra social: guia para ter em conta os aspectos sociais nos concursos públicos”, versando sobre os contratos públicos socialmente responsáveis (CPSR) e tomando por base as então vigentes Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, na qual, já em sua introdução, registrava-se o seguinte: “ao efectuarem as suas aquisições de forma sensata, as autoridades públicas podem promover as oportunidades de emprego, o trabalho digno, a inclusão social, a acessibilidade, o desenho universal, o comércio ético, bem como procurar obter uma maior conformidade com as normas sociais”.¹⁴

No Brasil inexistia expediente tão genérico. Apesar disso, também em 2011 – e mesmo que sem aparente competência para isso¹⁵ – o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) elaborou a “Cartilha do Empregador”,¹⁶ expediente que tornou público o Projeto “COMEÇAR DE NOVO”, instalado no ano de 2009, e que tem por escopo garantir reserva de vagas (da ordem de 5%) para pessoas em regime de cumprimento de pena de prisão ou egressos do sistema prisional em obras públicas.¹⁷ Nessa cartilha, esse mesmo órgão administrativo do Poder

¹⁴ COMISSÃO EUROPEIA. **Compra social**: guia para ter em conta os aspectos sociais nos concursos públicos. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2011. p. 5. Disponível em: <ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6457&langId=pt> Acesso: 26 nov. 2016.

¹⁵ Constituição da República Federativa do Brasil

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça (...): § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa. (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso: 26 nov. 2016.)

¹⁶ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/comecar-de-novo/campanha-2011/cartilha_do_empregador.pdf> Acesso: 26 nov. 2016.

¹⁷ “Ele visa à sensibilização de órgãos públicos e da sociedade civil para que forneçam postos de trabalho e cursos de capacitação profissional para presos e egressos do sistema carcerário. O objetivo do programa é promover a cidadania e consequentemente diminuir a reincidência de crimes. A Integração é a pedra angular do programa. A articulação de parcerias no setor público e na iniciativa privada é a nossa principal ferramenta de trabalho. A mobilização de empresas, órgãos públicos, sindicatos, igrejas, associações e a catalisação de esforços são as únicas formas de cumprirmos as metas ousadas do programa”. (*Loc. cit.*, p. 16.)

Judiciário explicita que tem estimulado estados e municípios a, por meio de lei *ou de decreto*,¹⁸ a assumirem iniciativas dessa natureza. Convém salientar que este raciocínio de impulsionar a ressocialização do egresso do sistema prisional com uma grande janela de oportunidades a partir dos contratos administrativos ficou elástico para todos os órgãos e entidades da Administração Pública Brasileira a partir da Lei 13.500/2018 que inseriu o parágrafo quinto do artigo 40 na LGL e o Decreto Federal 9.450/2018, o qual instituiu a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional.¹⁹ Portanto, “aderindo” à corrente doutrinária que admite a sustentabilidade integral das licitações e contratações públicas a partir do princípio constitucional da sustentabilidade, como assim defendido por Juarez FREITAS:

Com efeito, o *princípio constitucional da sustentabilidade* não deixa de obrigar pela eventual ausência de regras legais expressas, razão pela qual, na via administrativa, qualquer visão débil do princípio, em termos eficaciais, revela-se lesiva, configurando retorno ao culto

¹⁸ “**RESERVA DE VAGAS - O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA** tem incentivado a União, Estados e Municípios à edição de lei *ou decreto*, no seu âmbito de competências, que estabeleça a reserva de percentual mínimo de vagas de trabalho criadas em obras e serviços contratados pelo Poder Público a apenados, egressos e ex-cumpridores de medidas socioeducativas. Os Estados de São Paulo, Maranhão e Espírito Santo, o Distrito Federal e o Município de Fortaleza, entre outros entes federativos, já promulgaram leis e decretos sobre o assunto. Assim, nos Estados e Municípios que já instituíram a sua lei, todas as empresas que executarem obras e serviços para o Poder Público, precedidos ou não de licitação, são obrigadas a reservar parte das vagas de trabalho criadas com a obra ou serviço a apenados. E é importante destacar que a obrigatoriedade abrange, inclusive, obras e serviços contratados por empresas públicas e sociedades de economia mista, isto é, entidades integrantes da Administração Pública Indireta, conforme disposto na lei. Mas não esqueça: a lei deve ser cumprida rigorosamente, mesmo que o edital e o contrato silenciem a respeito.

Copa do Mundo: Sem prejuízo da legislação estadual em vigor, em janeiro de 2010, o CNJ e os órgãos e entes federais integrantes da matriz de responsabilidades da Copa das Confederações e da Copa do Mundo FIFA 2014 firmaram o Acordo de Cooperação Técnica n. 1/2010, que também versa sobre essa política pública inclusiva. No documento, o Comitê Organizador, o Ministério do Esporte e os Estados e Municípios sedes dos jogos assumiram compromisso oficial de exigir das empresas vencedoras das licitações das obras de infraestrutura e serviços a disponibilização de vagas de trabalho aos assistidos do Programa COMEÇAR DE NOVO em uma proporção de 1 (uma) vaga a 5% (cinco) por cento do total, a depender do número de contratações em cada contrato”. (*Loc. cit.*, p, 19-20. Destacou-se.)

¹⁹ Lei nº 8.666/93 (Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas)

Artigo 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”.

Decreto Federal 9.450/2018

“Art. 5º Na contratação de serviços, inclusive os de engenharia, com valor anual acima de R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais), os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão exigir da contratada o emprego de mão de obra formada por pessoas presas ou egressos do sistema prisional, nos termos disposto no § 5º do art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º O disposto no caput será previsto:

I - no edital, como requisito de habilitação jurídica, consistente na apresentação de declaração do licitante de que, caso seja vencedor, contratará pessoas presas ou egressos nos termos deste Decreto, acompanhada de declaração emitida pelo órgão responsável pela execução penal de que dispõe de pessoas presas aptas à execução de trabalho externo; e

II - no edital e na minuta de contrato, como obrigação da contratada de empregar como mão de obra pessoas presas ou egressos do sistema prisional e de observar o disposto neste Decreto”.

(seletivo) do legalismo, com os sacrifícios humanos associados. Dito de outra maneira, sem admitir o retrocesso hermenêutico, *o Estado-Administração tem o dever de aplicar a Lei Fundamental de ofício*, construindo e reconstruindo as regras instrumentalmente voltadas a vivificar o princípio constitucional da sustentabilidade, e consórcio com os demais princípios. Mais: *toda discricionariedade administrativa encontra-se plenamente vinculada à sustentabilidade*, desde a fase interna dos processos administrativos, ou seja, não depende de regras legais por acréscimo (...) para uma aplicação imediata desse princípio constitucional. O contrário representaria arbitrariedade por omissão.²⁰

A adoção de políticas afirmativas *inclusivas e emancipatórias de todas*²¹ as minorias existentes no Brasil pode ocorrer, pois, mediante intermediação de ato regulamentar, não propriamente para diminuir a generalidade e abstração da Lei Geral de Licitações (LGL), a Lei nº 8.666/93, ainda em vigor (ou mesmo da que vier a lhe suceder), mas para atender aos reclamos da Constituição da República – inclusive do art. 1º que estipula como fundamento da República o princípio da dignidade da pessoa humana, do art. 3º, incisos I e III que preceituam como objetivos fundamentais a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária” e a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e do art. 7º, inciso XX, que prevê como “direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social (...) proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei” – e de outras leis que, de uma forma ou de outra, exigem atenção e distinguida promoção de políticas afirmativas dirigidas às minorias. Logo, como feito pelo *Estatuto do Idoso* – art. 28, III: “O Poder Público criará e estimulará programas de (...) estímulo às empresas privadas para admissão de idosos ao trabalho”; pelo *Estatuto da Igualdade Racial* – art. 39, *caput*: “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”; e pelo *Estatuto da Pessoa com Deficiência* – art. 35: “É finalidade primordial das políticas públicas de trabalho e emprego promover e garantir condições de acesso e de permanência da pessoa com deficiência no campo de

²⁰ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 248.

²¹ “Doutrinariamente, cresce a convicção de que legítima a adoção de meios includentes os quais resultem na diversidade; o objetivo é que no Estado esteja representada a mesma diversidade que existe na sociedade. Se no mercado existem multinacionais e microempresas, se na sociedade existem pretos e brancos, sentenciados e pessoas jamais condenadas, pobres e ricos, é fundamental que no exercício da competência pública seja viabilizada a representação de tal diversidade, que na fruição de serviços públicos seja garantido o acesso de todos a que se qualificam como essenciais, que a existência digna das pessoas seja assegurada nos domínios público e privado”. (CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Op. cit.* p. 138.)

trabalho”.

A título ilustrativo (de dispersão dessa realidade normativa no âmbito da federação brasileira), merecem referência, ainda, a Lei nº 4.096/2011, do Estado do Mato Grosso do Sul²² – que dispõe sobre a compulsória reserva de, no mínimo, 5% das vagas de emprego para mulheres na área de construção de obras públicas – e a Lei nº 18.401/2009, do Estado de Minas Gerais²³ – que concede subvenção econômica a empresas que contratarem egressos do sistema prisional do estado.

E mesmo que nada disso houvesse, ainda assim o Brasil encontrar-se-ia obrigado a tanto, por força do Direito Internacional dos Direitos Humanos, notadamente do Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais,²⁴ o mesmo se exigindo de Portugal e Espanha.

Atualmente, na União Europeia vigora a DIRETIVA 2014/24/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 26 de fevereiro de 2014, que prevê, já em seus “considerandos”, que²⁵

(2) A contratação pública desempenha um papel fundamental na Estratégia Europa 2020, estabelecida na Comunicação da Comissão, de 3 de março de 2010, intitulada «Europa 2020, uma estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo» (a seguir designada «Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e *inclusivo*»), como um dos instrumentos de mercado a utilizar para alcançar um crescimento inteligente, sustentável e *inclusivo*, assegurando simultaneamente a utilização mais eficiente

²² Disponível em:

<<http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/448b683bce4ca84704256c0b00651e9d/0ea2249a4b377ef6042579290040e955?OpenDocument>> Acesso: 26 nov. 2016.

²³ Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=142008>> Acesso: 26 nov. 2016.

²⁴ Em lembrança: Artigo 2º - 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, *até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente*, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. (...)

Artigo 6º - 1. Os Estados Partes do presente Pacto *reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito*, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito. 2. *As medidas que cada Estado Parte do presente Pacto tomará a fim de assegurar o pleno exercício desse direito deverão incluir a orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, normas e técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais.*

Artigo 7º - Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de *condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente*: (...) (Destacou-se.)

²⁵ Em 2004, José Antônio Moreno Molina explicava sobre a evolução do direito comunitário da contratação pública na Europa a partir dos julgamentos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, os quais foram fundamentais inclusive para o aperfeiçoamento da Diretiva 2014/24 -EU. (MOLINA, José Antonio Moreno. Reciente evolución del derecho comunitario de la contratación pública. El asunto C-214/2000. Comisión contra España. In: FELIU, José Maria Gimeno (Coord.). **Contratación de las Administraciones Públicas**: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública. Barcelona: Atelier, 2004, p. 17-36, p.17.)

dos fundos públicos. Para o efeito, as regras de contratação pública, adotadas nos termos da Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, *deverão ser revistas e modernizadas a fim de aumentar a eficiência da despesa pública*, em particular facilitando a participação das pequenas e médias empresas (PME) na contratação pública, e de permitir que os adquirentes utilizem melhor os contratos públicos *para apoiar objetivos sociais comuns*. É igualmente necessário esclarecer noções e conceitos básicos para garantir a segurança jurídica e incorporar alguns aspetos da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia neste domínio. (...)

(36) *O emprego e o trabalho contribuem para a inserção na sociedade e são elementos essenciais para garantir a igualdade de oportunidades para todos*. Neste contexto, as entidades cujo objetivo principal seja a integração social e profissional podem desempenhar um papel significativo. O mesmo é válido para outras empresas sociais cujo objetivo principal é apoiar a integração ou reintegração social e profissional das pessoas com deficiência e pessoas desfavorecidas, tais como desempregados, membros de minorias desfavorecidas ou grupos socialmente marginalizados. Contudo, essas entidades ou empresas podem não estar aptas a obter contratos em condições de concorrência normais. Por conseguinte, é conveniente prever que os Estados-Membros possam *reservar a participação em processos de adjudicação de contratos ou certos lotes dos mesmos a essas entidades ou empresas ou reservar-lhes a execução dos contratos no âmbito de programas de emprego protegido*.²⁶

Isto é, que a máxima empregabilidade é uma das prioridades para a UE, de modo que isso deve ser considerado quando *da formação e da execução* dos contratos públicos.²⁷ Relembre-se, também, que a Constituição da República Portuguesa estatui, em seu art. 81º, que é dever do Estado, no âmbito económico e social, aumentar o bem-estar e a qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável, e promover a justiça social, assegurando a igualdade de oportunidades e operando as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal. Não é diferente na Espanha, pois o artigo 40 preconiza que os poderes públicos promoverão as condições favoráveis para o progresso social e económico e para uma distribuição de renda regional e pessoal mais equitativa, a partir de uma política de estabilidade económica, sempre primando pelo pleno emprego. Além disso a preocupação com o desemprego e a forma de resposta da sociedade e do Estado Espanhol serviram de arrimo para a positivação da economia sustentável por meio da Ley 2/2011 (*Ley de Economía Sostenible*).

²⁶

Disponível

em:

<<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0024&qid=1481397799215&from=PT>>

Acesso: 26 nov. 2016.

²⁷ ESTORNINHO, Maria João. Proposta de transposição não minimalista das Diretivas. In ESTORNINHO, Maria João (Coord.). **A transposição das diretivas europeias de 2014 e o código dos contratos públicos**. ICJP: Lisboa, 2016. p. 33.

Enfim, não parece haver espaço para “meias-tintas”²⁸ e nem mesmo para renovação da “falha rotunda” do legislador português, no sentido de promover uma transposição indiferente dessa diretiva para o ordenamento pátrio, como ocorrido relativamente às diretivas de 2008, consoante apontamento de Maria João **ESTORNINHO**.²⁹ Destarte,

Se é certo que muitos são desafios que se apresentam (ainda) o legislador nacional, que deve prever ferramentas claras e seguras de compras públicas, não é menos certo que muitos são também os desafios que se apresentarão sempre ao comprador público, quer o legislador tenha ou não cumprido a sua missão. E é certo que, mesmo que tudo corre bem e passe a existir a melhor legislação sobre contratação pública, isso não basta. Ao comprador público impõe-se sempre um trabalho difícil tendo em conta a malha jurídica e um trabalho continuado de aprendizagem (de informação, de formação, de aquisição de conhecimentos e de técnica). E ainda se impõe mais: a ecologização da sua atitude e a consciência ambiental e social na compra pública, tão necessárias à realização da compra pública inovadora, ambientalmente sustentável e socialmente inclusiva. Do ponto de vista social, o fomento da inserção de pessoas desfavorecidas ou de membros de grupos vulneráveis, o recrutamento de desempregados de longa duração ou a implementação de ações de formação para desempregados de longa duração ou jovens recém-licenciados podem expressamente ser acolhidos pelo legislador e passar a ser considerados verdadeiramente pelo comprador público.³⁰

As cláusulas editalícias e/ou contratuais que se refiram à empregabilidade e dignidade da pessoa humana geram as contratações sociais, segundo classificação de Teresa Media **ARNÁIZ**,³¹ uma vez que o objeto incorpora reclames e demandas sociais como luta contra o desemprego, a qualidade do emprego, a perspectiva de gênero, a contratação de pessoas com deficiência (descapacitadas física ou mentalmente) ou a reserva de contratos a empresas de inserção ou centros especiais de emprego.³² Jaime Rodríguez-Arana **MUÑOZ** expressa a

²⁸ A expressão é de Vasco Pereira da **SILVA** (*In* Para um novo código dos contratos públicos ambientalmente sustentável. *In* ESTORNINHO, Maria João (Coord.). **A transposição...** 45.)

²⁹ ESTORNINHO, Maria João. Por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum. *In* ESTORNINHO, Maria João (Coord.). **A transposição...** p. 8.

³⁰ FONSECA, Isabel Celeste M. O (novo) conceito da <<proposta economicamente mais vantajosa>> e a adjudicação com base na melhor relação-qualidade-preço: desafios. *In* ESTORNINHO, Maria João (Coord.). **A transposição...** p. 54-55.

³¹ ARNÁIZ, Teresa Medina. Comercio justo y contratación pública. *In*: GARCÍA, J. José Pernas (Director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, P. 249-281p. 253-255. Além das sociais, a autora classifica dentro da compra pública estratégica, a compra verde para aludir à integração dos objetivos das políticas ambientais e a compra ética a qual eleva valor para aqueles licitantes ou objetos que venham a ter algumas repercussão com o cumprimento de padrões éticos estabelecidos nas convenções internacionais sobre as condições laborais dignas, salários mínimos, direitos dos trabalhadores, luta contra o trabalho infantil e fomentando o comércio justo.

³² Pode-se citar alguns exemplos de cláusulas sociais para combate do desemprego: a) obrigação de dar trabalho a desempregados por muito tempo (longa duração) ou organizar atividades de formação para jovens e os desempregados; b) obrigação de contratar um número de pessoas deficientes (descapacitadas) superior ao exigido pela legislação nacional no Estado membro ou no estado do titular; e c) considerações relativas a

justificativa das cláusulas sociais para direcionar o setor privado a colaborar com o Poder Público a fim de os ajustes serem de maior qualidade possível em conjunto com o mais compromisso social. Parece que seja possível fruir sempre e quando houver espaço para “los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario”,³³ usando para tanto uma metodologia de aproximação ou interseção entre o Direito Administrativo e as políticas públicas para a produção de resultados visando o aumento do equilíbrio entre sensibilidade social, liberdade econômica e rigor jurídico. Por fim, o autor ainda enaltece que a contratação pública contribui e “debe contribuir a una mayor humanización de la realidad pues es posible, vaya si lo es, diseñar las técnicas contractuales de manera que le centralidad de la dignidad del ser humano brille por su presencia. Simplemente con establecer estímulos fiscales a las más variadas expresiones del denominado comercio justo, ya estaríamos trabajando en esa dirección”.³⁴

Neste ponto, a preocupação da Comunidade Europeia é exposta com bastante critério na Espanha por José Maria **FELIU**:

La Comunidad es un ente que tiene una alta vocación social, motivo por el que la Comunidad Europea, a través de sus concretas políticas y regulaciones no sólo debe tender a la búsqueda de la eficacia económica, sino también a un mejor y mayor bienestar social de la población comunitaria. Y tal exigencia deriva del propio contenido de los artículos 2 y 3 TCE, ya que la función social del mercado interior debe servir en definitiva para mejorar las condiciones sociales y medio ambientales del ciudadano. Y de conformidad a esta exigencia se ha desarrollado la actuación de la Comisión que ha realizado un esfuerzo de coordinación de la política de competente con el resto de las políticas económicas y sociales, siendo uno de sus principales objetivos desarrollar una política de competencia acorde con una política de defensa del empleo, de la productividad y de los intereses de los consumidores y usuarios y de respeto al medio ambiente. Y es que la eficacia económica no puede ir desligada de los intereses concretos de los ciudadanos-consumidores, pues éstos conforman una pieza clave del sistema económicos y, como tales deberán ser considerados (y así se recoge en el artículo 6 TCE).³⁵

Por todas estas razões, não restam dúvidas, pois, acerca do cabimento jurídico de ações afirmativas por meio das contratações públicas, o que não significa que elas possam se

situação da exclusão social dos trabalhadores vinculados à realização do contrato. (BLAY, Miguel Ángel Bernal. El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos. In: GARCÍA, J. José Pernas (Director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, P. 161-186, p. 174).

³³ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. La contratación del sector público como política pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (Director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, P. 31-44. p. 32.

³⁴ Ibid.

³⁵ FELIU, José Maria Gimeno. Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales. In: FELIU, José Maria Gimeno (Coord.). **Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública**. Barcelona: Atelier, 2004, p. 61-94, p. 64-65.

concretizar aleatoriamente. A vantagem da concretização de tais políticas está na melhora das condições de disputa, mediante educação e qualificação *reservada* das minorias, ao que sempre se deve somar, à toda evidência, a formação de todas as pessoas, indistintamente, como pretendido pela ONU *em* direitos humanos e *para a concretização* dos direitos humanos.³⁶ O emprego das cláusulas sociais deve ser priorizado, portanto, já que a empregabilidade e o direito ao trabalho são direitos humanos e deverão representar uma pauta prioritária na agenda dos países no mundo, ainda mais com o avanço da tecnologia e o seu impacto sobre o desenvolvimento social.³⁷ Entrementes, a inserção precisa ser justificada adequadamente para que não gere sacrifício ilegal ao princípio da não discriminação e da livre concorrência. Por fim, a escorreita compreensão do tema demanda uma atuação estatal eficiente, inovadora e sistêmica para que se possam concretizar os resultados pretendidos na contratação pública estratégica.

³⁶ “Em muitos instrumentos internacionais, foram incorporadas disposições relativas à educação em direitos humanos, em particular na Declaração Universal dos Direitos Humanos (Artigo 26), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Artigo 13), na Convenção sobre os Direitos da Criança (Artigo 29), na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Artigo 10), na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Artigo 7) e na Declaração e Programa de Ação de Viena (Parte I, parágrafos 33 e 34, e Parte II, parágrafos 78 a 82), bem como na Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e a Intolerância Correlatas, celebrada em Durban (África do Sul), em 2001 (parágrafos 95 a 97 da Declaração, e parágrafos 129 a 139 do Programa de Ação)”. (UNESCO. **Plano de Ação**. Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos. Segunda Fase. Brasília, 2012. p. 2. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002173/217350por.pdf>> Acesso: 01 dez. 2016.)

³⁷ Sobre o assunto, vide recente relatório da União Europeia: EUROPEAN UNION. **Employment and Social Developments in Europe 2018**. Luxemburgo: European Union, 2018.