



REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A licitação pública como instrumento de desenvolvimento na perspectiva do paternalismo libertário

Public acquisition process as development instrument in libertarian paternalism perspective

Felipe Furtado Ferreira
Eduardo Carlos Pottumati

SUMÁRIO

“COMO EU ESCREVO”	11
Richard Posner Tradução de Ana Caroline Pereira Lima Thiago Santos Aguiar de Pádua	
BOOLA!	16
Duncan Kennedy Tradução de Ana Caroline Pereira Lima Thiago Santos Aguiar de Pádua	
A COMIDA FICA NA COZINHA: TUDO QUE EU PRECISAVA SABER SOBRE A INTERPRETAÇÃO DE UM ESTATUTO EU APRENDI QUANDO TINHA 9 ANOS	22
Hillel Y. Levin Tradução de Jefferson Carús Guedes Ana Caroline Pereira Lima Thiago Santos Aguiar de Pádua	
POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA CONTRIBUIÇÃO SUCINTA À EDIFICAÇÃO DE UM MODELO PARA SUA ANÁLISE	28
Victor Manuel Barbosa Vicente	
1 Introdução	29
2 Políticas públicas: alguns modelos para sua análise	29
2.1 A análise institucional.....	29
2.2 Redes de políticas públicas	37
2.3 O modelo de fluxos múltiplos	39
2.4 Advocacy coalition framework	40
3 Considerações finais	43
Refêrencias	43
DIREITO À SAÚDE, POLÍTICAS PÚBLICAS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO HOSPITAL E AMBULATORIAL	49
Emerson Affonso da Costa Moura Fabrizia da Fonseca Passos Bittencourt Ordacgy	
1 Introdução	50
2 O direito social à saúde	51
3 A constituição de 1988 e as políticas de saúde	54
4 A saúde pública e os serviços públicos	56
5 Conclusão	57
Referências	58
AUTISMO: O IDEAL E O REAL NA EFETIVAÇÃO DA DECISÃO JURISDICIONAL QUE IMPLEMENTA POLÍTICAS PÚBLICAS	60
Grasielly de Oliveira Spínola	
1 Introdução	60
2 Sobre o autismo: diagnóstico, sintomas e tratamentos	61

3 O controle jurisdicional de políticas públicas relacionadas ao autismo no Estado de São Paulo	62
3.1 Da ineficiência do julgado em razão da execução pela via individual	65
3.2 Dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos	65
3.3 Da Importância de se reconhecer os direitos e interesses difusos, no caso do autismo, para eficiência do julgado.....	66
4 O controle jurisdicional de políticas públicas relacionadas ao autismo no Estado do Rio Grande do Norte ..	67
5 Conclusões.....	68
DIREITO À SAÚDE, POLÍTICAS PÚBLICAS E PORTADORES DE TRANSTORNO MENTAL: A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DO DEPENDENTE QUÍMICO NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO	72
Emerson Affonso da Costa Moura Laila Rainho de Oliveira	
1 Introdução	72
2 O direito à saúde e as políticas públicas.....	73
3 O dependente químico e a política pública de internação	78
4 Estudo de caso: a internação compulsória no rio de janeiro.....	81
5 Conclusão	84
Referências	85
PRODUÇÃO DE ALIMENTOS: AGRICULTURA FAMILIAR X CULTURA DE EXPORTAÇÃO NO BRASIL, SOB A PERSPECTIVA DA SUSTENTABILIDADE.....	89
Luá Cristine Siqueira Reis João da Cruz Gonçalves Neto	
1 Introdução	90
2 Agricultura familiar no contexto contemporâneo.....	90
3 Agronegócio no Brasil.....	93
4 Reforma agrária, produção de alimentos e sustentabilidade	94
5 Conclusão	96
Referências	97
DIREITO AGROALIMENTAR E TERRITÓRIO: REFLEXÕES SOBRE O USO DA ÁGUA NA ATIVIDADE AGRÍCOLA .	100
Rodolfo Franco	
1 Introdução	100
2 Quadro normativo sobre a água.....	102
3 Uso da água na atividade agrícola	105
3.1 O aquífero guarani	105
3.2 Água e território.....	106
3.3 Água e liberdade.....	107
4 Conclusão	110
A CONSTRUÇÃO DE NOVAS POLÍTICAS SOCIAIS: O CASO DE MATO GROSSO DO SUL	114
Ricardo Luz Chagas Amorim	
1 Introdução	114
2 Exclusão social	115
3 As dificuldades dos anos 1990 e a nova política social sul-mato-grossenses.....	118
4 COGEPS e a gestão matricial das políticas sociais	122
5 FIS como garantia de recursos.....	125

6 Alguns números e observações sobre os impactos.....	129
7 Comentários finais.....	134
Referência.....	135
PROGRAMAS SOCIAIS BRASILEIROS E SUA RELAÇÃO COM A POBREZA, A DESIGUALDADE E O DESENVOLVIMENTO	138
Mirian Aparecida Rocha	
Rosa Maria Olivera Fontes	
Leonardo Bornacki de Mattos	
Jader Fernandes Cirino	
1 Introdução	139
2 Estudo sobre as inter-relações entre programas sociais, pobreza e desigualdade	140
3 Metodologia.....	141
3.1 Modelos analíticos	141
3.2 Fonte de dados	142
4 Resultados	143
4.1 Indicadores multidimensionais	143
4.2 Comportamento dos indicadores multidimensionais nas regiões brasileiras	145
4.3 Ranking dos estados brasileiros	147
4.4 Impacto dos programas sociais sobre os indicadores multidimensionais.....	148
5 Conclusão	151
Referências.....	152
A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	155
Eduardo Sadalla Bucci	
Introdução.....	156
Direito é alográfico.....	156
A jurisdição constitucional como fator de estabilização institucional.....	160
Mutaç�o constitucional: poder reformador ou interpreta�o constitucional?.....	164
1. Muta�o constitucional: delinea�o pela doutrina majorit�ria.....	166
2. Muta�o constitucional � luz de o direito ser alogr�fico: mudan�a das normas e n�o do texto constitucional	167
Conclus�o.....	170
POL�TICAS P�BLICAS NA FRONTEIRA TRINACIONAL: O DESAFIO AO PLENO EXERC�CIO DA CIDADANIA	173
Priscila Lini	
REPRESENTA�O INTERVENTIVA, JURISDI�O CONSTITUCIONAL E CONFLITO FEDERATIVO	186
Marcelo Rodrigues Mazzei	
Sebasti�o S�rgio Silveira	
Henrique Parisi Pazeto	
Introdu�o.....	186
Aspectos gerais da interven�o federal.....	187
Hist�rico da representa�o interventiva no Brasil.....	190
A representa�o interventiva na Constitui�o Federal de 1988	191
Legitima�o ativa	193
Procedimento	194

Decisão	195
Conclusão	198
Referências	199
A LICITAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO NA PERSPECTIVA DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO.....	201
Felipe Furtado Ferreira	
Eduardo Carlos Pottumati	
1 Introdução	202
2 A licitação pública e sua função social	202
3 Direito ao desenvolvimento sustentável	206
4 A atividade de fomento.....	209
5 O paternalismo libertário como terceira via – similitude com a atividade de fomento	210
6 Considerações finais.....	212
Referências	213
TRIBUTAÇÃO & REGULAÇÃO: UM DIAGNÓSTICO SOBRE INTER-RELAÇÕES POSSÍVEIS.....	215
Veyzon Campos Muniz	
1 Introdução	215
1.1 Um necessário acordo semântico ao tratar de regulação.....	216
2 Regulação da tributação.....	216
2.1 Apatia endêmica e a produção legislativa tributária.....	217
3 Tributação como regulação.....	218
3.1 Medidas extrafiscais: um instrumento regulatório.....	218
3.2 Automatismo moral e a análise de impacto regulatório.....	220
4 Conclusões articuladas.....	221
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: A EFICIÊNCIA DA NORMA JURÍDICA NA PREVENÇÃO E REPARAÇÃO DE DANOS SOFRIDOS PELO CONSUMIDOR.....	224
Héctor Valverde Santana	
1 Introdução	225
2 Conceito de análise econômica do direito (AED)	225
3 Eficiência das normas jurídicas protetivas do consumidor	227
4 Análise econômica da prevenção e reparação de danos sofridos pelo consumidor.....	228
5 Conclusão	234
Referências	235
INOVAÇÃO PARA QUEM? O CASO DA POLÍTICA DE INOVAÇÃO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA	238
Marcos Vinício Chein Feres	
Marcelo Castro Cunha Filho	
1 Introdução	239
2 Integridade e ação comunicativa aplicada ao direito	240
3 A busca pelo desenvolvimento tecnológico e sua repercussão na ICT federal de juiz de fora	244
4 Por que o direito não concorda com uma política inovação utilitária? A deficiência da política da UFJF	249

5 Conclusão	252
-------------------	-----

A PONDERAÇÃO COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PENAL AMBIENTAL256

Maria Isabel Esteves de Alcântara

Michelle Lucas Cardoso Balbino

1 Considerações Iniciais.....	257
2 Introito ao Estudo dos Princípios.....	257
3 Princípio do In Dubio pro Reo	260
4 Princípio do In Dubio pro Ambiente ou In Dubio Pro Nature.....	261
5 A Ponderação como Mecanismo de Solução de Conflitos: Princípio “In Dubio pro Reo” Versus Princípio “In Dubio pro Nature”.....	263
6 Considerações Finais	268
Referências	269

A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS MUNICIPAIS E PARTICIPAÇÃO POPULAR PARA COIBIR AS BRIGAS DE GALO273

Marco Lunardi Escobar

Lucia Santana de Freitas

Gesinaldo Ataíde Candido

1 Introdução	274
2 A proteção à fauna.....	274
3 As normas ambientais e a defesa animal	276
3.1 Maus tratos a animais: as rinhas de galo	277
3.2 A competência do município em matéria ambiental e a necessidade de políticas públicas para coibir as rinhas de galos.	277
3.3 A falta de políticas públicas: seria falta de interesse?.....	279
3.4 A participação da sociedade civil como auxiliar na gestão ambiental.....	279
4 Aspectos metodológicos.....	280
5 O Combate às brigas de galo no Rio Grande do Norte	281
5.1 As operações de 2010 a 2012.....	281
5.2 Poder de polícia ambiental.....	283
6 Considerações finais.....	284

A licitação pública como instrumento de desenvolvimento na perspectiva do paternalismo libertário

Public acquisition process as development instrument in libertarian paternalism perspective

Felipe Furtado Ferreira*

Eduardo Carlos Pottumati**

Resumo

Neste trabalho objetivou-se, primeiramente, a delimitação da licitação pública e de suas finalidades, em especial a novel finalidade de promoção do desenvolvimento nacional sustentável, reconhecido como função social da licitação. Para tanto, foi utilizada metodologia de pesquisa bibliográfica e método dedutivo de avaliação em função da identificação do direito constitucionalmente reconhecido ao desenvolvimento, bem como da cláusula da sustentabilidade. A partir daí, tratou-se da atividade estatal de fomento, com viés à promoção daquele direito. Por fim, analisou-se se a atividade estatal de fomento, que guarda similitude com a teoria do paternalismo libertário. Concluiu-se que a atividade de fomento se coaduna com aquilo proposto pela teoria do paternalismo libertário, propiciando uma terceira via para intervenção estatal na economia.

Palavras-chave: Função social. Licitação. Fomento. Paternalismo libertário. Desenvolvimento Nacional.

Abstract

This work aimed firstly to define public acquisition process and its purposes, especially the new purpose of promoting national sustainable development, recognized as the acquisition process' social function. For that, we used bibliographic research methodology and deductive evaluation method. Followed to identify the constitutionally recognized right of development, as well as the sustainability clause. Thenceforth, we dealt with the activity of promote, biased to the promotion of this right. Finally, we examined whether the state activity of promote keeps any similarity with the libertarian paternalism theory. It was concluded that the activity of promotion is consistent with what proposed by the theory of libertarian paternalism, providing a third way for state intervention in the economy.

Keywords: Social function. Acquisition process. Promotion. Libertarian paternalism. National development.

Recebido em 30/10/2014

Aprovado em 18/03/2014

* Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental no Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Especialista em Direito Processual Civil Contemporâneo – PUCPR.

** Especialista em Direito Aplicado - Escola da Magistratura do Paraná. Advogado inscrito na OAB/PR nº 43.049. E-mail: felipefurtadoferreira@gmail.com Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental no Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR; Advogado inscrito na OAB/PR nº 18.317. E-mail: eduardopottumati@hotmail.com

1 Introdução

Com o advento da Lei 12.349/2010, surgiu a possibilidade de o Estado lançar mão das licitações como importante mecanismo de desenvolvimento nacional sustentável, principalmente se considerado o forte potencial de mobilização de diversos setores da economia por via das compras governamentais.

Isso porque a norma jurídica incide ao menos indiretamente para influenciar o comportamento estratégico dos sujeitos¹. No tocante à atividade licitatória, esse esforço pode ser notado, primeiramente, na regulação que trata da promoção do desenvolvimento nacional sustentável como um novo paradigma orientador das compras públicas.

Assim, na instauração de processo de compra, caberia ao gestor público, na tomada de decisão, questionar quais produtos e/ou serviços causam menor impacto sobre o meio ambiente, levando-se em conta, por exemplo, o menor consumo de matéria-prima e de energia, a possibilidade de reciclagem, de reutilização e de descarte de materiais.

Desse modo, assumir postura sociambientalmente diferenciada pode significar para o empresário disputar o mercado público em situação de vantagem competitiva.

O Estado, ao criar incentivos para o empresário que adota uma conduta socioambientalmente louvável, não o obriga a tomá-la, mas cria novas possibilidades de escolha e incentiva a tomada daquela que melhor atende ao interesse social, na promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

O intuito desta pesquisa é identificar se a teoria do Paternalismo Libertário serve como teoria justificante da atividade de fomento indireto, bem como fundamento da atividade estatal nesse novo modelo de certame licitatório.

Para tanto, foi utilizada metodologia de pesquisa bibliográfica e método dedutivo de avaliação.

Objetivou-se delinear se a atividade estatal de fomento, especificamente de fomento indireto, coaduna-se com a teoria desenvolvida por Cass Sunstein e Richard Thaler nominada “Paternalismo Libertário”, teoria esta que se propõe como terceira via para a intervenção estatal. Para tanto, perquiriu-se primeiramente sobre a novel finalidade da licitação pública introduzida pela Lei 12.349/2010, qual seja a de promoção, por meio do certame licitatório e do contrato resultante, do desenvolvimento nacional sustentável. A seguir, buscou-se identificar o direito ao desenvolvimento enquanto direito fundamental, para posteriormente tratar da atividade estatal de fomento, especialmente indireto, identificando sua capacidade de induzir comportamentos dos particulares. Por fim, fora investigado se a teoria do paternalismo libertário pode ser uma teoria justificante da atuação de fomento indireto.

2 A licitação pública e sua função social

A licitação pública está insculpida no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal brasileira, da qual se extrai que, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento de obrigações.

Fato é que, conforme o *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, para contratações administrativas dever-se-á adotar a licitação pública como instrumento para tal, observando-se suas finalidades. A primeira,

¹ Nesse sentido, Célia Cunha Mello trata da vontade do sujeito fomentado que pode ser direcionada a partir da criação de vantagens ou desvantagens indiretas. MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 89.

de buscar selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, ou seja, qualquer licitação deve objetivar a maior vantagem juridicamente admissível para cada situação. A segunda, de garantir a isonomia entre os concorrentes.

Com o advento da Lei n.º 12.349/2010, resultado da conversão da Medida Provisória n.º 495/2010, ampliou-se para três as finalidades da licitação pública. Isso porque o artigo 3º da Lei Geral das Licitações e Contratos Administrativos, Lei n.º 8.666/93, passou a ter a seguinte redação:

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.

Ou seja, a Lei n.º 12.349/2010 introduziu na Lei n.º 8.666/93 modificações que abrem novo ciclo para a gestão dos contratos públicos ao apresentar, como cláusula geral obrigatória, a finalidade de se buscar o desenvolvimento nacional sustentável.

Para Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti, as repercussões dessa cláusula sobre as várias fases do processo administrativo das contratações de compras, obras, serviços e alienações se prognosticam intensas, em extensão e profundidade. Serão por ela alcançadas a especificação de materiais e produtos, a elaboração de projetos básicos de obras e serviços, a estimativa de preços de mercado, a definição dos critérios de julgamento de propostas, o exercício do juízo de aceitabilidade de preços, a análise de impugnações a atos convocatórios de licitações, o julgamento de recursos administrativos, a adjudicação do objeto e a homologação do procedimento competitivo.²

Destarte, para Daniel Ferreira, é o desenvolvimento nacional sustentável que passa a exigir toda a atenção e estudo, ao passo que ainda são poucos os gestores públicos que compreendem tudo aquilo que está contido nessa expressão. Indaga-se, portanto, quantos estão realmente aptos a cumprir a lei e, de fato, dar cumprimento ao comando legal de persecução do desenvolvimento nacional sustentável por meio de licitações e de contratações administrativas.³

A função social da licitação pública depende da análise do seu objeto e do objeto do contrato administrativo que dela decorre.

A licitação tem por objeto selecionar a proposta mais vantajosa, garantindo-se isonomia, e perseguindo o desenvolvimento nacional sustentável. Por outro lado, o contrato administrativo decorrente desse processo tem por objeto a realização da proposta classificada em primeiro lugar.

Daniel Ferreira sustenta uma finalidade material adicional, extraordinária, da licitação, e mesmo da contratação, no sentido de satisfação indireta e mediata de outros interesses também reconhecidos como relevantes pelo Direito, mas que em nada se confundem com aqueles direta e imediatamente imbricados com o objeto licitado ou contratado, como o fomento estatal ao microempendedorismo ou a preservação do meio ambiente para as futuras gerações, dentre outras.⁴

Segue Daniel Ferreira:

2 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 369.

3 FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 33.

4 FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 35.

[...] não faz sentido algum referir a garantia da seleção da proposta mais vantajosa *para a Administração* como sendo uma das finalidades legais da licitação. É necessário compreender que a vantajosidade [...] deve se revelar pelo interesse a ser satisfeito, seja ele público primário ou secundário.⁵

Conceituar interesse público, sob qualquer que seja a perspectiva, parece esforço demasiadamente hercúleo. De início, parte-se da premissa que interesse público, majoritariamente na doutrina jurídica, ainda é tido como conceito indeterminado, tendo já sido concebido como resultante da convergência de interesses privados ou ainda como sinônimo do interesse das majorias.⁶ Tais definições, contudo, não se apresentam com a abrangência necessária para demonstrar a formatação nuclear de seu conceito.

Marçal Justen Filho faz uma abordagem preliminar ao tema dizendo que a expressão “interesse público”, como outrora compreendido, elimina a possibilidade de crítica, imuniza as decisões do Estado e permite que o governante aja do jeito que lhe melhor aprouver, sem a possibilidade de se comprovar se aquela atuação efetivamente se dá no que mais compatível com a democracia e com a conveniência coletiva.⁷

Em razão da indefinição sempre presente do conceito de interesse público, após muito tempo, parte da doutrina entendeu por emprestar à expressão interesse público a sinonímia de finalidade do Estado, dos objetivos estatais na implementação de direitos fundamentais.⁸

Essa mudança é percebida por Marçal Justen Filho, quando pretenda a substituição de interesse público, na esfera do Direito Público, pela noção de interesses coletivos, sustentando que o regime jurídico de Direito Público consiste no conjunto de normas jurídicas que disciplinam o desempenho de atividades e de organizações de interesse coletivo, vinculadas direta ou indiretamente à realização de direitos fundamentais, caracterizado pela ausência de disponibilidade e pela vinculação à satisfação de determinados fins.⁹

Celso Antônio Bandeira de Mello, árduo defensor da supremacia do interesse público sobre o privado, sustenta que

[...] de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público, proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos ou resguardados.¹⁰

Depreende-se da corrente de pensamento da supremacia do interesse público uma privilegiada posição da Administração Pública ao passo que sua finalidade precípua é buscar a consecução do interesse público – cujos alcance e conteúdo são muitas vezes pela própria Administração delimitados – sobrepujando interesses privados. Mostra-se, pois, cristalina sua posição de superioridade em relação aos particulares.

Porém, essas concepções clássicas de interesse público, que têm justificado as mais drásticas ingerências sobre o particular, vêm sendo paulatinamente suplantadas por definições mais modernas voltadas que buscam fundamentar o estabelecimento de comportamentos de cooperação entre Estado e particulares, culminando com uma relação menos verticalizada, sobretudo sem a imposição de instrumentos jurídicos repressivos e coercitivos. Isto é, sem instrumentos tipicamente de comando e controle estatal.

5 FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 35.

6 BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Forum, 2007. p. 121.

7 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 41.

8 BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Forum, 2007. p. 137.

9 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 42-43.

10 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 60.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em contrapartida, e mais ajustada aos clamores atuais da sociedade, aduz que interesses públicos são metaindividuais e abrangem diversas modalidades: o interesse geral, afeto à toda a sociedade; o interesse difuso, pertinente a um grupo de pessoas caracterizados pela indeterminação ou pela indivisibilidade; e os interesses coletivos, que dizem respeito a um grupo de pessoas determinadas ou determináveis.¹¹

Com base nisso, observa-se que a finalidade material ordinária de uma licitação pode ser atendida mediante a satisfação potencial de um interesse público.

Contudo, a função social se revela como um plus à viabilização ou mesmo à própria satisfação da necessidade administrativa ou coletiva, passando a irradiar efeitos favoráveis para sujeitos e em outras direções em princípio estranhos ao objeto licitado e contratado.

A função social, como diz Daniel Ferreira, rompe com a neutralidade administrativa de praxe na fixação do objeto da licitação, do rol de potenciais licitantes e/ou dos ganhos diretos e imediatos com a eventual contratação. Ela revela externalidades positivas para a licitação, para a contratação administrativa e, às vezes, para ambas.¹²

Observa-se que, durante todo o século XX, criou-se uma ideia de que o Estado, por meio da regulamentação de determinados setores da economia, conseguiria corrigir todas as falhas de mercado, fundamentalmente por meio de intervenção direta do Estado na economia, com a criação ou majoração de tributos, controle sobre preços e propriedade privada, dentre outros. Viu-se, durante o período, aumentos regulares nos orçamentos dos governos, criação de agências reguladoras e equipes de legisladores.¹³

Não se pode cogitar, todavia, de uma total ausência de controle estatal. De fato que a interferência do Estado na economia se faz necessária. Mas mais que isso, faz-se necessário definir acerca de que forma, intensidade e extensão, o Estado deve intervir em cada setor da economia.

As transformações no modelo de Estado reclamam novo fundamento de legitimidade para sua atuação interventiva, embora a intervenção pública desempenhe até hoje papel crucial no comportamento de atividades privadas, em razão, por exemplo, da demanda por bem-estar social e por políticas distributivas.

O Direito organiza os setores privados, mantendo-os funcionando de forma eficiente, assumindo função propositiva, utilizando a própria estrutura do mercado, sujeitos econômicos e os seus interesses para o alcance de objetivos e metas socioambientalmente desejáveis.

Em algumas atividades e setores, o modelo de regulação que se pretende implementar, ao invés de impor determinados padrões, objetiva induzir o comportamento do mercado e de seus agentes à prática de ações socioambientalmente desejáveis, utilizando-se de mecanismos de coordenação estratégica de interesses, podendo revelar-se mais eficaz que o método coercitivo impositivo usual, fato que a mera imposição de diretivas pode dificultar a sua aceitação pelos particulares, ou ser tão rigorosa que venha a prejudicar a atividade econômica, sendo impraticável ou de difícil cumprimento, conquanto um paradigma menos invasivo pode ser mais eficaz, preservando a liberdade individual, criando sistemas de incentivo que atraiam o particular a colaborar.

Nesse diapasão que a licitação pública revela-se um relevante instrumento de fomento para atividades e resultados socioambientalmente benevolentes, na exata medida em que vem de encontro com a racionalidade individual, cujo pressuposto são interesses meramente egoísticos, almejando metas coletivas.

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 873.

12 FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 37-38.

13 MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. *Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia*. Tradução de Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003. p. 63.

É uma das formas de fomento é a utilização, por parte do Estado, de seu poder de compra, atuando como sujeito econômico, na simples condição de cliente-comprador, com o objetivo de estimular determinados comportamentos empresariais e de mercado na esteira da promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Mas a função social da licitação e da contratação administrativa pode ir muito além, ao expressar sua dimensão macroeconômica, de modelar o mercado, sem que o Estado tenha que fazer uso de sua autoridade, impondo obrigações e proibições, e ameaçando de imposição de sanções pelo seu descumprimento reprovável.

Ou seja, como aduz Daniel Ferreira, a licitações e a as contratações públicas podem servir de estímulo para a adaptação voluntária da indústria, do comércio e da prestação de serviços, provocando comportamento desses agentes que atenda aos parâmetros tidos como necessários à satisfação dos interesses públicos gerais, com vistas à promoção do desenvolvimento nacional sustentável.¹⁴

A noção de desenvolvimento sustentável engloba as mais relevantes expressões da função social em matéria de licitações e de contratos administrativos. Vejamos, então, do que se trata o desenvolvimento sustentável pretendido.

3 Direito ao desenvolvimento sustentável

Desenvolvimento e crescimento econômico não são sinônimos. De acordo com Luis Carlos Bresser Pereira, “o desenvolvimento é um processo de transformação econômica, política e social, através da qual o crescimento do padrão de vida da população tende a tornar-se automático e autônomo”.¹⁵

Logo, não se pode falar apenas desenvolvimento econômico, ou social, ou político etc., ao passo que é sempre indispensável buscar convergência de todos os aspectos da realidade, considerando-se a situação de uma determinada sociedade.

A palavra “crescimento” abrange todas as formas de progresso econômico, quer respeitem a economias evoluídas, quer respeitem a países menos desenvolvidos. Implica sempre em transformações estruturais, havendo apenas países em fases de desenvolvimento diferentes e com diversas estruturas econômicas, sociais e políticas. O crescimento traduz-se pelo incremento, a longo prazo, da população e do produto per capita.

Mas como alerta Carla Abrantkoski Rister, o crescimento se expressa mediante mudanças quantitativas, e que não redundam necessariamente em melhorias na qualidade de vida da população. O desenvolvimento, por sua vez, consiste em um processo de mudança estrutural e qualitativa da realidade socioeconômica, pressupondo alterações de fundo que irão conferir a tal processo a característica da sustentabilidade, entendida esta como a capacidade de manutenção das condições de melhoria econômica e social e de continuidade do processo.¹⁶

Demais disso, Amartya Sen chama atenção para o fato de que:

[...] os fins e os meios do desenvolvimento requerem análise e exame minuciosos para uma compreensão mais plena do processo de desenvolvimento; é sem dúvida inadequado adotar como nosso objetivo básico apenas a maximização da renda ou da riqueza, que é, como observou Aristóteles “meramente útil em proveito de alguma outra coisa.” Pela mesma razão, o crescimento econômico não pode sensatamente ser considerado um fim em si mesmo. O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as

14 FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 45.

15 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Desenvolvimento e crise no Brasil*. 7. ed. Brasília: Brasiliense, 1977. p. 21.

16 RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 36.

liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo.¹⁷

Mas desenvolvimento requer constância e viabilidade para o futuro, ao passo que sem isso estar-se-ia diante de um mito de crescimento econômico, mesmo que atrelado a vantagens ambientais e sociais. Isso porque pensar em desenvolvimento é, antes de mais nada, pensar em distribuição de renda, prestação eficiente de saúde e educação, defesa do meio ambiente, proteção da liberdade, dentre outras situações que direta ou indiretamente afetem a qualidade de vida e bem-estar das pessoas.

Outrossim, o desenvolvimento entendido como socioambientalmente viável, além de satisfazer as necessidades imediatas de uma sociedade e de seu crescimento, associa esta intenção com o não comprometimento da qualidade de vida das gerações futuras.

É justamente esse patente reconhecimento que impõe a todos os atores sociais, em especial à Administração Pública, a tomada de medidas efetivas no sentido de concretização do direito fundamental ora tratado.

Em síntese, o desenvolvimento, para ser assim reconhecido, reclama sustentabilidade e, além disso, consideração da sua natureza pluridimensional.

Manoel Messias Peixinho e Suzani Andrade Ferraro sustentam, ainda, que o:

[...] direito ao desenvolvimento nacional é norma jurídica constitucional de caráter fundamental, provida de eficácia imediata e impositiva sobre todos os poderes do Estado e, nesta direção, não pode se furtar a agir de acordo com as respectivas esferas de competência, sempre na busca da implementação de ações e medidas de ordem política, jurídica ou irradiadora que almejam a consecução daquele objetivo fundamental.¹⁸

O direito ao desenvolvimento é também reconhecido internacionalmente, especialmente com a “Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento” (adotada na Resolução n.º 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas), de 1986.

O direito ao desenvolvimento no Brasil constitui direito de terceira geração, direito de solidariedade. A Constituição brasileira de 1988 referencia o desenvolvimento no próprio preâmbulo ao enunciar que o Estado democrático brasileiro, que se institui a partir desta Carta, está compromissado, dentre outros fins, a assegurar o desenvolvimento da sociedade brasileira.

Nesse sentido, Melina Girardi Fachin ensina que:

As obrigações que nascem ao Estado, a partir da assunção desse direito como fundamental, são de ordem positiva e negativa. Não se circunscreve apenas à abscisão de empecilhos ao desenvolvimento, mas também ações concretas de promoção progressiva e crescente do desenvolvimento com o máximo de recursos disponíveis. Existem, destarte, face ao direito ao desenvolvimento, deveres positivos e negativos do estado e da comunidade na qual este direito está inserido, com fundamento na solidariedade constitucional.¹⁹

O direito ao desenvolvimento nacional é norma jurídica constitucional de caráter fundamental, provida de eficácia imediata e impositiva sobre todos os poderes do Estado e, nessa direção, não pode se

17 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 28-29.

18 PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao desenvolvimento como direito fundamental. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, Belo Horizonte, 16., 2007. Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Fundação Boiteux, 2007. p. 6963. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2013.

19 FACHIN, Melina Girardi. Direito fundamental ao desenvolvimento – uma possível ressignificação entre a Constituição Brasileira e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 195-196.

furtar a agir de acordo com as respectivas esferas de competência, sempre na busca da implementação de ações e medidas de ordem política, jurídica ou irradiadora que almejam a consecução daquele objetivo fundamental.

A função da qualificadora “nacional” na expressão “desenvolvimento sustentável”, na novel redação do artigo 3º da Lei n.º 8.666/93, está em compatibilizá-la com as políticas públicas constitucionais, que, conquanto se refiram ao desenvolvimento econômico nacional, por evidente que não arredam o exercício das competências estaduais, distritais e municipais do dever de promover o desenvolvimento do país, com o fim de elevar a qualidade de vida de população, em que quer que se encontre no território nacional. O fundamento último desse desenvolvimento e dessa qualidade reside na dignidade da pessoa humana, com compromisso da promoção do bem de todos, sem preconceito de qualquer índole.

Nem se justificaria que a nova cláusula geral desprezasse a contribuição do poder de compra dos poderes públicos das várias esferas federativas, todas autônomas entre si, como instrumento de fomento do mercado interno, em qualquer de seus âmbitos.

É nesse espaço, portanto, que as políticas públicas e, em especial, a atividade administrativa de fomento ganham renovado valor, como afirma Daniel Ferreira, especialmente porque:

[...] as determinações constitucionais não se dirigem à efetivação (direta e imediata) do desenvolvimento nacional pelo Estado, apenas. Em várias oportunidades a Constituição indica deveres atribuídos aos legisladores e aos gestores públicos no sentido de estimular o desenvolvimento nacional. Fica claro, portanto, que o desenvolvimento do Brasil, no ideário do Constituinte, revela-se como um processo compartilhado pela sociedade com o Estado, e que a este incumbe, por diversas formas, fomentar as ações privadas afirmativas desse desiderato, tendo destacado algumas desde logo. Todavia, a revelação das situações valoradas na Lei das leis não descarta que outras (leis) venham a exprimir equivalentes atribuições, aliás, como a hodiernamente imposta pela Lei n.º 8.666/93, atualizada pela lei n.º 12.349/2010.²⁰

Contudo, antes de se adentrar no tema fomento, deve ser examinada a razão da sustentabilidade como finalidade dos certames licitatórios.

A razão de ser do objetivo da sustentabilidade, para Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti, parece evidente: comprometer as licitações e contratações com os princípios e normas de proteção ambiental, igualmente guinados a *status* de política pública constitucional, com realce, tratando-se de obras, serviços e compras governamentais, para assegurar meio ambiente ecologicamente equilibrado.²¹

Mas não apenas isso. O desenvolvimento pretendido deve ser triplamente sustentável, nos vieses econômico, ambiental e social. Ao desenvolvimento se reserva papel especial, qual seja o de conferir à sustentabilidade o tom de avanço, enquanto sustentabilidade econômica pressupõe a necessidade de consideração de eficiência mínima dos sistemas econômicos, no esforço de assegurar, de forma contínua, o aumento do PIB, culminando em benefícios sociais. A sustentabilidade social funda-se em valores de democracia e de equidade e aumenta continuamente a capacidade das pessoas de fazerem e ser aquilo que tem razão em valorizar. A sustentabilidade ambiental está ligada à promoção e manutenção do ambiente equilibrado. Por isso, o termo desenvolvimento sustentável é aparentemente uma redundância, pois um termo, necessariamente, pressupõe o outro.²²

20 FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 63-64.

21 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 373.

22 FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 52-55.

4 A atividade de fomento

A Constituição Federal estabeleceu, no *caput* do art. 174, a função do Estado como agente normativo regulador da atividade econômica.

No dizer de Célia Cunha Mello, “o Estado, na condição de agente normativo e regulador da atividade econômica, exerce as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, limitando ou estimulando a ação dos sujeitos econômicos.”²³

Dentro desse contexto, passou-se a reclamar atuação estimuladora, consciente e responsável das empresas e dos indivíduos na sociedade a partir de uma leitura dos reflexos da atuação estatal.

É tarefa do Estado, portanto, na condição de agente regulador, identificar no mercado as externalidades e controlá-las por meio de políticas públicas, impulsionando-as quando positivas e forçando sua internalização quando negativas.

Diogo Figueiredo Moreira Neto afirma que a atividade administrativa de fomento desponta direcionamento não coercitivo do Estado à sociedade, em estímulo das atividades privadas de interesse público. É uma atividade que se sistematiza e ganha consistência acoplada ao planejamento dispositivo. Para ele, é inegável que o fomento público, conduzido com liberdade de opção, tem elevado alcance pedagógico e integrador, podendo ser considerado, para um futuro ainda longínquo, a atividade mais importante e mais nobre do Estado.²⁴

Carlos Ari Sundfeld aduz que “à administração fomentadora corresponde a função de induzir, mediante estímulos e incentivos – prescindindo, portanto, de instrumentos imperativos, cogentes – os particulares a adotarem certos comportamentos”.²⁵

Pode-se dizer que a Administração Fomentadora consubstancia-se em atuação administrativa do Estado, estando, assim, inserida no sistema de normas e princípios que informam a atividade estatal administrativa. Sujeita-se, em síntese, ao Princípio da Legalidade, age independentemente de provocação, seus atos e decisões não são dotados de imutabilidade, pois podem ser reexaminados pelo Poder Judiciário, na medida em que a Constituição Federal prevê a inafastabilidade do Judiciário.

O que caracteriza o exercício da função administrativa de fomento é, notadamente, a não-utilização do aparato estatal repressivo da coação. O Estado retira sua veste autoritária e imperativa quando desempenha o seu papel promocional e estimulador do fomento público.

A atividade administrativa de fomento é o objeto médio que coaduna a atuação individual para superar e colaborar com o processo que se considera de utilidade geral. Essa atividade pode atender a distintas classes de fins; assim, pode ser para a ordem cultura, econômica ou social. A ação administrativa de fomento tem como missão a canalização de recursos para certas atividades, no sentido de colocá-las em situação mais favorecida do que aquela que resultaria de uma livre dinâmica das relações econômicas, culturais e sociais.²⁶

A atuação do Estado voltada a incentivar o comportamento do homem ocorre, basicamente, em duas circunstâncias, segundo Célia Cunha Mello: para realizar coisa socialmente desejada ou para impedir o advento de coisa socialmente repelida. A finalidade perseguida é sempre a mesma, convencer para que se faça ou deixe de fazer algo.²⁷

23 MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 12.

24 MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 45.

25 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 16.

26 MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 84-85.

27 MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 88.

Ainda, são meios positivos os que conferem prestações, bens ou vantagens, visando facilitar indiretamente a realização de coisa socialmente desejada, e negativos os que constituem obstáculos ou cargas tendentes a dificultar indiretamente as atividades contrárias às que se quer promover ou incentivar.²⁸

Portanto, se trata de fomento público a atuação estatal por indução, convencendo o agente fomentado a agir da maneira considerada mais vantajosa para a administração, com vistas ao interesse público e, no caso das licitações e contratações administrativas, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

E justamente nesse contexto insere-se a licitação como relevante instrumento de fomento a atividades e resultados socialmente benéficos, na medida em que vem sendo crescentemente incluída em sistema mais complexo de coordenação entre a racionalidade individual e metas coletivas, ao passo que induz o comportamento dos agentes econômicos que têm interesse na contratação com o Estado, dado seu elevado poder de compra.

Contudo, interessante observar a classificação trazida por Célia Cunha Mello acerca do fomento quanto às vantagens concedidas. Em especial, aquela atuação por meios psicológicos.

Salienta a autora que a finalidade preseguida pela atividade de fomento pode ser atingida empregando-se meios psicológicos, capazes de persuadir, suggestionar e induzir opiniões, atitudes e valores. Admite-se, pois, a inclusão de meios psicológicos dentro da categoria de fomento público por meio de medidas psicológicas quando os sujeitos fomentados são estimulados a fazerem aquilo que convém ao Poder Público.²⁹

A atividade administrativa de fomento, para Silvio Luis Ferreira da Rocha, caracteriza-se por algumas notas. O fomento é atividade administrativa, e como tal, é levado a cabo pela Administração Pública com o propósito de alcançar determinados fins, que lhe são próprios. Tais finalidades são de interesse público e se referem à satisfação das necessidades coletivas e à obtenção dos fins do Estado. A atividade administrativa de fomento, contudo, não procura alcançar direta e imediatamente tais fins, mas procura que esses fins sejam satisfeitos pela atividade dos particulares, mediante a proteção e a promoção dessas atividades com o emprego de diferentes meios, excluída qualquer forma de intervenção coativa. A atividade dos particulares é prestada por própria decusão destes, que aparecem, assim, como colaboradores da Administração Pública em razão de uma participação voluntária.³⁰

5 O paternalismo libertário como terceira via – similitude com a atividade de fomento

O paternalismo libertário é uma teoria proposta por Richard Thaler e Cass Sunstein em sua obra conjunta intitulada “Nudge: o empurrão para a escolha certa”. Dizem os autores que o aspecto libertário de sua estratégia consiste na insistência clara de que, em geral, as pessoas devem ser livres para fazer o que quiserem – e ter a opção de sair de arranjos indesejáveis se assim o quiserem. O aspecto paternalista reside na afirmação de que é legítimo que os arquitetos de escolhas tentem influenciar o comportamento das pessoas a fim de tornar sua vida mais longa, saudável e melhor.³¹

O arquiteto de escolhas é aquele que tem a responsabilidade de organizar o contexto no qual as pessoas tomam decisões. Pode ser um médico ao prescrever determinado tratamento, um vendedor tentando convencer o consumidor a adquirir um ou outro produto ou serviço, ou até mesmo o Estado na formulação de leis e de políticas públicas.³²

28 MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 88.

29 MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 91-92.

30 ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 20-21.

31 THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade*. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 5.

32 THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e*

Evidentemente que o que mais nos interessa é a atuação estatal enquanto arquiteto de escolhas, mormente na atividade de fomento, para a justa comparação da teoria proposta pelos autores à realidade atual da licitação pública brasileira.

O paternalismo libertário é um tipo de paternalismo relativamente fraco, brando e não intrusivo porque as escolhas não são bloqueadas, obstruídas ou significativamente sobrecarregadas. Se as pessoas quiserem fumar, comer um monte de doces ou não poupar, os paternalistas libertários não as forçarão para que mudem de comportamento. No entanto, a abordagem recomendada pelos autores conta como paternalista porque arquitetos de escolhas públicos e privados não estão simplesmente tentando rastrear ou implementar as previsões de escolhas das pessoas. Ao revés, estão conscientemente tentando guiar as pessoas em direções que irão melhorar a vida delas.

Logicamente, o paternalismo libertário fora pensado em vistas a pessoas naturais, na esteira da economia comportamental. Não podemos, simplesmente, dizer que as pessoas jurídicas são formadas por pessoas naturais e que por isso seria de plano uma teoria justificante para a atividade de fomento estatal, isso porque as pessoas jurídicas não são dotadas de vontade própria, são necessariamente apresentadas por pessoas, que fazem frequentemente seu juízo pautados em pura racionalidade e visando algum benefício (em regra) econômico.

Todavia, os próprios autores fazem uma ressalva acerca da aplicação de sua teoria. Dizem eles que “empresas privadas que querem ganhar dinheiro e fazer o bem podem até se beneficiar de cutucadas ambientais, ajudando a reduzir a poluição atmosférica (e a emissão de gases de efeito estufa).³³

Em se tratando de mercados, os autores afirmam que estes são povoados por pessoas comuns, que cometem erros e que tomam decisões ruins. A solução para a promoção do bem-estar das pessoas não seria necessariamente uma limitação das atividades potencialmente nocivas, ou exploratórias, mas seria a indução de comportamentos.³⁴

Aparentemente, a indução de comportamentos muito tem a ver com a atividade de fomento, ao passo que o Estado não se utiliza de seu poder coercitivo para impor determinada conduta ou suprimir determinada atividade, mas estimula as atividades que sejam positivas, que realizem as finalidades do Estado, com vistas no interesse público.

A sugestão dos autores para uma regulação estatal de atividade econômica limitar-se-ia a obrigar as empresas a divulgar expressamente os preços praticados, fazendo com que o consumidor realize a melhor escolha, baseado em sua potencial satisfação a partir de uma verificação do resultado da relação custo-benefício, ou eventualmente pela percepção de determinados incentivos dados.³⁵

Todavia, os autores não confrontaram a seguinte possibilidade: o incentivo que o Estado dá enquanto consumidor, pagando preço alto por um produto de maior qualidade e que cuja produção promova desenvolvimento socioambiental responsável.

Parece que essa interferência estatal no mercado pode ser considerada uma atuação de paternalismo libertário, ao passo que há a vinculação da pessoa contratante às condições impostas pela Administração – com vistas à realização da função social da licitação e do contrato – mas não há nem a obrigatoriedade de a empresa tomar determinado comportamento, salvo se quiser contratar com a Administração, nem

felicidade. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 5.

33 THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade*. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 6.

34 THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade*. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 85.

35 THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade*. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 100-105.

de deixar de praticar determinada conduta socioambientalmente reprovável, pois a única consequência é a impossibilitação de contratar com o Poder Público e se beneficiar de seu amplo poder de compra.

Os autores propuseram o paternalismo libertário como uma terceira via, solução para apaziguar os ânimos entre democratas e republicanos, trazendo um meio-termo entre a vontade de um mercado livre e o clamor de uma planificação econômica. Isso porque os mercados livres dependem do governo para a garantia da realização dos contratos e da propriedade privada. Em contrapartida, os governos são muito falíveis e, para os autores, os mercados devem sempre ser recrutados para tratar de questões complexas como proteção ambiental e planejamento de aposentadoria. Na verdade, algumas das melhores orientações de escolhas usam os mercados; uma boa arquitetura de escolhas inclui muita atenção a incentivos.³⁶

É é nessa esteira que se pensa na atividade administrativa de fomento como uma forma de se recrutar o mercado – na verdade, induzir um comportamento empresarial que eventualmente pode se perpetrar mesmo que sem a contratação com o Poder Público – para a consecução das finalidades constitucionais, especialmente na promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

6 Considerações finais

O Estado utiliza a licitação como instrumento de fomento – ao integrar considerações ambientais e sociais em todos os estágios da contratação administrativa, beneficiando aqueles que atenderem a requisitos técnicos e de desempenho eleitos como relevantes – propicia a cooperação voluntária dos agentes privados no processo de desenvolvimento nacional, inclusive, direcionando, de forma consciente, as formas de produção e consumo. Relega-se, assim, à coerção papel secundário.

Em que pese a relevância das normas descritas enquanto instrumentos de indução de práticas de mercado desejáveis, se, de um lado, o processo de criação do Direito deve voltar-se para uma atuação estratégica, capaz de afetar as escolhas individuais, não se deve esquecer, de outro, das peculiaridades do entorno com que a política regulatória irá, em cada caso, interagir.

O mercado se apetrecha para a sustentabilidade como estratégia de redução de custos, não de elevação de preços. Cabe ao poder de compra do Estado incentivá-lo, incluindo em seus editais de licitação e termos de contratos as exigências que conformam produtos, materiais, serviços e obras aos requisitos da sustentabilidade.

Apesar de ainda incipientes, os primeiros passos vêm sendo dados em direção a novas diretrizes regulatórias, voltadas para o estímulo à cooperação voluntária e para a inserção da solidariedade no âmbito do Direito, prometendo futuro de superação de modelos repressivos que, muitas vezes, em razão do seu rigor, distanciam-se das finalidades sociais em jogo. Mas, justamente pela novidade do tema, sua aplicação, com destaque para o âmbito da atividade licitatória, impõe que as escolhas do administrador sejam cautelosas para que não sejam gerados efeitos empíricos reversos dos originalmente propostos pelas medidas de incentivo.

Nota-se que, em determinadas atividades e setores, o modelo de regulação que procura, ao invés de impor determinados padrões, induzir o comportamento do mercado em direção a práticas socialmente desejáveis, lançando mão de mecanismos de coordenação estratégica de interesses, pode revelar-se mais eficaz. De fato, a mera imposição de diretivas pode dificultar sua aceitação ou ser tão rigorosa a ponto de se tornar impraticável ou de difícil observância, enquanto que modelos menos invasivos são capazes de preservar, na maior medida possível, a liberdade de escolha, estabelecendo sistemas de incentivo que chamem o particular a colaborar.

36 THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade*. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 275-276.

Aparentemente, o que se está a fazer é, *mutatis mutandis*, exatamente aquilo que proposto por Richard Thaler e Cass Sunstein, na perspectiva do paternalismo libertário, de promoção e incentivo de escolhas melhores – entendidas não apenas na ótica estatal, mas com o viés de promoção de desenvolvimento – para aqueles que pretendem contratar com o poder público.

E justamente nesse contexto insere-se a licitação como relevante instrumento de fomento a atividades e resultados socialmente benéficos, na persecução de sua novel função social, de promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Referências

- BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Forum, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FACHIN, Melina Girardi. Direito fundamental ao desenvolvimento – uma possível ressignificação entre a Constituição Brasileira e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- MELLO, Celso Antônio bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. *Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia*. Tradução de Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 45.
- PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao desenvolvimento como direito fundamental. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2007, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Fundação Boiteux, 2007. p. 6963. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2013.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Desenvolvimento e crise no Brasil*. 7. ed. Brasília: Editora Brasiliense, 1977.
- RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e conseqüências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade*. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br

Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.