

O caráter de legislação simbólica nas licitações inclusivas na lei geral de licitações

The regime of exemption of legal rights in the inclusive biddings in the general law of licitations

Mozart Silveira¹

RESUMO: O presente artigo propõe-se a analisar, dentre os instrumentos jurídicos nacionais e internacionais, em especial Estatuto da Pessoa com Deficiência e na lei 8.666/93 o conceito e as aplicabilidades no direito nacional das licitações inclusivas. Então, faz-se necessário entender a concepção atual de direitos fundamentais e a sua relação próxima com o princípio da dignidade humana, bem como a evolução do conceito de pessoa com deficiência. Após isso, faz-se um estudo de como se dão as licitações sustentáveis na sistemática nacional e a análise dessas políticas públicas sob a ótica dos conceitos de legislação simbólica.

Palavras-chave: Estatuto da Pessoa com Deficiência. Dignidade humana. Políticas públicas. Licitações inclusivas. Legislação simbólica.

Abstract: The purpose of this article is to analyze, among the instruments of the the national legislation and the international legal order, especially the Persons with Disabilities Act and Law 8666/93, the concept and applicability in national law of inclusive bids. To do this, it is necessary to understand the current conception of fundamental rights and their close relation with the principle of human dignity, as well as the evolution of the concept of disabled person. After that, the study is made of how sustainable bids are given in the systematic homeland and the analysis of these public policies from the point of view of the concepts of symbolic legislation.

Keywords: Statute of the Person with Disabilities. Human dignity. Public policy. Inclusive bids. Symbolic legislation.

SUMÁRIO: Introdução - 1 Direitos Humanos ou direitos Fundamentais - 2 Princípios e direitos fundamentais – a dignidade humana e os riscos de sua banalização – 3. Dignidade na proteção das pessoas com deficiência: o novo conceito legal - 4. Licitações inclusivas: garantia de direitos ou simples simbologia? - Considerações Finais - Referências

INTRODUÇÃO

De acordo com dados do IBGE, cerca de 6,2% da população brasileira possui algum tipo de deficiência. A pesquisa considerou quatro tipos de deficiência: auditiva, visual, física e intelectual (OLIVEIRA, 2012). Esse contingente populacional sofre constantemente com

¹ Graduado em Direito (2010) pela UFPA, com especialização em Direito Tributário, pela UNIDERP (2012) e mestrado em Planejamento do Desenvolvimento (2013), pela UFPA. Doutorando em Planejamento do Desenvolvimento, pela UFPA. Servidor Público Estadual.

contratempos de diversas ordens, sejam barreiras físicas, preconceitos nos ambientes familiares e no mercado de trabalho.

Conforme o pensamento renascentista, a cosmovisão sobre a dignidade humana repousa sobre a autonomia individual, ou seja, na capacidade de o ser humano fazer escolhas sobre os rumos de sua vida. Essa característica seria um atributo de todas as pessoas. Contudo, essa autonomia encontra-se viciada quando não é possível para as pessoas com deficiência realizarem certos atos hodiernos, pelas mais diversas falhas na sociedade em garantir autonomia deles.

O Estado possui parcela significativa de culpa nessa equação, pois garantir os direitos de todos é uma condição indelével do estado democrático de direito. Mais que isso, a dignidade humana é fundamento de nossa Constituição Federal (BRASIL, 2018), por isso são necessárias políticas institucionais para garantir o equilíbrio social.

Aqui, tentaremos utilizar mais o termo políticas institucionais, pois, ainda que existam entendimentos no sentido de que o termo políticas públicas é uma denominação polissêmica que pode designar não apenas a política do Estado, mas a política para todos (MASSA-ARZABE et al., 2001), trata-se de uma denominação que não é unânime.

Desse modo, as políticas institucionais serão entendidas como políticas voltadas para o avanço de objetivos coletivos, de aprimoramento da sociedade e de coesão social, mas relacionados, de alguma forma, com os objetivos do Estado como Administração Pública, ou seja, a finalidade pública.

Percebe-se que o que dá unidade à política é a sua finalidade. Políticas institucionais podem possuir um caráter relacionado às políticas públicas em sentido mais amplo, uma vez que ela “aparece, antes de tudo, como atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado” (COMPARATO, 1997, p. 45). Isso ocorre de tal forma que um único programa não chega a caracterizar uma política pública, fazendo-se necessário um conjunto de programas articulados para a realização de um objetivo.

Então, de maneira objetiva, o presente trabalho entenderá como políticas institucionais, um conjunto de programas e ações promovidas pelo Estado, podem ter como fonte a administração direta ou indireta, sendo estáveis no tempo, racionalmente moldadas, avaliadas e implantadas com vista à garantia de direitos e objetivos sociais juridicamente relevantes (MASSA-ARZABE et al., 2001).

É nesse ponto que ganham destaque as licitações inclusivas que, sobre o pretexto de se tratar de uma política institucional, podem concretizar o aspecto extraeconômico das compras públicas e incentivar a contratação de pessoas com deficiência pelo mercado de trabalho.

O presente artigo investigará se as mudanças recentes na legislação, que buscam incentivar essa contratação de empresas inclusivas pelo poder público podem, de fato, auxiliar à busca pela garantia da dignidade da pessoa humana. Para isso, faz-se necessário primeiro determinar o marco teórico, que é baseado na teoria dos direitos fundamentais. Após isso, trata-se da dignidade humana, do seu tratamento na legislação pátria e de como a sua banalização pode acabar por inviabilizá-la. Feita essa análise, passa-se ao estudo do estatuto das pessoas com deficiência, mais especificamente nas suas modificações na lei de licitações para finalmente examinar se a licitação inclusiva é um conceito de real efetividade ou se enquadra em uma legislação simbólica.

1 DIREITOS HUMANOS OU DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 2004). Entende-se que esses direitos não são um dado, mas um construído, uma invenção em constante processo de construção e reconstrução. Para o bom entendimento da teoria dos direitos fundamentais, algumas considerações básicas devem ser explicitadas, principalmente no que diz respeito à terminologia.

Essa explicação se faz necessária pois, buscando uma sistematização, encontramos diversas denominações pouco científicas sobre o tema, dentre elas, temos as seguintes: “direitos do homem”, “direitos individuais”, “direitos humanos”, “direitos fundamentais”, “direitos fundamentais do homem”, “direitos da pessoa humana” e “direitos humanos fundamentais” (OLIVEIRA, 2000).

Comparato (1999) divide os conceitos, afirmando que os direitos fundamentais são os direitos humanos presentes no Estado como regra na Constituição de cada país, e os direitos humanos seriam os mesmos direitos, mas numa ótica internacionalista. Ou seja, a diferenciação que se dá é em escala geográfica e legal. Então, podemos dizer que os direitos humanos são aqueles essenciais para que todo ser humano seja tratado com a devida dignidade que lhe é inerente, das quais fazem jus todos os humanos. E, os direitos fundamentais, são os reconhecidos e protegidos com status de direito constitucional (SARLET, 2004).

Os direitos fundamentais, desde que foram reconhecidos pelas primeiras constituições, passaram por diversas transformações em seu conteúdo, em relação à sua titularidade, eficácia e efetivação. Comumente se fala na existência de três gerações de direitos humanos. Todavia, o termo “gerações” tem sofrido significativas críticas, pois passa a falsa impressão que uma geração venha a substituir a outra, por isso, a moderna doutrina tem entendido como mais

coerente chamar de dimensões dos direitos fundamentais (SARLET, 2004), posição esta que o presente artigo seguirá.

Nesse sentido, a teoria dimensional dos direitos fundamentais aponta para um caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais e, além disso, afirma a sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na atual linha do moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A teoria dos direitos fundamentais de primeira dimensão teve o fim de estabelecer os direitos individuais contra o poder opressor do Estado absolutista. A referida época fora marcada pelo Estado liberal, Estado esse em que a política econômica não agia nos negócios privados, pairando a influência da mão invisível do mercado.

Como exemplos de direitos fundamentais de primeira dimensão, podemos citar o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, à liberdade de religião e à participação política.

Bonavides, informa que os direitos fundamentais de primeira dimensão são os direitos civis e políticos, ou seja, os direitos relacionados ao constitucionalismo ocidental que, todavia, dada a sua relevância, ainda integram os catálogos das Constituições modernas, ou seja, uma prova da cumulatividade das dimensões (BONAVIDES, 2006).

Em meio ao século XIX, tiveram início as reações contra o Estado liberal, devido às suas graves consequências nos âmbitos econômicos e sociais. As grandes empresas evoluíram para verdadeiros impérios monopolistas que fulminavam as pequenas. Surgiu uma nova classe social o proletariado, que vivia em situações paupérrimas e com pouco estudo, tendendo a se alinhar frente ao.

Não há dúvidas de que o processo de industrialização é indutor, e que se pode colocar como induzidos os problemas relacionados ao crescimento e à planificação, além das questões referentes à cidade e ao desenvolvimento da realidade urbana, isso tudo como um fator importante, mas não único

Com o passar dos anos percebeu-se que a ausência do Estado estava fomentando desigualdades insuportáveis, pois, com o crescimento das cidades industriais, de um lado, classes ou frações de classes dominantes e possuidoras do capital acabavam por gerar não apenas o emprego econômico do capital, mas também a sociedade inteira, com o uso de parte das riquezas produzidas na arte, no conhecimento e na ideologia; ao passo que de outro extremo, encontravam-se classes dominadas, alienadas, e, de certo modo, expulsas da própria cidade.

Por isso, a visão do Estado mínimo foi-se tornando cada vez mais insustentável, e houve a necessidade de se buscar um Estado intervencionista, o denominado Estado Social (*welfare state*), com o principal objetivo de melhorar a vida e a qualidade de vida dos cidadãos, reduzindo, assim, as disparidades sociais.

Nesse contexto, ascendem os direitos fundamentais de segunda dimensão, que não negam o Estado, mas o exigem presentes para o fomento de políticas institucionais, tratando de direitos positivos, ou seja, obrigações de o Estado fazer, dentre esses direitos, podemos indicar os direitos à saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, assistência social, também em uma perspectiva não exaustiva, ou seja, não esgotando as possibilidades.

Então, não mais se presume que todos os homens são iguais, de acordo com os dizeres da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Cabe ao Estado, em sua nova concepção, a missão de buscar a tão bradada igualdade e, visando a esse fim, deve o Estado intervir na ordem econômica e social. A preocupação maior não é mais a liberdade, e sim a igualdade.

Tratando sobre o tema, Bonavides (2006, p. 517) entende que os direitos fundamentais de segunda dimensão

São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

A teoria evoluiu ao ponto de possuir outras dimensões dos direitos, como a terceira, que trata de direitos coletivos, além de outras, que não possuem um consenso acadêmico. Como o tema do artigo se relaciona com essa segunda dimensão de direitos humanos, não trataremos sobre a discussão das dimensões posteriores.

2 PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS – A DIGNIDADE HUMANA E OS RISCOS DE SUA BANALIZAÇÃO

Os direitos fundamentais são direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado, mas tal definição ainda não compreende o seu valor, apenas os localizam topograficamente no Direito. Não existe maneira de se conceituar de maneira imutável qual o conteúdo dos direitos fundamentais. Na busca dessa definição, seria possível formular teorias das mais variadas espécies, como teorias históricas que explicam o desenvolvimento dos direitos fundamentais, teorias filosóficas que se preocupam em esclarecer seus fundamentos, ou ainda teorias sociológicas que se preocupam com a

função dos direitos fundamentais no âmbito do sistema social, para citar apenas três exemplos (ALEXY, 2011).

Então, o ponto de partida para a definição é classificá-lo como o conjunto de direitos mínimos necessários à preservação da dignidade humana. Nesse diapasão, é importante ter-se em mente que todos os direitos fundamentais têm alguma ligação primordial com o princípio da dignidade humana, e devido a tal importância, o referido princípio deve ser estudado com cautela (SARLET, 2004).

Expressamente reconhecido na Constituição da República Federativa do Brasil, como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito (BRASIL, 2018), o constituinte reconheceu expressamente que o Estado vive em função da pessoa humana, e não o inverso, já que o homem constitui a finalidade, e não atividade meio do poder estatal. Dessa forma, não é nenhum exagero afirmar que tal princípio é o mais precioso valor da ordem jurídica brasileira.

Além do reconhecimento interno, tratados internacionais, como a Carta da Organização dos Estados Americanas, em seu art. 45, também tratam do princípio da dignidade humana de maneira pungente. Todavia, antes de avançar no tema, é necessária uma breve definição sobre o que se entende por princípios:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critérios para exata compreensão e inteligência deles, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos (MELLO, 2009, p. 53).

Um dos princípios elencados como de maior importância pelo constituinte é o da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a centralidade do princípio da dignidade humana é ponto comum na jurisprudência pátria, considerado um valor-fonte inclusive para as instâncias superiores de justiça. Todavia, a centralidade desse princípio não tem sido o suficiente para assegurar a efetividade dele (SARMENTO, 2016). Existe uma distância significativa entre discurso do texto constitucional e mesmo de diplomas internacionais para a prática cotidiana para as pessoas mais necessitadas. Pessoas continuam sendo diariamente violadas em sua dignidade, seja por humilhações em situações de preconceito por credo, religião e condição humana, o que claramente ocorre com os portadores de necessidades especiais.

Não bastasse a falta de eficácia social do princípio, há dificuldades também devido à ausência de consenso em relação ao seu conteúdo. São muito presentes situações em que a dignidade humana fora invocada por ambos os lados em discussões judiciais no Supremo Tribunal Federal, como no caso das células-tronco embrionárias (BRASIL, 2008) e na discussão sobre a interrupção gestacional de fetos anencéfalos (BRASIL, 2012).

Desse modo, a universalização indiscriminada da dignidade humana pode nos levar a graves consequências hermenêuticas. Mesmo com essas questões, a noção de dignidade possui interesses especiais em dois planos do direito: o da legitimação moral e o hermenêutico. Inicialmente, temos a dignidade como princípio legitimador do Estado, ao estabelecer que o Estado deve existir em razão das pessoas humanas, e não o contrário (SARMENTO, 2016).

Weber entende que a legitimidade do poder que caracterizam as sociedades modernas é a legal ou racional, com fundamento no cumprimento de regras feitas pela burocracia, independente do conteúdo dessas normas (WEBER, 1998). Contudo, após o holocausto nazista, não se pode mais fundamentar a legitimidade do poder na mera forma jurídica ou mesmo em doutrinas metafísicas ou religiosas.

Então, a legitimidade do Estado e da própria ordem jurídica deve ser amparada em duas ideias fundamentais: democracia e respeito aos direitos humanos. Embora nenhuma das duas ideias se confunde com dignidade humana, as duas possuem embasamento semelhante à dignidade da pessoa humana: as pessoas devem ser respeitadas como iguais e tratadas como sujeitos, não como meros objetos (SARMENTO, 2016).

Por esse motivo, não possui legitimidade o Estado autoritário ou totalitário, no qual o governo não se fundamente no consentimento dos governados e no que ocorre sistemática violação de direitos básicos e institucionalmente a degradação das pessoas.

3 DIGNIDADE NA PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: O NOVO CONCEITO LEGAL

Inicialmente, é importante entender como a legislação trata a pessoa com deficiência. Na sistemática anterior, da lei 8.742/93, no seu revogado art. 20, §2º, o deficiente era “a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho” (BRASIL, 2018, p. 1709).

Todavia, com a evolução da legislação no plano internacional, foi publicada a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto-legislativo 186/2008 e promulgado pelo Decreto presidencial 6.949/2009 e por fim,

pela lei 13.146, de 6 de julho de 2015. Por força da nova lei, um novo conceito foi incorporado ao ordenamento, então, atualmente, considera-se “pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.” (BRASIL, 2018, p. 1709).

Pelo conceito legal acima exposto, compreende-se que a deficiência não está na pessoa, mas na relação entre a pessoa, que possui impedimento, com o meio. Essas barreiras impedem sua participação na sua reprodução social.

A Convenção Internacional e o posterior Estatuto da Pessoa com Deficiência representaram um avanço significativo na redução das barreiras sociais em relação às pessoas com deficiência. Nesse sentido, passamos a adotar o modelo social e nos remete a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) da Organização Mundial de Saúde (OMS) de 2001, que possibilita descrever situações relacionadas com a funcionalidade do ser humano além de suas limitações (VIEIRA, 2016).

De fato, o núcleo da atual definição é a interação dos impedimentos que as pessoas têm com as diversas barreiras sociais, tendo como resultado a obstrução da sua participação plena e efetiva na sociedade, em condição de igualdade com as demais pessoas. A deficiência não é mais, assim, vista como algo intrínseco à pessoa, como pregavam as definições puramente médicas (impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial); a deficiência está na sociedade, não na pessoa.

É digno de nota que o atual núcleo da definição é a relação para com os impedimentos que as pessoas têm com as diversas barreiras sociais, o que resulta na sua redução na participação efetiva na sociedade e, conseqüentemente, redução da dignidade humana. A deficiência não é mais entendida como uma característica intrínseca à pessoa, com definições médicas, mas sim uma falha da própria sociedade.

4 LICITAÇÕES INCLUSIVAS: GARANTIA DE DIREITOS OU SIMPLES SIMBOLOGIA?

Em relação à Administração Pública, ela exerce atividade multifacetária e complexa, devendo sempre ter suas atenções voltadas ao interesse público. Para a realização desse fim, ela precisa se valer de terceiros que forneçam serviços, sendo necessária a formalização de contratos para que se possam executar os referidos serviços.

Mas, diferentemente do que ocorre na iniciativa privada, quando se trata de administração pública, a liberdade para a escolha de bens e serviços não se dá de maneira

ampla e irrestrita. Conforme os dizeres da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), em seu art. 37, XXI (BRASIL, 2018), devido ao princípio da indisponibilidade do interesse público, nas compras do setor público não se pode atuar com a mesma liberdade que se tem na compra bens particulares. Desse modo, excetuado os casos em que a própria legislação faculta, em se tratando de compras, serviços, obras e alienações, é necessária a contratação por meio de processo de licitação pública, que deve assegurar igualdade a todos os licitantes.

Desse modo, podemos dizer que o que o direito entende a licitação como o procedimento administrativo com fim seletivo, nesse sentido, o procedimento é “um conjunto ordenado de documentos e atuações que servem de antecedentes e fundamento a uma decisão administrativa, assim como às providências necessárias para executá-la” (CUESTRA, 1981, p. 249).

Sem a pretensão de exaurir o tema, o procedimento licitatório é guiado por princípios explícitos na própria CRFB, que servem de base para toda a administração e, especificamente, de princípios voltados à própria licitação, através da lei geral de licitações, lei 8.666 de 1993. Nesse sentido, a lei determina diversos princípios que devem ser seguidos nas compras públicas, como os da legalidade, impessoalidade, igualdade, publicidade, moralidades, dentre outros (BRASIL, 2018).

Mas as licitações não podem ser um mecanismo puramente técnico sem nenhum viés ou função social. Por isso, modernamente se entende que além da função de selecionar a proposta mais vantajosa para a administração, ela também possui uma função regulatória (extraeconômica) e função social. Desse modo, as compras públicas possuem um feixe mais amplo, servindo como instrumento para que se atenda outras finalidades públicas baseadas em princípios consagrados constitucionalmente (SOUTO, 2005).

Desse modo, essa função da licitação relacionada com questões extraeconômicas, como sociais e ambientais é presente tanto no Brasil quanto no direito comparado, pois:

O incentivo à inovação tecnológica, a promoção da sustentabilidade e as políticas sociais e ambientais são valores e objetivos de interesse público que o direito da contratação pública também deve proteger, no contexto deste princípio da prossecução do interesse público ou de interesses públicos, no plural (GONÇALVES, 2015, p. 145).

Nesse sentido, a proteção de direitos e liberdades de pessoas com deficiência pode encontrar reflexos, em última instância, nos fundamentos da isonomia e do desenvolvimento nacional sustentável das licitações, presentes no art. 3º da lei 8.666/93 (BRASIL, 2018).

Ora, o desenvolvimento sustentável não se relaciona apenas com questões de índole econômica e ambiental, mas abrange áreas muito mais amplas, como a sustentabilidade sociopolítica, em especial com a promoção da dignidade da pessoa humana.

A posição social das pessoas tem relação direta com os reflexos da degradação do meio ambiente. Ora, a posição das classes se associa aos padrões e níveis de consumo não apenas em seus ganhos, mas também no consumo de energia e geração de lixo e resíduos, que dependem diretamente da sua classe social. Além disso, será muito diferenciada a capacidade de os indivíduos, uma vez gerado o impacto negativo, colocarem-se a salvo dos efeitos deletérios daí decorrentes. Os que mais ganham com as atividades nocivas ao meio-ambiente são também os que menos sofrem, a menos de modo direto e a curto e médio prazo, prejuízos ambientais quanto à atividade em questão.

Nos marcos de uma sociedade extremamente desigual como a brasileira, é necessário considerar que a posição que os diferentes grupos ocupam na esfera da produção tem relação direta com sua vulnerabilidade aos danos ambientais: esse é o contexto da sociedade do risco (BECK, 1998).

Quando se questiona os riscos da produção, está de acordo com o proposto por Beck (1998), que percebe que as situações de classe são claras em relação aos riscos ambientais, pois os mais pobres são diariamente os mais expostos aos riscos da de poluição ambiental. Nada obstante, os que são deficientes também se enquadram como muito vulneráveis nessa relação entre o meio ambiente e o social.

Esse é o motivo pelo qual a interpretação da função regulatória da licitação não pode ser positivista. A inserção de objetivos relevantes nos processos de seleção pública deve ser compatível com o princípio que fundamental a Constituição Federal. Mas deve-se tratar tudo isso de maneira proporcional, pois a obtenção desses objetivos paralelos não pode inviabilizar o funcionamento da máquina administrativa e prestação dos serviços públicos.

Um exemplo dessa aplicação é o art. 24, XX, da Lei de Licitações, que permite a contratação direta, pela via da dispensa de licitação, para associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e com comprovada idoneidade, para prestação de serviços ou fomento de mão de obra. Como requisito adicional, pede-se que o preço seja compatível com o mercado.

Todavia, a lei 13.146/15 trouxe mudanças mais significativas e aplicáveis no dia a dia, reforçando a utilização de contratações públicas em empresas que tenham em sua mão de obra pessoas com deficiência.

Inicialmente, temos o critério de desempate entre os concorrentes, com vantagens para os bens produzidos ou prestados por empresas que comprovem reserva de cargos para pessoas com deficiência ou reabilitados na previdência social, conforme o art. 3º, §2º da lei 8.666/93, como se segue:

Art. 3.º (...)

§ 2.º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I – (revogado).

II – produzidos no País;

III – produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV – produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País

V – produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação. (BRASIL, 2018, p. 1837).

Como podemos ver, a lei fala que o critério utilizado é sucessivo, ou seja, com a revogação do inciso “i”, a preferência para a empresa que pratica a licitação inclusiva é apenas o quarto critério, atrás de todos os outros. Só utilizar-se-á o referido critério se houver empate em todos os critérios anteriores.

Outra vantagem que pode ser dada é a possibilidade de inclusão de margem de preferência para empresas que comprovem o cumprimento de reserva de empregos para pessoas com deficiência ou reabilitados pela previdência social, conforme o art. 3º, §5º, II.

Nesse ponto, a lei não fala qual a margem de preferência, deixando a critério de regulamentos ou do próprio administrador público qual vantagem será dada para quem cumprir com reserva de cargos para essas pessoas.

Contudo, de fato, essas mudanças legislativas não fazem diferença no cotidiano das empresas e da administração pública. Ora, tratam-se de critérios muito específicos e que, para serem aplicados dependem de uma conjuntura muito grande de fatores.

Marcelo Neves entende que essas leis são denominadas de legislações simbólicas, típicas dos países periféricos. Uma consequência é o surgimento de leis sem o devido sopesamento duas consequências no campo prático. Entende-se que essas leis surgem no intuito de dar uma resposta às fluidas aspirações da sociedade num determinado momento (NEVES, 2011).

O objetivo dessa legislação simbólica é, dentre outros, fortalecer a confiança dos cidadãos no governo. Com essa atitude, denominada de legislação-álibi, o legislador procurar reduzir pressões políticas ou apresentar-se como sensível a exigências e expectativas

populares. Então, esse instituto decorre de uma tentativa de dar uma aparente solução a problemas sociais ou, ao menos, apresentar as boas intenções do Estado (NEVES, 2011).

Trata-se de uma crença instrumentalista de que a legislação por si própria pode solucionar os problemas da sociedade. Contudo, a resolução de problemas complexos depende da interferência de variáveis não normativo-jurídicas (NEVES, 2011). Na verdade, essas políticas sociais ilusórias podem obstruir caminhos para a real melhoria das condições de pessoas com deficiência.

Conforme Neves(2011, p. 40), “pode-se afirmar que a legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função ‘ideológica’”.

O legislador, como representante dos interesses do povo, deve tratar de assuntos de suma importância, com o devido comprometimento e com ênfase no real impacto das leis. Contudo, uma legislação aos moldes de como foi feita, sob o suposto pretexto de garantir dignidade a uma parcela excluída da população não possui reais reflexos no caráter extraeconômico da licitação, servindo apenas para adiar problemas reais da sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Os direitos fundamentais são direitos humanos plasmados nas Constituições pátrias. Mas eles não são garantidos todos de uma vez, eles são parte de uma construção histórica, com marchas e contramarchas. E os direitos de terceira dimensão, como os relacionados à dignidade das pessoas com deficiências são impositivos, e devem ser aplicados.

Por força de sua fundamentalidade, e por causa de sua ampla aplicação nos dias atuais, a dignidade humana deve ser bem definida no ordenamento público, para que seja efetiva, sob risco de se banalizar o termo e, devido à sua amplitude, tudo se tornar dignidade humana. O problema disso é que, se tudo é dignidade humana, também pode-se dizer que nada o é, e nunca se aplicar. O princípio é norma e, ainda que possua um caráter axiológico mais aberto, deve possuir balizas para a sua aplicação prática.

Pelo novo conceito legal, entendemos que pessoas com deficiência não são características inerentes às pessoas. A deficiência é parte da pessoa, mas sim no meio, que não permite a reprodução social delas de maneira a não as constranger. Temos a deficiência da sociedade quando não garantimos sua acessibilidade a todos.

Então, não existe justificativa ética para se tratar com menos respeito as pessoas com deficiência. Para conseguir esse fim, o Estado pode se valer de políticas públicas, como as ferramentas extraeconômicas das licitações, que é o que denominamos no presente artigo de

licitações inclusivas. Todavia, conforme demonstrado, ainda que existam formalmente esses mecanismos na Lei das Licitações, eles se mostram muito tímidos e efetivamente sem utilidade prática.

Desse modo, entendemos que os institutos de licitação inclusivas incluídos no ordenamento jurídico com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência não passam de legislações simbólicas, sem capacidade prática de contribuir para com a dignidade humana das pessoas com deficiência. Ou seja, trata-se de uma legislação que serve para adiar a solução de conflitos sociais, com compromissos dilatatórios. Pretende-se reduzir os conflitos políticos internos através de leis que supostamente são progressistas, mas que na realidade não possuem o efetivo caráter de mudança social.

As políticas institucionais que tratam do tema devem se empenhar em produzir resultados além do mundo teórico hipotético das leis, mas no mundo em que vivemos, no dia a dia. Então, é dever constitucional do Estado garantir não apenas um compromisso dilatatório para num futuro tratar dos problemas sociais. Mais que isso, o esforço deve ser para a efetividade da garantia dos direitos fundamentais, superando o paradigma de legislação-álibi, ou seja, uma aparente solução para um anseio social, mas, no mundo vivido, tem pouco ou nenhum impacto, e o grande exemplo é o apresentado no texto, no que se refere às licitações inclusivas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. *Vade Mecum Saraiva*. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3510*. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ: 29/05/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 12/04/2012.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BECK, U. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Madrid: Paidós, 1998

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo das constitucionalidades das políticas públicas. In: MELLO, C. A. B. de. (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997.

CUESTRA, Rafael Entrena. *Curso de derecho administrativo*. Madri: Tecnos, 1981.

MASSA-ARZABE, P. H. et al. *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Instituto Polis, 2001. v. 1.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martons Fontes, 2011.

OLIVEIRA, Almir de. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

OLIVEIRA, Luiza Maria Borges. *Cartilha do censo 2010: pessoas com deficiência*. Brasília: SDH-PR/SNPD, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VIEIRA, Cristiana de Sousa. Novo conceito de pessoa com deficiência. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4812, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51640>>. Acesso em: 4 nov. 2018.

WEBER, Max. *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.