

COMPRAS GOVERNAMENTAIS COMO POLÍTICA PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO SOCIAL AO TRABALHO

PUBLIC PROCUREMENT AS A POLICY TO IMPLEMENT THE RIGHT TO WORK

Alberto Lúcio Barbosa Jr.¹

RESUMO

Este trabalho trata da utilização do poder de compra estatal como política de emprego. Partindo do programa de compras públicas organizado pelo Estado do Ceará e o SEBRAE entre as décadas de 1980 e 1990, focamos medidas de geração de empregos baseadas no incentivo a micro e pequenas empresas. A ferramenta jurídica eleita para nossa análise foi o procedimento licitatório em contratação direta via dispensa, em vista de sua função regulatória na economia. O propósito aqui é uma reformulação da dogmática administrativa em casos de dispensa de licitação como forma de superar a natureza meramente declaratória que define o direito ao trabalho após a globalização dos direitos humanos na sociedade contemporânea. Apesar da previsão de direitos econômicos e sociais em tratados internacionais, a efetivação do direito ao trabalho exige a implementação de políticas públicas sujeitas às condicionantes econômicas de cada Estado nacional. Para tanto, adota-se aqui a teoria neoestruturalista do Direito, proposta por Salomão Filho, para a identificação e o tratamento de estruturas concentradoras de poder econômico nos mercados de trabalho do nordeste brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: poder de compra estatal; licitações; micro e pequenas empresas; política de emprego; direito ao trabalho.

ABSTRACT

This paper deals with the use of the State's purchasing power as an employment policy. Departing from the public procurement program organized by the State of Ceará and the SEBRAE during the 1980 and 1990 decades, we focus on job creation measures grounded on incentives to small and micro enterprises. As our legal tool, the procurement rules were analyzed in view of the direct contracting exemption and its regulatory function in the economy. The purpose here is to redesign the administrative doctrines of public procurement and direct contracting in order to overcome the insufficient declaratory nature that define the right to work after the globalization of the human rights in the contemporary society. Despite the provisions regarding socio-economic rights in international treaties, a real effective right to work demands the implementation of public policies suitable to the economic conditions of each nation State. Towards this end, it is adopted the new structural theory of law, proposed by Salomão Filho, as a means to identify and to treat the structures that concentrate economic power in the labor markets of the Brazilian northeast region.

KEY WORDS: State's purchasing power; public procurement; small and micro enterprises; employment policy; right to work.

¹ Mestrando em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Pesquisador do Núcleo de Direito, Economia e Governança da Escola de Direito de São Paulo (DIREITO GV)

1. INTRODUÇÃO: TRABALHO COMO DIREITO SOCIAL NO INTERIOR DO CEARÁ

Durante os anos de 1987 e 1996, o Estado do Ceará criou um programa pioneiro direcionado a fomentar compras públicas junto a empresas de pequeno porte - micro e pequenas empresas (MPE) - localizadas próximas ao ponto de entrega das mercadorias.² O programa de compras governamentais cearense foi desenvolvido em parceria com unidades do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBREA, as quais ofereciam treinamento e capacitação aos participantes do programa.

O fornecimento dos produtos ocorria por intermédio do SEBREA, contratado diretamente pela Administração Pública mediante de dispensa de licitação³, cabendo àquela instituição selecionar em seu cadastro regional as MPE aptas à produção, definindo a parcela do pagamento repassado a cada uma delas. A iniciativa envolveu ao todo 128 municípios do estado inteiro, sendo muito bem sucedida tanto no fomento do empreendedorismo como na geração de cerca de 15.430 empregos diretos.

Segundo declaração oficial do Governo Estadual, apesar dos resultados positivos, o programa foi descontinuado em função de medida judicial requerida pelo Tribunal de Contas do Estado (TCE). A Justiça do Ceará teria acolhido as alegações do TCE acerca da ilegalidade da contratação direta do SEBRAE, afirmando a não aplicabilidade da dispensa de licitação, com o conseqüente prejuízo às empresas maiores, impedidas de contratar com o governo.⁴

A narrativa do episódio acima nos mostra o tipo de conflitos institucionais que podem dificultar a realização de políticas sociais no Brasil. Para nós, contudo, mais importante do que a decisão da Justiça cearense, e seus fundamentos dogmáticos, são os elementos cognitivos que aparentemente foram desconsiderados pelo judiciário quando da interpretação de lei 8.666/93. São desses elementos de natureza socioeconômico, supostamente extrajurídicos numa visão estritamente positivista, que nos ocuparemos aqui.

Partindo do episódio das compras publicas no Ceará, discutiremos neste trabalho a utilização do poder de compra governamental como política de emprego baseada no fomento

² Sobre o programa de compras do Governo do Ceará, ver Tadler e Amorim (1996, pp.407-426). Ver também Sousa Jr. (2008).

³ Tratava-se da hipótese de dispensa de licitação para “contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;” (artigo 24, XIII, da Lei n. 8.666, de 20 de junho de 1993).

⁴ Tasso Jereissati destaca projeto de Compras Governamentais. *Portal de Serviços e Informações do Estado do Ceará*, Fortaleza, 08 de março de 2002. Disponível em: <http://www25.ceara.gov.br/noticias/noticias_detalhes.asp?nCodigoNoticia=2898>. Acesso em 30.05.2013.

às MPE. Trataremos, assim, do direito *ao* trabalho como um direito social, cuja efetividade exigirá, para além do discurso declaratório de direitos humanos nos tratados internacionais (COMPARATO, 2010, pp. 70-80), uma atuação concreta e positiva da Administração Pública.

Para tanto, adotamos explicitamente duas premissas teórico-metodológicas essenciais. Primeiro, assumimos o direito como um conjunto de ferramentas de política pública (COUTINHO, 2012), o que direcionará a pesquisa jurídica à seleção e integração de meios jurídicos e fins normativos⁵. Depois, adotamos como referencial para a análise do direito ao trabalho a teoria do novo estruturalismo jurídico (SALOMÃO FILHO, 2011), buscando fundamentar o programa de compras públicas a partir da identificação das estruturas concentradoras de poder econômico no nordeste brasileiro.⁶

Além dessas notas iniciais, este breve trabalho será desenvolvido em cinco partes. Na primeira delas, enfocaremos o poder de compra do estado como forma de intervenção no mercado de trabalho, buscando desenvolver a função regulatória do procedimento licitatório e seu emprego na promoção de objetivos sociais. A segunda parte tratará do direito ao trabalho no contexto da globalização dos direitos humanos, sua justificativa como direito social distinto do direito *do* trabalho, e as potencialidades da pequena empresa como meio de sua efetivação. Na terceira seção, apresentaremos a teoria neoestruturalista, definiremos o conceito de estruturas e identificaremos quais delas poderiam fundamentar políticas de emprego realizadas pelo mecanismo da dispensa de licitação. Na quarta, aplicaremos essa teoria para analisar as estruturas concentradoras presentes na economia do nordeste brasileiro, bem como suas implicações para a interpretação das normas licitatórias. A quinta parte conclui.

2. PODER DE COMPRA, LICITAÇÕES E DIREITOS HUMANOS

Ao discutir os mecanismos hábeis à prevenção de fomes coletivas, Sen apresenta a criação de empregos temporários pelo governo como medida compensatória, visando proteger o intitlamento da população em situação de risco (2000, p. 199). Percebe-se aqui certo paralelismo entre as medidas adotadas pela Índia e programa de compras do Governo do Estado do Ceará, conforme referido acima.

⁵ Devemos a expressão “meios jurídicos e fins normativos” a Pargendler e Salama (2013, p.107).

⁶ Nosso propósito aqui é analisar o programa de compras governamentais a partir da legislação vigente no ano de 1996. Não se ignora, contudo, as recentes reformas da Lei 8.666/93, que incluíram o desenvolvimento sustentável como princípio das licitações, e tampouco as inovações da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte).

Embora realmente não se trate de medidas de combate à fome em grandes proporções, as políticas de fomento às MPE também priorizam o poder de compra do Estado como instrumento para a geração de emprego e renda. Mais ainda, ambas as políticas governamentais mostram-se adequadas na medida em que combinam mecanismos estatais de criação de renda com a operação dos mercados e curso normal de desenvolvimento do comércio (SEN, 2000, p. 199).

Considerando o quadro específico de políticas de emprego, programas de compras governamentais poderiam ser entendidos como políticas de categoria mista. Isso porque atuaram, simultaneamente, na dimensão da demanda, com a criação de empregos diretos mediante estímulo ao pequeno empreendedorismo; e na dimensão da oferta, com a prestação de serviços de treinamento e capacitação a esses empresários (ZYLBERSTAJN e NETO, 1999, p. 130).

De fato, no contexto da economia cearense nos anos 80 e 90, considera-se que as condições de desemprego, ou subemprego, eram de natureza estrutural. Sua origem seria o desequilíbrio do mercado de trabalho decorrente da inexistência de *matching* entre as novas habilidades profissionais desejados pelas empresas e aquelas possuídas pelos trabalhadores, ainda voltadas para ciclos econômicos já superados (ZYLBERSTAJN e NETO, 1999, p. 132).

Como herança histórica da econômica canavieira, os níveis salariais na região mantiveram-se predominantemente baixos, submetidos a uma dinâmica de compressão como forma de ajuste do mercado em situações de crise. Sendo esse fenômeno responsável pelos indicadores sociais negativos e à ausência de alternativas para a superação das dificuldades climáticas do semiárido (ARAÚJO, LIMA e SOUZA, 1997, pp. 58-59). Resta saber se o fomento às MPE poderia ser medida suficiente para contribuir na transformação desse cenário, como previsto no programa cearense.

Hoje estudos já demonstram a relevância socioeconômica das empresas de pequeno porte no Brasil (NOGUEIRA e OLIVEIRA, 2013, p. 7). No ano de 2011, as MPE representavam 99% das empresas formalizadas e ofereciam 51,6% dos empregos privados não agrícolas, com uma contribuição de quase 40% da renda produzida pelo trabalho assalariado. Tornando-se assim responsáveis por cerca de 20% do PIB nacional (SEBRAE, 2005, pp. 29 e 12).

Empresas e pessoas ocupadas por porte (2011)

| Porte | Firmas (números absolutos) | Firmas (%) | Pessoas ocupadas (números absolutos) | Pessoas ocupadas (%) |
|---------------------------|----------------------------|--------------|--------------------------------------|----------------------|
| MPEs | 6.120.927 | 99,0 | 15.567.885 | 51,6 |
| Microempresas | 5.778.773 | 93,5 | 7.221.733 | 23,9 |
| Sem empregados | 3.784.607 | 61,2 | 0 | 0 |
| Com empregados | 1.994.166 | 32,3 | 7.221.733 | 23,9 |
| Pequenas empresas | 342.154 | 5,5 | 8.346.152 | 27,7 |
| Médias e grandes empresas | 59.651 | 1,0 | 14.614.098 | 48,4 |
| Total | 6.180.578 | 100,0 | 30.181.983 | 100,0 |

Fonte: Nogueira e Oliveira (2013, p.7)

Pode-se concluir, pelos dados acima, que as MPE têm grande participação na oferta de empregos e na geração de renda no Brasil. Sua contribuição como fator de desenvolvimento econômico e social, contudo, poderia ser ainda maior. Enquanto nas economias desenvolvidas as MPE atendem aproximadamente 30% das compras governamentais, no Brasil essa proporção, crescente, mantém-se ainda em 15% (SEBRAE, 2005, p. 12).

Por outro lado, apesar do seu potencial econômico, as empresas de pequeno porte brasileiras ainda sofrem com a baixa produtividade e dinamismo, em especial nos setores de serviços e comércio (NOGUEIRA e OLIVEIRA, 2013, p. 7). Além dessas das deficiências específicas, estudos comparativos entre diversos países demonstram que programas de estímulo ao empreendedorismo têm obtido resultados pouco satisfatórios, já que apenas 50% das MPE sobrevivem por mais de um ano (RAMOS, 1997, p. 24).

Esses mesmos estudos indicam, contudo, que pequenos empresários participantes de programas de fomento têm maiores chances de retornar ao mercado como empregados assalariados após eventual encerramento prematuro de suas atividades (RAMOS, 1997, p. 24). O que também reforça, mesmo indiretamente, a viabilidade das MPE como forma de redução do desemprego.

Verificadas as condições fáticas para a implementação de políticas de emprego via compras públicas, passa-se agora, conforme a metodologia adotada, à seleção do instrumento jurídico adequado. Nesse ponto, vê-se que, embora a contratação apenas se concretize com o contrato administrativo, a obrigatoriedade da licitação prévia⁷ permite a instrumentalização desse procedimento para obtenção de outras finalidades. O que, em verdade, não é inédito na experiência de outras jurisdições.

⁷ Artigo 37, XXI, da Constituição Federal.

De fato, a utilização da licitação como instrumento de promoção de objetivos socioeconômicos surge no Reino Unido e nos Estados Unidos da América já no século XIX. Nesse primeiro momento, utilizava-se a contratação pública essencialmente como forma de expansão da oferta de emprego e garantia de melhores condições de trabalho.

Por meio de disposições contratuais estabelecidas entre o contratado e a Administração Pública, buscava-se garantir padrões mínimos de segurança e remuneração adequada à população mais vulnerável (McCRUDDEN, 2004, p. 258). No caso norte-americano, destaca-se o Davis-Bacon Act, de 1931, que determinava um piso salarial a ser pago por construtoras que contratassem com o Governo Federal ou do Distrito de Columbia.

De fato, apesar da expansão do direito do trabalho e do fortalecimento do movimento sindical na Europa e América do Norte ao longo do século XX, ainda hoje as compras públicas são utilizadas como mecanismo para promoção de políticas de emprego em países como Holanda e Bélgica (McCRUDDEN, 2004, p. 259). Quanto à legislação brasileira, entendemos que a natureza de algumas condições de habilitação dos licitantes⁸ já nos permite sustentar um direcionamento da função regulatória das licitações (FERRAZ, 2011) também para a defesa do direito ao trabalho.

3. DIREITO SOCIAL AO TRABALHO E A PEQUENA EMPRESA

A concepção de trabalho, como direito social, é decorrência direta da Constituição brasileira (SILVA, 2005, pp. 289-290), bem como das previsões de tratados e outros documentos aos quais o Brasil está submetido na ordem internacional⁹. Aqui, partiremos de um conceito geral de direito ao trabalho proposto por Harvey (2001, p. 371), definindo-o como um direito individual a um posto de trabalho, livremente escolhido, com remuneração capaz de garantir uma existência digna.

Entretanto, para além das variadas possibilidades interpretativas dos textos legais, tem-se reconhecido uma reduzida aplicabilidade do direito ao trabalho, ao menos sob a perspectiva dos direitos humanos, amplamente previstos em tratados internacionais (MUNDLAK, 2007, p. 195). Sua reduzida efetivação poderia ser entendida a partir das

⁸ Refere-se aos requisitos de comprovação de adimplemento das contribuições previdenciárias e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, bem como a observância de normas de proteção ao trabalhador. Cf. artigo 27, IV e artigo 29, IV e V, da Lei 8.666/93.

⁹ Carta das Nações Unidas (arts. 55 e 56); Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 23); Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (arts. 6 e 7); e Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 6).

supostas falhas inerentes à noção de direito ao trabalho, conforme apontadas, paradoxalmente, pelo próprio movimento dos direitos humanos.¹⁰

Nesse sentido, questiona-se a efetividade da tutela jurídica requerida ao Estado frente à violação de um direito ao trabalho. Em verdade, mera possibilidade de se identificar uma eventual violação já é questionada, prejudicando assim o próprio reconhecimento desse direito (MUNDLAK, 2007, p. 194 ss).

A discussão acerca da viabilidade de todas essas críticas, contudo, foge do escopo deste trabalho¹¹. Mais ainda, dentro do proposto, a rejeição teórica a uma possível tutela individual de direitos humanos, como um direito subjetivo passível de litígio pessoal, não se mostra uma crítica de todo relevante. Ao contrário, a exclusiva vinculação de direitos sociais e econômicos a políticas públicas é nossa condição pressuposta na defesa de programa de compras públicas, enquanto meio para a promoção do direito ao trabalho. A dificuldade na delimitação do objeto do suposto direito subjetivo ao trabalho torna-se, assim, menos uma falha e mais uma demonstração da necessidade de que esses direitos sejam tratados numa perspectiva não particularizada.

Como já se sabe, a tutela individual de outros direitos sociais e econômicos pelo judiciário brasileiro resulta em benefício de ligantes com mais recursos financeiros, o que desvirtua a verdadeira função redistributiva desses direitos (GOUVÊA, 2013, p. 16). Dessa forma, assumimos que as disposições constitucionais referentes a direitos sociais visam não à criação de direitos individuais, mas sim à construção de um sistema de distribuição de renda direcionado à redução das desigualdades na sociedade brasileira (GOUVÊA, 2013, p. 14).

Sob a perspectiva de políticas públicas, estratégias baseadas na criação direta de empregos pelo Estado já são consideradas a melhor alternativa para a concretização do direito ao trabalho, e indiretamente, para o alcance do pleno emprego. Como sustenta Harvey, essas políticas seriam comparativamente melhores, principalmente porque implicam menor gasto público na sua implementação e menor risco inflacionário em seus efeitos (2001, p. 465). Vejamos agora se elas são adequadas sob a perspectiva neoestruturalista.

¹⁰ São pertinentes as críticas quanto à desnecessária expansão do vocabulário dos direitos humanos para abarcar políticas que poderiam ser implementadas mediante outros instrumentos jurídicos. Nesse sentido, ver Kennedy (2001, p.108). Contudo, parece-nos que a categoria de “direito social” poder ser adequada dentro da teoria neoestruturalista como uma forma de explicitar a natureza dos interesses que deverão ser considerados no raciocínio jurídico. Desenvolveremos melhor esse ponto ao final do trabalho.

¹¹ Sobre essas críticas, ver Mundlak (2007, p. 194 ss).

4. ESTRUTURAS CONCENTRADORAS DE PODER ECONÔMICO E O DIREITO

O novo estruturalismo jurídico apresenta-se, antes de tudo, como uma teoria crítica sobre a contínua acomodação do direito e do raciocínio dogmático às estruturas de poder econômico (SALOMÃO FILHO, 2011, pp. 22-25). Paralelamente, essa teoria busca estabelecer critérios normativos para a aplicação do direito mediante processos de explicitação e confrontação de interesses subjacentes às estruturas determinantes para a pobreza e a desigualdade social no Brasil (SALOMÃO FILHO, 2012, pp. 541-542). A categoria analítica central do neoestruturalismo é, portanto, as estruturas econômicas e jurídicas concentradoras. Antes de sua definição, contudo, devemos distingui-la das categorias empregados no Estruturalismo Cepalino¹² e na Nova Economia Institucional¹³.

Quanto à primeira dessas escolas, o neoestruturalismo distingue-se pelo fato de não considerar as estruturas um elemento exógeno ao sistema econômico. Ao contrário, considera as estruturas como fatores constitutivos e inerentes à economia brasileira, enquanto reflexo perene de seu processo de colonização. Mais ainda, em contraste com a Escola Cepalina, o novo estruturalismo reavalia as relações de dependência decorrentes do poder econômico não apenas no cenário internacional, mas principalmente na dimensão interna às economias periféricas (SALOMÃO FILHO, 2007, pp. 49-50).

Quanto à Nova Economia Institucional, o neoestruturalismo distingue-se pela finalidade e perpetuidade das estruturas concentradoras, em oposição à noção de derivadas da noção instituições.¹⁴ Aqui as estruturas visam não à maior eficiência dos mercados, como garantia de previsibilidade e menores dos custos de transação entre os agentes econômicos. Visam, isto sim, à concentração e à extração de renda pelos detentores de poder econômico. Dada sua função exclusionária, com necessários reflexos prejudiciais à participação social da população excluída do processo econômico, é natural que essas estruturas sejam mantidas e reforçadas pelos grupos que se alternam no poder (SALOMÃO FILHO; FERRÃO e RIBEIRO, 2008, p. 15).

¹² Sobre a formulação original do pensamento estruturalista latino-americano nas décadas de 50 e 60, ver Prebish (1949).

¹³ Para uma visão geral da Nova Economia Institucional segundo a visão de um dos seus principais autores, ver North (1993). Disponível em <
<http://www.deu.edu.tr/userweb/sedef.akgungor/Current%20topics%20in%20Turkish%20Economy/north.pdf>
> Acesso em 01.06.2013.

¹⁴ Segundo autores como North, instituições seriam espécies de restrições ao comportamento humano, de caráter formal e ou informal, capazes de definir a *estrutura* das relações políticas, econômicas e sociais. A função dessas restrições seria garantir ordem e certeza nas situações de troca, determinando assim os custos produção e de transação no mercado e, em última análise, o desempenho da economia. (NORTH, 1991, p. 97)

Portanto, conforme o neoestruturalismo jurídico, as estruturas expressam particulares fatores jurídicos e econômicos que levam, em maior ou menor grau, à exclusão de agentes do mercado, restringindo a liberdade da mão-de-obra e o acesso ao capital e ao crédito (SALOMÃO FILHO; FERRÃO e RIBEIRO, 2008, p. 15). O poder econômico, por sua vez, como resultante dessas estruturas, foi determinante para que as desigualdades se mantivessem praticamente estáveis durante os ciclos da economia brasileira.

Diversamente do que ocorreu em países desenvolvidos, não sujeitos a um período de colonização exploratória, os monopólios tornaram-se os verdadeiros fatores constitutivos das relações econômicas no Brasil e na América Latina (SALOMÃO FILHO; FERRÃO e RIBEIRO, 2008, p. 29).¹⁵ Assim, embora o passado colonial seja a origem da dependência econômica do país, não seria ela a causa final de seu subdesenvolvimento. São as estruturas concentradoras, e sua contínua manutenção, que se deveriam responsabilizar (SALOMÃO FILHO; FERRÃO e RIBEIRO, 2008, p. 3).

4.1. TRIPLA DRENAGEM PELO PODER ECONÔMICO: MONOPÓLIOS NO MERCADO DE TRABALHO

O neoestruturalismo permite-nos reconhecer na economia brasileira uma relação entre poder econômico e distribuição inversa de renda. Além dos típicos efeitos sobre o preço extraído dos consumidores pelo monopolista, verifica-se no Brasil a existência de drenagem de recursos também do mercado de trabalho e nos setores periféricos ao monopólio.

Historicamente, essa tripla drenagem tornou-se viável pela conjugação dos monopólios comerciais e a escravidão no Brasil colônia. Assim, a regulação econômica da metrópole limitava as possibilidades de desenvolvimento de setores paralelos à cultura extrativista. Cumulativamente, a mão-de-obra escrava, que compunha maior parcela da população no período, era mantida em nível de subsistência e explorada até sua completa exaustão (BLACKBURN, 2002, p. 34). Razão porque não se dispunha, naquele momento, de poder de compra necessário à criação de um mercado consumidor.

O monopólio extrativista, portanto, não criava incentivos para formação de oferta e demanda internas à colônia, impedindo que a sua ocupação se tornasse um elemento dinâmico

¹⁵ De fato, os monopólios coloniais, como elemento de formação das economias latino americanas, também esteve presente nas colônias asiáticas. Seus efeitos, contudo, embora igualmente prejudiciais do desenvolvimento econômico e social dessas regiões, apresenta certas peculiaridades. Nesse sentido, ver Salomão Filho (2009, p.166).

indutor do desenvolvimento econômico. Seu crescimento dependia necessariamente do aumento da demanda internacional, submetido totalmente aos ciclos econômicos externos (FURTADO, 2007, p. 90).

De fato, a alta rentabilidade da cultura de exportação, o baixo custo da mão-de-obra escrava e a abundância de terras disponíveis não incentivavam alterações nesta forma de produção (BLACKBURN, 2002, p. 34). Antes, diante da demanda internacional, o produtor monopolista simplesmente expandia sua área de plantio ou extração, levando ao conseqüente aumento da população escrava no território brasileiro (FURTADO, 2007, p. 88-89).

Dada a rigidez das estruturas concentradoras, a transição da mão-de-obra escrava para o trabalho assalariado não foi capaz de alterar substancialmente o padrão de desigualdade social. Logo, o imenso contingente de escravos vinculados aos diversos setores e culturas de exportação, tornou-se, após a abolição da escravidão, a grande população livre e extremamente empobrecida do país. A libertação dos escravos para condição de assalariados, especialmente no nordeste, apenas lhes garantiu uma remuneração pecuniária mínima para sua subsistência (FURTADO, 2007, p. 201).

Os ciclos econômicos no Brasil, partindo da cana-de-açúcar, passando pela exploração do ouro, do café e, finalmente, a industrialização, não impediram a continuidade da tripla drenagem, de modo que a concentração de renda tornou-se condição necessária para o crescimento econômico (SALOMÃO FILHO; FERRÃO e RIBEIRO, 2008, p. 37). Isso porque, dado que as economias subdesenvolvidas concentram-se em produtos primários e matérias-primas, a obtenção de ganhos de produtividade torna-se inviável apenas pela escassa inovação produtiva disponível.

Senso assim, a única alternativa viável para a acumulação capital consistirá no aumento da produtividade da força de trabalho, obtido pela redução dos salários reais ou pela diminuição dos postos de trabalho. Essa capacidade de extração de excedente decorre justamente da elevada concentração econômica, que permite a monopolização também dos mercados de trabalho (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 54).

4.2. SOLUÇÕES JURÍDICAS ESTRUTURAIS AO PODER ECONÔMICO

O reconhecimento histórico das estruturas concentradoras, especialmente em antigas colônias extrativistas, todavia, é apenas a primeira proposta da teoria neoestruturalista. A partir da identificação dessas estruturas, é ainda possível propor formas de reconstrução do

direito que permitam incluir no processo de interpretação e aplicação das normas também elementos sobre os interesses sociais envolvidos¹⁶.

Voltando-se aos interesses concretos sujeitos à tutela normativa, o novo estruturalismo contrapõe-se a uma concepção (insuficiente) de direito baseada no racionalismo e no positivismo jurídico. Segundo Salomão Filho, na busca de uma ciência jurídica com objeto de investigação autônomo¹⁷, como sistema normativo autointegrado, o papel do jurista limitou-se à construção de categorias lógico-explicativas (2011, p. 541). O que levou o direito a uma condição de ignorância frente aos efeitos da aplicação das normas e os interesses nela veiculados.

A evolução do pensamento jurídico na idade moderna e o movimento codificador culminaram em uma ruptura entre direito e moral, com a consequente abdicação, pelo direito, de sua função organizadora das relações sociais. Seu lugar foi assumido por outras ciências, especialmente a economia, responsável então pela orientação da sociedade. Diante disso, restaria à dogmática positivista a mera função de manutenção das estruturas vigentes, tornando-se alheia ao padrão de equilíbrio, ou desequilíbrio, de interesses determinados pelo poder dominante (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 534).

De fato, pode-se constatar a limitada atuação do direito mesmo diante de alternativas metodológicas afastadas de uma hermenêutica formalista e sistematizante. Especialmente o movimento *Law & Economics* em sua dimensão normativa (POSNER, 2007, pp. 502 ss), voltada à maximização da eficiência (ou da riqueza social), preocupa-se muito pouco com o controle do poder econômico (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 537)¹⁸.

Um direito conformado às estruturas concentradoras mostra-se capaz apenas de oferecer soluções compensatórias a indivíduos ou grupos cujos interesses estão submetidos ao poder econômico. Os direitos do consumidor e do trabalho, por exemplo, embora necessários, são incapazes de bloquear os efeitos distributivos inversos gerados pelos monopólios (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 538).

Por outro lado, uma concepção neoestruturalista do direito, reconhecendo os efeitos das estruturas, permitiria a inclusão no raciocínio jurídico de valores externos à dogmática tradicional. O que possibilitaria ao intérprete da norma, mediante a construção de dispositivos

¹⁶ “O objetivo da teoria estruturalista do direito (...) é definir um método amplo que permita (...) consideração e o sopesamento de interesses envolvidos pela aplicação do direito.” (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 541).

¹⁷ Referimo-nos aqui à chamada tradição jurídica ocidental, destacando sua relativa autonomia disciplinar como sua primeira característica definidora. Nesse sentido, ver Berman, 2006, p. 51.

¹⁸ Também nesse sentido, a contestável divisão de trabalho proposta por Posner (2007) entre Judiciário e Legislativo, cabendo ao primeiro maximizar e ao segundo redistribuir a riqueza, limita a ação do aplicador do direito contra o poder econômico. Para as críticas a essa teoria, ver Fiss (1986, pp. 72-73).

declaratório de interesses (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 544-545), aplicar o direito para reverter a tripla drenagem de recursos.

Dessa forma, uma tutela jurídica estrutural implicaria medidas interventivas voltadas à correção das assimetrias de informação¹⁹, à garantia de escolha nos mercados e, principalmente, à efetiva participação no processo econômico em condições equânimes (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 20-22).

5. APLICAÇÃO DA TEORIA NEOESTRUTURALISTA AOS PROGRAMAS DE COMPRAS DO CEARÁ

Retomando o programa de compras públicas do Governo do Ceará, já podemos constatar sua potencial como política de fomento à pequena empresa e ao direito ao trabalho. Mais ainda, questionada a legalidade desse programa, a teoria neoestruturalista permite-nos defender sua legitimidade enquanto verdadeira tutela jurídica estrutural. Para tanto, será necessário demonstrar a presença de estruturas concentradoras atuantes no interior do Ceará.

Conforme Furtado, já no século XVII o complexo econômico nordestino comportava dois subsistemas intimamente relacionados (2007, pp. 96-100). De um lado, havia a atividade açucareira, de alta especialização e rentabilidade, localizada no litoral da região. De outro, havia a atividade criatória pecuária, de ocupação extensiva e intermitente, localizada no interior do continente e, em especial, dependente da cultura da cana-de-açúcar.

Com a progressiva decadência do setor açucareiro, a atividade pecuária sofre um atrofiamento em direção a uma economia de subsistência de baixa produtividade, culminando com a sensível diminuição da renda *per capita* da população. Ao final do século XIX, essa involução do setor criatório nordestino se completa, definindo os fatores socioeconômicos que qualificarão negativamente a região ao longo do século seguinte (FURTADO, 2007, pp. 103-106).²⁰

Pela formação da economia nordestina, conclui-se que os monopólios da cana-de-açúcar geraram um efeito de drenagem intersetorial em relação atividade pecuária. Trata-se, assim, de uma estrutura concentradora que determinou a dependência do setor criatório ao

¹⁹ É tamanha a importância do acesso à informação dentro da teoria neoestruturalista que Salomão Filho sustenta necessidade de extinguir mercados que, pela sua natureza, possuem assimetrias informacionais insanáveis (2013). Sobre a teorização da assimetria de informações e o efeito da seleção adversa em mercados de elevada incerteza, ver Akerlof (1970, pp. 488-500).

²⁰ “A formação da população nordestina e de sua economia de subsistência – elemento básico do problema econômico brasileiro em épocas posteriores – estão ligados a esse lento processo de decadência da grande empresa açucareira (...)”.

impedir a acumulação do excedente necessário à sua expansão e ao acesso aos capitais disponíveis fora desse mercado.

Somando-se à drenagem setorial, os efeitos da drenagem sobre o mercado de trabalho ajudaram a compor o cenário de pobreza e desigualdade que caracteriza o interior do nordeste. É nesse contexto em que o programa cearense de compras, em parceria com o SEBRAE, fora implementado e posteriormente impugnado judicialmente.

Considerando as possibilidades interpretativas do judiciário quanto aos limites da dispensa de licitação na contratação direta, a teoria neoestruturalista permitiria uma reformulação da dogmática administrativa em defesa da instrumentalização das licitações. Dada a presença de estruturas concentradoras no interior do Ceará, o raciocínio jurídico formalista mostrar-se-ia insuficiente para um tratamento jurídico adequado ao programa de compras.

Sendo assim, em eventual decisão judicial, argumentos típicos de casos envolvendo direito licitatório, como a taxatividade das hipóteses de dispensa (art. 24, Lei 8.666/93) e a discricionariedade administrativa vinculada ao interesse público secundário (i.e. finanças do Estado) poderiam ser afastados.²¹ Os princípios constitucionais da isonomia entre licitantes e da competitividade nas licitações, que justificariam a rejeição à contratação direta do SEBRAE, deveriam ser preteridos em favor do direito ao trabalho.

O direito social, portanto, tornar-se-ia um dispositivo declaratório de interesses voltado à explicitação e à promoção dos efeitos distributivos do programa de compras públicas. O que redundaria em benefício das comunidades historicamente dependentes de uma pecuária de subsistência.

Nesse sentido, a chancela judicial ao programa de compras operacionalizado pela contratação do SEBRAE via dispensa de licitação garantiria a efetividade de uma política pública de intervenção direta nas estruturas. Isso porque a criação de MPE no interior do Ceará, para atendimento da demanda gerada pelo Estado, permitiria àquela população o acesso a um novo mercado de trabalho, não afetado pelas estruturas remanescentes do monopólio açucareiro.

Desse modo, o efeito indutor do poder de compra estatal contribuiria para a superação do subemprego naquelas regiões, expandindo a renda *per capita* dos seus

²¹ Sobre a distinção entre interesse público primário e secundário, ver Bandeira de Mello (2010, pp. 65-66).

habitantes e capacitando-os profissionalmente para atuação empresarial também em outros mercados²².

6. CONCLUSÃO

Partindo do programa de compras públicas do Estado do Ceará, como um expediente ilustrativo, visamos analisar neste trabalho a aplicação da teoria neoestruturalista na identificação e no tratamento de estruturas concentradoras de poder econômico.

Examinamos, primeiramente, a possibilidade de utilização do poder de compra estatal no estímulo à criação de pequenas empresas e à geração de empregos. A ferramenta de política pública eleita foi o procedimento licitatório em contratação direta via dispensa.

Num segundo momento, voltamo-nos à questão do direito ao trabalho, como fim normativo a que os programas de compras governamentais destinam-se. Tratamos brevemente da suposta limitação à efetividade dos direitos sociais e econômicos, frente ao que assumimos a necessidade de submetê-los a uma tutela via políticas redistributivas. Dessa forma, buscou-se superar eficácia meramente declaratória a que esses direitos estariam sujeitos na dimensão dos tratados internacionais de direitos humanos.

Ao fim, a despeito das peculiaridades do programa de compras cearense e dos motivos de sua descontinuidade em 1996, buscamos apresentar argumentos pela a legitimidade dessas políticas de emprego. No caso, concluímos que o abandono da dogmática estritamente positivista em função de uma interpretação jurídica estruturalista poderia justificar a manutenção do programa de compras governamentais. Garantido às MPE do Ceará, antecipadamente, benefícios que somente lhes seriam concedidos em 2006, com edição do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

As medidas de estímulo ao desenvolvimento de MPE, mediante a contratação direta do SEBRAE, por sua vez, permitiram à população cearense o acesso a novos mercados de trabalho, ainda que como microempreendedores. O que levaria à consequente obtenção de maiores níveis de renda para os habitantes da região.

²² Há, todavia, estudos mais críticos quanto às potencialidades do programa de compras do Estado do Ceará. Nesse sentido, ver Amaral Filho et al. (2002, p. 13). Disponível em: < <http://www.ie.ufrj.br/redesist/NTF2/NT%20Jair.PDF> >. Acesso em 01.06.2013.

7. BIBLIOGRAFIA

- AKERLOF, George. The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, 1970.
- AMARAL FILHO, Jair do et al. Núcleos e Arranjos Produtivos Locais: casos do Ceará. In: Políticas para Promoção de Sistemas Produtivos Locais de MPME, Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.ie.ufrj.br/redesist/NTF2/NT%20Jair.PDF>>. Acesso em: 01.06.2013.
- ARAÚJO, Tarcisio P.; LIMA, Roberto A.; SOUZA, Aldemir V. Nordeste: economia e mercado de trabalho. *Estudos Avançados*, v. 11, n. 29, 1997.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BERMAN, Harold J. *Direito e Revolução: A Formação da Tradição Jurídica Ocidental*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.
- BLACKBURN, Robin. *A queda do Escravismo Colonial: 1776-1848*. Tradução: MEDINA, Maria B. São Paulo: Ed. Record, 2002.
- CEARÁ, Tasso Jereissati destaca projeto de Compras Governamentais. *Portal de Serviços e Informações do Estado do Ceará*, Fortaleza, 08 de março de 2002. Disponível em <http://www25.ceara.gov.br/noticias/noticias_detalhes.asp?nCodigoNoticia=2898>. Acesso em 30.05.2013.
- COMPARATO, Fábio K. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COUTINHO, Diogo C. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos A. P. *Política pública como campo disciplinar*. São Paulo: Ed. Unesp, 2012.
- FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 9, n. 37, 2011.
- FISS, Owen. The Death of the Law. *Cornell Law Review*. vol. 72, 1986.
- GOUVÊA, Carlos Portugal. Social Rights Against the Poor. *Vienna Journal on International Constitutional Law*, vol. 7, 2013 (no prelo).
- FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das letras, 2007.
- HARVEY, Philip, Human Rights and Economic Policy Discourse: taking economic and social rights seriously. *Columbia Human Rights Law Review*, v. 33, 2001.

- KENNEDY, David. The International Human Rights Movement: Part of the Problem? *European Human Rights Law Review*, vol. 3, 2001.
- McCRUDDEN, Christopher. Using public procurement to achieve social outcomes. *Natural Resources Forum*, v. 28, 2004.
- MUNDLAK, Guy. The right to work: linking human rights and employment policy. *International Labour Review*, vol. 146, n. 3-4, 2007.
- NOGUEIRA, Mauro O.; OLIVEIRA, João M.. Da Baleia ao Ornitorrinco: Contribuições para a compreensão do universo das micro e pequenas empresas brasileiras. *Radar: Tecnologia, produção e comércio exterior*, n. 4, 2013.
- NORTH, Douglas C.. Institutions, *Journal of Economic Perspectives*, v. 5, n. 1, 1991.
- _____. The new institutional economics and development. *EconWPA Economic History*, 1993. Disponível em: <http://www.deu.edu.tr/userweb/sedef.akgungor/Current%20topics%20in%20Turkish%20Economy/north.pdf> > Acesso em 01.06.2013.
- RAMOS, Carlos A. Notas sobre políticas de emprego. *Texto de discussão n. 471*. Brasília: IPEA, 1997.
- POSNER, Richard. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- PREBISH, Raul. *The economic development of Latin America and its principal problems*. New York: United Nations, 1949.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Menos mercado. In: *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013
- _____. Novo estruturalismo jurídico: uma alternativa para o direito?. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 926, 2012.
- _____. *A Legal Theory of Economic Power: implications for social and economic development*. Northampton: Edward Elgar, 2011.
- _____. Monopólio colonial e subdesenvolvimento. In: *Democracia, Direitos Humanos e República*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- _____. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SALOMÃO FILHO, Calixto; FERRÃO, Brisa L. M.; e RIBEIRO, Ivan C. *Concentração, estruturas e desigualdade: as origens coloniais da pobreza e da má distribuição de renda*. São Paulo: Idicid, 2008.

SEBRAE – SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

(Org.). *Anuário do trabalho na micro e pequena empresa: 2012*, 5. ed., São Paulo: Sebrae, 2012.

_____. *Políticas públicas: as micro e pequenas empresas e as compras públicas*, São Paulo: Sebrae, 2005.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das letras, 2010.

SILVA, José A., *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 25 ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUSA JR., Célio C.. *Utilização do Poder de Compra do Estado de Minas Gerais como Instrumento de Desenvolvimento Regional e para a Promoção de Políticas Públicas Locais Distributivas*. In: Anais do XIII Seminário sobre a Economia Mineira, 2008.

Disponível em:
<http://www.cedeplar.ufmg.br/seminarios/seminario_diamantina/2008/D08A145.pdf>
. Acesso em: 29.05.2013.

TADLER, Judith; AMORIM, Mônica A. Small Firms and Their Helpers: Lessons on Demand. *World Development*, v. 24, n. 3, 1996.

ZYLBERSTAJN, Hélio; NETO, Giacomo B.. As teorias de desemprego e as políticas públicas de emprego. *Estudos Econômicos*, v. 29, n. 1, 1999