

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA- EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GREYCE SILVEIRA CARVALHO

**LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS: A ADOÇÃO DE CRITÉRIOS AMBIENTAIS EM
FACE DOS PRINCÍPIOS DA VANTAJOSIDADE E DA COMPETITIVIDADE**

**BRASÍLIA,
FEVEREIRO 2013**

GREYCE SILVEIRA CARVALHO

**LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS: A ADOÇÃO DE CRITÉRIOS AMBIENTAIS EM
FACE DOS PRINCÍPIOS DA VANTAJOSIDADE E DA COMPETITIVIDADE**

Trabalho de Monografia para apresentação
ao Curso de Pós-Graduação em Direito
Administrativo como requisito parcial para
obtenção do título de Especialista em Direito
Administrativo

**BRASÍLIA,
FEVEREIRO 2013**

GREYCE SILVEIRA CARVALHO

**LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS: A ADOÇÃO DE CRITÉRIOS AMBIENTAIS EM
FACE DOS PRINCÍPIOS DA VANTAJOSIDADE E DA COMPETITIVIDADE**

Trabalho de Monografia para apresentação ao curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo.

Brasília, DF, 25 de fevereiro de 2014.

MEMBRO DA BANCA EXAMINADORA

MEMBRO DA BANCA EXAMINADORA

MEMBRO DA BANCA EXAMINADORA

RESUMO

Este trabalho faz uma reflexão acerca da inserção do novo objetivo das licitações públicas, consistente na promoção do desenvolvimento nacional sustentável, a partir de uma visão contextualizada da sustentabilidade no ordenamento jurídico brasileiro e na ordem internacional, bem como da função regulatória das licitações. Com efeito, o Estado, na qualidade de macro-consumidor de bens e serviços, tem o dever de utilizar o seu poder de compra como mecanismo indutor de práticas ambientalmente sustentáveis. A Constituição da República Federativa do Brasil e a legislação infraconstitucional assim o autorizam. Nos dias atuais, o fomento assume relevância ímpar no Estado Democrático de Direito, por se tratar de uma forma mais consensualizada e participativa de exercício das funções estatais. Ademais, não é por outra razão que, há algum tempo, as licitações vêm sendo utilizadas como instrumento de regulação, prevendo-se sistema de preferências e até mesmo hipóteses de dispensa do procedimento como forma de se prestigiar o crescimento econômico e a inclusão social. Nesse cenário, a adoção de critérios ambientalmente sustentáveis no decorrer do certame licitatório guarda total compatibilidade com a principiologia tradicional que rege o instituto das licitações, não havendo qualquer conflito que a invalide. Conquanto a uma primeira vista se possa vislumbrar vulneração aos princípios da vantajosidade e da competitividade, o fato é que não existe óbice apriorístico à adoção dos critérios ambientais, desde que o gestor o faça de modo paulatino, razoável e proporcional, sem conceber exigências impertinentes que acabem por frustrar o caráter competitivo do certame ou que importe um dispêndio financeiro injustificado. Ao final, busca-se demonstrar que os critérios de sustentabilidade ambiental podem ser inseridos tanto na fase de planejamento da contratação, como nas etapas externas do certame e também durante a fase de execução contratual.

Palavras-chave: Licitações Públicas. Sustentabilidade. Função Regulatória. Vantajosidade. Caráter competitivo. Critérios ambientais. Razoabilidade. Proporcionalidade.

ABSTRACT

This study promotes a reflection about the insertion of the new goal of public bidding, regarding the promotion of sustainable national development, from a contextualized view of sustainability in the Brazilian legal system and the international order, as well as the regulatory function of public bidding. Indeed, the State, acting as a large-scale consumer of goods and services, has the responsibility to use its purchasing power as a mechanism to induce environmentally sustainable practices. The Constitution of the Federative Republic of Brazil and under-constitutional legislation so authorizes. Nowadays, this practice acquires a unique importance in the Rule of Law State, due to its more consensual and participatory forms of state-functions exercise. Moreover, it is for no other reason that public biddings are being used as a regulatory tool, with a system of preferences and even the possibility of exemption of the procedure as a way to honor economic growth and social inclusion. In this scenario, the adoption of environmentally sustainable criteria during the public bidding process holds full compatibility with traditional principles regarding public bidding, withdrawing any collision that could invalidate it. Although, at a first glance, one could glimpse an offense to the principles of cost-effectiveness and competitiveness, the fact is that there is no aprioristical obstacle to the adoption of environmental criteria, since the manager do it in a gradual, reasonable and proportional way, without conceiving impertinent requirements that could eventually frustrate the competitive nature of the event or implicates an unreasonable expenditure. At the end, it seeks to demonstrate that the environmental sustainability criteria can be inserted either in the planning phase of the agreement or in the external stages of the event and also during the agreement implementation.

Key words: Public Bidding. Sustainability. Regulatory function. Cost-effectiveness. Competitive character. Environmental criteria. Reasonableness. Proportionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 NOÇÃO DE SUSTENTABILIDADE	7
1.1 Abrangência Conceitual de Sustentabilidade.....	8
1.2 Panorama Legislativo: O Reconhecimento da Sustentabilidade na Atualidade Jurídica Brasileira.....	10
1.3 Sustentabilidade como Direito Subjetivo e como Dever do Esta- do.....	14
2 ASPECTOS GERAIS DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS	18
2.1 Conceitos e objetivos.....	19
2.2 Princípios Expressos e Princípios Reconhecidos.....	28
2.2.1 Princípio da Isonomia.....	29
2.2.2 Princípios Constitucionais Gerais.....	30
2.2.3 Princípios Específicos da Licitação.....	32
2.2.4 Princípios Específicos Reconhecidos.....	33
2.3 Função Regulatória das Licitações Públicas.....	36
2.3.1 Regulação Econômica.....	39
2.3.2 Regulação Social.....	41
2.3.3 Regulação Ambiental.....	43
3 A INSERÇÃO DE CRITÉRIOS DE SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL NAS LICITAÇÕES	44
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

O modelo de consumo inaugurado após a revolução industrial, caracterizado pela exploração desmedida e despreocupada do meio ambiente, não demorou a trazer desequilíbrio e escassez de recursos. E foi a partir dos questionamentos que se seguiram que nasceu a noção de sustentabilidade, ligada à ideia de que todo crescimento econômico-social deve estar atrelado à preservação ambiental, para que a satisfação das necessidades hodiernas não comprometa as gerações futuras.

Desde o Relatório de Brundtland, em 1987, até os dias atuais, a legislação sobre o tema avançou bastante, a ponto de a sustentabilidade ser elevada à categoria de política pública. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a contempla nos artigos 170, inciso VI e 225. Em sede infraconstitucional, são inúmeros os diplomas normativos que dão concretude a ela, como a Política Nacional de Mudança do Clima, a Política Nacional de Resíduos Sólidos, dentre outros.

Diante deste contexto, e sobretudo considerando que a política ambiental consagrada na Constituição de 1988 prevê uma postura positiva por parte do Estado (e não meramente absenteísta), a adoção de critérios de sustentabilidade nas licitações desponta como um desdoramento desta política. É dever do Poder Público utilizar seu poder de compra como indutor do desenvolvimento nacional sustentável.

A ideia de que as licitações públicas podem e devem ser utilizadas como instrumento de regulação não é de todo nova. Tanto é assim que, por meio da emblemática ADI nº 1923/DF, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a função regulatória das licitações. Com efeito, seja na adoção da sistemática de preferências a determinados setores da economia, seja na dispensa do procedimento para promover a inclusão de certos segmentos sociais, o fato é que a licitação já há muito se revelou como instrumento de regulação econômica e social. Agora, com a inserção do desenvolvimento nacional sustentável no rol de objetivos do artigo 3º da Lei nº 8.666/1993, vislumbra-se com maior nitidez a regulação ambiental.

O desafio que se coloca é de como operacionalizar a licitação sustentável, compatibilizando os critérios de sustentabilidade com os princípios tradicionais que regem o certame, mormente o da vantajosidade e da competitividade. Com efeito, sabe-se que a licitação é o procedimento vocacionado à escolha da proposta mais vantajosa para contratar com o Poder Público, dentre o maior número possível de

competidores em igualdade de condições. Ocorre que a adoção de critérios ambientais sabidamente reduz o universo de competidores e eleva os custos.

Pretende-se demonstrar, por meio deste trabalho, que a concepção de exigências ambientalmente sustentáveis não frustra o desiderato original das licitações, porquanto se deve ter em mente uma leitura mais abrangente dos cânones da competitividade e da vantajosidade. De fato, conquanto se possa admitir uma momentânea redução do espectro de licitantes, à medida em que o mercado conforma seus meios de produção às práticas sustentáveis, a competição plena tende a se reestabelecer. Ademais, o conceito de vantajosidade é amplo e não se restringe ao aspecto econômico. E ainda que se considere este aspecto, deve-se ter em conta a economia a médio e longo prazos proporcionada pela aquisição sustentável.

Para deixar clara a adequação do procedimento licitatório com exigências ambientais, apresentar-se-á, no primeiro capítulo, a noção de sustentabilidade, sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro e no cenário internacional, bem como sua natureza de direito subjetivo e dever do Estado.

Na sequência, serão abordados os principais aspectos da licitação, os princípios expressos e os reconhecidos apesar de implícitos, fazendo-se uma leitura contextualizada deles e procurando uma abordagem conciliadora dos três objetivos da licitação: isonomia, busca da proposta mais vantajosa e promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Também se discorrerá sobre a função regulatória da licitação, demonstrando-se que o ordenamento jurídico já admitia a licitação como instrumento de regulação econômica, social e ambiental e que tal circunstância já representava certa mitigação dos princípios que tradicionalmente informam o instituto.

Por fim, o terceiro capítulo, de viés mais pragmático, será dedicado à operacionalização da licitação sustentável. Nesse contexto, serão apresentadas as fases do procedimento que comportam a inserção dos critérios ambientais e como fazê-lo sem vulneração da essência do instituto da licitação pública.

O método adotado neste trabalho é essencialmente dogmático, com pesquisa à doutrina clássica para revisar os conceitos mas, sobretudo, às publicações mais recentes que tratam especificamente do tema. Também foram empreendidas pesquisas jurisprudenciais, a despeito de se tratar de tema incipiente nos tribunais e órgãos de controle.

1. NOÇÃO DE SUSTENTABILIDADE

O uso indiscriminado e despreocupado dos recursos naturais sempre esteve presente na história da humanidade, sobretudo após a Revolução Industrial, que trouxe consigo a crença de que as inovações tecnológicas trariam conforto, qualidade de vida e, ao mesmo tempo, tornariam inesgotáveis os recursos. Esta crença equivocada foi, aos poucos, sendo desmentida pela realidade.

O modelo de consumo inaugurado nesta época caracteriza-se pela exploração desmedida e despreocupada do meio ambiente, o que acarretou desequilíbrio ecológico e escassez de recursos naturais. E não demorou muito para que tal constatação gerasse questionamentos e preocupação com a qualidade do meio ambiente. Nasce aí o gérmen da sustentabilidade, conceito ligado à ideia de compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação ambiental.

Atualmente, o conceito de sustentabilidade está presente de forma bastante contundente na realidade social brasileira, sobretudo após a realização da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento em 1992, no Rio de Janeiro – a chamada ECO-92. Marcos Weiss Bliacheris também aponta o aquecimento global (ou as mudanças climáticas em geral) como evento que alterou de modo substancial a percepção da sociedade sobre o tema ambiental¹.

Nada obstante, anteriormente à realização da Eco-92 e até mesmo à promulgação da Constituição Federal, a questão ambiental já era digna de tutela jurídica, por meio da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Aliás, trata-se de um marco importante da tutela ambiental, uma vez que consagra tacitamente a ideia de sustentabilidade antes mesmo dela ser enunciada pela ONU, por meio do Relatório de Brundtland em 1987. Com efeito, o art. 4º da Lei nº 6.938, de 1981 preceitua que a Política Nacional do Meio Ambiente visará “a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico”.

¹ BLIACHERIS, Marcos Weiss. Licitações Sustentáveis: Política Pública. In SANTOS, Murilo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro. **Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 138.

Nesses pouco mais de 30 (trinta) anos, a legislação sobre o tema avançou bastante, ao ponto de a sustentabilidade ser elevada a categoria de política pública.

Neste capítulo, apresentaremos o conceito de sustentabilidade e faremos um apanhado de todo o arcabouço normativo que rege a matéria.

1.1 Abrangência Conceitual de Sustentabilidade

A noção de sustentabilidade se encontra enraizada no conceito de desenvolvimento sustentável, cuja definição mais elucidativa foi aquela adotada pelo Relatório de Brundtland, confeccionado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU, em 1987, no sentido de que se trata do “desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras satisfazerem suas próprias necessidades”.

Essencialmente, este relatório define o desenvolvimento sustentável como um processo de transformação onde se compatibilizam as necessidades presentes e futuras por meio da exploração racional dos recursos, da direção dos investimentos e da orientação do desenvolvimento tecnológico.

O desenvolvimento sustentável possibilita que as pessoas atinjam um nível satisfatório de crescimento social e econômico com o uso razoável dos recursos naturais. Em outras palavras, o desenvolvimento só se reputa sustentável quando a intervenção humana não causa efeitos deletérios no meio ambiente.

Eis aí o objetivo da sustentabilidade: conciliar a atividade econômica, industrial e tecnológica com o uso adequado e responsável dos recursos naturais.

Não existe definição normativa clara e hermética sobre a sustentabilidade. O conceito é aberto, devendo ser associado a cada situação específica. Os parâmetros de sustentabilidade devem ser revistos e redefinidos constantemente, seja pelo legislador, seja pelo administrador, mas sempre levando em consideração a noção nuclear de uso racional de recursos e compatibilização das necessidades presentes e futuras. No caso específico das licitações, o conceito de sustentabilidade se situará no ponto de interseção entre o impacto ambiental potencial do objeto, o preço que a solução sustentável pode custar e, ainda, a possível restrição de competitividade.

Além de ser um conceito aberto e sujeito a revisões e adaptações, a sustentabilidade não se restringe à preocupação ambiental em um sentido mais

estrito. A análise do Relatório de Brundtland deixa clara a necessidade de se conciliar o desenvolvimento econômico e social com a proteção do meio ambiente.

Com efeito, sustentabilidade envolve a ideia de uma sociedade mais justa, com redistribuição de recursos e incentivo ao crescimento econômico. A noção de sustentabilidade é tríplice: mistura crescimento econômico, equidade social e defesa do meio ambiente.

Ao compulsar a Carta Magna, percebemos que a sustentabilidade se encontra na Constituição Econômica como princípio geral da atividade econômica, mais precisamente no art. 170, VI. O sentido do texto constitucional é pela busca pelo equilíbrio entre a utilização dos recursos naturais e a produção de riqueza. Nesse sentido, a exploração econômica, conquanto justa e necessária, deve obedecer aos limites da capacidade dos ecossistemas, respeitando-se o tempo de recuperação dos recursos renováveis.

Tomando-se o mencionado dispositivo constitucional como diretriz hermenêutica, é possível concluir que, no momento de se conferir expressão monetária a determinado bem, tanto atributos econômicos como ecológicos são levados em consideração. A *mens legis* subjacente ao capítulo da ordem econômica constitucional é no sentido de que o conceito de valor não é uma categoria tipicamente ou exclusivamente econômica. Tal conclusão é importante para os fins a que se destina este trabalho, no que se refere porque reforça a impossibilidade de se restringir o conceito de vantajosidade ao aspecto meramente econômico. Ora, se o valor de determinado bem agrega atributos ecológicos, esses mesmos atributos devem ser expressão da vantagem na sua aquisição.

Além disso, a Constituição Social também está impregnada da noção de sustentabilidade. É que desenvolvimento sustentável pressupõe o respeito aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, na medida em que a saúde e a qualidade de vida pressupõem a existência de um ambiente ecologicamente equilibrado. O próprio Relatório de Brundtland preceitua que para que haja desenvolvimento sustentável é preciso que todos tenham atendidas as suas necessidades básicas e lhes sejam proporcionadas oportunidades de concretizar suas aspirações.

A amplitude e o alcance do conceito de sustentabilidade já foi inclusive objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal que, em sede de Medida Cautelar na ADI nº 3.540, afirmou o seguinte:

A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.²

Em suma, a sustentabilidade tem conceito aberto, mas contém a ideia de compatibilização das necessidades presentes e futuras e abrange não só aspectos ambientais, mas também e sobretudo econômicos e sociais.

1.2 Panorama Legislativo: O Reconhecimento da Sustentabilidade na Atualidade Jurídica Brasileira

Consoante já afirmado alhures, a base constitucional da sustentabilidade no ordenamento jurídico pátrio se assenta nos arts. 170,VI e 225, ambos da Constituição Federal. Por meio deles, é possível compreender que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito subjetivo fundamental e que o crescimento econômico dele não pode estar dissociado, sob pena de não se poder falar em desenvolvimento autêntico.

Em sede infraconstitucional, o primeiro diploma normativo editado tratando do tema foi a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Trata-se de um marco importantíssimo na tutela ambiental brasileira. A *ratio* desta lei consiste em aliar a qualidade ambiental ao desenvolvimento sócio-econômico nacional e à proteção à dignidade da vida humana:

Art. 2º. A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental

² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.540-MC. Relator: Ministro Celso de Mello. Data do julgamento: 1 de setembro de 2005.

propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana (...)

Outro diploma normativo importante é a Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009, que instituiu a Política Nacional de Mudança do Clima. Como já mencionado anteriormente, esta lei determina a criação de critérios de preferência nas licitações para propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais.

A Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos e previu prioridade na aquisição de produtos reciclados ou recicláveis. Além disso, esta lei constitui um avanço significativo nesta seara, ao consagrar a noção de ciclo de vida dos produtos, consistente na série de etapas envolvidas desde a criação até o seu descarte.

A noção de ciclo de vida é fundamental para as compras públicas sustentáveis, porquanto permite que se faça aferição da vantajosidade desvinculada da ideia de economia imediata de recursos (menor preço). Ao se levar em conta o ciclo de vida do produto para as compras governamentais, estimula-se a produção e o consumo sustentável em virtude da redução na geração de resíduos, especialmente a partir de medidas relacionadas à reciclagem e ao reaproveitamento dos resíduos sólidos.

Mais recentemente, a já mencionada Lei nº 12.349, de 2010 tratou de incluir um terceiro objetivo para as licitações públicas, consistente na promoção do desenvolvimento nacional sustentável. A cláusula, que já era exigível por força de todo o arcabouço normativo anterior à sua menção expressa, trata de conferir maior carga de cogência à disposição, obrigando definitivamente a Administração à observância de critérios de sustentabilidade ambiental nas compras governamentais. Em síntese:

Com a edição das leis sobre Política nacional sobre Mudança do Clima e sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos, leis nº 12.187/09 e nº 12.305/10, respectivamente, e com a nova redação do art. 3º da Lei nº 8.666/93 dada pela Lei nº 12.349/10, a discricionariedade para a escolha dos objetos a serem contratados pelo Poder Público deve obrigatoriamente levar em conta os aspectos de sustentabilidade socioambiental.

Ou seja, a melhor proposta para o Poder Público é aquela que, entre outros critérios, contempla aspectos de proteção ambiental.³

³ SANTOS, Murilo Giordan. Poder Normativo nas Licitações Sustentáveis. In SANTOS, Murilo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro. Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 157.

Com o intuito de dar concretude ao novo objetivo das licitações, a Administração Pública Federal editou a Instrução Normativa nº 1, de 2010, proveniente da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento. A mencionada instrução normativa determina, em seu art. 1º, a adoção de critérios de sustentabilidade ambiental na especificação do objeto e contempla a noção de ciclo de vida dos produtos. Confira-se:

Art. 1º Nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, as especificações para a aquisição de bens, contratação de serviços e obras por parte dos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão conter critérios de sustentabilidade ambiental, considerando os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias-primas.

Os demais artigos da Instrução Normativa nº 1, de 2010 da SLTI tratam de delimitar as fases em que os critérios de sustentabilidade ambiental serão contemplados no certame, bem como relacionam exemplificativamente os materiais e tecnologias que reduzem o impacto ambiental e devem ser prestigiadas.

Pois bem. Assentado o panorama normativo no direito pátrio, cumpre deixar consignado que, em se tratando de sustentabilidade, impossível pretender uma análise exaustiva do tema sem contextualizá-lo com os compromissos internacionais assumidos pelo estado brasileiro, tenham eles sido internalizados ou não. A este propósito, observa Canotilho:

O postulado globalista pode resumir-se assim: a proteção do ambiente não deve ser feita a nível de sistemas jurídicos isolados (estatais ou não) mas sim a nível de sistemas jurídico-políticos, internacionais e supranacionais, de forma que se alcance um standard ecológico ambiental razoável a nível planetário e, ao mesmo tempo, se estruture uma responsabilidade global (de Estados, organizações, grupos) quanto às exigências de sustentabilidade ambiental⁴.

Com efeito, tratando-se de meio ambiente, cujas consequências da degradação não conhecem fronteiras, a análise dos instrumentos de direito internacional assume relevância ímpar. Nesse contexto, ainda que tais instrumentos não tenham sido submetidos à sistemática de internalização ao ordenamento jurídico pátrio, não se pode negar o seu papel de diretriz principiológica, porquanto encerram os mais

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 10ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. p.198.

caros valores eleitos pela comunidade internacional e acabam por reverberar internamente.⁵

Pois bem. O primeiro referencial de sustentabilidade encontrado nos instrumentos internacionais está na Conferência de Estocolmo, realizada em 1972. Neste documento, a soberania dos Estados divide espaço com a transnacionalidade dos problemas ambientais, consoante se depreende do Princípio 21.

Foi sob o influxo dos princípios insculpidos na Conferência de Estocolmo que o Brasil editou a Política Nacional do Meio Ambiente, por meio da Lei nº 6.938, de 1981.

Nos anos de 1985 e 1987 ocorreram, respectivamente, a Convenção de Viena para proteção da camada de ozônio e o Protocolo de Montreal sobre substâncias que destroem a camada de ozônio. Ambos passaram pelo processo de internalização por meio do Decreto nº 99.280 de 6 de junho de 1990.

Não se pode deixar de citar que, em 1987 foi publicado o Relatório de Brundtland, da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU, o qual trouxe o conceito de desenvolvimento sustentável. Após sua publicação a Assembleia Geral da ONU decidiu convocar uma Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, o que ocorreu em 1992, no Rio de Janeiro. Um dos documentos produzidos durante a ECO-92, a Declaração do Rio sobre meio ambiente não constitui um tratado, mas detém importância como declaração de princípios. Dentre todos os princípios ali insculpidos destaca-se o de número 8 (oito), segundo o qual, para alcançar o desenvolvimento sustentável, os Estados devem reduzir ou eliminar os padrões insustentáveis de produção e consumo. A promoção de licitações sustentáveis guardam obediência a este princípio, porquanto visa exatamente fomentar a adoção de práticas ambientalmente recomendáveis de produção e consumo.

Outro documento produzido durante a ECO-92 digno de destaque é a Agenda 21, a qual reservou um capítulo específico para tratar da mudança nos padrões de consumo e acrescentou uma nova exigência para os Estados, qual seja, a integração das preocupações ambientais ao processo de tomada de decisões governamentais.

⁵ BARKI, Teresa Villac Pinheiro. Direito Internacional Ambiental como Fundamento Jurídico para as Licitações Sustentáveis no Brasil. In SANTOS, Murilo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro. **Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 48.

Na mesma esteira de integração da sustentabilidade com o processo político, temos a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre mudança do clima, também realizada em 1992. Esta foi promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 2.652, de 1998 e menciona o dever dos signatários de adotar uma gestão sustentável.

Por meio do Decreto nº 5.445, de 2005, foi internalizado o Protocolo de Quioto, celebrado em 1997. O documento destaca-se pela preocupação com a emissão de gases do efeito estufa.

No ano de 2002 foi realizada a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável em Joanesburgo. Além de acrescentar a erradicação da pobreza como requisito essencial para se alcançar o desenvolvimento sustentável, o documento produzido durante a Conferência traz o objetivo de promover as políticas de compras públicas que incentivam o desenvolvimento e a disseminação de bens e serviços ambientalmente saudáveis.

Percebe-se, portanto, que diversos instrumentos de direito internacional dão suporte jurídico à adoção das licitações sustentáveis. Isso porque as contratações públicas sustentáveis se inserem em um cenário mundial de preocupação com a adoção de medidas em prol da sustentabilidade.

A bem da verdade, o exame do panorama normativo aqui exposto sinteticamente permite concluir que antes mesmo de ser positivada como terceiro objetivo das licitações, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável já tinha guarida constitucional e legal, além da carga principiológica dos instrumentos de direito internacional.

1.3 Sustentabilidade como Direito Subjetivo e como Dever do Estado

No tópico anterior, foram expostos os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em matéria de desenvolvimento sustentável e que dão fundamento jurídico a este que, agora, foi alçado definitivamente a terceira finalidade do procedimento licitatório.

Pois bem. Dentre estes instrumentos, insere-se a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4/12/1986. Por meio desta Declaração, o direito ao desenvolvimento foi reputado direito humano inalienável (art. 1º, 1). Correlato a ele,

a Declaração estabeleceu que é dever de cada Estado a formulação de políticas nacionais adequadas aos desenvolvimento (art. 2º, 3).

Ao lado do direito ao desenvolvimento, encontramos o direito ao meio ambiente sadio, que constou expressamente do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Protocolo de San Salvador (1988), ratificado pelo Brasil em 1996.

Em síntese, vemos que tanto o direito ao meio ambiente, como o direito ao desenvolvimento gozam de estatura de direitos humanos inalienáveis, indivisíveis e interdependentes entre si, porquanto tais características encontram-se expressas na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (art. 6º, 2).

No Brasil, a nova ordem jurídica inaugurada em 1988 tratou de inserir no texto constitucional o direito ao meio ambiente sadio. A constitucionalização do meio ambiente fez surgir um novo direito subjetivo fundamental que, como tal, goza de aplicabilidade imediata, a teor do quanto disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.

A proteção ambiental deixa, definitivamente, de ser um interesse menor ou acidental no ordenamento, afastando-se dos tempos em que, quando muito, era objeto de acaloradas, mas juridicamente estéreis, discussões no terreno não jurígeno das ciências naturais ou da literatura.⁶

O direito constitucional ao meio ambiente sadio aparece como contrapartida ou como limitador das prerrogativas ligadas ao direito de propriedade. Além disso, gera uma série de deveres igualmente autoaplicáveis, tais como o dever de não degradar, o dever de preservar, que dispensam maior regramento infraconstitucional.

Acerca dos deveres gerados automaticamente com a constitucionalização do direito ao meio ambiente sadio, cumpre anotar, primeiramente, que os destinatários desses deveres são o Estado e toda a sociedade, tal como preceitua o *caput* do art. 225. A despeito disso, para os fins deste trabalho, daremos maior ênfase à sustentabilidade como dever do Estado – até porque, frise-se, dado o seu papel, é a ele que incumbe implementar as políticas públicas em prol do desenvolvimento sustentável.

⁶ BENJANIM, Antônio Herman. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In CANOTILHO, JJ Gomes; LEITE, José Rubens Morato (organizadores). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, p. 99.

Nesse sentido, voltemos nossa atenção para o parágrafo primeiro do art. 225 que, a seu turno, traça os deveres a cargo do Poder Público, aptos a assegurar a efetividade do direito enunciado no *caput*. Alguns desses deveres são: restaurar e preservar processos ecológicos essenciais, proteger a diversidade e integridade do patrimônio genético; controlar a produção, comercialização e emprego de técnicas que possam representar risco à vida, qualidade de vida e meio ambiente; promover educação ambiental; proteger fauna e flora; a título exemplificativo.

Consoante anota Antônio Herman Benjamim, a política ambiental consagrada pela Constituição prevê deveres de cunho *welfarista*, porque se afastam do liberalismo e se baseiam em um modelo intervencionista de Estado.⁷

A tutela ambiental não é daqueles valores sociais em que basta assegurar uma liberdade negativa, uma abstenção, um não-fazer. A norma ambiental vai além, para estabelecer um 'dever de empreender' e se estende para todos os cidadãos.

De fato, o discurso constitucional de proteção do ambiente não anuncia um simples *non facere*, um “não degradar”. A posição do Estado não é (ou não é só) absenteísta, e isto decorre do rol de deveres elencados no § 1º do art. 225, da CF. Exigem-se prestações positivas a cargo do Estado: a ele é imposto o dever de implementar políticas públicas para a promoção do meio ambiente; a ele é imposto o dever de controlar a produção, a comercialização, o emprego de técnicas que possam apresentar riscos ao meio ambiente. E as licitações sustentáveis são um exemplo emblemático de obediência a esses deveres a cargo do Estado. É dever do Poder Público utilizar seu poder de compra como instrumento de política pública vocacionado à promoção do desenvolvimento nacional sustentável e isto já era exigível antes mesmo do advento da Lei nº 12.349, de 2010, que alterou a redação da Lei nº 8.666, de 1993.

Por fim, convém anotar que a constitucionalização do direito ao meio ambiente, na medida em que impõe à Administração o permanente dever de proteger positivamente o meio ambiente e exigir que os demais membros da comunidade o façam, representa redução da discricionariedade administrativa em certa medida. É que, na formulação das políticas públicas, o Estado deve sempre

⁷ BENJANIM, Antônio Herman. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In CANOTILHO, JJ Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, p. 138.

optar, dentre as várias alternativas viáveis, por aquela menos gravosa ao meio ambiente.

Como se verá mais adiante, esta redução de discricionariedade atinge a Administração no momento que antecede a deflagração da licitação: na delimitação do objeto, ao Poder Público agora é imposta a adoção de critérios de sustentabilidade ambiental.

2. ASPECTOS GERAIS DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Na persecução do interesse público, fim precípuo do atuar administrativo, o Estado, não raramente, precisa recorrer a serviços e produtos prestados e fornecidos por particulares. Tal se deve ao crescimento das demandas sociais e da necessidade de satisfazê-las, revelando a insuficiência do aparelhamento estatal, seja em recursos materiais, em pessoal especializado ou mesmo em conhecimento técnico.

Nesse contexto, a solução da execução indireta das atividades tradicionalmente incumbidas à Administração Pública mostrou-se extremamente útil porquanto, além de mais eficiente e especializada, a prestação de serviços ou produção de bens pelos particulares também pode ser menos dispendiosa, no mais das vezes. Trata-se de medida racionalizadora, na medida em que evita a mobilização do aparato estatal para a realização material de tarefas que são muito melhor executadas por um contratante particular.

A execução indireta das atividades já vinha prevista no art. 10, § 7º, do Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, segundo o qual:

para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e contrôles e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Pois bem. Para a celebração do contrato, não dispõe a Administração de ampla liberdade na eleição do particular com quem firmará a avença. Segundo prescreve a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), todo contrato administrativo deve ser precedido de uma licitação, salvo nas hipóteses delineadas em lei. O comando está insculpido no art. 37, XXI, cujo teor, dada a importância e pertinência para este trabalho, ora se transcreve:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(..)

XXI - 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 das obrigações

Neste contexto, urge delinear o conceito, as finalidades e os princípios que norteiam o instituto das licitações, considerado antecedente necessário das contratações públicas em geral⁸.

2.1 Conceitos e Objetivos

Já se disse que a escolha do particular para contratar com a Administração não fica ao alvedrio desta, como regra. Em respeito aos princípios que regem todo o atuar administrativo, notadamente da isonomia, da impessoalidade, da moralidade e, sobretudo, em obediência aos cânones da supremacia do interesse público e de sua indisponibilidade, o Estado deve oportunizar a todos quantos se interessem em prestar serviços, fornecer produtos, adquirir bens ou realizar obras a participação, em paridade de condições, em processo seletivo para escolha da melhor proposta.

Eis aí, amalgamados, o conceito e os objetivos clássicos da licitação: o procedimento administrativo destinado a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, assegurando-se ampla participação dos interessados e o seu tratamento isonômico, com observância de todos os requisitos legais exigidos.

O conceito legal se encontra no art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, recentemente alterada pela Lei nº 12.349, de 2010, a qual preceitua que:

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.

A doutrina costuma não destoar na conceituação do instituto. Segundo Diógenes Gasparini, a licitação pode ser conceituada como o procedimento administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada seleciona, em razão de critérios objetivos previamente estabelecidos, dentre interessados que

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**, 13 ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 4.

tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse⁹.

Lapidar e multicitada, é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem:

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem a assumir.¹⁰

Também no direito comparado encontramos definições semelhantes. Roberto Dromi conceitua a licitação como:

O procedimento administrativo de preparação da vontade contratual, pelo qual um ente público em exercício da função administrativa convida os interessados para que, sujeitando-se às bases fixadas no edital, formulem propostas dentre as quais se selecionará e aceitará a mais conveniente¹¹.

De todas as definições trazidas a guisa de ilustração, depreende-se que há um consenso de que a licitação consiste em um procedimento. Como tal, não constitui um fim em si mesma, mas um instrumento vocacionado para a consecução de determinados objetivos. Mais uma vez recorrendo à lição de Roberto Dromi, temos que “o procedimento não é um fim em si mesmo, senão um meio para outros fins, que lhe dão razão substancial de ser”¹²

A propósito, os objetivos colimados pelo procedimento licitatório também são legalmente definidos. São eles: garantir a observância da isonomia, selecionar a proposta mais vantajosa e por fim, a finalidade acrescentada pela Lei nº 12.349, de 2010, promover o desenvolvimento nacional sustentável.

⁹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011. p. 529.

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 26 ed., São Paulo: Malheiros, 2009. p. 517.

¹¹ DROMI, Roberto. **Licitación Pública**, 4ª ed., Buenos Aires-Madrid-México: Ciudad Argentina-Hispania Libros, 2010. p. 76. Tradução livre do original: el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público em ejercicio dela función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente

¹² *Ibidem*. p. 76. Tradução livre de: el procedimiento no es um fin em sí mismo, sino un medio para otros fines, que le dan razón substancial de ser.

Diz-se que a licitação tem como objetivo a observância da isonomia porque constitui instrumento apto a dar concretude a este princípio informador de todo o sistema jurídico. A licitação é um consectário do princípio da igualdade, sua materialização, dele indissociável. Tanto é assim que há quem afirme ser o certame licitatório exigível ainda que não expressamente previsto no texto constitucional¹³. De fato, em observância ao princípio da igualdade, pretendendo o Estado adquirir bens, aliená-los, contratar um serviço ou uma obra, deverá, inevitavelmente, adotar um procedimento que propicie igualdade de condições a todos os interessados em travar relação contratual com o Poder Público¹⁴.

Para fins de sistematização, recorrer-se-á de forma mais abrangente e completa sobre a isonomia no tópico seguinte, concernente aos princípios informadores da licitação. Por ora, registre-se apenas que, ao eleger a isonomia como um dos escopos do instituto, quis o legislador que a licitação se destinasse não só a dar igual oportunidade a todos aqueles que desejem dela participar, mas também a dar tratamento igualitário a todos os que efetivamente acorrerem ao certame. Logo, a isonomia incide tanto no curso do torneio como antes de sua deflagração.

Relativamente à busca da proposta mais vantajosa, cumpre alertar, de antemão, que não se pode admitir uma leitura rasa deste objetivo, fulcrada apenas em seu aspecto econômico. Sobretudo agora, com a inserção da terceira finalidade da licitação, consistente na promoção do desenvolvimento nacional sustentável, a expressão “proposta mais vantajosa” deve compreender tanto aspectos de onerosidade como de qualidade da prestação.

Classicamente, a doutrina associa a vantajosidade da proposta ao aspecto econômico. Mais vantajosa será, pois, a proposta que se revelar mais atraente aos interesses da Administração, a que representar maior economia de recursos públicos.

De fato, não se pode negar conteúdo econômico ao conceito de vantajosidade. Os recursos são limitados, de modo que a licitação deve buscar eleger a proposta que assegure o aproveitamento racional desses recursos. A

¹³ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011. p. 529

¹⁴ Mesmo que haja contratação não precedida de licitação, nas hipóteses previstas em Lei, o processo guardará observância ao princípio da isonomia. Tanto é assim que o art. 26 da Lei Geral de Licitações prevê o procedimento de contratação direta, no qual exige, entre outros requisitos, a explicitação das razões da escolha do fornecedor, a justificativa do preço e da situação que afasta a necessidade de licitação.

proposta mais vantajosa, portanto, é aquela que, dentre outros aspectos, prestigia o princípio da economicidade, o qual exige que o Estado desembolse o mínimo e obtenha o máximo.

Para corroborar este entendimento, confira-se a lição de Marçal Justen Filho:

A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.¹⁵

A ideia está muito próxima do que comumente costumamos chamar de relação custo-benefício, e, mesmo assim, impregnada de conteúdo econômico. Logo, malgrado esteja assente que a busca pela proposta mais vantajosa envolve também critérios de qualidade e completude na prestação a cargo do particular, existe uma preocupação especial com o critério de preço, em razão da escassez de recursos da Administração.

Nesse ponto, urge ponderar que a busca pela proposta mais vantajosa é nada mais do que a consagração do interesse público que, como sabemos, detém inegável conteúdo dinâmico. Logo, a pluralidade de aspectos que informam o conceito de vantajosidade se deve às várias facetas que assume o próprio conceito de interesse público.

Com efeito, existem outros valores consagrados pelo ordenamento jurídico e que devem informar o conceito de vantajosidade da proposta. E um deles é, justamente, a defesa do meio ambiente, dever do Estado e da sociedade, conforme preconiza o art. 225 da Constituição Federal:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 15ª ed., São Paulo: Dialética, 2010, p. 61

Ainda no texto constitucional, percebe-se que a ordem econômica também é inspirada pelo princípio da preservação ambiental, consoante se depreende do art. 170, VI, da CF/88:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

VI- defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação

Diante deste cenário, inegável que o conceito de vantajosidade da proposta deve considerar, para além do aspecto econômico, nuances outras, como a busca da oferta que leve em conta critérios de sustentabilidade ambiental, já que é dever do Estado e da sociedade a defesa e preservação do meio ambiente. Destarte, considerando o interesse público subjacente à necessidade de preservação ambiental, o Estado não poderá mais se contentar apenas com o menor preço.

Ademais, não se pode esquecer que o interesse perseguido pela Administração Pública se desdobra em interesse primário e interesse secundário. Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “não existe coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado de demais pessoas de Direito Público”¹⁶.

Nesse sentido, leciona que o interesse primário é aquele que corresponde aos interesses da coletividade, entendidos como a dimensão pública dos interesses dos indivíduos enquanto membros da sociedade. São os interesses públicos por excelência, dentre eles se podendo identificar a defesa do meio ambiente. Por outro lado, interesses secundários são os interesses que o Estado detém na qualidade de pessoa jurídica de direito público, são interesses individuais do Estado como, por exemplo, a defesa do Erário, a necessidade de racionalizar seus recursos.

Se a busca da proposta mais vantajosa corporifica a realização dos interesses do Estado e este se desdobra nas duas nuances explicitadas, é de se concluir que também o conceito de proposta mais vantajosa esteja impregnado desta dupla acepção: a realização de determinada necessidade coletiva como, por exemplo, a defesa do meio ambiente) e a garantia dos interesses individuais do Estado,

¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 26 ed., São Paulo: Malheiros, 2009. p. 65.

consubstanciado no menor dispêndio para a preservação do Erário. Diversa não é a conclusão de Rosa Maria Meneguzzi:

A procura da proposta mais vantajosa para a Administração Pública deveria, portanto, ser desdobrada. Esta vantajosidade poderia manifestar-se no futuro, como ocorre nas licitações sustentáveis. Nessas os interesses primários e secundários da Administração Pública cojugam-se-iam.

(...)

De outro lado não se deve olvidar que a Administração Pública defende 2 (dois) interesses; o primário (social) e o secundário (como qualquer pessoa física e jurídica). Celso Antônio Bandeira de Mello define os interesses primários como os interesses da coletividade como um todo e, os interesses secundários, como aqueles em que o Estado (pelo fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros. O dever do Poder Público de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações inserir-se-ia em interesse primário do Estado, pois este não interessaria somente a ele, pessoa jurídica, mas a toda a coletividade.¹⁷

E não é só a defesa do meio ambiente que deve orientar a escolha da melhor proposta. Conquanto seja o foco do presente trabalho, não é o único interesse coletivo a ser tutelado pelo Estado. De fato, um outro exemplo ilustra bem a desvinculação do conceito de proposta mais vantajosa do aspecto estritamente econômico. Trata-se da adoção de margem de preferência para a aquisição de produtos manufaturados e serviços nacionais. Disciplinada no art. 3º, §§ 5º a 12, da Lei nº 8.666, de 1993, a preferência em favor de produtos e serviços nacionais consiste na fixação de um percentual a incidir sobre a melhor proposta, criando uma margem de preço superior ao menor preço ofertado, dentro da qual está a Administração autorizada a adquirir produtos e serviços nacionais cujos valores se enquadrem dentro da margem estabelecida. É o exemplo mais emblemático de que não se concebe a vantajosidade da proposta pelo prisma meramente aritmético.

Conquanto se reconheça que a aquisição de produtos estrangeiros por preço inferior apresenta suas vantagens imediatas, com a racionalização momentânea dos recursos disponíveis, ao longo do tempo, os resultados podem se mostrar negativos. Com efeito, se a indústria nacional for sistematicamente preterida no certame em nome da vantagem econômica, isto poderá resultar na insolvência das empresas

¹⁷ MENEGUZZI, Rosa Maria. Conceito de Licitação Sustentável. In SANTOS, Murilo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro. **Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 27.

brasileiras e redução dos níveis de emprego e renda. O desenvolvimento nacional se amesquinhará e a inovação tecnológica não será mais tão perseguida. Além disso, a arrecadação tributária tenderá a diminuir sensivelmente. Nesse cenário, vale recorrer à sabedoria popular, que nomeia tal circunstância como o barato que sai caro.

Em síntese, como uma das finalidades da licitação, a busca da proposta mais vantajosa não se restringe à escolha da oferta mais atraente do ponto de vista econômico, mas também daquela que realiza os interesses coletivos cuja tutela é dever do Estado. Não há mais espaço para a interpretação rasa do conceito de vantajosidade, sobretudo agora, quando o rol de finalidades da licitação foi alargado para contemplar a promoção do desenvolvimento nacional sustentável ao lado dos objetivos tradicionalmente enunciados.

Com isso, chega-se ao último e mais recente objetivo colimado pela licitação: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Para tanto, iniciemos com uma breve digressão acerca do contexto político-econômico que motivou a inserção desta finalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Como reflexo da crise econômica mundial que atingiu em cheio o mundo capitalista no final de 2008, verificou-se uma postura incisiva de alguns países no sentido buscar espaço no mercado internacional em face do pífio desempenho de seu mercado interno. De outro lado, vários países começaram a adotar práticas protecionistas para evitar a invasão de produtos e serviços estrangeiros e o desequilíbrio de sua balança comercial. A reação brasileira a este fenômeno se deu com a edição da Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010, por meio da qual se buscou promover a indústria e os prestadores de serviços nacionais.

A citada Medida Provisória empreendeu sensíveis mudanças no regime de licitações públicas – mas não só nele. Dentre as alterações mais notáveis, acrescentou-se a terceira finalidade do procedimento licitatório: a promoção do desenvolvimento nacional. Note-se que no texto da citada medida provisória não há menção ao adjetivo sustentável, que só veio a ser introduzido com a conversão na Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010. A razão de ser desta terceira finalidade foi assim expressa na Exposição de Motivos Interministerial nº 104/MP/MF/MEC/MCT:

A modificação do caput do art. 3º visa agregar às finalidades das licitações públicas o desenvolvimento nacional. Com efeito, a medida

consigna em lei a relevância do poder de compra governamental como instrumento de promoção do mercado interno, considerando-se o potencial de demanda de bens e serviços domésticos do setor público, o correlato efeito multiplicador sobre o nível de atividade, a geração de emprego e renda e, por conseguinte, o desenvolvimento do país. É importante notar que a proposição fundamenta-se nos seguintes dispositivos da Constituição Federal de 1988: (i) inciso II do artigo 3º, que inclui o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; (ii) incisos I e VIII do artigo 170, atinentes à organização da ordem econômica nacional, que deve observar, entre outros princípios, a soberania nacional e a busca do pleno emprego; (iii) artigo 174, que dispõe sobre as funções a serem exercidas pelo Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica; e (iv) artigo 219, que trata de incentivos ao mercado interno, de forma a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do país.

Percebe-se, da leitura atenta da Exposição de Motivos relativa à Medida Provisória nº 495/2010, que a preocupação com o desenvolvimento nacional cingia-se ao fortalecimento do mercado interno para se atingir o tão propalado crescimento econômico. A elevação do desenvolvimento nacional ao *status* de finalidade da licitação tinha o claro propósito de justificar e dar respaldo legal à adoção da série de preferências concebidas nesse mesmo diploma normativo para a produção doméstica de bens e serviços.

Ocorre que o espírito da Constituição Federal de 1988 não admite que a ideia de desenvolvimento nacional esteja exclusivamente atrelada ao crescimento econômico. Ao exegeta mais desavisado é possível vislumbrar que o desenvolvimento nacional está indissociavelmente ligado à ideia de sustentabilidade. É que a ideia de desenvolvimento é mais ampla do que o simples crescimento, porquanto consiste num processo de incremento de riquezas acompanhado da elevação da qualidade de vida. Todo crescimento de forma não sustentável contraria a ideia de desenvolvimento em si, porque implica comprometimento das gerações futuras¹⁸.

É a leitura conjunta dos artigos 3º, 170, inciso VI e 225 que nos dá o redimensionamento da ideia de desenvolvimento, detentor de tríplice acepção: econômica, social e ambiental. Citado por Ana Cláudia Finger, Daniel Ferreira aduz

¹⁸ FINGER, Ana Cláudia. Licitações sustentáveis como instrumento de política pública na concretização do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. A&C – **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 121-153, jan./mar. 2013.

que se trata do “desenvolvimento como crescimento econômico socialmente justo e benigno do ponto de vista ambiental”, e arremata dizendo que “o crescimento econômico contemporâneo seguido da minimização das desigualdades sociais (pela geração de empregos e melhor distribuição de riqueza e renda) não pode se mostrar empecilho para as escolhas futuras das futuras gerações, inclusive da própria sorte”¹⁹.

É com esta concepção que o terceiro objetivo da licitação, inicialmente enunciado como “promoção do desenvolvimento nacional” passou, com a conversão da Medida Provisória nº 595/2010 na Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, a “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”.

Pois bem. Com o acréscimo desta finalidade, quer o legislador que as licitações sejam manejadas como instrumento para o alcance do desenvolvimento nacional – no qual há inegável progresso material e tecnológico – sem o comprometimento da qualidade de vida das futuras gerações, sem o esgotamento dos recursos naturais.

Em outras palavras, ao utilizar a licitação pública como meio para se promover o desenvolvimento nacional sustentável, busca-se estimular, no mercado, os meios de produção e consumo ecologicamente corretos, na medida em que somente aqueles que empregarem em sua rotina de trabalho as práticas sustentáveis terão suas propostas selecionadas pela Administração para futura contratação.

A propósito, convém trazer a lume a opinião de Marçal Justen Filho, para quem a Lei nº 12.349, de 2010 cometeu um equívoco lógico ao elevar o desenvolvimento nacional sustentável à categoria de finalidade da licitação. Para o eminente autor, não se está diante de uma finalidade do procedimento licitatório, mas da contratação pública em si²⁰. Nesse ponto, ousamos discordar da assertiva pelo fato de que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável não reside unicamente na seleção de uma proposta para ulterior contratação. Ao elaborar os editais de licitação inserindo critérios ambientalmente corretos na descrição do objeto, nos requisitos de habilitação e nas obrigações da futura contratada, o Poder Público mostra ao mercado que este deverá se amoldar a suas exigências para

¹⁹ FERREIRA, Daniel. **A licitação Pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 52-55.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 15ª ed., São Paulo: Dialética, 2010. p. 58.

participar dos certames. Cria-se, com a realização de licitações sustentáveis, uma nova consciência ambiental no setor produtivo, que deverá conformar seus processos de produção de bens e prestação de serviços aos requisitos ambientais, caso queiram participar de certames licitatórios daqui para adiante. Por esta razão, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável deve ser reputada como objetivo da licitação, porquanto a tão-só expectativa de contratar com o Poder Público já constitui mecanismo indutor de práticas ambientalmente recomendáveis.

Em suma, na ordem jurídica hoje vigente, as licitações constituem o instrumento à disposição do Estado direcionado à busca, em igualdade de condições, da proposta mais vantajosa e que esteja apta a promover o desenvolvimento nacional sustentável. Importante asseverar que as três finalidades do instituto das licitações compatibilizam-se entre si, não havendo conflito entre a isonomia, a vantajosidade e o desenvolvimento nacional sustentável. Não há sacrifício de uma em detrimento da outra, mas a coexistência das três com eventual mitigação ou ampliação do sentido de alguma delas para conformar a consecução das demais.

2.2 Princípios Expressos e Princípios Reconhecidos

A disciplina das licitações recebe o influxo de inúmeros princípios da ordem jurídica, os quais detêm inegável carga de normatividade e constituem diretrizes importantíssimas para a compreensão do instituto e aplicação das regras a ele atinentes.

Regem as licitações os princípios gerais da Administração Pública, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, alguns princípios específicos mencionados na Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993) e outros que, malgrado não expressos, são reconhecidos pela ordem jurídica. Didática é a lição de Jessé Torres Pereira Júnior, que separa os princípios da licitação em três categorias, a saber: (i) princípio universal da isonomia, que subordina todos os demais; (ii) princípios constitucionais gerais: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; (iii) princípios específicos das licitações: vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.²¹

²¹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 62

Antes de se proceder ao exame da principiologia aplicável ao instituto das licitações, cumpre fazer uma advertência. Deve-se ter em mente que os princípios não podem ser examinados de forma isolada, porquanto é a coexistência entre eles que dá os parâmetros para a interpretação de todo o sistema normativo que rege a matéria. Aplica-se de modo inafastável a regra hermenêutica da implicabilidade dos princípios, que enuncia o inter-relacionamento entre eles.

2.2.1 Princípio da Isonomia

Já se discorreu brevemente sobre a isonomia que, além de princípio vetor da licitação, é também finalidade buscada por este instituto. A isonomia encontra esteio no art. 5º da Constituição Federal como direito fundamental, e indica que o Poder Público deve dar tratamento igual a todos aqueles que se encontrem na mesma situação jurídica. Especificamente no que tange às licitações, o art. 37, XXI da Constituição Federal alude a igualdade de condições a todos os concorrentes. Significa dizer que o princípio da igualdade aplicado ao instituto licitatório impõe a elaboração de regras que garantam aos participantes condições de absoluta equidade na disputa; equidade entre si e perante a Administração licitante.

Conquanto proclame a equidade, não é correto afirmar que o princípio da isonomia veda toda e qualquer diferenciação. Das lições de Canotilho extraímos que “em face da Constituição, não se pode interpretar o princípio da igualdade como um ‘princípio estático’ indiferente à eliminação das desigualdades”²². Por óbvio que é da essência da isonomia corrigir distorções, de maneira que a adoção de diferenciações na exata medida das desigualdades verificadas são legítimas e não vulneram o núcleo do princípio. Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que o princípio da igualdade comporta tratamento distinto para situações distintas, sempre que exista uma correlação lógica entre o fator discriminante e a diferença de tratamento.²³

Não é por outra razão que o próprio ordenamento jurídico prevê uma série de regras tendentes a dispensar tratamento favorecido para determinadas pessoas ou entidades, de forma a corrigir disparidades. Um exemplo emblemático do que se

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2002. p. 350.

²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 26 ed., São Paulo: Malheiros, 2009. p. 528.

está dizendo relaciona-se com a disciplina imposta pela Lei Complementar nº 123, de 16 de dezembro de 2006. Este diploma legal traz regras de tratamento favorecido a micro empresas e empresas de pequeno porte (ME e EPP) em diversas searas, dentre as quais, a licitação. O tratamento privilegiado consiste na adoção de licitações exclusivas à participação de ME e EPP, na verificação da regularidade fiscal postergada para o momento da contratação e também no emprego da sistemática de empate ficto para oportunizar às ME e EPP a chance de cobrir o melhor lance.

No exemplo citado, o tratamento diferenciado tem amparo constitucional, porque o art. 170, IX da Constituição Federal enumera o tratamento favorecido a estas entidades como um dos princípios da ordem econômica. O constituinte houve por bem considerar o pequeno porte destas empresas como um fator de discrimen apto a ensejar as medidas de favorecimento previstas pelo legislador.

De fato, o que não se admite é a discriminação arbitrária, fruto de preferências não fulcradas em regras impessoais. Por tal razão é vedada a elaboração de regras editalícias que promovam uma discriminação injustificada e desproporcional.

2.2.2 Princípios Constitucionais Gerais

Anota Canotilho que o princípio da legalidade é frequentemente considerado o cerne essencial do Estado de Direito²⁴. Com efeito, com o fim do absolutismo, não se concebe mais a ideia de um Estado que não esteja subordinado à lei. Trata-se de princípio basilar da ordem jurídica e que se aplica de forma especial ao Direito Administrativo, na medida em que a atuação do administrador deve se pautar por aquilo que a lei autoriza ou impõe. Não é por outra razão que a síntese de Seabra Fagundes, para quem administrar é aplicar a lei de ofício, é reiteradamente citada pela doutrina administrativista.

Se toda atividade administrativa deve respeito à disciplina legal, em matéria de licitações – que constitui um procedimento, como já afirmamos –, o princípio da legalidade também tem aplicação. Ele enuncia que o administrador deve observar as

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2002. p. 256.

regras traçadas em lei para a condução do certame. Corresponde à aplicação do devido processo legal às licitações.

Outro princípio geral importante, a impessoalidade preceitua que todas as decisões tomadas ao longo do procedimento devem estar impregnadas de imparcialidade, neutralidade e objetividade. Todas as decisões devem observar a lei e alcançar a finalidade administrativa alvitrada; só assim se terá a certeza de que foram tomadas de forma impessoal. O princípio em questão veda distinções fundadas em subjetivismos, que não reflitam diferenças reais e concretas e, finalmente, afasta decisões baseadas na conveniência particular dos governantes.

Por esta razão, a impessoalidade é tida por alguns autores como uma emanção da legalidade, da isonomia e da moralidade.

A propósito, o princípio da moralidade detém conteúdo fluido, difícil de delimitar e exaurir. De toda forma, está ligado à ideia de honestidade e probidade. Mais do que conforme a lei, a conduta administrativa deve se pautar por padrões éticos, de lealdade e boa-fé para com os participantes do certame.

O princípio da publicidade enuncia que a licitação deve ser amplamente divulgada, como forma de garantir o conhecimento de suas regras pelo maior número de pessoas. Tal princípio tem o condão de oportunizar a ampla competitividade e, com isso, viabilizar a seleção da melhor proposta – um dos objetivos da licitação. Outra função importante do princípio da publicidade é promover a transparência, ao permitir a verificação, por todos os interessados, da regularidade dos atos praticados.

Dos princípios elencados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, o que foi incluído mais recentemente é o da eficiência, por força da Emenda Constitucional nº 19, de 1995. Referido princípio constitui um dos pilares da administração pública gerencial, focada nos resultados e pautada pela racionalidade, pela ética e pelo profissionalismo no trato com a coisa pública. Gerir com eficiência significa alcançar resultados com o emprego do mínimo de recursos. Significa agir mediante ações planejadas com adequação, avaliadas em função dos benefícios que produzem para a satisfação do interesse público.

Transportado para a licitação, o princípio da eficiência tem grande aplicação, sobretudo na fase interna, do planejamento da contratação. Tanto é assim que a Lei de Licitações exige a completa especificação do objeto a ser licitado, a estimativa da real necessidade em termos quantitativos, a estimativa dos preços baseada em

ampla pesquisa de mercado e também a adequação orçamentária e financeira da despesa que será feita.

Roberto Dromi enumera, em estudo preliminar à obra *Licitación Publica*, as ações que confluem para a materialização do princípio da eficiência: (i) realizar o diagnóstico adequado das necessidades públicas; (ii) cumprir os objetivos no marco espacial e temporal programado; (iii) alcançar a finalidade política; (iv) obedecer ao controle público; (v) satisfazer as necessidades coletivas com custos razoáveis; (vi) respeitar as regras de celeridade; (vii) atuar com economia processual e observar a legalidade administrativa²⁵.

2.2.3 Princípios Específicos da Licitação

Os princípios específicos da licitação são, na realidade, derivações da principiologia constitucional aplicada ao Direito Administrativo, com ênfase no instituto licitatório e suas particularidades.

Observe-se, por exemplo, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Nada mais é do que um consectário do princípio da legalidade. Assim como o atuar administrativo deve estar adstrito às prescrições legais, as condutas dentro da licitação guardam absoluta obediência às regras contidas no Edital ou Carta-convite. Não é por outra razão que se enuncia que o edital é a lei interna do certame licitatório.

O art. 41 da Lei nº 8.666/1993 estatui que Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. Por este princípio, não só a Administração, mas também os proponentes estão vinculados às regras e condições postas no instrumento convocatório, na medida em que é vedado aceitar, com relação aos proponentes, ofertas desconformes com as regras do edital.

Outro princípio específico das licitações é o julgamento objetivo, o qual exige que os critérios de apreciação das propostas sejam fixados previamente e de forma objetiva no instrumento convocatório, de maneira a eliminar escolhas subjetivas. Nesse sentido, trata-se de derivação do princípio da impessoalidade. Os interessados em participar do certame saberão, de antemão, com base em que critérios suas

²⁵ DROMI, Roberto. **Licitación Pública**, 4ª ed., Buenos Aires-Madrid-Mexico: Ciudad Argentina-Hispania Libros, 2010. p. XXV

ofertas serão julgadas de deverão formular as suas propostas em total conformidade com as regras do edital. Da mesma maneira, o julgamento dessas propostas seguirá o quanto disposto no Edital, o que confere a esta etapa do certame caráter estritamente vinculado, sem espaço para escolha discricionária.

Nesse ponto, convém perquirir o que caracteriza um critério de julgamento como objetivo. O critério objetivo permite conhecer a proposta vencedora pela simples comparação entre todas as que foram apresentadas. Mesmo nas licitações do tipo técnica e preço, é possível reduzir as subjetividades com a adoção de fórmulas aritméticas que pontuem determinada qualidade do produto ou serviço. Em suma, considera-se objetivo o critério que não exige maiores explicações e justificativas para indicar a proposta vencedora.

2.2.4. Princípios Específicos Reconhecidos

Malgrado não enunciados, os princípios a seguir tem aplicação reconhecida por toda a doutrina, tribunais e órgãos de controle. Assumem especial relevo na atualidade por serem os que, com o advento do terceiro objetivo das licitações – a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, terão seu âmbito de incidência modificado ou mitigado.

O princípio da competitividade é tão essencial ao instituto que, faltando competição, não há que se falar em licitação. Tanto é assim que esta se reputa inexigível, nos exatos termos do *caput* do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, quando há inviabilidade de competição.

Muito embora não tenha sido expresso, este princípio se encontra albergado no § 1º do art. 3º da Lei Geral de Licitações, a qual dispõe que é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar atos que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame. Em outras passagens da lei é possível encontrar regras que materializam o princípio em comento, como a vedação de que as especificações do objeto contemplem exigências irrelevantes para o atendimento das necessidades da Administração e a criminalização da conduta daquele que frustrar o caráter competitivo da licitação, com pena de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de detenção e multa.

Outro exemplo de aplicação do princípio da competitividade é a vedação para a indicação de marcas, contidas no art. 7º, § 5º, art. 15, § 7º e art. 25, I da Lei de

Licitações. A regra só é excepcionada se houver razão técnica ou científica expressamente motivada no processo administrativo.

São inúmeras as situações enfrentadas na rotina dos órgãos de controle e que denotam a prática de atos tendentes a restringir ou até frustrar a competitividade do certame. À guisa de ilustração, transcreve-se trecho do Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 4 de 2010, do Tribunal de Contas da União:

Representação formulada ao TCU levantou supostas irregularidades em licitação promovida pela Eletronorte, cujo objeto era a locação de unidades geradoras em Rio Branco/AC. Entendeu o relator não ter sido apresentada justificativa razoável para a fixação do prazo de 60 dias, após a assinatura do contrato, para início da operação comercial da Etapa I, prazo considerado exíguo para as providências pertinentes à importação dos equipamentos necessários à execução do contrato. Na prática, enfatizou o relator, a exigência implicara privilégio àquelas empresas que dispunham dos equipamentos previamente, em prejuízo à ampla competição do certame, violando assim o disposto no art. 3º, I, da Lei n.º 8.666/93. A corroborar sua assertiva, ressaltou que 21 empresas interessadas retiraram o edital da licitação, mas apenas 3 participaram do certame, “sendo que somente duas foram habilitadas à fase de proposta de preço”. Acompanhando a manifestação do relator, deliberou o Plenário no sentido de aplicar multa ao ex-Diretor de Gestão Corporativa da Eletronorte, responsável pela irregularidade.²⁶

Na situação versada no acórdão, a exigência de prazo para o início da operação comercial foi considerada potencialmente restritiva de competitividade. O relator reforçou seu entendimento enfatizando a circunstância de o Edital ter sido retirado por 21 interessados, mas somente 3 deles acorrerem ao certame. De fato, este número reduzido é um grande indício de restrição de competitividade. Entretanto, circunstância semelhante não indica, necessariamente, violação ao princípio em comento. A avaliação é casuística, podendo haver casos em que a ausência de pluralidade de licitantes se dê em razão da insuficiência do mercado, ou até mesmo por desinteresse.

Exposto o sentido do princípio da competitividade, é possível intuir que a inserção de critérios de sustentabilidade ambiental nos certames licitatórios terá como consequência prática a redução ou mesmo a inviabilidade da competição, ao introduzir exigências que poucos fornecedores serão capazes de cumprir.

²⁶ Brasil. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas TC-018.791/2005-4, Acórdão n.º 186/2010-Plenário rel. Min. Raimundo Carreiro, 10.02.2010

Neste ponto, permitimo-nos fazer duas ponderações. Em primeiro lugar, já se mencionou que somente exigências desnecessárias ao atendimento dos fins da licitação são reputadas indevidas. Desse modo, se a exigência de cunho ambiental limitar o espectro de licitantes, mas for indispensável para a consecução do interesse público subjacente ao procedimento, será absolutamente legítima. Em segundo lugar, esta restrição de competitividade tende a ser momentânea, até que os setores produtivos conformem seus processos de produção de bens e serviços aos novos paradigmas. Quando o mercado, atento aos critérios ambientais eleitos pelo Poder Público, amoldar-se às práticas sustentáveis, a competitividade ampla se reestabelecerá, porque mais e mais fornecedores terão incorporado tais práticas a suas rotinas de trabalho. Esta, inclusive, é a *mens legis* subjacente à nova redação do art. 3º, *caput*, da Lei de Licitações, que reconheceu à licitação a sua função regulatória, consoante se verá adiante.

Por derradeiro, o princípio da economicidade informa o regime licitatório na medida em que constitui uma das facetas do conceito de proposta mais vantajosa, conforme já asseveramos.

A economicidade exige que o Estado desembolse o mínimo e obtenha o máximo e o melhor. Este princípio veda o comportamento perdulário e irresponsável dos gestores públicos. Destarte, deve ser encarado como corolário do princípio republicano, o qual impõe probidade, racionalidade e responsabilidade na gestão da coisa pública.

A economicidade também está intimamente ligada à eficiência. Como os recursos são escassos, sua utilização deve trazer os melhores resultados econômicos possíveis.

Entretanto, o princípio da economicidade não rege sozinho o instituto das licitações. Há outras finalidades em jogo, como já se teve a oportunidade de demonstrar. Existem outros valores de conteúdo não-econômico tutelados pelo Direito e que devem ser perseguidos pelo administrador.

Assim, existem limitadores para o âmbito de aplicação do mencionado princípio em matéria de licitações, já que realizar a compra mais barata não é o único escopo do instituto. Nenhuma economia de recursos pode justificar, por exemplo, a contratação de obras, serviços ou compra de bens que ponham em risco a segurança da população. A economicidade também não legitima o distanciamento das prescrições legais para a condução do certame, sob pena de se frustrar o

caráter isonômico da disputa, que é também um de seus objetivos, diga-se de passagem.

Agora, com a introdução do desenvolvimento nacional sustentável como um dos objetivos da licitação, não se conceberá, a pretexto da economia de recursos, o manejo do certame para a aquisição de bens e serviços cujos processos de produção sejam deletérios para o desenvolvimento das presentes e das futuras gerações.

A economicidade, assim, ganhará novos contornos e um conteúdo mais resiliente, para se conformar à nova ordem jurídica. Não se poderá limitar seu alcance à contingência imediata de recursos, devendo-se ter em mente que o dispêndio de hoje importará em economia a médio ou longo prazo. Um exemplo simples do que se está tentando dizer está no cotidiano de todos nós e diz respeito à compra de lâmpadas fluorescentes em substituição às incandescentes. Por mais que as primeiras tenham um valor de mercado superior, consomem menos energia, o que acarretará redução nas contas.

2.3 Função Regulatória das Licitações Públicas

As frequentes e profundas mudanças por que a ordem econômica e as estruturas sociais passaram desde o liberalismo fizeram o Estado abandonar a postura absenteísta e de mero garantidor da ordem e do cumprimento dos contratos para se tornar intervencionista, tendente à correção das distorções e iniquidades porventura causadas pelo sistema capitalista. É nesse contexto de intensificação da presença corretiva do Estado que nasce a ideia de regulação, como indeclinável função governamental.

A ideia de regulação não se restringe à normatividade, não se confunde, pois, com regulamentação. Na verdade, a regulação encampa tanto a atividade normativa como também a atividade de fomento. Destarte, o Estado pode exercer função regulatória tanto por meio de atos normativos que, pela sua cogência, obrigam os indivíduos a cumprir suas prescrições, como também através de ações positivas com vistas a incentivar determinado comportamento dos particulares, direcionando o atuar privado para os fins colimados pelo Estado, mediante a concessão de sanções premiaias.

É este o sentido do comando constitucional insculpido no art. 174 da Constituição Federal, o qual preconiza que: *“como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”*

O fomento assume relevância ímpar no Estado Democrático de Direito e tem potencial para se tornar a principal atividade deste. De fato, quanto mais democrática a sociedade, mais espaço ganham as formas consensualizadas de atuação. Nesse cenário, o fomento desponta como atividade essencialmente participativa, integradora e consensual, porque disciplina de forma não-coercitiva a atividade particular, fazendo com que o setor privado caminhe ao lado do Poder Público, contribuindo na realização dos interesses da coletividade.

Este duplo viés da regulação fica bem evidenciado no conceito delimitado por Marçal Justen Filho, para quem regulação compreende:

o conjunto ordenado de políticas públicas que buscam a realização dos valores econômicos e não econômicos, essas políticas envolvem a adoção de medidas legislativas e de natureza administrativa destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores fundamentais da república, a cidadania, dignidade humana, desenvolvimento regional, desenvolvimento nacional.²⁷

Se a regulação constitui reconhecida função do Estado, por óbvio que a licitação, como atividade própria desse mesmo Estado, está impregnada de inegável função regulatória. Nesse sentido, assevera-se que, sendo a licitação um instrumento e não um fim em si mesma, detém outros papéis fundamentais além daqueles tradicionalmente atribuídos, podendo ser utilizada como ferramenta de regulação de mercado, como mecanismo de indução de determinadas práticas que produzam resultados sociais, econômicos e até mesmo ambientais benéficos²⁸.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de trazer à tona esta nova função reconhecida ao instituto da licitação, por meio da ADI nº 1923/DF. Trata-se do paradigmático caso em que se pleiteava a declaração de inconstitucionalidade de toda a Lei nº 9.637/1998, relativa às Organizações Sociais (OS). Em voto-vista, o

27 JUSTEN FILHO, Marçal. **Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p.40

28 FERRAZ, Luciano. Função Regulatória da Licitação. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 19, agosto/setembro/outubro, 2009.

Ministro Luiz Fux afastou a inconstitucionalidade do dispositivo que inseria, no art. 24 da Lei nº 8.666/1993, nova hipótese de dispensa de licitação (inciso XXIV), por considerar que dispensar o certame naquele caso constitui fomento à atuação das organizações sociais. Por sua indiscutível lucidez, transcreve-se trecho do voto-vista:

Por identidade de razões, mesmo a dispensa de licitação instituída no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 deve observar os princípios constitucionais. Em primeiro lugar, tal dispositivo não é, em abstrato, inconstitucional. A dispensa de licitação aí instituída tem uma finalidade que a doutrina contemporânea denomina de *função regulatória da licitação*, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas. Foi assim, por exemplo, que a Lei Complementar nº 123/06 institui diversos benefícios em prol de micro-empresas nas licitações públicas, estimulando o seu crescimento no mercado interno. E é com a mesma finalidade que os incisos XIII, XX, XXI e XXVII do art. 24 prevêm outros casos de dispensa, em idêntica linha ao que prevê o agora impugnado inciso XXIV.

Ou seja, a finalidade da dispensa criada pela Lei n 9.648/93, foi fomentar a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais de atuação nos serviços sociais. É a própria finalidade de fomento, portanto, prevista nos arts. 174, 199, § 2º, e 213 da CF, que legitima a nova hipótese de dispensa, como concretização de um tratamento desigual fundado em critério objetivo e razoável de desequiparação, como meio de atingir uma finalidade constitucional – a prestação eficiente dos serviços sociais.

E veja-se que é a mesma justificativa que permite concluir também pela validade do art. 12, § 3º, da Lei n 9.637/98, ao dispensar a licitação para a permissão de bens públicos para as Organizações Sociais, porquanto presente a lógica do fomento, com a função regulatória das contratações públicas.

Pode-se falar, então, em uma função social do contrato administrativo (ou função extraeconômica – para aí abarcar todos os interesses do Estado, não só o social). Isso porque, ao lado do objetivo de alcançar o bem ou serviço de que necessita, o Estado, como grande consumidor que é, pode utilizar o seu poder de compra para implementar políticas públicas.

É impossível compreender-se estado democrático de direito operante sem políticas públicas predefinidas e funções administrativas sem o balizamento de normas jurídicas. A atividade contratual da Administração Pública, mesmo quando no exercício de competências discricionárias, deve exprimir escolhas ditadas por políticas públicas e implementadas de acordo com normas jurídicas que viabilizem a concretização do interesse público.²⁹

²⁹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 33.

Na qualidade de conjunto de ações tendentes a dar concretude a princípios, normas, valores e escolhas eleitos pela ordem constitucional, as políticas públicas tem como traço caracterizador a utilização de instrumentos de intervenção do Estado com vistas à promoção do bem comum. É nesse sentido que as licitações são manejadas.

Mas é equivocado pensar que foi a introdução do terceiro objetivo da licitação que a tornou instrumento de política pública. Ela já detinha esta característica, porquanto já se utilizava a licitação como instrumento de regulação econômica, social e ambiental. É o que passaremos a analisar na sequência.

2.3.1 Regulação Econômica

Para dar concretude ao mandamento constitucional que impõe o desenvolvimento nacional como um dos objetivos da República e que erige como fundamento desta a soberania, concebeu-se regimes de preferências em matéria de licitações e contratos administrativos, dando a estes institutos nítido traço de instrumento de políticas públicas, conferindo-lhes uma função regulatória.

A primeira manifestação desta função regulatória veio com a disciplina das contratações de bens de informática e a adoção de regras de preferência para bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país e para bens produzidos de acordo com o processo produtivo básico definido pelo Poder Executivo. A regra está insculpida no art. 3º, da Lei nº 8.248/1991, vigorando com redação dada pela Lei nº 10.176/2001. Trata-se de sistema de preferências concebido para fomentar o mercado interno, tal como preceituado pelo art. 219 da Constituição Federal: “o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos da lei federal”.

A própria Lei Geral de Licitações prevê, em seu art. 3º, § 2º, preferência para a indústria nacional, criando critérios de desempate em favor, sucessivamente, dos bens e serviços produzidos ou prestados: no território brasileiro (inciso II), por empresas brasileiras (inciso III) por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

Ainda nesse contexto de proteção e estímulo à indústria nacional, foram concebidas, recentemente, as regras de margem de preferência para produtos

manufaturados e serviços nacionais. A disciplina consta dos §§ 5º a 12 do art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

Em rápida digressão, a sistemática funciona da seguinte maneira: com base em estudos setoriais que levam em conta a geração de emprego e renda, o efeito na arrecadação tributária, entre outros aspectos, estabelece-se um percentual, limitado a 25%, a ser calculado sobre o valor da melhor proposta apresentada e que não preenche os requisitos para a preferência. Cria-se, assim, uma margem de preço superior ao menor valor ofertado no certame. Dentro desta margem, verifica-se se há proposta apresentada por empresa nacional que preencha os requisitos de tratamento preferencial. Se houver, contrata-se esta empresa, a despeito da elevação dos preços.

Note-se que a proteção à indústria nacional só será legítima se fundamentada nos estudos que evidenciem a vantagem neste proceder. Isso porque haverá aqui uma mitigação do princípio da economicidade, aparentemente colidente com outros valores consagrados constitucionalmente, como a proteção do emprego e renda, o desenvolvimento tecnológico nacional, entre outros. Percebe-se que, ao prestigiar esses valores, o Estado atua no exercício da função de fomento, lançando mão da licitação como instrumento de regulação econômica.

Vislumbra-se semelhante situação na disciplina contida na Lei Complementar nº 123/2006, que mencionamos ao expor o princípio da isonomia. Referido diploma criou diversos benefícios para as microempresas e empresas de pequeno porte (ME/EPP); tratamento posteriormente estendido às sociedades cooperativas (COOP) por força do disposto na Lei nº 11.488/2007.

Assim, valendo-se do regime de licitações para dar cumprimento à Constituição no que concerne ao tratamento favorecido às micro e pequenas empresas (art. 170, IX), o legislador concebeu a engenhosa figura do empate ficto, que consiste em considerar empatada com a proposta mais bem classificada, aquela apresentada por ME/EPP/COOP que seja até 10% superior à primeira³⁰. Em se configurando o empate nesses moldes, a ME/EPP/COOP enquadrada neste limite e que detenha a melhor proposta entre outras em igual situação, é chamada para ofertar novo lance, cobrindo a proposta “vencedora”, caso queira. A regra recebeu da doutrina o nome de empate ficto porque não há rigorosamente empate entre a

³⁰ No caso de pregão, o percentual cai para 5%.

proposta melhor classificada e a proposta da ME/EPP/COOP, mas tão-somente uma situação reconhecida pelo legislador como tal.

Além das regras de empate ficto, há a previsão de que as entidades em questão só precisam comprovar sua regularidade fiscal no momento da assinatura do contrato, muito embora tais documentos devam ser entregues na fase de habilitação, como os demais licitantes. O tratamento favorecido nesse caso consiste em postergar o exame da higidez fiscal da empresa para possibilitar a participação no certame de um maior número de licitantes nessa situação, que terão prazo diferido para regularizá-la, caso seja necessário.

Outro benefício trazido pela LC nº 123/2006 é a previsão de licitações destinadas à participação exclusiva de microempresas, empresas de pequeno porte e cooperativas, quando o valor do objeto contratual não ultrapassar R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Em razão do pequeno vulto econômico desses certames, o legislador não vislumbrou restrição de competitividade que pudesse macular a medida. Ademais, há aqui evidente redução do âmbito de tal princípio em favor do tratamento favorecido às entidades em questão, preferência esta que tem estatura constitucional.

Em todos os exemplos descritos, percebe-se com bastante nitidez o manejo das licitações como instrumento de regulação da ordem econômica constitucional, direcionando as compras governamentais na tentativa de corrigir distorções e realizar plenamente a isonomia ou mesmo no intuito de fomentar e aquecer o mercado interno, gerando emprego e renda, e estimulando o incremento tecnológico do País. É, a toda evidência, a comprovação de que as licitações são instrumento de realização de políticas públicas.

2.3.2 Regulação Social

A Constituição Federal de 1988, conhecida como constituição cidadã, erigiu como fundamento da República a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), elevou a objetivo fundamental desta mesma República a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 3º, III), consagrado, este último, como princípio vetor da ordem econômica (art. 170, VII), fulcrada também na busca do pleno emprego. Eis aí o esteio constitucional que ampara o fomento estatal na seara social.

Da perspectiva da regulação social, a Lei de Licitações é pródiga em exemplos de tratamento diferenciado a determinados indivíduos ou grupos, com claro propósito de atenuar ou extirpar desigualdades.

Nesse sentido, voltemos a atenção para as hipóteses de dispensa de licitação previstas no art. 24 do Estatuto Licitatório, já que afastar a obrigatoriedade de licitar para a contratar diretamente determinado sujeito constitui inequívoco ato de favorecimento.

É o que ocorre, por exemplo, com a previsão para a contratação de entidade dedicada à recuperação social de presos (inciso XIII). Sabe-se das agruras do sistema carcerário brasileiro e dos malefícios que a marginalização dos apenados pode trazer. É por esta razão que se busca, dentro dos estabelecimentos prisionais, oportunizar a realização de atividade laboral pelos detentos, visando sua reinclusão social. O espírito da norma em destaque é estimular as entidades que congregam os presos a desenvolver tais programas de trabalho e reverter a remuneração percebida em benefício dos apenados. Trata-se de evidente mecanismo de regulação social.

A contratação direta de associação de portadores de deficiência, prevista no inciso XX, tem a idêntica função de fomento social. Para além do objeto imediato de aquisição do bem ou serviço de que precisa, a Administração persegue o objetivo de estimular as entidades a promover o trabalho e a inclusão social de pessoas portadoras de necessidades especiais, com sabida dificuldade de inserção no mercado de trabalho.

Exemplos outros de contratação direta com objetivo de fomento social encontram-se ao longo do extenso rol do art. 24. Um deles, já mencionado neste trabalho, diz respeito à contratação de organização social com dispensa de licitação e teve sua constitucionalidade questionada pela citada ADI nº 1923/DF. E foi justamente ao reafirmar a higidez constitucional do dispositivo que o Supremo Tribunal Federal falou na função regulatória das licitações.

Sem a pretensão de esgotar o tema, resta evidenciado que, também no que diz respeito a questões sociais, o Estado tem exercido seu papel regulatório por meio das licitações. Ainda que sua atuação se verifique substancialmente no afastamento do instituto para a contratação direta de determinados sujeitos, não se olvida que também o procedimento de dispensa é cercado de formalismos prescritos na Lei de Licitações, razão pela qual se afirma que as licitações, como antecedente às

compras governamentais, são instrumentos de regulação social, ainda quando seu emprego é excepcionado pela lei.

2.3.3 Regulação Ambiental

Por derradeiro, a regulação estatal na seara ambiental encontra amparo constitucional precisamente no art. 170 que elegeu, no inciso VI, a defesa do meio ambiente como princípio vetor da ordem econômica. Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 2003, tal princípio autoriza expressamente o tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. Acrescente-se que o art. 225 determina que constitui dever do Estado e da sociedade a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio.

Para materializar esse valor constitucionalmente consagrado, o Estado vem lançando mão do seu papel regulatório seja normatizando, seja fomentando condutas ambientalmente sustentáveis. Nesse sentido, atente-se para a Lei nº 12.187/2009, que instituiu a Política Nacional de Mudança do Clima. Em seu art. 6º, XII, a lei determina a criação de critérios de preferência nas licitações para propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais.

Acrescente-se a isto a Lei nº 12.305/2008, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos e previu prioridade na aquisição de produtos reciclados ou recicláveis.

Agora, para eliminar qualquer dúvida acerca do papel de regulação ambiental das licitações, o legislador tratou de incluir na Lei Geral, previsão expressa para que os certames licitatórios tenham como objetivo a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Em síntese, no atual estado das coisas, não há espaço para qualquer concepção que negue às licitações sua função regulatória. A licitação, portanto, é instrumento a disposição do Estado consumidor para satisfazer as necessidades imediatas – como visto no início do capítulo – e do Estado regulador, seja como agente normativo, seja através de ações de fomento.

3. A INSERÇÃO DE CRITÉRIOS DE SUSTENTABILIDADE NAS LICITAÇÕES

Como vimos afirmando, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como um dos objetivos da licitação é perfeitamente compatível com a ordem jurídica vigente.

Trata-se de expressão da função regulatória exercida pelo Estado, que deve lançar mão dos instrumentos à sua disposição para implementação das políticas públicas. De fato, o Estado, como grande consumidor que é, deve utilizar o seu poder de compra como mecanismo indutor de determinadas práticas, impondo ao setor privado um padrão de conduta consentâneo com os novos paradigmas econômicos, sociais e, principalmente, de sustentabilidade ambiental.

Ademais, a sustentabilidade está totalmente incorporada ao Ordenamento Jurídico Pátrio, tendo assento constitucional e regulamentação legal e infralegal, além dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, consoante panorama apresentado no primeiro capítulo deste trabalho.

Logo, o novo objetivo das licitações veio para tornar expresso o dever de licitar observando parâmetros de sustentabilidade ambiental e guarda perfeita conformação com a ordem vigente em âmbito planetário.

Nesse contexto, indaga-se: do ponto de vista prático, como se deve implementar a licitação sustentável? Em outras palavras: em que fases do certame deverão ser inseridos critérios ambientais e como fazê-lo sem frustrar a vatajosidade e a competitividade?

A legislação brasileira já contemplava algumas regras que introduziam critérios ambientais tanto na fase licitatória, como no momento posterior ao certame, de execução contratual. Como exemplo, cite-se a necessidade de realização de estudos técnicos preliminares com o objetivo de se dimensionar o impacto ambiental de determinado empreendimento, previsto nos artigos 6º, IX e 12, VII, da Lei nº 8.666/1993, ou ainda a exigência de licenciamento ambiental prévio para estabelecimentos e atividades que utilizem recursos ambientais e que sejam consideradas potencialmente poluidoras.

Nos exemplos citados, nota-se que a preocupação ambiental até então manifestada restringia-se às licitações para obras e serviços de engenharia.

Com a modificação legislativa implementada, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável passou a ser objetivo geral das licitações, e deve ser

perseguido em todos os certames, sejam eles para a realização de obra, seja para aquisição de bens ou prestação de serviços de qualquer natureza.

O Decreto nº 7.746/2012, que regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666/1993 prevê dois momentos dentro do certame em que é possível implementar a licitação sustentável: a especificação do objeto e a fase contratual. Eis a norma:

Art. 3º Os critérios e práticas de sustentabilidade de que trata o art. 2º serão veiculados como especificação técnica do objeto ou como obrigação da contratada.

Parágrafo único. A CISAP poderá propor à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão o estabelecimento de outras formas de veiculação dos critérios e práticas de sustentabilidade nas contratações.

A despeito da previsão, entendemos ser possível visualizar quatro momentos em que podem ser previstos critérios ambientais. São eles: a fase interna do certame, com a elaboração do projeto básico para especificação do objeto; a fase de habilitação, que contempla, dentre outras, a habilitação jurídica e a qualificação técnica; o julgamento das propostas, relativamente às licitações do tipo melhor técnica e técnica e preço; o contrato administrativo, que deverá prever as obrigações da futura contratada.

A especificação do objeto constitui etapa prévia à licitação, na fase de planejamento desta. O planejamento da contratação é tido pelos órgãos de controle como etapa essencial à deflagração do certame, porquanto é aí que se garantirá uma aquisição racional, na exata medida das necessidades da Administração, garantindo-se a plena observância ao postulado republicano e ao princípio da eficiência.

Nas licitações para a contratação de obras ou serviços, exige-se um projeto básico no qual se possa definir suficientemente o objeto licitado e se ter estimativa do custo e do prazo de execução; o orçamento; a previsão de recursos orçamentários e, se for o caso, a previsão em Plano Plurianual (art. 7º, §§ 2º e 6º, da Lei nº 8.666/1993). Para licitações destinadas às compras, também se exige, a teor do art. 14 da Lei Geral de Licitações, a adequada especificação do objeto, além de indicação de recursos orçamentários para seu pagamento.

Como se vê, seja qual for o propósito da licitação, a especificação do objeto é medida que se impõe como ato-condição para a deflagração do certame, ausente o qual se reputa nulo o procedimento. Confira-se, por oportuno, o entendimento do

Tribunal de Contas da União sobre o assunto, consubstanciado no Enunciado nº 177 da Súmula daquele Tribunal:

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

De fato, a descrição detalhada do objeto tem por finalidade a perfeita caracterização da demanda estatal a ser satisfeita, dando a todos os licitantes igual oportunidade de conhecê-la e julgar se está apto ou não a prestar o serviço, executar a obra ou fornecer o produto. Trata-se, como expresso na súmula transcrita, de corolário do princípio da isonomia.

Desta premissa, depreende-se que não se podem prever, na delimitação do objeto, características tais que reduzam o universo de competidores a tal ponto de direcionar a contratação para determinado produto, marca ou fabricante, frustrando o caráter competitivo da licitação.

Assim, ao mesmo tempo em que garante aos licitantes pleno conhecimento das prestações envolvidas na execução contratual, as especificações técnicas não podem contemplar exigências inúteis ou desnecessárias, de modo a direcionar o certame.

O mesmo acontece com os critérios socioambientais. A definição desses critérios deve se basear em fundamentos objetivos, com justificativa técnica formalizada nos autos do processo administrativo, que demonstre a razoabilidade de tal ou qual exigência. Por óbvio que, em um primeiro momento, a exigência de certos padrões de sustentabilidade poderá importar em diminuição do espectro de licitantes, porquanto o mercado precisa de tempo para conformar seus padrões de produção. Esta diminuição no número de fornecedores aptos, no entanto, não se reputará indevida se as exigências contempladas forem razoáveis, pertinentes, mormente em se considerando que a restrição à competitividade é momentânea e não aniquila por completo a competição. Por tal motivo sustentamos que as exigências ambientais na especificação do objeto devem ser introduzidas de forma paulatina nos certames, de modo a permitir que o mercado as absorva e passe a produzir de acordo com elas. Do contrário, a restrição será tamanha a ponto de

inviabilizar ou direcionar a competição, o que não será admitido pelos órgãos de controle.

A fase de habilitação se presta à comprovação de que o competidor possui idoneidade e aptidão para fornecer o bem, prestar o serviço ou realizar a obra, seja do ponto de vista técnico, jurídico, fiscal ou econômico-financeiro.

A habilitação do licitante constitui, por si só, um limitador natural à competitividade, porquanto exclui de antemão aqueles interessados que não satisfazem as exigências. Por tal motivo, o legislador concebeu taxativamente as espécies de habilitação, previstas no art. 27 da Lei nº 8.666/1993. A fim de evitar vulneração aos princípios que informam o instituto das licitações, as exigências de habilitação devem ser mínimas, reduzidas ao indispensável. Assim se depreende do comando constitucional insculpido no art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, que determina que somente podem ser admitidos requisitos de habilitação que se configurem como os mínimos possíveis.

Sobre o tema, Marçal pondera que:

A fixação de requisitos de participação numa licitação conduz à redução do universo de potenciais licitantes, ainda que propicie elevação da probabilidade de um contrato bem executado. Quanto maiores as exigências condicionantes da participação, tanto menor o número de licitantes aptos a participar da disputa. (...)

Sob outro enfoque, a redução das exigências de participação amplia o risco de contratações desastrosas, pois dá oportunidade a que sujeitos destituídos de capacitação se saiam vencedores do certame. Logo, a redução dos requisitos de participação configura-se como um fator que contribui para a elevação do risco de contratos mal executados. (...)

Ora, a administração necessita tanto de segurança quanto de vantajosidade em suas contratações. A finalidade da licitação é selecionar a proposta com a qualidade mais adequada, pelo menor preço possível. A conjugação de ambos os valores conduz à necessidade de ponderação nas exigências de habilitação. Não é correto, por isso, estabelecer soluções extremadas. É indispensável estabelecer requisitos de participação, cuja eliminação seria desastrosa. Mas tais requisitos devem ser restritos ao mínimo necessário para assegurar a obtenção de uma prestação adequadamente executada.³¹

No caso das licitações sustentáveis, deve-se perseguir o equilíbrio entre a comprovação da aptidão dos interessados para contratar e executar o objeto

31 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 15ª ed., São Paulo: Dialética, 2010. p 401.

contratual e, por outro lado, a dispensa de exigências desnecessárias ou impertinentes.

Em virtude da taxatividade do rol previsto na Lei de Licitações e Contratos, há quem sustente a inviabilidade de inserção de exigências ambientais nesta fase do certame.³²

Entretanto, como asseveram Luciana Maria Junqueira Terra, Luciana Pires Csipai e Mara Tiekou Uchida, é possível que, dentro do prisma da habilitação jurídica e técnica (requisitos previstos no art. 27), se concebam, por exemplo, exigências ambientais ligadas a registro ou autorização do órgão ambiental competente, ou à indicação da existência de instalações, aparelhamento e pessoal técnico adequado para a realização do objeto da licitação³³.

Ainda não existe posicionamento consolidado no TCU sobre o tema. Sabe-se da tendência restritiva que o Tribunal adota em relação aos requisitos de habilitação, em virtude do comando constitucional. Entretanto, não vemos óbice apriorístico à previsão de exigências de sustentabilidade nesta fase do certame. O fundamental, frise-se, é que os critérios de habilitação eleitos pelo gestor sejam justificados expressamente nos autos do processo administrativo, demonstrando-se de forma circunstanciada a razoabilidade das exigências e sua restrição ao mínimo necessário, afastando-se, assim, o seu potencial para frustrar a competitividade.

Sobre a inserção dos critérios ambientais na fase de julgamento, sabe-se que o procedimento licitatório é informado pelo princípio do julgamento objetivo das propostas, como forma de se garantir uma escolha absolutamente impessoal.

Para que se viabilize o julgamento objetivo, é necessária a previsão de critérios bem definidos no edital, que afastem as subjetividades da escolha. Nesta fase licitatória, não há espaço para a discricionariedade; a decisão dos gestores está plenamente vinculada aos critérios previstos no edital.

Os critérios de julgamento dependerão do tipo de licitação adotada. No tipo menor preço, o critério é meramente matemático. Nada mais objetivo. Nos tipos técnica e preço ou melhor técnica, reservados para necessidades peculiares da

³² Entre eles, Carlos Eduardo Lustosa da Costa in **As licitações sustentáveis na ótica do controle externo**. Disponível em <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2435919.PDF>> acesso em 25/1/2013

³³ TERRA, Luciana Maria Junqueira; CSIPAI, Luciana Pires; UCHIDA, Mara Tiekou. Formas Práticas de Implementação das Licitações Sustentáveis: Três passos para a inserção de critérios socioambientais nas contratações públicas. In *In* SANTOS, Murilo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro. **Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

Administração, os critérios de julgamento deverão, tanto quanto possível, reduzir as subjetividades. Nesse sentido, para avaliar a qualidade de determinada proposta técnica, é prevista pontuação para cada critério previsto no edital, de forma a tornar objetiva esta etapa do julgamento.

Traçado este breve esboço, é intuitivo pensar que não há espaço para a inserção de critérios de sustentabilidade ambiental na fase de julgamento das licitações regidas pelo tipo menor preço. De fato, para esses certames, a fase de julgamento se restringirá à análise quantitativa dos preços apresentados.

Estes valores, por sua vez, poderão ser mais elevados em virtude de eventuais exigências ambientais previstas na especificação do objeto. Contudo, como já afirmamos, tal fato não tem o condão de vulnerar o princípio da economicidade nem de frustrar a escolha da proposta mais vantajosa. Isso porque as propostas serão avaliadas tendo como baliza a estimativa de preços realizada pela Administração com base em pesquisas de mercado – que também levarão em conta a especificação do objeto e as exigências ambientais. Estando as propostas de acordo com a estimativa, não haverá sobrepreço, tampouco vulneração à economicidade. Quanto à vantajosidade, reitere-se que esta não se resume ao aspecto matemático, mas leva em consideração outros fins colimados pela Administração ao celebrar um contrato.

Retornando para as licitações dos tipos melhor técnica e técnica e preço, é perfeitamente possível a previsão de critérios de sustentabilidade ambiental no edital de licitação. Esta possibilidade é, inclusive, expressa na Instrução Normativa nº 1/2010 da SLTI, nos seguintes termos:

Art. 3º Nas licitações que utilizem como critério de julgamento o tipo melhor técnica ou técnica e preço, deverão ser estabelecidos no edital critérios objetivos de sustentabilidade ambiental para a avaliação e classificação das propostas.

Tais critérios deverão prever pontuação para determinadas exigências ambientais, de modo a sagrar vencedor nesta etapa aquele licitante que tiver a maior pontuação, ou em outras palavras, que satisfizer maior número de exigências sustentáveis.

Muitas vezes, não basta que o objeto licitado seja ambientalmente sustentável e que o licitante demonstre aptidão para respeitar os padrões de sustentabilidade

impostos pela Administração. É necessário que se assegure que, na rotina da execução contratual, haja obediência a parâmetros de proteção ao meio ambiente.

É a fixação de padrões de conduta ambientalmente sustentáveis que talvez realize de forma mais plena a função de fomento estatal, porque produzirá um padrão de comportamento perene na sociedade.

Dentre as obrigações contratuais que mais relevância ambiental detém, encontra-se o descarte e destinação adequada de resíduos. Isso porque a forma de se despojar deles detém potencial de gerar prejuízos ambientais, ao passo que a coleta e armazenamento adequados podem permitir o reaproveitamento no próprio ciclo ou em outros ciclos produtivos.

Alerte-se que, mais importante do que prever em edital e em contrato as responsabilidades e obrigações do contratado, é necessário que a Administração realize rigorosa fiscalização durante a execução contratual, nos termos do art. 67 da Lei Geral de Licitações, sob pena de se fazer letra morta das previsões ambientalmente sustentáveis.

CONCLUSÃO

A noção de sustentabilidade está presente no seio da sociedade desde que se criou a consciência de que os recursos não são inesgotáveis e de que as inovações tecnológicas, por mais arrojadas, não os tornarão infindáveis. A partir daí, procurou-se conciliar a atividade econômica, a produção industrial ou a inovação tecnológica com o uso adequado e responsável dos recursos naturais.

Não existe definição normativa de sustentabilidade, o conceito é aberto. Tomando a noção aqui apresentada, é possível concluir que, no caso específico das licitações, o conceito de sustentabilidade se situará no ponto de interseção entre o impacto ambiental do objeto, o preço da solução sustentável e, ainda, a possível restrição da competitividade.

Acerca do preço da solução sustentável e sua potencialidade para frustrar a vantajosidade (um dos objetivos da licitação), demonstrou-se através deste trabalho que o conceito de vantagem está muito além do aspecto econômico. Tomando-se o art. 170, VI da CF/88 como diretriz hermenêutica, é possível concluir que, ao se conferir expressão monetária a determinado bem, tanto atributos econômicos como também ecológicos são levados em consideração. O conceito de valor não é, com efeito, uma categoria exclusivamente econômica. Nesse sentido, cai por terra qualquer argumento que confira à licitação sustentável a pecha de antieconômica, pois, se o valor de determinado bem agrega atributos ecológicos, esses mesmos atributos devem ser expressão da vantagem da aquisição.

Ademais, demonstrou-se que a busca pela proposta mais vantajosa é a consagração do interesse público e que este possui conteúdo dinâmico. Assim, a pluralidade de aspectos que informam o conceito de vantajosidade se devem às várias facetas que assume o próprio conceito de interesse público, que se desdobra em interesse público primário e secundário. O interesse público primário diz respeito aos interesses da sociedade, dentre os quais se encontra a defesa do meio ambiente. Já o interesse público secundário refere-se aos interesses do Estado como Pessoa Jurídica de Direito Público, titular de direitos e obrigações e, dentre esses interesses, pode-se citar a defesa do Erário. Assim, a vantajosidade abarca tanto aspectos de interesse público primário como secundário, abrangendo outros valores consagrados pelo ordenamento jurídico e não exclusivamente a vantagem econômica. Em suma, vantajosidade está ligada a interesse público e este abrange

a sustentabilidade. Logo, a vantajosidade também está impregnada da idéia de sustentabilidade.

Quanto à possível restrição de competitividade, asseverou-se que o que o ordenamento jurídico veda é a restrição injustificada, desarrazoada e que aniquile por completo a possibilidade de competição, direcionando o certame para determinado fornecedor. Demonstrou-se que a adoção de soluções ambientalmente sustentáveis pode, em um primeiro momento, representar diminuição no espectro de licitantes, mas, à medida que o mercado for ajustando seus meios de produção às exigências do consumidor (no caso, o Poder Público), a competição plena tende a se reestabelecer. Para tanto, propôs-se que a inserção dos critérios de sustentabilidade ambiental seja feita de forma gradual e sempre razoável.

A propósito, a competitividade é um dos corolários do princípio da isonomia, sendo possível afirmar, por conseguinte, que a adoção das licitações sustentáveis não viola este princípio. Com efeito, ao discorrer-se sobre a isonomia, demonstrou-se que é da sua essência corrigir distorções, de sorte que a adoção de diferenciações na exata medida das desigualdades verificadas não vulnera o núcleo do princípio. É nesse contexto que se inserem medidas como o tratamento privilegiado às microempresas e empresas de pequeno porte (e cooperativas equiparadas). E é assim que não se vislumbra conflito na adoção de licitações sustentáveis.

Assim, pode-se concluir que há perfeita harmonia entre as três finalidades do instituto das licitações, não havendo conflito entre isonomia, vantajosidade e desenvolvimento nacional sustentável.

A nova ordem jurídica inaugurada pela Constituição Federal de 1988 elevou o meio ambiente a direito subjetivo e, em contrapartida, criou deveres correlatos tanto para o Estado, como para a sociedade. Particularmente no caso do Estado, a leitura do art. 225 demonstra que a política ambiental adotada constitucionalmente se afasta do liberalismo e se baseia em um modelo mais intervencionista. Logo, mais do que obrigações negativas, de não degradar, de não poluir, exigem-se prestações positivas por parte do Ente Público.

Para realizar essas prestações positivas, o Estado deve lançar mão dos meios postos à sua disposição. Sendo a licitação um instrumento e não um fim em si mesma, detém outros papéis fundamentais além daqueles tradicionalmente atribuídos, podendo ser utilizada como ferramenta de regulação de mercado,

mecanismo de indução de determinadas práticas que produzam resultados sociais, econômicos e ambientais benéficos.

Pode-se falar em função social do contrato administrativo, ou função extraeconômica, na medida em que como grande consumidor que é, o Estado pode utilizar-se do seu poder de compra para implementar políticas públicas. É no seio da função regulatória que as licitações sustentáveis encontram sua razão de ser.

Do ponto de vista prático, vislumbram-se quatro momentos no itinerário das compras públicas em que os critérios de sustentabilidade podem ser inseridos: a especificação do objeto, a fase de habilitação, o julgamento das propostas e a execução contratual.

Para que se implementem tais critérios sem vulneração à ordem vigente e sem frustrar a vantajosidade e o caráter competitivo do certame, eles devem ser introduzidos de forma gradual e com justificativa formal nos autos do processo administrativo de contratação, demonstrando-se a razoabilidade das exigências.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 26 ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

BENJANIM, Antônio Herman. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In CANOTILHO, JJ Gomes; LEITE, José Rubens Morato (organizadores). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BLIACHERIS, Marcos Weiss. Licitações Sustentáveis: Política Pública. In SANTOS, Murilo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro. **Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

BARKI, Teresa Villac Pinheiro. Direito Internacional Ambiental como Fundamento Jurídico Para as Licitações Sustentáveis no Brasil. In SANTOS, Murilo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro. **Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

BARCESSAT, Lena. Papel do Estado Brasileiro na Ordem Econômica e da Defesa do Meio Ambiente: Necessidade de Opção por Contratações Públicas Sustentáveis. In SANTOS, Murilo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro. **Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

BERTOIGNA, Veridiana. Princípios Constitucionais Ambientais Aplicáveis às Licitações Sustentáveis. In SANTOS, Murilo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro. **Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

Carlos Eduardo Lustosa da Costa in **As licitações sustentáveis na ótica do controle externo**. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2435919.PDF> > acesso em 25/1/2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 10ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2002.

DROMI, Roberto. **Licitación Pública**, 4ª ed., Buenos Aires-Madrid-México: Ciudad Argentina- Hispania Libros, 2010.

FERRAZ, Luciano. Função Regulatória da Licitação. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 19, agosto/setembro/outubro, 2009.

FINGER, Ana Cláudia. Licitações sustentáveis como instrumento de política pública na concretização do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 121-153, jan./mar. 2013.

FRANCO, Caroline da Rocha. Licitações ecoeficientes e as políticas públicas ambientais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte**, ano 13, n. 51, jan./mar. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=89830>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 15ª ed., São Paulo: Dialética, 2010.

_____ **Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros. 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**, 13 ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

MENEGUZZI, Rosa Maria. Conceito de Licitação Sustentável. *In* SANTOS, Murilo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro. **Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SANTOS, Murilo Giordan. Poder Normativo nas Licitações Sustentáveis. *In* SANTOS, Murilo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro. **Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função Regulatória. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 11, fevereiro, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br> acesso em: 25/01/2013.

TERRA, Luciana Maria Junqueira; CSIPAI, Luciana Pires; UCHIDA, Mara Tiek. Formas Práticas de Implementação das Licitações Sustentáveis: Três passos para a inserção de critérios socioambientais nas contratações públicas. *In* SANTOS, Murilo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro. **Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

