

**ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Vinicius Diniz e Almeida Ramos

**LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS NO BRASIL DO SÉCULO XXI:
fundamentos e desafios para sua eficaz implementação**

Belo Horizonte
2015

Vinicius Diniz e Almeida Ramos

**LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS NO BRASIL DO SÉCULO XXI:
fundamentos e desafios para sua eficaz implementação**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Faria Thomé da Silva.

Belo Horizonte
2015

RAMOS, Vinicius Diniz e Almeida.
R175l Licitações sustentáveis no Brasil do século XXI:
fundamentos e desafios para sua eficaz implementação /
Vinicius Diniz e Almeida Ramos. – Belo Horizonte, 2015.
128 f.

Dissertação (Mestrado) – Escola Superior Dom Helder
Câmara.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Faria Thomé da Silva

Referências: f. 121 – 128

1. Licitação. 2. Sustentabilidade. 3. Meio ambiente. I.
Silva, Romeu Faria Thomé da. II. Título.

349.6(043.3)

**ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Vinicius Diniz e Almeida Ramos

**LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS NO BRASIL DO SÉCULO XXI:
fundamentos e desafios para sua eficaz implementação**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Aprovado em: ____/____/____

Orientador: Prof. Dr. Romeu Faria Thomé da Silva – ESDHC-MG

Prof. Dr. Márcio Luís de Oliveira – ESDHC-MG

Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias – FUMEC-MG

Nota: _____

Belo Horizonte
2015

Dedico este trabalho a Andréa Jacqueline Sanches Ramos, esposa, companheira e amiga, cuja compreensão, apoio e resignação foram fundamentais para que eu chegasse até aqui!

AGRADECIMENTOS

A DEUS, por razões óbvias: sem Ele nada seria possível!!!

Ao Prof. Dr. Romeu Thomé que, mais que Orientador, mostrou-se um amigo, parceiro e incentivador!

Ao amigo e guru Henrique Câmara Azevedo: sem seu apoio e compreensão realizar esse Mestrado seria impossível!

Aos Professores Doutores Émilien Vilas Boas Reis, José Adércio Leite Sampaio, José Cláudio Junqueira Ribeiro, Kiwonghi Bizawu, Márcio Luís de Oliveira e à Professora Doutora Beatriz Souza Costa, por transmitirem seus conhecimentos e experiências, instigando em nós o prazer pela pesquisa científica.

Ao colega e amigo Márcio Portella, que se tornou também um confidente... Juntos, partilhamos as ansiedades, as dúvidas, as dificuldades... e também as alegrias e as conquistas ao longo dessa trajetória!

Aos demais Colegas de jornada...

Aos amigos da FIEMG que, de uma forma ou de outra, contribuíram para que eu chegasse até aqui...

A todos aqueles que, mesmo indiretamente, ofereceram seu incentivo, seu apoio e sua contribuição...

RESUMO

O presente trabalho tem como principal objetivo analisar os aspectos legais da licitação pública sustentável no Brasil. Por meio de pesquisa bibliográfica descritiva, busca-se enfatizar os princípios constitucionais a que o Poder Público se subordina, com destaque para o princípio da legalidade, que caracteriza o Estado de Direito. Verifica-se que, apesar de haver fundamentos jurídicos para a compra pública sustentável – provenientes da própria Constituição da República e dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil –, a licitação ecológica não é suficientemente disciplinada pelas leis de regência. Desse modo, todas as normas infralegais que cuidam do tema, tais como a Instrução Normativa SLTI/MPOG n.º 1/2010 e o Decreto federal n.º 7.746/2012, são de questionável legalidade. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC e o Projeto de Lei do Senado n.º 559/2013, muito embora apresentem avanços em relação à Lei n.º 8.666/1993, ainda mostram certa timidez do legislador em, efetivamente, regulamentar a ecolicitização. Esse problema, contudo, é percebido também em outros países, tanto da Europa como da América. Em face das investigações realizadas, conclui-se que a licitação ecológica não pode ser conduzida nos moldes pretendidos pela doutrina do Direito Ambiental. A única maneira de se realizar compras públicas sustentáveis é com a adoção de licitação do tipo técnica e preço, quando se poderá fixar quesitos técnicos ambientais pontuáveis, de modo a melhor valorizar as propostas dos proponentes que oferecerem produtos ou serviços sustentáveis sem, entretanto, alijar do certame os demais concorrentes.

Palavras-chave: Licitação sustentável. Requisitos. Legalidade.

ABSTRACT

This paper intends to examine the legal aspects of sustainable public tender in Brazil. Using a descriptive literature, we try to emphasize the constitutional principles that the Government is subordinated, highlighting the principle of legality that characterizes the rule of law. It is found that, although there are legal grounds for sustainable public procurement - from the Constitution of the Republic and the international commitments assumed by Brazil - the ecological tender is not sufficiently ordered by the regency laws. Thus, all regulatory provisions that regulates the issue, such as Normative Instruction SLTI/MOP No. 1/2010 and the Federal Decree No. 7.746/2012, can be legally questioned. The Differentiated Arrangement of Government Procurement - RDC and Senate Bill No. 559/2013, although present advances in relation to Law No. 8.666/1993, still have some legislator's timidity in, effectively, regulate the eco-tender. This problem, however, is also perceived in other countries, both in Europe and America. In light of the investigations perfumed, it is concluded that the ecological tender cannot be conducted in the intended way by the doctrine of Environmental Law. The only way to make sustainable procurement is through the adoption of tender of price and technical type, when it may set noticeable environmental technical issues, in order to better appreciate the proposals of those offering products or sustainable services without, however, dispose from the bidding process the other competitors.

Keywords: Sustainable bidding. Requirements. Legality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 REGRAMENTO BÁSICO DA LICITAÇÃO PÚBLICA	13
3 PRINCÍPIOS LICITATÓRIOS.....	18
3.1 Princípio da legalidade.....	20
3.2 Princípio da igualdade	23
3.3 Princípio do julgamento objetivo	25
3.4 Princípio da eficiência	27
3.5 Desenvolvimento nacional sustentável.....	28
4 LICITAÇÃO SUSTENTÁVEL E FASES PROCEDIMENTAIS	32
4.1 Critérios de sustentabilidade na fase de habilitação	34
4.2 Critérios de sustentabilidade na especificação do objeto.....	37
4.3 Quesitos de sustentabilidade na proposta técnica	40
5 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA LICITAÇÃO SUSTENTÁVEL.....	44
5.1 Compromissos do Brasil com o desenvolvimento sustentável.....	45
5.2 Meio ambiente e Constituição da República de 1988.....	48
5.2.1 Artigo 225: tutela geral do meio ambiente.....	48
5.2.2 Artigo 170: conjugação da livre iniciativa e da tutela ambiental.....	52
5.2.3 Artigo 174 e poder regulador estatal	54
5.3 Meio ambiente e seu liame com o direito à vida	57
5.4 Leis infraconstitucionais e a licitação sustentável	59
6 FRAGILIDADE DA LEI DE LICITAÇÕES	63
6.1 Lei n.º 8.666/1993 e licitação sustentável	65
6.2 Conflitos principiológicos	70
7 NORMAS INFRALEGAIS E LICITAÇÃO SUSTENTÁVEL	74
7.1 Instrução Normativa SLTI/MPOG n.º 1/2010	74
7.2 Decreto federal n.º 7.746/2012	78
7.3 Guia prático de licitações sustentáveis da AGU	82
7.4 Norma mineira: o Decreto n.º 46.105/2012.....	84
8 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES – RDC	89
8.1 O RDC e a licitação sustentável.....	91

9 UMA NOVA LEI GERAL DE LICITAÇÕES: O PLS 559/2013	95
9.1 O PLS 559/2013 e a licitação sustentável.....	96
9.2 Apontamentos finais sobre o PLS 559/2013	101
10 LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS NA VISÃO ESTRANGEIRA.....	103
10.1 A Diretiva 2004/18 da Comunidade Europeia	104
10.2 A compra pública sustentável nos países europeus	106
<i>10.2.1 Principais pontos da Lei n.º 30/2007 espanhola</i>	<i>110</i>
10.3 A compra sustentável nos EUA	112
10.4 A compra sustentável na América do Sul.....	114
11 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	119
REFERÊNCIAS	121

1 INTRODUÇÃO

Em 15 de dezembro de 2010 foi sancionada a Lei n.º 12.349, que alterou dispositivos da Lei n.º 8.666, de 1993. Dentre as modificações realizadas, incluiu-se no artigo 3º da Lei Nacional de Licitações, como mais um dos objetivos da contratação pública, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Essa medida deu ensejo a discussões relacionadas à implementação das licitações sustentáveis – também denominadas compras públicas sustentáveis, certame ecológico, licitações ecológicas ou ecolicitações –, principalmente no que tange ao momento e à forma de executá-las.

Observa-se que o acanhamento do legislador – que deixou de regulamentar adequada e suficientemente a matéria – impôs ao certame ecológico óbices dos mais variados gêneros. As controvérsias doutrinárias fundam-se, em especial, no debate acerca de qual fase da licitação seria mais apropriada para a inserção de critérios ambientais. Nessa linha, notam-se pelo menos três correntes: uma, defendendo a inclusão de requisitos ambientais na fase de Habilitação; outra, entendendo que os critérios ecológicos devem compor a especificação do objeto licitado; e uma terceira, que vê na licitação do tipo técnica e preço (ou melhor técnica) o único meio de efetivação da licitação sustentável.

Sob esse prisma, o presente trabalho pretende responder à seguinte questão central: considerando o ordenamento jurídico pátrio, pode-se afirmar que a licitação sustentável respeita o princípio da legalidade e os demais princípios que norteiam a atuação da Administração Pública? Superada essa indagação, almeja-se apontar por quais meios pode ser implementada a ecolicitação.

Nesse contexto, tem-se como objetivo geral o estudo das licitações ecológicas e dos principais aspectos relacionados a elas, em especial a (in)suficiência do novel artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993 para regulamentá-las. Para se alcançar tal objetivo, será preciso analisar várias questões de forma específica, como é o caso, por exemplo, da amplitude e importância do princípio da legalidade, dos meios factíveis para que a licitação sustentável seja legalmente implementada e como outras normas (com destaque para o Regime Diferenciado de Contratações – RDC e o Projeto de Lei do Senado n.º 559/2013) têm regulamentado o tema.

Inicialmente, são admitidas duas hipóteses contrapostas. A primeira, de que a implementação da licitação sustentável é ilegal, em face da insuficiência de regulamentação sobre o tema. Nesse caso, parte-se da premissa de que o princípio da legalidade impõe incontornáveis limites ao Estado, impedindo-o de fixar, nos editais de licitação, requisitos ambientais que, efetivamente, não encontrem previsão na Lei Nacional de Licitações. A

segunda hipótese baseia-se na ideia de que os dispositivos constitucionais relacionados ao meio ambiente, os compromissos ecológicos internacionais firmados pelo Brasil, e a redação do artigo 3º da Lei n.º 8.666, de 1993, são suficientes para respaldarem a inserção de critérios e requisitos ambientais nas compras e contratações promovidas pelos entes estatais.

Como marco teórico, adota-se o princípio constitucional da legalidade, previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição, que caracteriza o Estado de Direito. A Administração encontra-se inelutavelmente subsumida à lei, que deve indicar não só o que fazer, mas também quando e como deve atuar o administrador. Especialmente no que se refere às compras e contratações públicas, a discricionariedade é restrita, só podendo a Administração atuar na forma expressamente indicada pela lei.

Ampla pesquisa bibliográfica descritiva buscará confrontar a doutrina do Direito Administrativo com a doutrina do Direito Ambiental. A primeira, fiel aos princípios da Administração Pública, especialmente ao princípio da legalidade e da isonomia; a segunda, buscando encontrar alternativas práticas para a implementação da compra estatal ecológica. Entre uma e outra, os princípios constitucionais que devem balizar as políticas e as estratégias de Estado.

O tema do presente trabalho é particularmente importante, tendo em vista que a Constituição da República e os compromissos internacionais ambientais assumidos pelo Brasil, deixam entrever que o Poder Público deve implementar as compras públicas ecológicas, como meio de dar cumprimento às ações que norteiam o desenvolvimento sustentável. Para tanto, contudo, é preciso que o ordenamento jurídico regulamente o assunto de forma adequada e suficiente, sendo imprescindível uma produção legislativa que aponte quando e, principalmente, como devem ser estruturadas e conduzidas as licitações sustentáveis pela Administração.

Procurar-se-á, no início, realizar uma síntese das leis que cuidam da licitação pública no Brasil, incluindo o Projeto de Lei do Senado n.º 559/2013, que ainda se encontra em tramitação naquela Casa legislativa. Far-se-á também um estudo acerca dos princípios que regem a matéria, particularmente os princípios da legalidade, igualdade, julgamento objetivo e eficiência. Destacar-se-á o desenvolvimento nacional sustentável como mais um objetivo a ser perseguido pela compra pública, a partir da alteração do artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993 pela Lei n.º 12.349/2010.

Na sequência, serão estudadas as fases pertinentes ao procedimento licitatório (fases de Habilitação, Proposta Comercial e Proposta Técnica), quando se procurará analisar a legalidade e viabilidade de inclusão de critérios e requisitos ambientais em cada uma delas.

Em seguida, procurar-se-á demonstrar que a compra pública sustentável encontra fundamento jurídico na Constituição e em compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, devendo o Poder Legislativo, entretanto, disciplinar adequadamente o assunto através de lei. Mostrar-se-á, nesse ponto, que a proliferação de leis esparsas – que ao tratarem de questões ambientais fazem pequenas menções à compra pública – não oferece suporte suficiente para a implementação das licitações sustentáveis.

Serão abordadas as fragilidades da atual Lei Nacional de Licitações que, apesar de indicar no artigo 3º que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável é um dos objetivos da compra pública, contém lacunas incontornáveis, eis que não regulamenta suficientemente a ecolicitacão, deixando de prescrever quando e como deve atuar o administrador.

Por consequência, as normas infralegais produzidas pela União (como é o caso do Decreto n.º 7.746/2012 e da Instrução Normativa SLTI/MPOG n.º 1/2010) e eventualmente pelos Estados (como, por exemplo, o Decreto n.º 46.105/2012, do Estado de Minas Gerais), que almejam minudenciar a compra pública ecológica, não encontram suporte na Lei de regência e são, portanto, de questionável legalidade.

Analisar-se-á, sob o aspecto da licitação sustentável, a Lei n.º 12.462/2011 (que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas) e o Projeto de Lei do Senado n.º 559/2013, de modo a verificar se estes instrumentos representam avanços em relação à Lei n.º 8.666/1993.

Superado este ponto, buscar-se-á apresentar posicionamentos doutrinários internacionais sobre as compras públicas sustentáveis, considerando não apenas a legislação estrangeira, mas abordando também os problemas e obstáculos enfrentados por outros países na efetiva implementação das ecolicitacões.

Ao final, procurar-se-á indicar se o ordenamento jurídico brasileiro – especialmente a Lei n.º 8.666/1993, que disciplina a licitação pública – é suficiente e adequado para dar legalidade às licitações sustentáveis, almejando-se demonstrar os meios pelos quais essa espécie de licitação pode vir a ser efetivada, sem o comprometimento do necessário respeito ao princípio da legalidade e da isonomia.

2 REGRAMENTO BÁSICO DA LICITAÇÃO PÚBLICA

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, impõe à Administração Pública o dever de realizar suas obras, compras, contratações e alienações por meio de procedimento licitatório. É o que prescreve o seu artigo 37, inciso XXI:

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.

Não há dissonâncias doutrinárias significativas quanto ao conceito de licitação, sendo esta o procedimento administrativo, formal, vinculado, por meio do qual a Administração Pública¹ busca obter, dentre os diversos interessados em contratar com o Estado, a proposta mais vantajosa, observados, dentre outros, os princípios da legalidade, impessoalidade, igualdade, moralidade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

Para Carvalho Filho (2014, p. 238), licitação é:

[...] o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Rigolin e Bottino (2006, p. 24) aduzem que

Licitação não é apenas um ato, mas todo um complexo procedimento administrativo através do qual a Administração elege, entre várias possíveis, a proposta mais vantajosa ao seu interesse – que é sempre o interesse público – com vista a algum contrato, em geral de aquisição de material ou de serviço, que pretenda celebrar.

¹ Não apenas a Administração Pública direta e indireta se sujeita aos procedimentos da licitação, mas também outras entidades, como é o caso dos serviços sociais autônomos (SESI, SENAI, SEBRAE etc.) que, não obstante poderem elaborar regulamentos próprios, devem obediência aos princípios insculpidos no artigo 37, XXI, da CR/88.

É importante, no campo da conceituação do instituto da licitação pública, trazer o posicionamento de Meirelles (2007, p. 27), no sentido de que

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa a propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. É o meio técnico-legal de verificação das melhores condições para a execução de obras e serviços, compra de materiais e alienação de bens públicos. Realiza-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, sem a observância dos quais é nulo o procedimento licitatório, e o contrato subsequente.

No Brasil, o procedimento licitatório é regido, basicamente, pela Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 (denominada Lei Nacional de Licitações – LNL ou Estatuto das Licitações Públicas), pela Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002 (também chamada de Lei do Pregão) e, por fim, de maneira mais restrita, pela Lei n.º 12.462, de 4 de agosto de 2011 (conhecida como Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC).

É importante também mencionar a Lei Complementar n.º 123 de 2006 que, ao instituir o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, estabeleceu, nos artigos 42 a 49, regras específicas de licitação que visam fixar alguns privilégios e benefícios para as MEs e EPPs nas contratações públicas.

Não obstante a presença, no ordenamento jurídico pátrio, da Lei do Pregão, do RDC, da Lei Complementar n.º 123/2006 e de outras regras esparsas que tratam da compra pública, a Lei n.º 8.666/1993 é a que regulamenta de maneira mais detalhada o procedimento atinente à licitação. A citada Lei estabelece as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, conforme se depreende de seu artigo 1º,² devendo os demais regramentos e leis especiais, desse modo, observarem as diretrizes de caráter geral ali fixadas.

A Lei Nacional de Licitações (Lei n.º 8.666/1993) – considerada a principal norma atinente às compras e contratações públicas – ingressou no ordenamento jurídico para substituir o anterior Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986. Inevitável recordar que o grande propulsor da mudança legislativa foram os escândalos de desvio de verbas e fraudes em licitações, que acabaram por antecipar o fim do Governo Collor, via *impeachment* aprovado no Senado Federal em 30 de dezembro de 1992.

² Art. 1º. Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O projeto de lei que viria a se transformar no novo Estatuto das Licitações Públicas teve origem ainda em 1990, permanecendo em tramitação no Congresso Nacional até 1993. Os escândalos e a mobilização popular daquela época aceleraram o processo de aprovação da nova Lei Nacional de Licitações, que surgiu, segundo Rigolin e Bottino (2006, p. 43), com a promessa de moralizar os negócios da Administração Pública e eliminar os vícios e fragilidades do Decreto-lei 2.300/1986.

Lembra Justen Filho (2014b, p. 17-18) que a Lei n.º 8.666/1993 acabou por reeditar regras e princípios consagrados em leis anteriores, “amoldados ao sistema da Constituição de 1988 e tendo em vista as necessidades derivadas dos fatos históricos ocorridos no início da década de 1990.” Por esta razão, a Lei Nacional de Licitações carrega consigo as características de uma norma praticamente inflexível e que, embora seja classificada como norma geral, exaure determinadas matérias deixando espaço mínimo para a discricionariedade do administrador.

Importante anotar que, desde sua entrada em vigor, a Lei n.º 8.666/1993 sofreu inúmeras modificações, como, exemplificadamente, as processadas pelas Leis n.º 8.883/1994, 9.648/1998, 11.107/2005, 11.196/2005, 11.481/2007, 12.349/2010, Lei Complementar n.º 147/2014, dentre várias outras.

A Lei n.º 10.520/2002, por sua vez, instituiu uma nova modalidade de licitação denominada Pregão (vulgarmente chamada de “leilão reverso”), cuja aplicabilidade se volta à aquisição de bens e serviços comuns, caracterizados, nos termos do parágrafo único do artigo 1º, como “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

A referida Lei decorreu da conversão da Medida Provisória n.º 2.182, de 23 de agosto de 2001 (que havia sido antecedida da Medida Provisória n.º 2.026/2000), tendo como um dos principais objetivos propiciar maior celeridade, economicidade e competitividade nas compras e contratações públicas.

Diferentemente da Lei n.º 8.666/1993, que impõe sua obediência aos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e, também, aos órgãos da administração direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes federados, a Lei do Pregão, conforme se depreende de seu preâmbulo³, direciona-se tão

³ Instituí, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

somente à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ainda assim como uma mera opção do ente público, nos termos de seu artigo 1º.⁴

A Lei n.º 10.520/2002 cuida especificamente de estabelecer os procedimentos para realização da licitação sob a modalidade Pregão. Desse modo, naquilo que não for objeto de sua regulamentação, cabe a observância das normas gerais da Lei n.º 8.666/1993, ou seja, a aplicação da Lei Nacional de Licitações é, nesse caso, subsidiária.

Cabe tecer alguns breves comentários sobre o Regime Diferenciado de Contratações – RDC, instituído por meio da Lei n.º 12.462/2011. Referida Lei teve, originariamente, o objetivo de traçar procedimentos licitatórios diferenciados para as obras, compras e contratações destinadas à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações FIFA de 2013, da Copa do Mundo FIFA de 2014 e das obras de infraestrutura e serviços para os aeroportos das Capitais dos Estados distantes até 350 quilômetros das cidades sedes dos eventos esportivos anteriormente mencionados.

Posteriormente, as Leis n.º 12.688/2012, 12.722/2012, 12.745/2012 e 12.980/2014 incorporaram ao objeto de aplicação do RDC, respectivamente, as ações do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, as obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino, as obras e serviços de engenharia do Sistema Único de Saúde – SUS e as obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.

Essa ampliação do objeto do Regime Diferenciado de Contratações fez surgir uma expectativa de que o RDC transformar-se-ia na Lei Geral de Licitações, ab-rogando a Lei n.º 8.666/1993. Tal expectativa, entretanto, restou frustrada quando o Senado Federal, em 20 de maio de 2014, rejeitou o Projeto de Lei de Conversão (PLV) n.º 01/2014, que propunha a aplicação do Regime Diferenciado a todas as obras, compras e contratações da Administração Pública, eliminando o critério de sua limitação material.

Também no caso do RDC, a aplicação da Lei n.º 8.666/1993 se faz de forma subsidiária, ou seja, as questões não regulamentadas pela Lei n.º 12.462/2011 devem encontrar solução na Lei Nacional de Licitações.

É importante observar, dessa forma, que o Estatuto das Licitações (Lei n.º 8.666/1993) é a lei de regência no que tange às compras e contratações públicas. Ainda que existam outras normas dispendo sobre o assunto (como é o caso da Lei do Pregão e do RDC), o regramento basilar das licitações encontra guarida na Lei de 1993.

⁴ Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, **poderá** ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei. (grifos nossos)

Por fim, importante salientar que tramita no Congresso Nacional, desde 2013, o Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 559/2013, que tem como objetivo instituir normas para licitações e contratos da Administração Pública, revogando a Lei n.º 8.666/1993, a Lei n.º 10.520/2002 e também a Lei n.º 12.462/2011 e passando a constituir-se na regra única e de aplicação geral para as licitações em todo o país.

Até o término do presente trabalho, o PLS já havia recebido 56 emendas. Ao mesmo tempo, já tramitou e recebeu pareceres da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, da Comissão de Assuntos Econômicos e da Comissão de Serviços de Infraestrutura; todas do Senado. A última movimentação processual ocorreu em 28 de setembro de 2015, quando o Projeto foi encaminhado ao Senador Eunício Oliveira, Relator da matéria na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

É importante lembrarmos que, vencida a tramitação do PLS no Senado (que já se prolonga por praticamente dois anos), o texto seguirá para aprovação da Câmara dos Deputados e, certamente, novos debates serão enfrentados, novas emendas terão que ser analisadas e novos pareceres serão emitidos.

Esse cenário leva à conclusão de que uma nova legislação sobre compra pública não será aprovada pelo Congresso Nacional no curto prazo. Daí a necessidade das licitações – e, em especial, as licitações sustentáveis – amoldarem-se ao que prescreve a Lei n.º 8.666/1993. Nesse processo, há que se buscar mecanismos e alternativas eficientes para que as ecolicitações possam ser realizadas sem ofensa aos princípios que devem nortear os atos da Administração Pública.

3 PRINCÍPIOS LICITATÓRIOS

As normas e procedimentos da licitação pública têm como sustentáculo princípios que encontram-se insculpidos na Constituição da República de 1988, artigo 37, *caput* e inciso XXI, e nas leis que tratam do tema, como as já mencionadas Lei n.º 8.666/1993, Lei n.º 10.520/2002 e Lei n.º 12.462/2011.

Segundo Ávila (2012, p. 85), princípios são normas finalísticas, prospectivas, complementares, cuja aplicação exige uma avaliação acerca da correlação entre o que se deseja promover e os efeitos dessa promoção. O mesmo autor, ao confrontar os conceitos de regra e de princípio, leciona:

Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade (ÁVILA, 2012, p. 40).

Os princípios expressamente relacionados à licitação pública podem ser assim enumerados: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade (ou isonomia), publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e, por fim, eficiência. Implicitamente, vislumbram-se outros, como o da competitividade, da economicidade e da razoabilidade.

Não obstante todos esses princípios serem de inegável relevância, serão abordados neste trabalho apenas aqueles que, de forma direta ou indireta, têm relação com o tema e o objetivo proposto, quais sejam, princípio da legalidade, igualdade, julgamento objetivo e eficiência, além do desenvolvimento nacional sustentável, que se constitui, na verdade, em uma finalidade a ser perseguida pela contratação pública.

Antes, porém, é preciso reconhecer que a busca pela proposta mais vantajosa é o objetivo precípuo da licitação (conforme se depreende do artigo 3º, *caput*, da Lei n.º 8.666/1993⁵). A identificação da vantagem, por sua vez, está intrinsecamente relacionada ao critério de julgamento das propostas, estabelecido no instrumento convocatório. Se o edital adotou o tipo “menor preço”, será mais vantajosa a proposta que, dentre todas, apresentar o

⁵ Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, **a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração** e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (grifos nossos)

menor dispêndio para a Administração; se estabelecido o tipo “maior oferta”, aquela que oferecer o maior pagamento em favor do ente público; se indicado o tipo “técnica e preço”, sagrar-se-á vencedora a proposta que, na ponderação entre a técnica e o preço, apresentar o melhor índice; e, por fim, se eleito o tipo “melhor técnica”, será vencedora a oferta que apontar o melhor índice técnico, considerados os critérios de avaliação. Tudo, por óbvio, presumindo-se atendidas as condições do edital, tanto em relação à especificação do objeto quanto a outros detalhes não menos importantes (prazo de pagamento, prazo de entrega, garantia, assistência técnica etc.).

Nesse contexto, Justen Filho (2014b, p. 71) lembra que qualquer contratação administrativa relaciona-se com o uso de recursos financeiros escassos, obrigando o ente público a adotar sempre a escolha mais eficiente, sendo que, em regra, esta se traduz na “solução contratual economicamente mais vantajosa”.

Gasparini (2012, p. 533) salienta, no mesmo sentido, que o procedimento licitatório visa, em primeiro lugar, proporcionar ao ente público promotor da licitação “a obtenção da proposta mais vantajosa (a que melhor atende, especialmente, em termos financeiros aos interesses da entidade licitante)”.

Lembrando que em alguns casos a técnica poderá ser preponderante, Meirelles (2007, p. 30) também afirma que, na busca pela proposta mais vantajosa à Administração, “dá-se preeminência, como regra geral, à proposta de menor preço”.

Não obstante o menor preço ser o principal balizador na aferição da vantagem das ofertas, é preciso reconhecer que a “proposta mais vantajosa” é conceito vago, genérico e que permite, a rigor, inúmeras interpretações.

Tanto é assim que Meneguzzi (2011, p. 27) propõe uma reinterpretação do conceito, visando dar guarida e legitimidade às licitações sustentáveis. Aduz o autor que a busca pela proposta mais vantajosa deveria ser desdobrada, concluindo que a “vantajosidade poderia manifestar-se no futuro, como ocorre nas licitações sustentáveis. Nestas os interesses primários e secundários da Administração Pública conjugar-se-iam.” Também nesse sentido, afirma Coelho (2014, p. 97) que,

Como constatado, o padrão a ser superado com mais urgência é o da licitação baseada exclusivamente no menor preço, gradualmente, a parâmetros ecológicos, de modo que a melhor proposta atenda ao imperativo ecorresponsável de conjugar "vantajosidade" econômica à Administração e impacto mínimo ao meio ambiente, demudando, assim, o critério menor preço para o melhor preço, permeado de fatores econômicos, sociais e ambientais.

Tendo em vista que a vantagem para a Administração está diretamente relacionada aos critérios de julgamento do certame (uma vez que esses critérios é que apontarão o que o administrador considera mais vantajoso naquela particular disputa), torna-se imprescindível que sua aferição seja delineada de modo preciso no instrumento convocatório, minimizando (senão eliminando por completo) a subjetividade na escolha da proposta vencedora.

Esse delineamento, todavia, deve direcionar-se no sentido do respeito absoluto aos princípios da licitação. Assim, ao fixar no edital as regras do procedimento licitatório, os critérios de análise e julgamento de propostas e as condições para a adjudicação do objeto, não pode o administrador furtar-se da observância dos citados princípios.

3.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade implica na obrigatoriedade da Administração balizar seus atos e procedimentos observando expressamente os comandos legais. Sendo assim, é importante lembrar que a incidência da lei sobre o particular e sobre a Administração recebe interpretação diversa. Para o primeiro, tudo é permitido, desde que a lei não proíba (predomina a autonomia da vontade); para o segundo, por sua vez, só é permitido fazer (ou deixar de fazer) alguma coisa se a lei expressamente autorizar. Desse modo,

O princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, **em toda a sua atividade**, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que **exceda ao âmbito demarcado pela lei**, é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular. De fato, este pode fazer tudo que a lei permite e tudo que a lei não proíbe; aquela **só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza** (GASPARINI, 2012, p. 61, grifos nossos).

O princípio da legalidade, segundo Mendes (2011, p. 860), tem estreita relação com o Estado de Direito, que não pode ser concebido ou reconhecido sem a submissão do Estado à lei. Cabe ao legislador constitucional e infraconstitucional delinear a amplitude de atuação do Executivo, delimitando o que o administrador está autorizado a fazer e, além disso, quando e como deve fazê-lo. Para o autor,

A lei não pode simplesmente autorizar o administrador a fazer ou deixar de fazer algo sem dar ao ato administrativo o devido contorno, pois não é razoável que o Poder legislativo deixe de legislar para estabelecer os limites de possibilidade de atuação do administrador. Obviamente há um limite à concessão, por via de lei, de discricionariedade ao administrador (MENDES, 2011, p. 861).

Sob o viés da licitação pública, o princípio da legalidade incide com extremo rigor, restringindo o campo de atuação da Administração, conforme se depreende da leitura do artigo 4º da Lei n.º 8.666/1993:

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à **fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei**, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos. (grifos nossos)

Tal é a lição de Rigolin e Bottino (2006, p. 111) que, ao discorrerem sobre o princípio da legalidade, afirmam que

[...] somente será legítimo, correto, válido, aceitável, regular, qualquer ato administrativo, incluso no procedimento licitatório, se obedecer ele, com inteiro rigor, o roteiro dado pela lei. Diz-se que a licitação é um procedimento vinculado, e o significado da afirmação é precisamente o de que a vontade da lei vincula a vontade do licitador, ou seja: nenhuma liberdade tem esse último de agir discricionariamente segundo sua escolha ou seu gosto particular, mas apenas pode atuar na estrita conformidade do comando da lei.

Só há liberdade de atuação do administrador quando a própria lei concede-lhe o poder discricionário, para que, diante do caso concreto, opte por alternativas legalmente previstas. Assim, por exemplo, quando o legislador instituiu o Pregão (Lei n.º 10.520/2002), permitiu que a Administração tivesse a seu alcance mais uma modalidade licitatória, que poderá ser utilizada de acordo com sua conveniência e oportunidade na contratação de bens e serviços comuns, em substituição à modalidade Convite, Tomada de Preços e Concorrência.

Outro bom exemplo de discricionariedade é a permissão contida no §4º, do artigo 23, da Lei n.º 8.666/1993: “Nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência.” Por fim, vale também lembrar a prescrição do §1º, do artigo 32, também da Lei n.º 8.666/93: “A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei⁶ poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.”

A discricionariedade do administrador, entretanto, é sempre limitada e excepcional. Na lição de Gasparini (2012, p. 149), o ato administrativo discricionário deve estar alinhado a um dos comportamentos prescritos pela lei; a escolha deve mostrar-se conveniente, no sentido

⁶ Os artigos 28 a 31 da Lei n.º 8.666/93 relacionam os documentos de habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica e qualificação econômico-financeira, passíveis de serem exigidos dos licitantes na fase de Habilitação.

de atender ou satisfazer o interesse público; e deve ainda o ato ser oportuno, significando que foi praticado no momento adequado. Para que faça uso de seu poder discricionário, portanto, o administrador deve observar, pelo menos, três condições: o alinhamento do ato à prescrição legal, a conveniência de sua escolha e a oportunidade de sua opção discricionária.

Lecionando sobre a limitada discricionariedade no campo da licitação pública, Justen Filho (2014b, p. 67) ensina que o Direito disciplina minuciosamente a questão dos meios disponíveis para que a Administração atinja os fins predeterminados. Assim – destaca o autor –, o agente público não pode buscar legitimidade em seus atos e decisões argumentando que os fins almejados foram atingidos. Na realidade, “Cabe ao aplicador buscar os fins determinados pelo Direito, mas dentro dos limites impostos normativamente quanto aos meios disponíveis.”

Destarte, não pode o administrador agir de acordo com sua vontade pessoal, conforme sua particular interpretação – ainda que sua intenção seja a melhor possível e ainda que o resultado de seus atos aponte para a satisfação do interesse público –, pois tal procedimento torna o ato ilegal e, portanto, nulo de pleno direito.

Há, entretanto, conforme leciona Vareschini (2013, p. 23-25), uma nova concepção doutrinária para o princípio da legalidade, surgida em decorrência da constitucionalização do direito, segundo a qual “a conduta da Administração deve amoldar-se ao ordenamento jurídico como um todo e não apenas à lei formal.” Essa nova conotação, segundo a autora, vem sendo denominada de princípio da juridicidade, obrigando a conduta administrativa a harmonizar-se com “o conjunto de regras e princípios que informam o regime jurídico-administrativo, não bastando a simples compatibilidade com a lei formal.”

Desse modo, há que se analisar o princípio da legalidade sob dois prismas. O primeiro, tradicionalista, que indica estar a Administração limitada pelas regras expressamente impostas pela lei, não podendo agir senão conforme explícita autorização legal. No caso da licitação pública, estaria o administrador subordinado expressamente aos comandos da lei de regência, deles não podendo se afastar.

O segundo prisma, menos conservador e, porque não dizer, questionável e vulnerável (eis que permitiria um processo de integração de normas⁷ que viabilizaria ao agente público agir de acordo com o que lhe conviesse, dando-lhe uma desmedida liberdade interpretativa), indica que a Administração deve considerar o ordenamento jurídico de forma ampla,

⁷ Consiste em identificar uma proposição jurídica, dentro do ordenamento jurídico, que possa suprir uma lacuna da lei ou uma vontade insuficientemente manifestada. A integração opera-se pela analogia, costumes, equidade e pela consideração dos princípios gerais do direito.

alinhando sua conduta a partir de uma interpretação lógica, sistêmica e integrativa. Este posicionamento parte da premissa de que

[...] os dispositivos legais não têm existência isolada, mas inserem-se organicamente em um sistema, que é o ordenamento jurídico, em recíproca dependência com as demais regras de direito que o integram. Desse modo, para serem entendidos devem ser examinados em suas relações com as demais normas que compõem o ordenamento e à luz dos princípios gerais que o informam: é o método lógico sistemático (GRINOVER *et al*, 2006, p. 107).

Não obstante a óbvia importância da interpretação sistêmica, no caso do Direito Administrativo (no qual se inclui a licitação pública) é incontroverso que os atos, as práticas, as decisões e o comportamento da Administração devem corresponder àquilo que a lei expressamente determinar ou, ao menos, autorizar.

O princípio da legalidade, imposto à Administração Pública, tem como finalidade proteger individualmente os administrados (pessoas físicas e jurídicas) e a sociedade de modo geral, contra atos arbitrários do Estado. Por essa razão, a observância estrita de tal princípio constitucional vincula-se, como bem salientou Mendes (2011, p. 860), ao Estado Democrático de Direito.

3.2 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade impõe ao administrador um tratamento isonômico a todos aqueles que se interessarem em participar do certame licitatório. Não se restringe apenas a tratar igualmente os que afluírem à licitação, mas de afastar diferenciações despropositadas já na fase interna do procedimento, quando da formulação do objeto (termo de referência) e da elaboração do instrumento convocatório. Sobre o tema, cabe trazer a esclarecedora lição de Mello (2007, p. 514), para quem

O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputa-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia. É o que prevê o já referido art. 37, XXI, do Texto Constitucional. Aliás, o §1º do art. 3º da Lei 8.666 proíbe que o ato convocatório do certame admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório e veda o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, bem como entre empresas brasileiras ou estrangeiras, ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto do contrato.

É de se notar que o princípio da igualdade visa tutelar, ao mesmo tempo, o direito individual e o direito coletivo. No primeiro caso, veda à Administração escolher um fornecedor ou prestador de serviços sem a observância de um adequado e prévio procedimento seletivo. Desse modo, a igualdade tem o condão de assegurar o direito de qualquer interessado participar da disputa pelo contrato, tornando inválidas condições e restrições abusivas ou desnecessárias.

Mas o princípio da igualdade também objetiva tutelar o direito coletivo, no sentido de garantir a competitividade, permitindo que possam apresentar-se ao certame o maior número possível de ofertas e, desse modo, propiciar redução de preços e a obtenção (efetiva) da proposta mais vantajosa para a Administração.

Por óbvio, o princípio da igualdade não impede o estabelecimento de exigências mínimas e consentâneas com o objeto licitado. Assim, por exemplo, ao exigir-se atestados de capacidade técnica, com observância da prescrição contida no artigo 30, inciso II e §1º, da Lei n.º 8.666/1993, a Administração não estará incorrendo em qualquer ilegalidade. Destaque-se, portanto, que

O que o *princípio da igualdade entre os licitantes* veda é a cláusula discriminatória ou o julgamento faccioso que desigualava os iguais ou igualava os desiguais, favorecendo a uns e prejudicando a outros, com exigências inúteis para o serviço público, mas com destino certo a determinados candidatos (MEIRELLES, 2007, p. 35, grifos do original).

Viola o princípio da igualdade o edital que, por exemplo, descreve o objeto com tamanho grau de particularização, sem que haja efetiva necessidade para a Administração, que o torne direcionado a determinada marca ou fabricante; o edital que exija desempenho anterior em quantidade ou qualidade superior àquela suficiente para comprovar a capacidade do proponente em executar o objeto. É o que leciona Rigolin e Bottino (2006, p. 114-115), complementando que

Existem no dia-a-dia exemplos outros que não têm fim, de violações, voluntárias ou não, é bom que se diga, ao princípio fundamental da igualdade ou isonomia entre os possíveis licitantes. Praticadas essas violações, às vezes com a maior ingenuidade, às vezes com evidente má-fé e desvio de finalidade, são elas sempre (em geral facilmente) anuláveis pela via judicial [...].

O princípio da igualdade é de tamanha envergadura que o inciso XXI, do artigo 37, da Constituição de 1988, o menciona expressamente. A Lei n.º 8.666/1993, do mesmo modo, no artigo 3º, indica a isonomia como verdadeiro pressuposto da licitação (“A licitação

destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia”) e, em seguida, explicita a igualdade como um dos princípios a serem observados pela Administração. É necessário reconhecer que

O Direito proíbe a discriminação arbitrária, produto de preferências pessoais e subjetivas do administrador. A licitação consiste em um instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na seleção do contratante. Portanto, o ato convocatório deverá definir, de modo objetivo, as diferenças que são reputadas relevantes para a Administração. A isonomia significa o tratamento uniforme para situações uniformes, distinguindo-se-as (*sic*) na medida em que exista diferença (JUSTEN FILHO, 2014b, p. 68).

Há que ser ressaltado que a lei, por meio do princípio da igualdade, não admite o estabelecimento de critérios e condições que frustrem a participação de interessados no certame licitatório, salvo aqueles expressamente indicados na própria lei. Em outros termos, o ordenamento de regência não autoriza que o instrumento convocatório tenha o condão de desigualar os iguais ou igualar os desiguais.

É interessante observar que a igualdade deve ser considerada em pelo menos dois aspectos. O primeiro, ainda na fase interna da licitação, quando da elaboração das especificações (termo de referência) e das demais exigências que serão impostas aos interessados, de modo que não se estabeleçam condições que alijem da disputa empresas idôneas. O segundo, na condução dos procedimentos externos, de maneira que não seja oferecido tratamento distinto a empresas que estejam participando da licitação em igualdade de condições.

3.3 Princípio do julgamento objetivo

O julgamento objetivo implica na definição clara e precisa, no edital, dos critérios que serão utilizados para chegar-se ao licitante vencedor, ou seja, para a definição da proposta mais vantajosa para a Administração, evitando que a licitação seja decidida a partir de sentimentos, impressões ou desejo pessoal do agente público.

É certo, entretanto, que a objetividade absoluta só se verifica no certame do tipo “menor preço” ou “maior oferta”, ainda assim quando constatada que determinadas propostas atenderam aos requisitos qualitativos e de garantia previstos no edital. A licitação do tipo “técnica e preço” e “melhor técnica”, por suas próprias características, implicará em certa subjetividade, que se inicia já na elaboração do instrumento convocatório, quando definidos os quesitos passíveis de pontuação técnica, que podem abranger, nos termos do artigo 46, §1º,

inciso I, da Lei n.º 8.666/1993, a experiência do proponente, a qualidade da proposta no que tange à metodologia, organização, tecnologia e recursos a serem utilizados na execução do objeto contratual, bem como a qualificação da equipe técnica que será alocada para a realização dos trabalhos. De toda forma,

O princípio do julgamento objetivo afasta o discricionarismo (*sic*) na escolha das propostas, obrigando os julgadores a se aterem ao critério prefixado pela Administração, levando sempre em consideração o interesse do serviço público, os fatores qualidade, rendimento, eficiência, durabilidade, preço, prazo, financiamento, carência e outras condições pertinentes pedidas ou admitidas pelo edital (MEIRELLES, 2007, p. 40).

O julgamento objetivo caminha ao lado do princípio da legalidade, uma vez que a subjetividade na escolha do contratado – deixando transbordarem-se as paixões e as preferências pessoais do administrador – tornaria o procedimento licitatório inócuo, viciando a busca pela proposta efetivamente mais vantajosa para a Administração.

Justen Filho (2014a, p. 347), ao abordar o assunto, salienta que o princípio da objetividade veda decisões fundadas no subjetivismo, “sejam aquelas que reflitam concepções pessoais da autoridade competente, sejam as adotadas em virtude de características pessoais impertinentes dos sujeitos envolvidos.”

Também Rigolin e Bottino (2006, p. 121) cuidam do tema, aduzindo que o princípio do julgamento objetivo significa

[...] que o julgamento das licitações, seja na fase de habilitação – onde não deixa de haver um julgamento pela Comissão: o de se a documentação apresentada preenche as exigências do edital –, seja principalmente na das propostas, não pode comportar nenhum subjetivismo, nenhum personalismo de membro da Comissão, mas deve ser rigorosamente vinculado a procedimentos expressos, impessoais, absolutamente frios e isentos, previstos na lei e no edital, como roteiros obrigatórios e estáveis.

A análise e julgamento das propostas, ensina Gasparini (2012, p. 546), deve ser realizado levando-se em conta o critério indicado no edital da licitação, que vincula a Administração, evitando o subjetivismo na avaliação das propostas. Lembra o autor que, por esta razão, os critérios de julgamento devem estar claramente indicados no instrumento convocatório.

Resta evidente, portanto, que a escolha do contratado impõe ao administrador a indicação precisa, clara e objetiva, no instrumento convocatório, dos critérios que serão utilizados para se eleger a proposta mais vantajosa e, portanto, vencedora do certame.

Mas não só. É imprescindível que tais critérios sejam consentâneos com as disposições da lei de regência. O julgamento objetivo, desse modo, entrelaça-se com a legalidade, de tal modo que os mencionados critérios objetivos encontrem guarida na lei.

3.4 Princípio da eficiência

A “eficiência” tem origem na ciência econômica, significando a maximização na ponderação entre o uso dos bens disponíveis pela sociedade e a maior satisfação possível das necessidades. É conceito que se liga umbilicalmente ao resultado aferido por determinada atividade. Trata-se de apurar se os resultados e seus efeitos realizam, no grau mais elevado possível, os objetivos estabelecidos.

Para a Administração Pública, o princípio da eficiência foi inserido no artigo 37, *caput*, da Constituição de 1988, através da Emenda Constitucional n.º 19/1998. Mello (2007, p. 117-118), após ressaltar que uma Administração eficiente é algo mais que desejável, leciona que a eficiência estatal é de difícil controle, servindo o princípio como simples adorno agregado ao texto constitucional. Lembra o ilustre jurista que “tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade”.

Silva (2014, p. 680) também salienta as dificuldades de se apurar a eficiência na Administração Pública, aduzindo que

[...] o princípio da eficiência, introduzido agora no art. 37 da Constituição pela EC-19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados. A dificuldade está em transpor para a atividade administrativa uma noção típica da atividade econômica, que leva em conta a relação *input/output* (insumo/produto), o que, no mais das vezes, não é possível aferir na prestação do serviço público, onde nem sempre há um *output* (produto) identificável, nem existe *input* no sentido econômico.

Adotar para a Administração Pública o conceito de eficiência inaugurado pela ciência econômica é tarefa das mais árduas. Por esta razão, tal princípio tem sido interpretado para traduzir a celeridade, a economicidade, a qualidade e o cumprimento da lei pelo ente público. Assim, a partir da EC 19/1998, não basta ao agente público cumprir o primado da legalidade; deve, além disso, atuar de forma ágil, alcançando a melhor solução pelo menor custo possível.

Carvalho Filho (2014, p. 33) promove interessante distinção entre eficiência, eficácia e efetividade. Para o autor, eficiência vincula-se ao modo como se processa o desempenho da atividade administrativa, relacionando-se com a conduta dos agentes públicos; eficácia, por sua vez, relaciona-se com os meios e instrumentos utilizados pelos agentes no exercício de sua atividade; por fim, efetividade vincula-se aos resultados obtidos. Nesse diapasão, lembra o autor que, não obstante o ideal seja que as três qualificações caminhem juntas, é possível que determinada conduta seja eficiente, faltando-lhe a eficácia e a efetividade; do mesmo modo, é possível observar-se condutas ineficientes que produzam efetividade; e assim por diante.

Gasparini (2012, p. 76), ao interpretar o princípio da eficiência, destaca que o desempenho da Administração “deve ser rápido e oferecido de forma a satisfazer os interesses dos administrados em particular e da coletividade em geral”, não se justificando qualquer procrastinação. Ademais, “as atribuições devem ser executadas com perfeição, valendo-se das técnicas e conhecimentos necessários a tornar a execução a melhor possível”, evitando sua repetição e o conseqüente (e repreensível) desperdício de recursos. Por fim, as competências administrativas “devem ser praticadas com rendimento, isto é, com resultados positivos para o serviço público e satisfatórios para o interesse da coletividade.” Nesse mesmo sentido,

A atividade da Administração Pública deve ter em mira a obrigação de ser eficiente. Trata-se de um alerta, de uma advertência e de uma imposição do constituinte derivado, que busca um Estado avançado, cuja atuação prime pela correção e pela competência. Não apenas a perseguição e o cumprimento dos meios legais e aptos ao sucesso são apontados como necessários ao bom desempenho das funções administrativas mas também o resultado almejado. Com o advento do princípio da eficiência, é correto dizer que a Administração Pública deixou de se legitimar apenas pelos meios empregados e passou – após a Emenda Constitucional n. 19/98 – a legitimar-se também em razão do resultado obtido (MENDES, 2011, p. 866).

A eficiência administrativa, como princípio incidente sobre a licitação pública, implica na condução dos procedimentos de forma célere – evitando-se burocracia excessiva –, com a garantia da qualidade almejada e, finalmente, assegurando-se resultados que satisfaçam o interesse público. Tudo isso, com esteio nos princípios da legalidade, impessoalidade, igualdade, moralidade, e outros aplicáveis à Administração Pública.

3.5 Desenvolvimento nacional sustentável

Não obstante parte da doutrina classificar o desenvolvimento nacional sustentável como mais um princípio da licitação pública, a exemplo de Barcessat (2011, p. 72) e Bicalho

(2014, p. 99-100), a leitura do artigo 3º, *caput*, da Lei Nacional de Licitações⁸ leva à compreensão de que o comando indica, na realidade, um objetivo do procedimento licitatório, uma diretriz a ser perseguida, e não um princípio propriamente dito.

O “desenvolvimento nacional sustentável” foi inserido na Lei n.º 8.666/1993 por meio da Lei n.º 12.349, de 15 de dezembro de 2010, objeto de conversão da Medida Provisória n.º 495, de 19 de julho de 2010, que, em sua origem, previa a inclusão apenas da expressão “desenvolvimento nacional” no artigo 3º da Lei Nacional de Licitações. Desse modo, o termo “sustentável” originou-se de iniciativa do Poder Legislativo que, ao converter a MP, proclamou a expressão “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”.

Na exposição de motivos da citada Medida Provisória, consignou-se que

6. A modificação do *caput* do artigo 3º visa agregar às finalidades das licitações públicas o desenvolvimento econômico 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 (*sic*), o bem estar da população e a autonomia tecnológica do país.

É interessante observar que o Poder Executivo, ao editar a Medida Provisória 495/2010, não fez qualquer menção aos aspectos ambientais do desenvolvimento nacional. Ao contrário, o que se percebe, na exposição de motivos, é uma nítida inclinação econômica. Não é demais apontar, portanto, que o texto legislativo final transmudou diametralmente a intenção original do Executivo.

Com a modificação legislativa consagrou-se a expressão “desenvolvimento nacional sustentável” e, desde então, a doutrina tem se debruçado sobre o tema, na tentativa de interpretar esse novo objetivo licitatório. Posição aparentemente majoritária, todavia, é a de

⁸ Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

que o novo artigo 3º, *caput*, da Lei n.º 8.666/1993, impõe à Administração o dever de estabelecer critérios ambientais nas licitações públicas. Assim,

A nova redação dada pela Lei n. 12.349/2010 ao art. 3º da Lei n. 8.666/93 pôs fim à discussão sobre a possibilidade de inclusão de critérios de sustentabilidade nas licitações públicas. Encontra-se, assim, superada a etapa inicial na qual se discutia sobre a viabilidade de incluir esse viés nos procedimentos licitatórios objetivando as compras públicas, uma vez que a alteração normativa trouxe segurança para que o Administrador Público planeje suas contratações de forma sustentável (SOUZA, 2014, p. 99).

Na mesma trilha é o entendimento de Coelho (2014, p. 25), para quem, ao inovar a regra aplicável ao procedimento licitatório, a Lei Nacional de Licitações passou a obrigar a Administração a estabelecer critérios e condições que garantam o respeito ao meio ambiente quando das contratações públicas.

Afirma o mesmo autor (2014, p. 33) que uma leitura atenta do artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993, leva à segura conclusão de que o legislador teve a “nítida intenção, evidenciada no termo ‘desenvolvimento nacional sustentável’, de estabelecer a sustentabilidade como requisito fundamental na escolha pública de produtos e serviços”, devendo ser firmados critérios ambientais nos instrumentos convocatórios, rejeitando-se propostas que não os atendam.

Para Justen Filho (2014b, p. 75-76) são dois os aspectos a serem considerados na promoção do desenvolvimento nacional sustentável. O primeiro, relacionado ao fomento das atividades produtivas brasileiras, visando “assegurar um tratamento preferencial às empresas estabelecidas no Brasil.” O segundo, de viés essencialmente ecológico, trazendo a ideia de que “a contratação administrativa deve buscar práticas amigáveis ao meio ambiente, reduzindo ao mínimo possível os danos ou o uso inadequado dos recursos naturais”.

O desenvolvimento nacional sustentável significa, para a doutrina majoritária, o poder (na verdade, um poder-dever) da Administração traçar requisitos ambientais como condição para que os proponentes possam ter suas propostas aceitas e, dessa forma, virem a contratar com o ente público. Uma reflexão sobre o tema permite reconhecer que

O objetivo da licitação se cingia, portanto, ao tratamento isonômico dos interessados a contratar com a Administração e à obtenção da proposta mais vantajosa. Em alteração textual ocorrida em 2010, considerando deliberação ocorrida no Congresso Nacional referente ao projeto de lei de conversão da Medida Provisória n.º 495/2010, foi inserida uma importante modificação nessa seara: a inserção, como novo objetivo, do desenvolvimento nacional sustentável.
[...]

Com essa providência, a licitação, que se estabelecera como mero mecanismo de contratação pública, passou a ser adotada como ferramenta de alavancagem do desenvolvimento sustentável. E mais: instituiu-se nesse momento o marco legal das licitações sustentáveis no País (BITTENCOURT, 2014, p. 24-26).

Na realidade, ao examinar-se o arcabouço legal – constitucional e infraconstitucional – tem-se a quase certeza de que a licitação sustentável é um instituto de aplicação obrigatória pelo Estado. Contudo, como se verá no decorrer desse trabalho, a mera inserção da expressão “desenvolvimento nacional sustentável” no *caput* do artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993, não é suficiente para regulamentar a matéria no campo dos certames públicos.

Sem obstar a força dos princípios no ordenamento jurídico, é interessante considerar a reflexão de Ávila (2012, p. 136), ao ressaltar que os princípios são normas que servem de fundamento a outras normas, indicando fins a serem perseguidos sem, entretanto, firmarem o meio para sua realização. Os princípios apresentam, assim, alto grau de indeterminação, “não no sentido de mera vagueza, presente em qualquer norma, mas no sentido específico de não enumerarem exaustivamente os fatos em presença dos quais produzem a consequência jurídica”.

Desse modo, o “desenvolvimento nacional sustentável”, previsto na Lei Nacional de Licitações – e que se vincula ao princípio da proteção ambiental –, carece de regulamentação que permita estabelecer os meios pelos quais será alcançado. Da forma como se encontra, a busca pela sustentabilidade nas licitações fica subjugada à discricionariedade da Administração; discricionariedade esta que, como visto anteriormente, deve ser evitada a todo custo, eis que ofensiva aos princípios da legalidade, da igualdade e do julgamento objetivo.

4 LICITAÇÃO SUSTENTÁVEL E FASES PROCEDIMENTAIS

Antes da abordagem acerca da licitação sustentável, é preciso compreender o que vem a ser sustentabilidade. Para Meneguzzi (2011, p. 21), o termo tem relação direta com a qualidade de vida, envolvendo a harmonização de objetivos de cunho social, ambiental e econômico. Especificamente no aspecto ambiental, são três os objetivos da sustentabilidade: preservação da natureza para a produção de recursos renováveis, restrição ao uso de recursos não renováveis, e respeito à capacidade de autodepuração dos sistemas naturais.

Machado (2014, p. 67) leciona que o conceito de sustentabilidade se funda em dois critérios. Um, relacionado à análise das ações humanas no que tange aos seus efeitos (presentes e futuros) no decorrer do tempo; outro, relacionado a prognósticos de futuro, procurando-se identificar quais efeitos se perpetuarão e quais as consequências de sua duração. Salienta o autor que

Não há necessariamente que se atrelar, nessa operação inicial, o conceito de equidade intergeracional. Essa noção somente viria a compor o quadro dos elementos da sustentabilidade, quando juntássemos ao termo sustentabilidade o conteúdo ambiental, passando-se a um novo conceito – o de sustentabilidade ambiental. Então, teremos três elementos a serem considerados: o tempo, a duração de efeitos e a consideração do estado do meio ambiente em relação ao presente e ao futuro (MACHADO, 2014, p. 67).

Bittencourt (2014, p. 1) ressalta que o termo “sustentabilidade” foi utilizado inicialmente pela Biologia, nas questões envolvendo a Ecologia, tendo sido seu emprego ampliado posteriormente para atender a todas as ciências que estudam a sociedade. Salienta o autor que o conceito de sustentabilidade confunde-se com o conceito de desenvolvimento sustentável que, por sua vez, é definido como aquele que atende as necessidades atuais da sociedade sem comprometer a capacidade das gerações futuras de também atenderem as suas. Nesse contexto,

[...] verifica-se que a concepção de sustentabilidade pressupõe uma relação equilibrada com o meio ambiente, uma vez que todos os elementos afetam e são afetados reciprocamente pela ação humana, possuindo, por conseguinte, conexão direta com as escolhas sobre as formas de produção, consumo, habitação, comunicação, alimentação, transporte, além dos relacionamentos interpessoais e os entre os indivíduos e o meio ambiente, com plena atenção aos valores solidários e éticos. Consequentemente, a sustentabilidade se posiciona como o equilíbrio entre o social, o econômico e o ambiental para a formação de uma sociedade melhor e mais justa (BITTENCOURT, 2014, p. 3).

A “licitação sustentável”, desse modo, pode ser compreendida como a compra pública que, respeitando os princípios basilares do procedimento licitatório, busca satisfazer as necessidades (de bens e serviços) do Estado, por meio da fixação de critérios e condições que promovam a observância dos aspectos sociais, econômicos e ambientais pelos potenciais fornecedores.

De forma mais direta, pode-se dizer que se denomina “licitação sustentável” (ou compra pública sustentável) o procedimento licitatório que, a partir do instrumento convocatório, estabelece requisitos ambientais para comporem os critérios de seleção dos fornecedores e prestadores de serviços. Sob outro prisma, significa utilizar o poder de compra estatal para motivar os agentes econômicos a adotarem uma produção sustentável, na medida em que o atendimento a requisitos de sustentabilidade passaria a ser uma condição para que o particular realizasse negócios com o Poder Público.

Para Meneguzzi (2011, p. 21), a licitação sustentável traduz-se no ato de “contratar (comprar, locar, tomar serviços...), adequando a contratação ao que se chama consumo sustentável”, eis que o Estado “é grande comprador e grande consumidor de recursos naturais”.

Sem obstar entendimento parcialmente diverso, Coelho (2014, p. 82) leciona que

Licitação pública sustentável é o procedimento pelo qual a autoridade administrativa busca adquirir bens e serviços que, ao longo de sua vida útil, causam o menor impacto ambiental possível, inserindo, assim, no ato convocatório, critérios e especificações ambientais, em total conformidade com a legislação de regência, isto é, o gestor formula especificações técnicas mínimas que todos os licitantes devem obedecer e cumprir por ocasião do fornecimento de bens ou da execução de serviços.

Como se verá no decorrer deste trabalho, não há grandes discussões acerca da necessidade (ou da obrigatoriedade moral) da Administração implementar as licitações sustentáveis – haja vista que há respaldo constitucional para tanto. A querela se estabelece ao se tentar descobrir de que forma prática o ente público poderia realizar uma compra pública sustentável, uma vez que as leis de regência não disciplinam adequadamente o tema⁹.

Sabe-se, de antemão, que o procedimento licitatório se perfaz, em regra, de duas fases (Habilitação e Proposta Comercial) e, em alguns casos, de três fases (incluindo dentre as anteriores a Proposta Técnica, quando adota-se o tipo “técnica e preço”). Buscar-se-á, neste

⁹ Daí nossa divergência com Coelho (2014, p. 82), que manifesta-se no sentido de que a inserção de critérios e especificações ambientais nos instrumentos convocatórios está respaldada pela legislação de regência.

capítulo, discutir a aplicabilidade de critérios ambientais em cada uma das fases procedimentais acima mencionadas.

4.1 Critérios de sustentabilidade na fase de habilitação

Percebe-se na doutrina, como se verá, considerável dissonância quanto aos métodos passíveis de utilização pela Administração com vistas a implementar as compras públicas sustentáveis. Há quem defenda a viabilidade de exigir-se, na fase de habilitação, documentos ou certificações que assegurem o atendimento do produto ofertado a padrões ambientais. É o que aponta Souza (2014, p. 107), quando enfatiza que “os requisitos de habilitação nas licitações públicas encontram previsão nos artigos 28, V, e 30, IV, da Lei n.º 8.666/93, que respaldam as exigências de caráter socioambiental na licitação como requisitos específicos ou de obrigações contratuais próprias.”

Nesse contexto, entretanto, é preciso considerar que a doutrina administrativista especializada sempre argumentou – e permanece argumentando – que o rol de documentos habilitatórios, previstos nos artigos 27 a 31 da Lei n.º 8.666/1993, é exaustivo, não comportando a inclusão de qualquer outro elemento, por mais nobre que seja. É por esta razão que Meirelles (2007, p. 82) afirma que a

A habilitação preliminar é formalidade essencial da concorrência, destinando-se a comprovar a plena qualificação dos interessados para a execução de seu objeto, de acordo com as condições especificadas no edital. É a verificação da idoneidade dos concorrentes, sob o quádruplo aspecto jurídico, fiscal, técnico e financeiro. Nesta fase – diz textualmente a lei – exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal (art. 27). Nenhuma outra documentação deverá ser exigida, pois que o legislador empregou deliberadamente o advérbio “exclusivamente”, para impedir que a Administração, por excesso de cautela ou vício burocrático, condicione a habilitação dos licitantes à apresentação de documentos inúteis e dispendiosos, que muitas vezes afastam concorrentes idôneos, pela dificuldade de obtê-los.

Coelho (2014, p. 92), ao argumentar sobre a impossibilidade de se prever a apresentação de certidões negativas de passivos ambientais, na fase de habilitação, destaca que

[...] impedir a participação de fornecedor em licitações não encontra suporte na Lei Nacional de Licitações e Contratos, muito menos no texto constitucional do País, ante o princípio da ampla e livre concorrência que deve ser instalada entre os licitantes, e que somente poderá ser mitigada por expressa disposição legislativa que obrigue a apresentação de certidão negativa de passivo ambiental.

Na mesma linha, Bim (2011, p. 195) salienta que os requisitos de habilitação, previstos nos artigos 27 a 31 da Lei Nacional de Licitações, são interpretados de forma restritiva pela jurisprudência, sendo admitidos somente com o fito de garantir o cumprimento da obrigação pelo contratado, razão pela qual não haveria possibilidade legal de incluir-se, nesta fase, critérios ambientais a serem demonstrados pelos proponentes.

Na fase de habilitação, cabe à Administração verificar se os licitantes que compareceram ao certame preenchem os requisitos mínimos para disputá-lo, conforme previsto no instrumento convocatório. Esse é o posicionamento de Mello (2007, p. 557), que complementa a afirmativa, lecionando que esses requisitos mínimos relacionam-se “exclusivamente com as capacitações jurídica, técnica e econômico-financeira dos interessados, além da regularidade fiscal (art. 27).”

Interessante ainda trazer a lição de Justen Filho (2014b, p. 540-541), para quem os requisitos de habilitação indicados no artigo 27 da Lei n.º 8.666/1993 são *numerus clausus*, limitando-se à habilitação jurídica, regularidade fiscal e trabalhista, qualificação técnica e qualificação econômico-financeira. Para o autor, os documentos relacionados nos artigos 28 a 31 devem ser interpretados como rol máximo (e não mínimo). Desse modo, não está obrigada a Administração a exigir, em cada licitação, a comprovação integral prevista nos dispositivos. Em outros termos, “o edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos.”

O Tribunal de Contas da União – TCU tem, do mesmo modo, refutado instrumentos convocatórios que prevejam, na fase de habilitação, documentação exacerbada, como, exemplificadamente, se depreende do Acórdão n.º 991/2006, Plenário:

Além disso, para habilitação de interessados em participar de licitação **só pode ser exigida a documentação exaustivamente enumerada nos arts. 27 a 31 da Lei de Licitações e Contratos**, onde não há menção à necessidade de comprovação de que a empresa não tenha entre seus sócios participante de outra entidade que esteja em situação de inadimplência em contratação anterior com a Administração Pública. (grifos nossos)

No mesmo sentido caminhou o TCU no Acórdão n.º 122/2012, Plenário, ao examinar a inserção de critérios e requisitos ambientais na fase de habilitação de certame licitatório, decidindo:

26. A exigência de que a empresa deve comprovar que adota medidas para evitar o desperdício de água tratada (item 10.7.1.4 do edital) está prevista no art. 6º, II, da IN

MPOG/SLTI n. 1/2010. No entanto, essa prática de sustentabilidade deve ser exigida durante a execução dos serviços. Logo, **não pode ser usada como condição para habilitação técnica da licitante** [...].

27. A exigência de que a empresa comprovasse a realização de programa interno de treinamento e programa de coleta seletiva do papel para reciclagem (subitem 10.7.1.2 do edital), pode ser feita com base no art. 6º, V, da IN MPOG/SLTI n. 1/2010. Contudo, tal como nas situações anteriormente analisadas, acompanho a conclusão da unidade técnica de que **a exigência de comprovação do aludido treinamento, como condição de habilitação técnica, está em desacordo com a IN**, que estipula a realização desse programa nos três primeiros meses de execução contratual. (grifos nossos)

O mesmo Tribunal veda expressamente a inserção de certificações na fase de habilitação. É o que se depreende do Informativo de Licitações e Contratos do TCU n.º 225, de 25 e 26 de novembro de 2014: “1. Em processos licitatórios para contratações custeadas com recursos federais, é ilegal a exigência de apresentação de certificado do Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade no Habitat (PBQP-H) como requisito de habilitação técnica.”

Não menos contundente o posicionamento expresso no Informativo de Licitações e Contratos do TCU n.º 213, de 2 e 3 de setembro de 2014:

3. A exigência de certificação emitida por instituições públicas ou privadas credenciadas pelo Inmetro para aquisições de bens e serviços de informática e automação, prevista no art. 3º, inciso II, do Decreto 7.174/10, é ilegal, visto que estipula novo requisito de habilitação por meio de norma regulamentar e restringe o caráter competitivo do certame.

Destarte, afronta a lei e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União o edital que, traçando regras de modo a efetivar a licitação sustentável, inclui, dentre os documentos exigidos para a fase de habilitação, certificações, comprovações ou quaisquer outros elementos além daqueles expressa e taxativamente previstos nos artigos 27 a 31 da Lei n.º 8.666/1993.

Não há, nesse ponto, tangenciamentos a serem realizados, haja vista que na primeira fase do certame (habilitação) o objetivo é, apenas e tão somente, verificar se os interessados que compareceram à licitação detêm habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação econômico-financeira e qualificação técnica mínimas para contratar com a Administração Pública, não se podendo estabelecer óbices que venham a afastar do certame potenciais fornecedores ou prestadores de serviços, reduzindo a competitividade e retirando da Administração a possibilidade (e, mais do que isso, o dever) de obter a proposta mais vantajosa.

4.2 Critérios de sustentabilidade na especificação do objeto

Grande parte da doutrina entende que a licitação sustentável, mais do que viável, é obrigatória a partir do novel artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993, que passou a contemplar o desenvolvimento nacional sustentável entre os objetivos do procedimento licitatório. Todavia, como não há guarida para que se exija o cumprimento de requisitos ambientais na fase de habilitação, a maior parte dos estudiosos adotou a posição de que critérios de sustentabilidade devem fazer parte das especificações do objeto (termo de referência).

Discorre Meneguzzi (2011, p. 29) que, nas licitações promovidas pelo Governo de São Paulo, identificada a necessidade de previsão de critérios socioambientais em um determinado produto, tais critérios fariam parte da especificação técnica. Esse procedimento vincular-se-ia, portanto, à fase interna de elaboração do instrumento convocatório.

Outro não é o entendimento de Coelho (2014, p. 82), ao lecionar que a licitação sustentável se perfaz com a inserção, no edital, de critérios e especificações ambientais, em conformidade – segundo o autor – com a legislação de regência, cabendo ao administrador formular “especificações técnicas mínimas que todos os licitantes devem obedecer e cumprir por ocasião do fornecimento de bens ou da execução de serviços.”

Souza (2014, p. 104-105) adota posicionamento semelhante, indicando que é na definição do objeto que o administrador deve inserir as variáveis ambientais. Todavia, faz uma ressalva no sentido de que a especificação, contendo requisitos de sustentabilidade, impõe a juntada de justificativa aos autos, de modo a atender a diretriz legal de que devem ser evitadas cláusulas e condições impertinentes ou irrelevantes para o objeto contratual.

Após indicar que os critérios ambientais previstos nas licitações podem estar relacionados à pessoa do proponente, às especificações do objeto ou às obrigações contratuais, Bittencourt (2014, p. 32) ressalta que tais critérios devem necessariamente manter pertinência com o objeto licitado, inadmitindo-se a frustração do caráter competitivo do certame. Destaca o autor que os requisitos ambientais devem estar presentes principalmente na fase interna da licitação, quando há a elaboração do Projeto Básico ou do Termo de Referência.

Tais posicionamentos são, contudo, simplistas e equivocados, implicando na distorção (disfarçada) dos comandos da Lei de Licitações. Se é pacífico que não se deve incluir requisitos ambientais na fase de habilitação – exatamente para não restringir a participação de interessados e, com isso, reduzir a competitividade – também não estaria

autorizada a inclusão de tais requisitos na fase de proposta (quando deve ser comprovado, pelos proponentes, o atendimento às especificações do objeto).

Na verdade, conforme se pode deduzir facilmente, os efeitos da inclusão de critérios de sustentabilidade na fase de habilitação ou na fase comercial são idênticos, quais sejam, elidem potenciais interessados em contratar com a Administração e, conseqüentemente, reduzem de forma inelutável a competitividade.

A diferença é que, no primeiro caso, a oferta do proponente sequer será conhecida. Ou porque, ciente das exigências habilitatórias e não tendo como atendê-las, o interessado opta por não participar da disputa; ou porque, tendo apresentado sua documentação, com ausência daqueles documentos relacionados aos requisitos ambientais, será ele excluído do certame já na primeira fase (habilitação).

No segundo caso, ou seja, quando a inserção de requisitos ambientais integrar a fase comercial por meio da especificação do objeto, poderá o interessado deixar de participar (por constatar que não atende àquela especificação) ou, participando mesmo assim, presenciar a desclassificação de sua proposta pela Administração, em razão do desatendimento aos requisitos ambientais fixados no edital.

É inegável, portanto, que as conseqüências da inserção de requisitos ambientais na fase de habilitação – alternativa vedada expressamente pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União e pela doutrina especializada – ou da inclusão de tais requisitos na especificação do objeto, por meio do Termo de Referência, são idênticas: provocam, indubitavelmente, o afastamento de potenciais interessados em participar do certame licitatório ou promovem a desclassificação de propostas pelo não atendimento àqueles critérios ambientais.

Há, assim, inquestionável comprometimento da competitividade, restringindo-se automaticamente a possibilidade da Administração obter a proposta mais vantajosa para a satisfação de suas necessidades.

É importante lembrar a lição de Mello (2007, p. 517), para quem a competitividade traduz a essência do procedimento licitatório. E não poderia ser diferente. Ao conjugar especialmente os princípios da legalidade, impessoalidade, igualdade e publicidade, tem-se claramente o foco voltado à mais ampla competição.

Ao impedir que a Administração escolha o contratado em razão de aspectos pessoais e ao exigir que a lei seja rigorosamente observada, que não só os licitantes mas também os potenciais interessados sejam tratados de forma isonômica e, por fim, que se dê à licitação a

mais ampla publicidade, o objetivo do legislador é um só: propiciar efetiva e alargada competição, de modo a assegurar a obtenção da maior vantagem ao ente estatal.

Carvalho Filho (2014, p. 249) lembra que “a Administração não pode adotar medidas ou criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação.” Destarte, o procedimento licitatório deve possibilitar a disputa entre os interessados, para que o ente estatal faça a seleção do fornecedor ou prestador de serviços da melhor forma possível.

Também Gasparini (2012, p. 544), ao tratar da competitividade, aduz que “nada, por esse princípio, deve comprometer, restringir ou frustrar a disputa entre os interessados em contratar com a entidade, em tese, obrigada a licitar, sob pena de inexistir a licitação.”

Desse modo, estabelecer requisitos, critérios ou condições ambientais na especificação do objeto acarretará, por vias transversas, o mesmo efeito indesejado que seria obtido caso fossem exigidos esses mesmos requisitos na fase de habilitação.

Se só se admitirão propostas que atendam a requisitos ambientais previstos e especificados no termo de referência (e, dessa forma, propostas que não cumprirem esse desiderato estarão sumariamente desclassificadas), porque não admitir que já na fase de habilitação sejam exigidos e avaliados critérios de sustentabilidade?

A resposta, certamente, recairá sobre a necessidade de ampliar a competição e evitar cláusulas e condições que afastem eventuais interessados. Ora, se é assim, então pode-se concluir que uma especificação que preveja requisitos ambientais estará provocando o mesmo efeito indesejado, qual seja, afastando potenciais interessados e restringindo o certame a empresas que efetivamente atendam aos critérios de sustentabilidade insertos no termo de referência.

Não nos parece razoável, portanto, que se admita a inclusão de critérios, requisitos e condições ambientais nas especificações do objeto (condicionando a classificação da proposta ao atendimento dessas especificações), ao mesmo tempo em que se refuta a inclusão de tais critérios na documentação de habilitação, eis que o efeito de um e de outro é idêntico.

Freitas (2012, p. 240), defendendo a legalidade das licitações sustentáveis a partir da definição do objeto, cita como exemplo os edifícios públicos, que “precisam ser construídos de maneira inteligentemente sustentável”. Destaca que tais edifícios devem ser “verdes”, não importando que sua construção seja um pouco mais onerosa. E completa: “é que os edifícios verdes consomem menos energia, cuidam do descarte e da redução de resíduos, diminuem as emissões de poluentes, utilizam a vegetação para reduzir a temperatura”.

Contudo, o exemplo citado pelo autor (de construção de edifícios públicos) é imprestável para exemplificar a licitação pública sustentável fundada na especificação do

objeto, eis que, neste caso, não se condiciona a seleção do fornecedor ao cumprimento de requisitos de sustentabilidade. Diferentemente disso, o que se faz é estabelecer, nos projetos básicos, arquitetônicos e complementares (cuja elaboração é de responsabilidade da Administração), certas características construtivas do imóvel que, a rigor, podem ser executadas por qualquer empreiteira.

Em outros termos: até mesmo a construtora mais desidiosa ambientalmente estaria apta a, apresentando a melhor proposta, realizar a obra sustentável projetada pelo ente público. Sustentável seria a edificação, e não a licitação. Certamente, a ideia do certame público com requisitos de sustentabilidade não é essa. O que se deve almejar com a licitação ecológica é a contratação de fornecedores e prestadores de serviços que, no seu processo produtivo, utilizem metodologia, tecnologia e matéria prima que importem na proteção do (ou no menor impacto ao) meio ambiente. Trata-se de utilizar o poder de compra do Estado para fomentar, nos agentes privados, a implementação de processos produtivos e de produtos que causem o menor impacto ambiental possível.

Nota-se, desse modo, uma significativa diferença entre “encomendar um serviço” (como uma obra, por exemplo) e “adquirir um produto”. No primeiro caso, o projeto básico deverá ser elaborado pela Administração e fornecido junto com o edital (aliás, como prevê o artigo 7º, §2º, inciso I, da Lei n.º 8.666/1993), cabendo ao prestador de serviços realizar a empreitada (por encomenda) nos termos especificados. Nessa hipótese, de fato, dificilmente o projeto sustentável afastará potenciais interessados em contratar com a Administração. No segundo caso, ao revés, especifica-se um produto que deve ser oferecido (pronto e acabado) de plano pelo mercado. Nessa linha, é indúvidoso que os requisitos e critérios de sustentabilidade podem se transformar em óbices à competitividade.

4.3 Quesitos de sustentabilidade na proposta técnica

Conforme previsto na Lei n.º 8.666/1993, há quatro tipos de licitação possíveis: menor preço, maior oferta, técnica e preço e melhor técnica. Em relação à “técnica e preço”, a seleção do proponente vencedor se dá por meio da ponderação de quesitos técnicos (dos quais decorrerão um determinado índice técnico) e de preço (o qual dará origem a um outro índice, geralmente denominado índice de preços). No tipo “melhor técnica”, por consequência, a escolha da melhor proposta levará em conta quesitos técnicos de avaliação, sendo vencedor aquele proponente que apresentar o maior índice técnico. Sobre este ponto, ensina Mello (2007, p. 584) que

Nas licitações de técnica e preço, as quais são reguladas no §2º do art. 46, o critério de seleção da melhor proposta é o que resulta da média ponderada das notas atribuídas aos fatores técnica e preço, valorados na conformidade dos pesos e critérios estabelecidos no ato convocatório. Dele deverão constar, tal como na licitação de melhor técnica, critérios claros e objetivos para identificação de todos os fatores pertinentes que serão considerados para a avaliação da proposta técnica.

Meirelles (2007, p. 89-90), após enunciar que na licitação “técnica e preço” a técnica é relevante, mas o preço integra fator ponderável no julgamento do certame, leciona que “a concorrência técnica e preço permite a conjugação dos fatores qualidade, rendimento, preço, prazo e outros pertinentes ao objeto da licitação, previstos no edital, para aferição da proposta mais vantajosa”.

Não obstante a Lei n.º 8.666/1993, artigo 46, *caput*, limitar a utilização do tipo técnica e preço e melhor técnica aos “serviços de natureza predominantemente intelectual”, o §3º do mesmo artigo dispõe que, excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, tais tipos licitatórios poderão ser utilizados para a aquisição de bens, exatamente “nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade”.

Nesse ponto, interessante trazer o posicionamento de Coelho (2014, p. 45) que, ao defender a legalidade da licitação sustentável, manifesta-se no sentido de que

[...] o contratante público, ao deflagrar procedimento de compra governamental, deve, de agora em diante, manter os olhares voltados, simultaneamente, para dois importantes elementos na seleção de produtos ou serviços a serem adquiridos: o preço minimizado e a qualidade ambiental maximizada. Eleva-se ao máximo o desempenho ambiental quando são considerados, nas aquisições ecológicas, dentre outros critérios, o processo de fabricação, a matéria prima empregada, o consumo de energia, a durabilidade, a produção de resíduos e a possibilidade de reciclagem dos produtos comprados, além dos possíveis impactos sobre o meio ambiente.

Ora, não é difícil identificar uma estreita adequação do posicionamento de Coelho (2014, p. 45) com os procedimentos da licitação técnica e preço, muito embora esta não tenha sido a intenção do autor. Ao mencionar que deve-se considerar, no julgamento do certame, tanto o preço quanto a qualidade ambiental, e ao citar que devem ser observados, na definição do licitante vencedor, a matéria prima utilizada, a durabilidade, a possibilidade de reciclagem dos produtos adquiridos etc., exsurge inevitavelmente os preceitos e potenciais quesitos a serem empregados em uma licitação técnica e preço.

Justen Filho (2014b, p. 832) pondera que é preciso afastar-se do simplismo de vincular o tipo de licitação à natureza do objeto, denominando de “equivoco legislativo” a redação do artigo 46, *caput*, da Lei n.º 8.666/1993, que reserva a licitação técnica e preço para os serviços de natureza predominantemente intelectual. Conclui o autor que, na verdade, “as licitações de melhor técnica ou de técnica e preço são adequadas nas hipóteses em que a Administração somente pode ser satisfeita mediante a prestação dotada da maior perfeição técnica possível”, independentemente da natureza do objeto, podendo englobar não apenas a contratação de serviços, mas também a aquisição de bens.

A prática administrativa mostra que são nesses tipos de licitação que o ente público promotor do certame encontra maior discricionariedade, haja vista que os quesitos de avaliação, apesar de terem que cumprir o primado da objetividade, podem ser definidos pela Administração com uma razoável margem de liberdade. Para tanto,

O ato convocatório deverá estabelecer critérios adequados a eliminar o subjetivismo no julgamento. Os critérios de julgamento deverão permitir apreciação homogênea das diversas propostas. A seleção da melhor técnica não pode se fazer por critérios aleatórios nem por preferências pessoais. A Administração deverá recorrer aos postulados da ciência ou da arte, acolhendo padrões de excelência para nortear o julgamento (JUSTEN FILHO, 2014b, p. 840).

Nota-se, assim, que a implementação das licitações sustentáveis por meio da adoção de certames do tipo técnica e preço é legal e juridicamente segura. Por meio delas, é possível atribuir determinada pontuação técnica – devidamente indicada no instrumento convocatório – àqueles proponentes que atenderem a certos critérios de sustentabilidade, tanto em relação ao produto ou serviço licitado, quanto em relação a seu processo produtivo.

Interessante notar que o Tribunal de Contas da União – TCU, conforme mencionado alhures, tem refutado a possibilidade de se exigir, na fase de habilitação, certificados e outras comprovações além das previstas nos artigos 27 a 31 da Lei n.º 8.666/1993. Entretanto, admite o TCU a inserção de tais certificados como critério de pontuação técnica em licitações do tipo técnica e preço. É o que se vê no Acórdão n.º 304/2006, Plenário:

Preliminarmente, deve ser esclarecido que a jurisprudência deste Tribunal tem considerado ilegal a exigência de certificação da série ISO 9000 como requisito de habilitação em procedimentos licitatórios, mas tem aceito a possibilidade da sua previsão no edital como critério de pontuação (Decisões Plenárias 408/96, 20/98 e 140/99; Acórdãos 124/2002, 1937/2003 e 330/2005, todos do Plenário).

O mesmo posicionamento é observado no Acórdão n.º 1.107/2006, Plenário: “É ilegal a exigência de certificação de qualidade como requisito para habilitação em procedimentos licitatórios, admitindo-se sua utilização como critério de pontuação técnica.”

Utilizando-se da licitação técnica e preço – em que os quesitos de avaliação técnica vincular-se-iam a critérios ambientais, dentre outros –, o ente público não estará restringindo a participação de quaisquer interessados no certame licitatório (cumprindo, desse modo, o objetivo de elevar a competitividade), ao mesmo tempo em que propiciará uma maior valoração das propostas que ofertem produtos ou serviços sustentáveis.

Ademais, com o tipo técnica e preço viabiliza-se a possibilidade de mensuração, com bastante clareza, do custo financeiro pela adoção da compra sustentável, eis que se terá acesso tanto às propostas comerciais com alta pontuação técnica (e que, portanto, em tese, comprovaram a sustentabilidade de seus produtos ou de seus processos) quanto às propostas comerciais apresentadas por licitantes que não preencheram (parcial ou totalmente) os quesitos de sustentabilidade (e que, apesar de não pontuarem nesses quesitos ou terem neles uma baixa pontuação, não tiveram suas ofertas desclassificadas).

Na prática, com a licitação do tipo técnica e preço, em que se preveja pontuação técnica relacionada à sustentabilidade, estar-se-á elevando a valoração das ofertas que atendam a critérios ambientais sem, contudo, impedir a participação ou desclassificar as propostas de empresas que, seja por qual motivo for, não cumpram (total ou parcialmente) aqueles critérios definidos no instrumento convocatório.

Em outros termos, ter-se-á propostas sustentáveis com alta pontuação técnica e propostas não sustentáveis com baixa pontuação técnica. Tais pontuações, lançadas no critério de ponderação “técnica x preço” previsto no edital, apontarão qual oferta é a mais vantajosa para o atendimento das necessidades da Administração.

Parece irrefutável – não obstante posicionamentos doutrinários no sentido de que é legítima a inserção de requisitos ambientais no objeto do certame – que, da forma como se encontra a lei de regência na atualidade, a licitação do tipo técnica e preço é a solução ambiental, econômica, comercial e juridicamente mais adequada para a implementação das ecolicitações, haja vista que propicia ampla competitividade, evita a inserção de critérios restritivos no edital e, ao mesmo tempo, valoriza a proteção ambiental (alinhada ao novo objetivo licitatório de promover o desenvolvimento nacional sustentável) sem alijar das contratações públicas quaisquer interessados.

5 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA LICITAÇÃO SUSTENTÁVEL

A licitação sustentável pode ser considerada como um dos mecanismos de que dispõe o Estado para fomentar o desenvolvimento com sustentabilidade, motivando os agentes econômicos privados a implementarem processos produtivos – e produzirem bens e serviços – que atendam a requisitos ambientais.

A ideia e o suporte teórico para a compra pública sustentável encontra suas bases em prescrições constitucionais e em acordos e compromissos internacionais em que o Brasil é signatário. Por esta razão, boa parte da doutrina entende que a contratação governamental pautada na sustentabilidade é, antes de uma prerrogativa, uma obrigação¹⁰ à qual o Poder Público se sujeita.

Tal obrigatoriedade é defendida por Coelho (2014, p. 132), para quem

O Estado não pode continuar inerte quanto à máxima proteção e preservação do meio ambiente, permitindo que seus agentes administrativos de compras públicas persistam no descumprimento da Lei Nacional de Licitações e Contratos no que tange à promoção do desenvolvimento sustentável. O Estado, em face das questões ambientais, não se resume a agente fiscalizador ou punidor daquele que dá causa ao dano ambiental, pois, enquanto gestor do patrimônio ambiental, sua responsabilidade se estende tanto à reparação dos danos causados aos ecossistemas quanto ao dever de evitá-los. Logo, não se faz a licitação que quer, mas aquela que a lei indica como a mais favorável ao interesse público, e que, a teor do ordenamento vigente, só pode ser a que propicie sustentabilidade à movimentação da máquina administrativa estatal.

Também Villac (2014, p. 69) entende que, na atualidade, as contratações públicas sustentáveis são juridicamente legítimas e imperativas, não podendo a Administração interpretar as normas de regência com excesso de formalismo, objetivando esquivar-se das licitações ambientais.

Abordando o novo artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993 – que passou a contemplar o desenvolvimento nacional sustentável como um dos objetivos da licitação pública – Barki (2011, p. 53) aduz que o direito pátrio enfatizou o papel do Estado como consumidor, impondo-lhe o dever de, como tal, vincular suas aquisições e contratações a critérios ambientais.

Entretanto, conforme se verá no capítulo 6, falta à Lei Nacional de Licitações dispositivos que efetivamente viabilizem os certames sustentáveis. Apesar disso, é inegável

¹⁰ Essa obrigação, muitas vezes, se traduz em um dever moral, eis que, conforme demonstrado no presente trabalho, o ordenamento jurídico pátrio, a rigor, não impõe expressa e claramente ao Estado o dever de realizar licitações sustentáveis, tampouco explicita as regras a serem utilizadas para tanto.

que as normas constitucionais, bem como os compromissos internacionais firmados pelo Brasil, oferecem ambiente propício para que o Estado regulamente o tema e condicione suas compras e contratações ao atendimento de requisitos ambientais.

5.1 Compromissos do Brasil com o desenvolvimento sustentável

Desde que o meio ambiente começou a integrar a pauta de discussões internacionais, muitos mecanismos têm exsurgido na tentativa de motivar as nações a encontrarem soluções para a proteção e preservação ambiental.

Nesse processo, a Organização das Nações Unidas criou, em 1983, a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, presidida até 1987 por Gro Harlem Brundtland. A Comissão teve como objetivos precípuos reexaminar as questões críticas envolvendo o meio ambiente e formular propostas realistas para uma nova forma de abordagem. Tratou também de propor medidas de cooperação internacional, orientando políticas e ações no sentido de promover as mudanças necessárias, oferecendo a governos, indivíduos e agentes econômicos uma melhor compreensão dos problemas ambientais existentes, incentivando-os a adotarem postura mais firme quanto às questões ambientais.

Em 1987, essa Comissão elaborou um relatório – denominado Relatório Brundtland¹¹ em homenagem à sua então Presidente – propondo a criação de uma nova declaração universal sobre a proteção do meio ambiente. Inaugura-se, nessa ocasião, a expressão “desenvolvimento sustentável”, que consagra a ideia da integração entre o desenvolvimento econômico, a equidade social e a proteção ambiental, estabelecendo-se uma nova forma de progresso, de modo que as gerações do presente satisfaçam suas necessidades sem, contudo, comprometerem o atendimento das necessidades das gerações vindouras. Desse modo, é possível afirmar que,

[...] diferentemente do enfoque da Economia (para a qual o desenvolvimento sustentável é tido como a capacidade de as sociedades se sustentarem de forma autônoma, gerando riquezas e bem-estar a partir de seus próprios recursos e potencialidades), o desenvolvimento *ecologicamente* sustentável é aquele que garante o progresso material e o bem-estar social, resguardando os recursos e o patrimônio natural dos diferentes povos e países para que a sociedade vindoura possa usufruir, ao menos, do mesmo patamar de qualidade socioambiental de que hoje se dispõe (RODRIGUES e LUMERTZ, 2014, p. 116, grifos do original).

¹¹ Publicado com o título “Nosso Futuro Comum”.

Cinco anos mais tarde, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, conhecida também como ECO-92, Rio-92 ou Cúpula da Terra, realizada no Rio de Janeiro em junho de 1992, consolidou a necessidade de uma nova postura desenvolvimentista, consagrando o desenvolvimento sustentável como a base ideológica para um desenvolvimento alinhado à preservação ambiental e à qualidade de vida dos povos.

Tal postura foi indicada em vários dos seus princípios, como no Princípio 3 (O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de gerações presentes e futuras); Princípio 4 (Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento, e não pode ser considerada isoladamente deste); Princípio 9 (Os Estados devem cooperar com vistas ao fortalecimento da capacitação endógena para o desenvolvimento sustentável, pelo aprimoramento da compreensão científica por meio do intercâmbio de conhecimento científico e tecnológico, e pela intensificação de desenvolvimento, adaptação, difusão e transferência de tecnologias novas e inovadoras); dentre outros.

Thomé (2014, p. 58) salienta que o desenvolvimento sustentável é “considerado o ‘*prima principium*’ do Direito Ambiental”, tendo como pilar a harmonização do crescimento econômico, da preservação ambiental e da equidade social. Leciona que “o desenvolvimento somente pode ser considerado sustentável quando as três vertentes acima relacionadas sejam efetivamente respeitadas de forma simultânea.”

Ao procurar discernir o crescimento do desenvolvimento, Rodrigues e Lumertz (2014, p. 111) aduzem que o primeiro não tem o objetivo imediato de alcançar a igualdade e a justiça social, direcionando seu foco apenas e tão somente para o acúmulo de riquezas, acessível a uma pequena parcela da população. O desenvolvimento, por sua vez, não obstante também se preocupar com a geração de riquezas, tem como objetivo a sua melhor distribuição, bem como a qualidade de vida da população e a qualidade ambiental do planeta.

Comentando acerca da importância da Rio-92 para a disseminação do conceito de desenvolvimento sustentável, Yaker *et al* (2014, p. 30) aduz que,

Também conhecida como ECO-92, a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na cidade do Rio de Janeiro em 1992, estabeleceu os princípios fundamentais e o programa de ação para se alcançar o desenvolvimento sustentável. Entre esses princípios destacam-se: o papel central do ser humano com relação ao desenvolvimento sustentável e seu direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza, bem como a necessidade de se considerar a proteção do meio ambiente como parte integrante do processo de desenvolvimento, e a erradicação da pobreza como tarefa essencial e indispensável

ao desenvolvimento sustentável. Por fim, cabe destacar, igualmente, o princípio segundo o qual os Estados deverão reduzir e eliminar os padrões insustentáveis de produção e consumo.

Interessante trazer os apontamentos de Nahas *et al* (2014) no que concerne à inspiração para a concepção do desenvolvimento sustentável, que para os autores funda-se no fato de que

Os últimos cinquenta anos foram marcados por um acelerado crescimento da economia global, com um modelo de desenvolvimento baseado no consumo desenfreado de recursos naturais (água, combustíveis fósseis, alimentos, papel, dentre outros). Como consequência, essa exploração causou a escassez de recursos naturais, principalmente os não renováveis (caso dos combustíveis fósseis), fazendo-se necessária a busca por outro modelo de desenvolvimento, menos depredador, que se utilize de recursos naturais renováveis e que promova a devida reposição ao meio ambiente.

Especificamente no que tange às licitações sustentáveis, Barki (2011, p. 52) dá especial destaque ao Princípio 8 da Rio-92, que assim dispõe: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos, os Estados devem reduzir e eliminar os padrões insustentáveis de produção e consumo, e promover políticas demográficas adequadas.”

Observe-se que, ao atribuir aos Estados o dever de reduzir e eliminar os padrões insustentáveis de produção (objeto das atividades dos agentes econômicos privados), o Princípio 8 busca retirar o ente estatal de uma posição de mero espectador, impelindo-o a uma postura proativa, no sentido de interferir na seara dos particulares.

Nesse espeque, a compra pública sustentável tem o condão de promover, nos fornecedores e prestadores de serviços, práticas ambientais que, em verdade, com a licitação composta de requisitos de sustentabilidade, tornam-se praticamente uma condição para que estes transacionem com a Administração. Sustenta Barki (2011, p. 39) que

A temática da viabilidade jurídica das licitações sustentáveis transpassa o direito internacional ambiental e há necessidade de contextualizar as contratações verdes para além do ordenamento pátrio, com foco nos compromissos assumidos internacionalmente pelo Estado brasileiro em prol da sustentabilidade global e, especificamente, da adoção de políticas públicas nacionais que reduzam os padrões insustentáveis de produção, consumo e descarte.

Não menos contundente é o dever estatal, também preconizado no Princípio 8, de eliminar padrões insustentáveis de consumo. Ora, se cabe ao Estado impulsionar o consumo

responsável e sustentável, com muito mais razão cabe-lhe fazer do seu próprio consumo de bens e serviços uma prática aliada à sustentabilidade.

Nesse sentido, Ferreira (2012, p. 88) ressalta que as licitações públicas são um importante instrumento para promover a redução e a eliminação de padrões insustentáveis de produção e consumo, cabendo ao Poder Público, em face dos compromissos assumidos na Rio-92, reduzir e eliminar a insustentabilidade de seu próprio consumo. Para o autor,

Aqui está clara a determinação acerca da gestão sustentável – e a licitação como uma atividade atinente à gestão pública não pode ficar de fora. Ora, resta claro que os Estados devem promover a gestão sustentável, não apenas para estimulá-la e induzi-la na iniciativa privada (o que é também papel das licitações sustentáveis), mas também para eles próprios realizarem a sustentabilidade na gestão pública (FERREIRA, 2012, p. 88).

Assim, ao participar da formulação dos Princípios resultantes da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, o Brasil assumiu o compromisso de fomentar, ativamente, o desenvolvimento sustentável no território nacional, sendo que a compra pública sustentável é, sem dúvida, um importante instrumento para cumprimento desse desiderato.

5.2 Meio ambiente e Constituição da República de 1988

A Constituição da República de 1988, de forma inovadora, consagrou a defesa do meio ambiente em vários dispositivos. A tutela se dá ora de maneira direta (como a expressão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado), ora de maneira indireta ou derivada (quando preceitua, por exemplo, o direito à vida, o direito à saúde e a função social da propriedade). Abordar-se-á na presente seção, especificamente, os artigos 225, 170 e 174 da Constituição, almejando-se vincula-los à viabilidade (ou não) das licitações sustentáveis.

5.2.1 Artigo 225: tutela geral do meio ambiente

Apesar da existência de leis de proteção ambiental anteriores à atual Constituição, como é o caso da Lei n.º 4.771, de 1965¹² e da Lei n.º 6.938, de 1981¹³, a Carta Magna de

¹² Revogada pela Lei n.º 12.651/2012, que estabelece normas gerais sobre a proteção da vegetação, áreas de Preservação Permanente e as áreas de Reserva Legal; a exploração florestal, o suprimento de matéria-prima florestal, o controle da origem dos produtos florestais e o controle e prevenção dos incêndios florestais, e prevê instrumentos econômicos e financeiros para o alcance de seus objetivos, consoante seu art. 1º-A.

¹³ Instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA).

1988 foi o primeiro texto constitucional brasileiro a tutelar expressamente o meio ambiente. O artigo 225 constitui importante direcionador à atuação do Estado e da sociedade, impondo a ambos o dever de proteger e preservar os recursos ambientais. Vejamos:

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.

É de se notar, conforme lecionam Canotilho e Leite (2012, p. 133), que a compreensão da expressão “meio ambiente ecologicamente equilibrado” exige que se considere as orientações científicas e éticas advindas de várias disciplinas. Nesse sentido, equilíbrio ecológico “baseia-se na ideia de que todos os organismos vivos estão de algum modo inter-relacionados no meio ambiente natural.”

A força normativa do artigo 225 é incontroversa. Especialmente quando se verifica seu §1º, que aponta as ações e medidas que devem ser adotadas pelo Poder Público para que o comando do *caput* seja cumprido:

§1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

- I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
- II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
- III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
- IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
- V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
- VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
- VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Machado (2014, p. 155), após ressaltar que o Poder Público e a coletividade são agentes fundamentais na proteção e preservação ambiental, destaca que “descumprem a Constituição tanto o Poder Público como a coletividade quando permitem ou possibilitam o desequilíbrio do meio ambiente.”

Após salientar que o Poder Público, tradicionalmente, tende a viver um estado de “hibernação ambiental”, Canotilho e Leite (2012, p. 142) lecionam que o objetivo do artigo 225, *caput* e §1º, da Constituição de 1988, é retirar o Estado “da atmosfera de *laissez-faire* ambiental a que estava acostumado”, passando a exigir uma postura proativa do Poder Público.

É interessante observar que a atuação da Administração pode interferir negativamente no meio ambiente. Um exemplo é quando ela própria assume o papel de empreendedora (como na construção de hidrelétricas, aeroportos, rodovias etc.); outro exemplo é quando não realiza adequada e eficazmente seu papel fiscalizatório. Porém, não se pode deixar de mencionar a atuação estatal como grande consumidor de bens e serviços. Assim, quando deixa de estabelecer critérios ambientais para suas compras e contratações, o Estado, ainda que indiretamente, deixa de cumprir o dever que lhe foi imposto pela Constituição da República.

Acerca da força do artigo 225 da Constituição de 1988, a impelir as licitações sustentáveis como um dever do Estado, aduz Coelho (2014, p. 8) que

[...] utilizar-se da máquina estatal como agente e das licitações como instrumento para alcançar o tão almejado meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à vida das gerações presentes e futuras, é cumprir o que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 impõe, de maneira explícita, ao Poder Público e à coletividade (art. 225).

Entendem Canotilho e Leite (2012, p. 101) que, a partir da determinação constitucional, não resta ao Estado outro comportamento senão optar, na formulação de suas políticas públicas e atos decisórios, pelas alternativas menos ofensivas ao equilíbrio ecológico, arrematando que

É desse modo que há de ser entendida a determinação constitucional de que todos os órgãos públicos levem em consideração o meio ambiente em suas decisões (art. 225, *caput*, e §1º, da Constituição brasileira), adicionando a cada uma das suas missões primárias – não por opção, mas por obrigação – a tutela ambiental.

Contudo, para encontrar nos dispositivos constitucionais supra transcritos (artigo 225, *caput* e §1º) o respaldo legal para a implementação prática das licitações sustentáveis, há que se realizar uma construção interpretativa que vai muito além do que preconiza a Constituição da República.

Não obstante o dispositivo em exame traçar no §1º uma série de medidas que devem ser adotadas pelo Poder Público, como forma de assegurar o “meio ambiente ecologicamente

equilibrado”, não se vislumbra, dentre elas, lamentavelmente, a instituição de requisitos ambientais nas compras públicas.

Faltou ao constituinte indicar, de forma clara e precisa – dentre os incisos do §1º do artigo 225 – o dever (ou ao menos a possibilidade) do Estado condicionar suas compras e contratações ao atendimento, pelos fornecedores e prestadores de serviços, de requisitos ambientais: medida que eliminaria toda e qualquer controvérsia acerca do respaldo legal das compras públicas sustentáveis.

Apressadamente, tem-se entendido que o *caput* do artigo 225 – que impõe ao Poder Público o dever de proteger e preservar o meio ambiente –, por si só, é suficiente para dar legalidade à licitação sustentável. Não se pode comungar desse posicionamento, haja vista que a atuação do Poder Público perante as pessoas físicas e jurídicas (individualmente consideradas) e perante a sociedade de modo geral rege-se, conforme já mencionado, pelo princípio da legalidade, que condiciona a ação estatal à expressa autorização legal.

Nesse ponto e como subsídio ao que acima se afirma, vale lembrar Gasparini (2012, p. 61), quando leciona que

Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular. De fato, este pode fazer tudo que a lei permite e tudo que a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza.

Não se quer, com tal posicionamento, apontar a inviabilidade da licitação sustentável como instrumento eficiente no aprimoramento da proteção e preservação ambiental, mas ressaltar que a norma constitucional não é, por si só, suficiente para legitimar tal espécie licitatória, pois lhe falta clareza e especificidade.

Em respeito ao princípio da legalidade – que limita a discricionariedade do administrador e vincula seus atos ao que a lei *expressamente* autoriza – há que se entender que a licitação sustentável, que se alinha aos contornos do artigo 225 da Constituição de 1988 (e isso é inegável), carece de suficiente regulamentação infraconstitucional.

Tal regulamentação, que só se admite se realizada pelo Poder Legislativo – eis que cabe ao legislador delinear a amplitude de atuação da Administração Pública, conforme Mendes (2011, p. 860) e Gasparini (2012, p. 61) –, é imprescindível para que o Estado possa legalmente implementar critérios de sustentabilidade em suas compras e contratações.

5.2.2 Artigo 170: conjugação da livre iniciativa e da tutela ambiental

Apesar do artigo 225 representar o dispositivo constitucional mais importante da Carta Magna, no que tange à tutela ambiental, o legislador constituinte fez constar, também no capítulo reservado aos princípios gerais da atividade econômica, sua vocação para estabelecer mecanismos de proteção do meio ambiente. É o que se vê no artigo 170, inciso VI:

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.

Como se observa, o legislador constituinte consagrou a livre iniciativa, condicionando-a à observância de vários princípios, dentre os quais encontra-se o da defesa do meio ambiente.

É salutar trazer à baila o posicionamento de Machado (2014, p. 175), ao aduzir que não pode o Poder Público subjugar a liberdade empresarial; contudo, também não pode se omitir ou apresentar-se indiferente diante do uso dos recursos ambientais. Destaca o autor que os princípios (especificamente, neste caso, o da livre iniciativa e o da proteção ambiental) não têm uma ordem de importância, devendo ser considerados em seu conjunto.

Silva Neto (2010, p. 849) vê no inciso VI, do artigo 170, uma estreita relação entre a questão ambiental e a sanção premial do Direito Econômico. Para o autor, esse dispositivo “sob a cláusula do tratamento diferenciado, admite a concessão de incentivos fiscais e também de crédito subvencionado pelo Poder Público” àqueles que, voluntariamente, cumprirem a norma estabelecida.

Ao dispor que a defesa do meio ambiente é um dos princípios da ordem econômica, o constituinte não atribuiu à Administração Pública a prerrogativa (ou o dever) de, nos editais de licitação, vincular suas aquisições e contratações a agentes econômicos que cumpram requisitos ambientais.

Na verdade, conforme aduz Silva (2014, p. 798), a constitucionalização da ordem econômica “não é nada menos do que uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo.”

Do mesmo modo que o artigo 225 da Constituição impõe a proteção e preservação ambiental ao Poder Público e à coletividade, o artigo 170, inciso VI, condiciona a atividade econômica (fundada na livre iniciativa) à defesa do meio ambiente, não havendo – há que se reconhecer – qualquer vinculação desse comando com eventual instituição da compra pública sustentável pelo Estado.

Ao abordar o condicionamento principiológico da ordem econômica a imposições ecológicas (artigo 170, *caput* e inciso VI, da CR/88), Canotilho e Leite (2012, p. 321) destacam que a norma constitucional tem eficácia positiva e ao mesmo tempo negativa. De um lado, firma o entendimento de que a atividade econômica só é constitucional se atender, simultaneamente, à proteção do meio ambiente e à apropriação social dos bens. De outro lado, proíbe o exercício de atividade econômica ambientalmente insustentável e, portanto, socialmente nociva.

Nota-se que os comandos do artigo 170 direcionam-se aos agentes econômicos privados, deixando entrever que, nesse espeque, a ação governamental possível é de cunho regulatório e fiscalizatório, desde que haja respaldo legal. Apenas para ilustrar, vale lembrar que o inciso IX do mesmo artigo 170 – que prevê o tratamento favorecido e diferenciado para as empresas de pequeno porte – foi regulamentado pela Lei Complementar n.º 123, de 2006, que instituiu o Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, fixando e legitimando uma série de privilégios às MEs e EPPs, inclusive no que tange às licitações públicas (artigos 42 a 49).

Outro bom exemplo vincula-se ao inciso V do artigo 170 – defesa do consumidor –, que somente passou a ter efetividade com a edição da Lei n.º 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Condicionar a atividade econômica à observância da defesa do meio ambiente se perfaz, do mesmo modo, por meio da atividade legislativa como, *v.g.*, a obrigatoriedade da licença ambiental para atividades efetiva ou potencialmente poluidoras ou capazes de provocar degradação ambiental, prevista na Lei n.º 6.938/1981 e regulamentada pela Resolução CONAMA n.º 237, de 1997 e pela Lei Complementar n.º 140, de 2011, ou a necessidade de outorga pelo Poder Público para o uso de recursos hídricos, firmada no artigo 12 da Lei n.º 9.433, de 1997.

Assim como referido na subseção anterior, enfatiza-se que as práticas da Administração Pública devem, necessariamente, encontrar expreso respaldo na lei infraconstitucional.

Não se pode fundamentar a legalidade da licitação sustentável a partir do disposto no artigo 170, inciso VI, da Constituição de 1988, eis que o objetivo desse dispositivo é outro, qual seja, o de vincular a atividade econômica à defesa do meio ambiente, por meio da instituição de condições estabelecidas pelo legislador infraconstitucional.

Volta-se a afirmar que não se quer, com isso, minimizar a importância da compra pública como instrumento eficiente na proteção do meio ambiente, mas reforçar que a licitação sustentável depende de regulamentação (exaustiva) infraconstitucional, não se podendo desenvolver esse tipo de certame licitatório à guisa de criatividade interpretativa, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade que, conforme Mendes (2011, p. 860), é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Havendo no ordenamento jurídico norma legal que dê sustentação e que regule de forma clara, expressa e incontestável as compras públicas sustentáveis, aí sim encontrar-se-á vínculo estreito entre essa norma e o disposto no artigo 170, inciso VI, da Constituição da República de 1988. Antes disso, tal vinculação advém de excessiva criatividade interpretativa.

5.2.3 Artigo 174 e poder regulador estatal

O artigo 174 da Constituição da República de 1988 – assim como o artigo 170 abordado anteriormente – encontra-se sob o Título “Da Ordem Econômica e Financeira”. O dispositivo destaca a função normativa e reguladora do Estado, enfatizando sua tarefa de fiscalizar, incentivar e planejar a atividade econômica:

Art. 174. 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.

Discorrendo sobre cada uma dessas funções, Silva Neto (2010, p. 855-859) explica inicialmente que o artigo 174 representa “a base constitucional da intervenção indireta do Estado no domínio econômico”, sendo que a fiscalização refere-se aos atos que avaliam o comportamento dos entes privados, impondo sanções caso sejam verificados descumprimentos de normas.

Quanto à função de incentivo, o autor explica que o objetivo é fazer com que as empresas, espontaneamente, adequem-se à normativa econômica. Para tanto, o Estado se utiliza das denominadas sanções premiais, que são estímulos para o cumprimento de normas por meio de incentivos fiscais e creditícios. Alerta, porém, que devem ser demarcados limites

para tais incentivos, de modo que não se interfira desmedidamente na liberdade do agente privado quanto ao exercício de sua atividade econômica.

Quanto à função de planejamento, vale ressaltar que

É cediço que o Estado necessita implementar normas de planejamento econômico, até mesmo a fim de viabilizar o alcance de metas que, em última instância, são revertidas em proveito da coletividade, como são as prestações sociais (saúde, educação, segurança, assistência social etc.).

[...]

O art. 174 da Constituição traz interessante comando acerca do planejamento econômico ao fixar que será determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Não padece dúvida a respeito da vinculação absoluta das normas de planejamento econômico com o setor público, visto que o princípio da legalidade imporá ao administrador irrestrita observância aos preceitos legais, somente podendo agir rigorosamente de acordo com os marcos apontados pelo corpo legislativo, sendo-lhe defeso, sobremais, invocar a norma geral inclusiva (“tudo o que não está proibido está juridicamente permitido”) para legitimar a sua atuação (SILVA NETO, 2010, p. 859).

Lecionando sobre a função de planejamento, Silva (2014, p. 821) explica que se trata de “um processo técnico instrumentado para transformar a realidade existente”, a partir da definição de objetivos previamente fixados. Consiste o planejamento econômico, nesse sentido, em um processo de intervenção do Estado na economia com a finalidade de organizar as atividades econômicas de modo a se obter os resultados anteriormente colimados.

No que tange ao incentivo, Silva (2014, p. 820) aduz que a função traz a ideia do Estado como promotor e fomentador da economia, consistindo no ato de “proteger, estimular, promover, apoiar, favorecer e auxiliar, sem empregar meios coativos”, as atividades econômicas desenvolvidas pelos particulares “que satisfaçam necessidades ou conveniências de caráter geral.”

A simples leitura do artigo 174 conduz à ideia de que a ele não se pode vincular a eventual legalidade da licitação sustentável. O próprio *caput* indica que as ações de fiscalização, de incentivo e de planejamento devem ser conduzidas “na forma da lei”, condicionando essas atividades à autorização legislativa.

Os parágrafos que integram o artigo 174 são bastante específicos, não apresentando qualquer liame com as compras públicas. O §1º cuida do “desenvolvimento nacional equilibrado”, com viés essencialmente econômico, condicionando seu planejamento à lei. O §2º discorre sobre o apoio e estímulo ao cooperativismo e a outras formas de associativismo. O §3º, por sua vez, trata da atividade de garimpo, traçando privilégios para aquela que se realizar por meio de cooperativas. Por fim, o §4º fixa que as cooperativas mencionadas no

parágrafo anterior terão prioridade na autorização e concessão para pesquisa e lavra de recursos minerais garimpáveis.

Há quem entenda, todavia, que a compra pública sustentável estaria alinhada à intervenção indireta do Estado na economia, atendendo à sua função de incentivo preconizada no artigo 174, *caput*, da Constituição. Para esta corrente,

Para além de ser um meio de o Estado concretizar os serviços públicos, as compras públicas também podem ser vistas como mecanismos de intervenção do Estado na economia e de indução de posturas dos agentes econômicos. Isso quer dizer que, além de cuidar do marco normativo do desenvolvimento sustentável e de proteção de meio ambiente o Estado deve - por meio de financiamento de atividades desejadas e de seu poder de compra - promover os meios para que empresas e pessoas que invistam em produtos ou serviços sustentáveis tenham acesso ao mercado das compras públicas (BLIACHERIENE, 2014, p. 156).

A única maneira de admitir-se o posicionamento da autora é, parcimoniosamente, considerar que a utilização do termo “indução” (que é diferente de coação ou imposição), levaria à ideia de que a intervenção indireta do Estado na economia por meio das compras públicas sustentáveis dar-se-ia através de licitações do tipo técnica e preço, em que se estabeleceriam quesitos de avaliação técnica relacionados à sustentabilidade do objeto licitado ou do processo produtivo adotado pela empresa ofertante.

Nessa ótica, a licitação pública sustentável, conduzida sob o tipo “técnica e preço”, serviria para ilustrar adequadamente o ato de incentivo do Estado à atividade econômica ambientalmente adequada. Conforme abordado alhures, o estabelecimento de quesitos técnicos ambientais de avaliação e pontuação de propostas – procedimento típico das licitações “técnica e preço” – não teria o condão de afastar quaisquer interessados, ao mesmo tempo em que propiciaria uma melhor valoração técnica de ofertas que atendessem a critérios de sustentabilidade.

Não há como ser diferente. A uma porque, conforme já abordado no presente trabalho, a lei de regência da licitação pública não oferece suficiente respaldo para que se insiram requisitos de sustentabilidade na Habilitação ou na descrição do objeto (eis que ambos corresponderiam à criação de regras não previstas expressamente, trazendo como consequência inevitável a ofensa ao princípio da legalidade, a drástica redução da competitividade e o comprometimento da busca pela proposta mais vantajosa para a Administração). A duas porque, no que tange à intervenção indireta, caberia ao Poder Público a criação de incentivos para a adoção de certos comportamentos pelos agentes econômicos, sendo o termo “incentivo” absolutamente destoante de qualquer coação ou imposição.

Logo, o liame entre o artigo 174 da Constituição de 1988 e a compra pública sustentável se estabelece no sentido de propiciar à Administração a formulação de licitações do tipo técnica e preço, valorando-se quesitos de sustentabilidade do produto/serviço ou do processo produtivo, a fim de incentivar, estimular e fomentar um comportamento alinhado à preservação ambiental por parte dos agentes econômicos privados.

Ainda assim, há que se fazer uma ressalva quanto à necessidade de lei específica regulamentando essa função incentivadora do Estado, haja vista que o artigo 174, ao indicar as funções estatais de fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica, indica como condicionante a autorização legislativa, ao dispor que tais funções devem ser exercidas na forma da lei.

5.3 Meio ambiente e seu liame com o direito à vida

O direito à vida é, dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República, aquele que merece maior ressonância. Isso porque, sem o atendimento a esse direito básico, todos os demais perdem sua razão de existir, uma vez que

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse (MENDES, 2011, p. 287).

É importante destacar que o direito à vida previsto na Constituição de 1988 significa bem mais que a mera sobrevivência. O que se almeja é a existência humana com dignidade, qualidade e saúde e, nesse espeque, inegável sua ligação com o meio ambiente equilibrado. É por isso que Canotilho e Leite (2012, p. 118) destacam que a Carta Magna de 1988 promove a vinculação “vida-ambiente, saúde-ambiente e segurança-ambiente”, de tal modo que

[...] no regime constitucional brasileiro, como em outros países, apesar do expreso reconhecimento de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à saúde – no sentido de possibilidade de desenvolvimento pessoal tranquilo – pode (e deve) ser entendido como incluído da proteção contra riscos (e degradação) ambientais (CANOTILHO e LEITE, 2012, p. 118).

Também Silva (2014, p. 863-864) enfatiza que o direito à vida adquire um valor diferenciado no rol dos direitos fundamentais, servindo de balizador e matriz na interpretação

e valorização dos demais direitos, em especial para “orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente”. Desse modo, o direito à vida está em patamar superior a quaisquer outras considerações, “como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada”. Para o autor, estes direitos também são tutelados constitucionalmente, “mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente”.

No mesmo sentido é o posicionamento de Thomé (2014, p. 65), para quem “o direito a um meio ambiente equilibrado está intimamente ligado ao direito fundamental à vida e à proteção da dignidade da vida humana, garantindo, sobretudo, condições adequadas de qualidade de vida”.

Após afirmar que a qualidade de vida sadia depende de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e salientar que a Constituição de 1988 estabeleceu um vínculo entre esse direito e a qualidade de vida, Machado (2014, p. 153) explica que

O direito à vida foi sempre assegurado como direito fundamental nas Constituições brasileiras. Na Constituição de 1988 há um avanço. Resguarda-se a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e é feita a introdução ao direito à sadia qualidade de vida. São conceitos que precisam de normas e de políticas públicas para serem dimensionados completamente. Contudo, seus alicerces estão fincados constitucionalmente para a construção de uma sociedade política ecologicamente democrática e de direito.

A saúde dos seres humanos não existe somente numa contraposição a não ter doenças diagnosticadas no presente. Leva-se em conta o estado dos elementos da Natureza – águas, solo, ar, flora, fauna e paisagem – para aquilatar se esses elementos estão em estado de sanidade e se de seu uso advêm saúde ou doenças e incômodos para os seres humanos.

Estabelecido o direito fundamental à vida e pacificado seu vínculo com o meio ambiente ecologicamente equilibrado (condição para uma existência digna), é de se reconhecer ao Estado o dever de criar políticas públicas que promovam a proteção e preservação ambiental, eis que sem elas o direito fundamental de maior envergadura na Constituição de 1988 (direito à vida) fica inevitavelmente fragilizado.

Interessante recordar Costa (2013, p. 15) que, ao lecionar que o atendimento aos direitos fundamentais ora exige uma abstenção (*status negativus*), ora uma atuação (*status positivus*) do Estado, salienta que “os direitos fundamentais foram idealizados para sanar conflitos entre interesses particulares e estatais.” Arremata a autora, lecionando que “acredita-se que há uma prevalência dos direitos fundamentais subjetivos que tem como alvo o

indivíduo. Isso ocorre nas Constituições ora examinadas, ou seja, a Constituição brasileira, a portuguesa e a espanhola, nas quais o indivíduo sobrepõe-se ao coletivo.”

Desse modo, preconizado na Carta Magna de 1988 o direito fundamental à vida – que se consubstancia em uma existência digna, com saúde e qualidade –, cabe ao Estado o dever de implementar ações e estratégias que visem resguardar tal direito.

Por óbvio, tais ações e estratégias não se consolidam apenas com a imposição de regras aos particulares mas, sobretudo, com a implantação pelo próprio Poder Público de medidas que venham atender aqueles pressupostos basilares. Assim, exemplificadamente, ao projetar suas obras (hidrelétricas, rodovias, aeroportos etc.) o Estado deve observar os requisitos atinentes à preservação ambiental.

Nesse ponto se encontra o liame entre o direito fundamental à vida e a necessidade de se consolidar, no âmbito do Poder Público, as denominadas licitações sustentáveis. É através delas que o Estado não só poderá realizar o seu próprio consumo responsável (e sustentável), mas estimulará os agentes econômicos privados a produzirem de forma ecologicamente correta.

Ora, se o direito fundamental à vida (reforce-se: vida com dignidade) está condicionado ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e se é dever do Estado propiciar essa vida digna aos indivíduos, cabe também ao Estado, por via reflexa, adotar medidas e instrumentos para garantir o equilíbrio ambiental, o que se pode fazer, dentre outras tantas ações, pela instituição das compras públicas sustentáveis; muito embora, conforme já foi exaustivamente mencionado, o ordenamento pátrio atual não disponha de adequada regulamentação sobre o assunto.

5.4 Leis infraconstitucionais e a licitação sustentável

Não raro, no Brasil, sancionam-se leis para tratamento de determinado tema inserindo-se regras e normas inovadoras sobre outros assuntos, que nenhuma relação têm com aquele tema a que se dispôs tratar. Criam-se, por vezes, verdadeiros *frankensteins* jurídicos. No que tange ao Direito Ambiental e à licitação pública, tem-se alguns exemplos.

A Lei n.º 12.305, de 2 de agosto de 2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, fez constar, em seu artigo 7º, inciso XI, alíneas “a” e “b”, que terão prioridade nas aquisições e contratações públicas, produtos reciclados ou recicláveis e bens, serviços e obras que considerem padrões ambientalmente sustentáveis.

Também a Lei n.º 12.187, de 29 de dezembro de 2009, responsável por instituir a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC), enveredou-se pelo tema da licitação pública, estipulando:

Art. 6º São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima:

[...]

XII - as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos;

Outro bom exemplo do que ora se afirma está na Lei n.º 11.947, de 2009, que dispendo sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola, prevê, no artigo 2º, inciso V, o apoio ao desenvolvimento sustentável, que se perfaz por meio de “incentivos para a aquisição de gêneros alimentícios diversificados, produzidos em âmbito local e preferencialmente pela agricultura familiar e pelos empreendedores familiares rurais”.

Tratando sobre a técnica legislativa, mais especificamente dos pressupostos que devem ser observados na formulação de projetos de lei, Carvalho (2007, p. 90) salienta que

A pesquisa da legislação e da jurisprudência concorre para harmonização entre a futura lei e o conjunto das leis que tratam da mesma matéria e ao ordenamento jurídico como um todo. Nessa etapa o técnico legislativo irá verificar se a nova lei não viola o texto constitucional ou afronta leis hierarquicamente superiores a ela. É recomendável o estudo das consequências jurídicas, administrativas e sociais decorrentes da aprovação do projeto de lei, bem como o exame da legislação estrangeira, com a ressalva das peculiaridades próprias.

Logo, tratar de determinado assunto em uma lei, havendo outra lei que cuida especificamente daquele tema, sem alterá-la ou derroga-la expressamente, denota falta de técnica legislativa, à luz do que ensina Carvalho (2007, p. 90).

Desse modo, quando a Política Nacional de Resíduos Sólidos, ou a Política Nacional sobre Mudança do Clima, ou a Lei que regulamenta a alimentação escolar, ou qualquer outra norma que seja, imiscui-se na seara do Direito Administrativo, mais precisamente no tema da licitação pública, está a construir um arcabouço normativo inaplicável e, muitas vezes, ininteligível e conflituoso.

Isso porque, como visto anteriormente, a atuação do Estado rege-se por princípios próprios, dentre os quais o da legalidade, que impõe ao Poder Público limites de atuação nos estritos termos da lei, que deve não só estabelecer o que fazer, mas também – como ensina Mendes (2011, p. 860) e Gasparini (2012, p. 61) – como e quando atuar.

Entretanto, há quem entenda que esse emaranhado de normas ambientais esparsas, ao invés de criar conflitos principiológicos com o Direito Administrativo, oferece, na realidade, suporte às compras públicas sustentáveis. Para esta corrente de pensamento,

[...] as autoridades administrativas brasileiras, responsáveis pelos procedimentos licitatórios, dispõem de sólido arcabouço normativo que lhes garante segurança jurídica para promover compras de governo sustentáveis, não havendo, pois, como delas se esquivarem para continuar a promover licitações comuns, descompromissadas com o meio ambiente. Negar aplicação a esse conjunto de normas seria descumprir a ossatura do regramento legal das licitações sustentáveis no âmbito governamental, o que implica desobediência ultrajante ao princípio constitucional da legalidade [...] (COELHO, 2014, p. 53).

Com a devida *venia*, discordamos do supracitado autor. A uma, porque essas normas esparsas – a exemplo das Leis n.º 12.305/2010, artigo 7º, XI; 12.187/2009, artigo 6º, XII; e 11.947/2009, artigo 2º, V – abordam apenas superficialmente a questão da licitação pública, não elucidando suficientemente como e quando aplicar os dispositivos vergastados. A duas, porque o princípio da legalidade deve ser interpretado de maneira bem mais cuidadosa que aquela preconizada por Coelho (2014, p.53).

Conforme ensinam Goecks e Augustin (2014, p. 10), “o princípio da legalidade é aquele que orienta que a Administração está vinculada aos ditames da lei, nada pode se não estiver expressamente previsto em lei, e nada pode fazer contrário a ela.”

Não basta, desse modo, que o ordenamento jurídico proclame determinado comando (superficial e insuficientemente) para que o Poder Público promova a interpretação que melhor lhe aprouver e a imponha aos particulares. Especialmente no caso das licitações, em que a lei de regência delimita com precisão a amplitude de atuação do Estado, a discricionariedade é limitada, aplicando-se apenas quando a própria lei assim possibilitar.

É esse procedimento estribado nos exatos termos da lei que ilustra o princípio da legalidade e, ao mesmo tempo, assegura o cumprimento do princípio da igualdade e da isonomia (previstos constitucionalmente), evitando que o agente público aja de acordo com sua vontade e seu entendimento pessoal, privilegiando a uns e prejudicando a outros. O princípio da legalidade estrita, desse modo, tem o condão de se opor ao comportamento

arbitrário da Administração, garantindo a isonomia entre todos aqueles que se interessarem em contratar com o Estado.

É descabido e temerário que se flexibilize tal entendimento, eis que essa flexibilização poderá vir a propiciar um comportamento administrativo inclinado à pessoalidade e ao beneficiamento de alguns poucos, em oposição à igualdade e à isonomia, que representam conquistas constitucionais das mais relevantes.

6 FRAGILIDADE DA LEI DE LICITAÇÕES

A Lei Nacional de Licitações (Lei n.º 8.666/1993) é lei geral que regulamenta os procedimentos licitatórios no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e, também, dos fundos especiais, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das demais entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes políticos.

Não obstante haver outras leis que cuidam da licitação pública, como é o caso das Leis n.º 10.520/2002 e n.º 12.462/2011, não há qualquer dúvida de que a Lei n.º 8.666/1993 é o principal regramento nacional no que tange às compras e contratações públicas.

Seu fundamento se encontra no artigo 22, inciso XXVII e no artigo 37, inciso XXI, ambos da Constituição da República de 1988:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III; [...]

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 da 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.

Conforme mencionado alhures, o momento histórico de surgimento da Lei Nacional de Licitações foi permeado por escândalos de corrupção, desvios de verbas e fraudes em compras públicas. Por essa razão, a Lei n.º 8.666/1993 é nitidamente rígida e praticamente inflexível, perdendo inclusive, em alguns momentos, as características de norma geral e imiscuindo-se em temas específicos.

Sendo a L. 8.666 o feixe das normas gerais de licitação e contratos, nela praticamente não restaram normas específicas para o âmbito da União – Administração direta e autárquica –, que editou a lei, salvo em raros momentos em que tal abrangência apenas federal fica clara. Para Estados e Municípios, por outro lado, foi também esgotada praticamente toda a peculiaridade, a particularidade local,

tanto neste assunto de licitações e contratos quanto, é o que se irá examinar, no tocante a outros variados temas de administração interna, local (RIGOLIN e BOTTINO, 2006, p. 14).

Houve, no passado, grande discussão sobre a eficácia da Lei n.º 8.666/1993. Perquiria-se acerca da qualidade dessa norma de licitação pública. E mais: se a norma era constitucional ou inconstitucional. Para Rigolin e Bottino (2006, p. 13), a Lei – principalmente a partir das inúmeras alterações legislativas, que vêm desde 1994 – tornou-se demasiadamente rebuscada e entrecortada de atalhos e subterfúgios. Para os autores, “não favorece nenhuma eficácia a espantosa e labiríntica complicação estrutural, a abundância extrema de regras e a complexidade por vezes inteiramente artificial que se constata na lei de licitações.”

De toda forma, a Lei n.º 8.666/1993 permanece vigente, irradiando seus comandos para todos os entes estatais. Na atualidade, parece incontestável que a Lei Nacional de Licitações já não mais atende às necessidades da Administração. Constata-se tal afirmação pela proliferação de leis esparsas que regulamentam a compra ou contratação pública em situações específicas.

Estes são os casos das concessões públicas¹⁴, das parcerias público-privadas¹⁵, dos privilégios oferecidos às microempresas e empresas de pequeno porte¹⁶, do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei n.º 12.462/2011), dentre tantos outros exemplos.

Há, porém, outras evidências. Mello (2007, p. 509-510) lembra que a Lei n.º 9.472/1997, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), afastou tanto a aplicação da Lei n.º 8.666/1993 quanto as leis que versam sobre a concessão (Leis 8.987/1995 e 9.074/1995), fixando modalidades inéditas de licitação e procedimentos absolutamente inovadores. O autor destaca, também, que a lei da Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei n.º 9.478/1997) “faz praça desta volúpia de subtrair-se aos cuidados moralizadores próprios da Lei de Licitações e incorre nas mesmas inconstitucionalidades” observadas na Lei da ANATEL.

A Lei Complementar n.º 123, de 2006, que instituiu o Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, reservou para os artigos 42 a 49 a regulamentação de alguns privilégios nas compras e contratações públicas em favor das MEs e das EPPs. Vale – exemplificadamente – citar o artigo 48, inciso II, que permite à Administração fixar no instrumento convocatório regra que obrigue o licitante vencedor a subcontratar, junto a MEs

¹⁴ Lei n.º 8.987/1995 e Lei n.º 9.074/1995.

¹⁵ Lei n.º 11.079/2004.

¹⁶ Lei Complementar n.º 123/2006.

ou EPPs, até 30% (trinta por cento) do objeto do contrato. Algo que, à luz da Lei n.º 8.666/1993, é impensável.

Mais recentemente, integrou-se ao ordenamento jurídico brasileiro a Lei n.º 12.462, de 4 de agosto de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), destinado inicialmente às obras e serviços voltados à realização da Copa das Confederações de 2013, Copa do Mundo FIFA de 2014, Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 e obras e serviços nos aeroportos das capitais próximas aos eventos esportivos anteriormente citados. Posteriormente, a aplicação do RDC foi estendida para as ações do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), obras e serviços de engenharia no âmbito do sistema público de ensino¹⁷, obras no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e obras e serviços para construção, ampliação ou reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo, conforme, respectivamente, as Leis n.º 12.688/2012, 12.722/2012, 12.745/2012 e 12.980/2014.

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas cria regras absolutamente díspares daquelas fixadas na Lei Nacional de Licitações. Um exemplo é o que prescreve o artigo 9º do RDC (que instituiu a contratação integrada, em que o licitante vencedor é o responsável pela elaboração do projeto básico, projetos arquitetônicos e complementares e, ainda, pela execução do empreendimento), em contraste abissal com a regra do artigo 7º, §2º, inciso I, da Lei n.º 8.666/1993 (que expressamente condiciona a licitação de obras e serviços de engenharia à preexistência de projeto básico aprovado pela autoridade competente).

Esse arsenal de normas paralelas que cuidam da licitação pública e que, na maioria das vezes, conflitam com as regras da Lei Nacional de Licitações, permite concluir que, de fato, desde sua edição em 1993 (e apesar das inúmeras alterações legislativas promovidas desde então), a Lei n.º 8.666 vem perdendo sua força, deixando à mostra toda a sua fragilidade.

6.1 Lei n.º 8.666/1993 e licitação sustentável

Até o advento da Lei n.º 12.349, de 15 de dezembro de 2010, a Lei Nacional de Licitações não fazia sequer uma única menção à licitação sustentável, tampouco indicava – ainda que de modo indireto ou superficial – qualquer requisito ambiental passível de ser considerado nas compras e contratações governamentais e nos instrumentos convocatórios.

¹⁷ Curiosamente, esta hipótese, ao invés de arrolada dentre os incisos do artigo 1º da Lei n.º 12.462/2011 (como ocorre com todos os demais casos de aplicação do RDC), foi incluída no §3º do artigo 1º da Lei.

Coube à Lei n.º 12.349/2010 alterar o artigo 3º da Lei n.º 8.666, de 1993, para incluir em seu texto, como objetivo a ser perseguido pela licitação pública, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Para Justen Filho (2014a, p. 497),

Isso significa consagrar uma função regulatória adicional para a licitação e a contratação administrativa. Não se trata apenas de obter a contratação economicamente e tecnicamente mais vantajosa, mas também de aproveitar a oportunidade da contratação para fomentar o desenvolvimento nacional sustentável. A contratação administrativa passou a ser concebida como um instrumento para a realização de outros fins, além da promoção de compras, serviços e alienações. Por meio dos contratos administrativos, o Estado brasileiro intervém sobre diversos setores (econômicos, sociais, tecnológicos etc.).

É interessante lembrar – conforme já mencionado neste trabalho – que a Lei decorreu da conversão da Medida Provisória n.º 495/2010 que, na realidade, apenas incluía no artigo 3º do Estatuto das Licitações a expressão “desenvolvimento nacional” (com viés essencialmente econômico). Durante a tramitação da MP no Congresso Nacional, o legislativo modificou o texto e incluiu o termo “sustentável”, passando então o artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993 a vigorar com a seguinte redação:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do **desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (grifos nossos)

Para boa parte da doutrina, o só fato do artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993 ter sido modificado, passando a conter a expressão “desenvolvimento nacional sustentável” como um dos objetivos da compra pública, já é suficiente para legitimar a inclusão de requisitos ambientais nos certames licitatórios. Esta é a lição de Bicalho (2014, p. 34), ao salientar que

No ano de 2010 foi alterado até mesmo o próprio rol de finalidades do proceder licitatório, por força da Lei n.º 12.349/10, tendo-se introduzido em seu art. 3º a explícita menção ao desenvolvimento nacional sustentável como um dos objetivos colimados pela licitação. Essa novidade, aliada à mudança no elenco de preferencialidades admitidas na contratação (vide parágrafos do art. 3º), resultou no incremento da capacidade propriamente "regulatória" dos instrumentos da licitação e do contrato administrativo.

Para Coelho (2014, p. 80), o novo texto do artigo 3º da Lei Nacional de Licitações autoriza o gestor público a, por meio das licitações ecológicas, impedir que participem do

certame interessados que não preencham os requisitos ambientais, sem que isso constitua ofensa à isonomia e à competitividade.

Interessante considerar o posicionamento de Barki (2011, p. 41), para quem, antes da Lei n.º 12.349, de 2010, poderia até ser suscitada eventual ilegalidade (ou até inconstitucionalidade) nas licitações sustentáveis. Todavia, com a alteração do artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993, não há mais qualquer dúvida: a compra pública sustentável não só é legal como é imperativa.

Deve-se observar, todavia, que o legislador pátrio, ao elaborar a Lei n.º 12.349/2010, poderia (e deveria) ter ido além. Faltou-lhe inspiração. Seria fundamental que se aproveitasse aquele momento para incluir na Lei n.º 8.666/1993 alguns procedimentos e regras (claras e objetivamente definidos) que viabilizassem a licitação sustentável, sem, por óbvio, adentrar em minúcias técnicas e científicas. Conforme bem salienta Valente (2011, p. 12), a moldura da lei é inadequada para a normatização de especificações técnicas e,

Com efeito, se incorporarmos a textos legais especificações técnicas e aspectos operacionais, acabaremos por engessar a autonomia da Administração Pública para, rapidamente, responder a novas demandas com o emprego de tecnologias mais avançadas e eficazes.

Dessa forma, a normatização de práticas operacionais e de especificações técnicas deve ficar restrita ao universo dos atos administrativos normativos (decretos, instruções normativas, etc.) que, por suas características, podem ser atualizados com maior agilidade.

Aliás, esse tipo de estratégia já é utilizada no ordenamento pátrio. A Lei n.º 11.343/2006, por exemplo, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, deixou a cargo do Poder Executivo da União, através da Secretaria de Vigilância Sanitária, vinculada ao Ministério da Saúde, o dever de definir claramente as substâncias que, para aplicação da citada Lei, serão consideradas “drogas”.

Desse modo, deveria o legislador, aproveitando a oportunidade da Lei n.º 12.349/2010, ter sido mais criativo, mais objetivo e, porque não dizer, mais corajoso. Poderia ter incluído, por exemplo, um inciso V no artigo 30, prevendo a possibilidade de exigir-se, no rol de documentos atinentes à qualificação técnica, certificados ambientais e/ou outras comprovações que assegurassem ser o produto, serviço ou processo produtivo ambientalmente correto. Poderia, de outro modo, ter sido incluído o artigo 31-A, para tratar da documentação relativa à qualificação ambiental, bem como alterado o artigo 27, para fazer constar no inciso VI a citada qualificação. Com essas simples medidas estaria autorizada a inclusão de requisitos ambientais na fase de Habilitação dos procedimentos licitatórios.

Mas ainda que se quisesse que a fase habilitatória permanecesse a mais singela possível, bastaria ao legislador ter incluído o §2º no artigo 38 da Lei de Licitações, indicando expressamente que na descrição do objeto poderia o administrador público prever requisitos e critérios ambientais; ou alterado o inciso I do artigo 40, para constar que os editais de licitação deveriam conter o “objeto da licitação, em descrição sucinta e clara, podendo ser estabelecidos critérios e requisitos ambientais, de modo a se cumprir o objetivo constante do *caput* do artigo 3º”.

E, para arrematar, teria sido interessante se a Lei tivesse delegado, por exemplo, ao Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO ou à Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT, o dever de disseminar, por meio de Portarias ou Instruções Normativas, quais produtos e serviços são passíveis de exigências ambientais, e mais, quais requisitos ambientais poderiam ser incluídos nos certames licitatórios.

Preferiu o legislador ser “econômico”, apenas incluindo a expressão “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” no *caput* do artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993, o que não legaliza, não elucida e não clarifica – sob o ponto de vista da Lei Nacional de Licitações – a inclusão de requisitos e critérios ambientais nas aquisições e contratações promovidas pelo Poder Público e, por conseguinte, não regulamenta as compras públicas sustentáveis.

Tanto é assim, que a doutrina, até hoje (passados mais de quatro anos da alteração do artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993), se debate acerca de qual o procedimento prático mais correto para a instituição das licitações sustentáveis. Há quem defenda a inclusão de requisitos ambientais na fase de habilitação; há também aqueles que, diferentemente, veem na inclusão de critérios ambientais na descrição do objeto a única forma de instituir-se a sustentabilidade nas compras públicas; e há, por fim, quem entenda que a melhor estratégia é a inserção de quesitos técnicos ambientais em licitações do tipo técnica e preço (alternativa comungada por nós).

Nesse ponto, importante destacar o posicionamento de Mendes (2011, p. 860) e de Gasparini (2012, p. 61), para quem o princípio da legalidade impõe que a lei delimite o que, quando e como o Administrador pode e deve atuar. Por sua vez, Rigolin e Bottino (2006, p. 14) cuidam de salientar a rigidez e inflexibilidade da Lei n.º 8.666/1993, que limita sobremaneira a discricionariedade do administrador e praticamente esgota o tema da licitação pública. Meirelles (2007, p. 44-45), após mencionar que podem os Estados e Municípios instituírem normas licitatórias próprias (desde que observadas as regras gerais da Lei n.º 8.666/1993), salienta que a Lei Nacional de Licitações não oferece tanta margem para que essas normas próprias possam ser editadas, haja vista que regulamenta em minúcias a maioria

das questões atinentes ao procedimento licitatório. Também Justen Filho (2014b, p. 18-24), após discorrer longamente sobre o caráter geral e simultaneamente especial da Lei n.º 8.666/1993, se posiciona no sentido de que a referida Lei trata exhaustivamente a grande maioria dos temas, não oferecendo margem de interpretação e discricionariedade ao administrador.

É importante também observar que o Tribunal de Contas da União, em razão de controvérsias advindas da aplicação do artigo 3º da Lei Nacional de Licitações, alterado pela Lei n.º 12.349/2010, instituiu grupo de trabalho com a finalidade de consolidar o entendimento daquela Corte acerca da viabilidade e dos limites encontrados pela Administração para a promoção das licitações sustentáveis. Adotando o mesmo posicionamento expendido anteriormente no Acórdão n.º 2.241/2011, Plenário, o Acórdão n.º 1.317/2013, de lavra também do Plenário, indica claramente que, no entendimento do TCU, as disposições do novel artigo 3º do Estatuto das Licitações não são autoaplicáveis:

8. Para melhor contextualização, faço menção, preliminarmente, ao estudo elaborado pelo Grupo de Trabalho que se pautou, como já mencionado, nos argumentos do Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti.

9. O eminente Ministro explanou, em seu Voto Revisor, a introdução, no art. 3º do Estatuto das Licitações e Contratos, como um dos objetivos da licitação, a "promoção do desenvolvimento nacional sustentável" e as ressalvas às vedações dispostas no §1º, inciso I, do citado artigo, no que se refere à admissão, no edital, de cláusulas ou condições comprometedoras, restritivas ou frustradoras do caráter competitivo do certame ou que estabeleçam preferências de qualquer ordem, cujos excertos representativos foram transcritos nos itens 16 a 20 do trabalho incorporado ao relatório precedente.

10. Tenho por relevante esclarecer que, na oportunidade da prolação do Acórdão que determinou a realização do presente estudo, o Ministro Revisor apresentou argumentos em que defendia que a **"promoção do desenvolvimento nacional sustentável" é princípio e norma jurídica, mas não é regra, porque não prescreve o comportamento a ser adotado para atingir o objetivo estabelecido**, pois não haveria nesse enunciado legal a definição da conduta a ser praticada pelo administrador público para concretização do objetivo. Lembrou sua Excelência que **essa conduta deve se pautar por outro princípio, o da legalidade, isto é, estar adstrita aos exatos ditames da lei.** (grifos nossos)

Ora, (a) se a lei deve delimitar com precisão a amplitude de atuação do agente público, no que tange às compras e contratações do Estado; (b) se a Lei n.º 8.666/1993 é reconhecidamente rígida e inflexível, regulamentando o tema da licitação pública de forma praticamente exhaustiva; e, por fim, (c) se a compra pública sustentável é, reconhecidamente, um instrumento indispensável para o alcance do meio ambiente ecologicamente equilibrado, preconizado no artigo 225 da Constituição de 1988; necessário reconhecer-se que o legislador pátrio, almejando regulamentar amplamente a licitação sustentável em âmbito nacional, deveria ter ido além do que foi com a Lei n.º 12.349/2010, que, repita-se, limitou-se a incluir

a expressão “desenvolvimento nacional sustentável” como mais um objetivo a ser alcançado pelo procedimento licitatório.

6.2 Conflitos principiológicos

Tendo em vista, conforme tratado anteriormente, que a Lei n.º 8.666/1993 não regulamentou adequada e suficientemente a licitação sustentável, sua viabilidade termina por ser discutida no nível dos princípios. Em outros termos: se não existe regra clara a legitimar a compra governamental ecológica, busca-se legitimá-la com a interpretação e conjugação de princípios constitucionais e infraconstitucionais.

Nesse diapasão, nota-se a presença de um conflito principiológico no que concerne aos fundamentos das compras públicas sustentáveis. De um lado, o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado (do qual decorre a finalidade licitatória de promover o desenvolvimento nacional sustentável); de outro lado, os princípios da legalidade e da igualdade. O primeiro, servindo de fundamento à viabilidade e, mais do que isso, da imperatividade das licitações sustentáveis. Os segundos – mais especialmente o princípio da legalidade – recomendando que se analise a questão com mais cautela, posto que a Lei Nacional de Licitações não regulamentou de forma adequada os certames licitatórios sustentáveis.

De acordo com Ávila (2012, p. 85), princípios são normas finalísticas e prospectivas. Desse modo, sua aplicação exige uma avaliação sobre a correlação entre o que se deseja promover e os efeitos dessa promoção. Na concepção do autor, os princípios são diretrizes a serem perseguidas, mas que dependem de norma legal para se tornarem efetivos. Princípio sem regulamentação em lei é diretriz inócua.

Não é o que entende Silva (2014, p. 93-94) que, após salientar que “normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo”, reconhecendo a prerrogativa de pessoas ou entidades realizarem certos interesses, aduz que os princípios, que são a base das normas jurídicas, “podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio”.

Para Costa (2013, p. 25), os princípios não devem ser valorados, de modo que um se sobreponha a outro. Diferentemente, o que deve prevalecer é o bom senso. Não há, nesse sentido e segundo a autora, colisão principiológica, mas sim concorrência, devendo os princípios concorrentes serem dosados de modo a se encontrar a melhor interpretação.

De toda forma, havendo conflito (ou concorrência) entre dois ou mais princípios, há que se buscar uma solução razoável. Para Silva Neto (2010, p. 123), “quando os princípios se interseccionam, quem se propuser a resolver o conflito com base neles deve ter em conta o peso relativo de cada qual”. Ressalta o autor, contudo, que esse desiderato não conta com uma fórmula matemática, sendo “controvertida a conclusão a respeito de um princípio em particular ser mais importante do que outro.”

Certos princípios constitucionais – ainda que conflituosos com outros – sobressaem-se naturalmente. Assim é com o princípio do Estado Democrático de Direito, princípio da separação dos poderes, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio do pluralismo, dentre vários outros, inclusive o próprio princípio da legalidade na forma do artigo 5º, inciso II (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”).

Ao se pensar, entretanto, nos princípios que regem a Administração Pública, há que se ter maior parcimônia, haja vista que, em regra, tais princípios visam assegurar a observância de garantias aos indivíduos e pessoas jurídicas contra o Estado. Em outros termos, objetivam impedir que o Poder Público aja com arbitrariedade ou motivado por desejos pessoais.

Nesse sentido – observe-se – o princípio da legalidade toma conotação diferente daquela do artigo 5º, inciso II, da Constituição da República de 1988, de tal modo que

No âmbito da licitação, o princípio da legalidade significa ser vedado à autoridade administrativa adotar **qualquer providência** ou instituir **qualquer restrição** sem autorização legislativa. As normas constitucionais e legais estabelecem um quadro, o qual delimita a competência da autoridade. Portanto, a validade de qualquer decisão da Administração dependerá não apenas de sua compatibilidade com a ordem jurídica, mas de uma autorização legislativa específica (JUSTEN FILHO, 2014b, p. 83, grifos nossos).

Dessa forma, cabe ao legislador delinear a amplitude de ação do administrador, impondo-lhe não só o que fazer, mas como e quando agir. Deduz-se, nesse contexto, que a instituição de um princípio (ou de um objetivo para a licitação pública), por si só, não é suficiente para municiar o agente público de instrumentos voltados à execução das compras governamentais sustentáveis.

O princípio da igualdade – do mesmo modo e como decorrência do princípio constitucional da isonomia – visa resguardar o indivíduo (e também as pessoas jurídicas) contra atos discriminatórios e arbitrários do Poder Público.

Justen Filho (2014a, p. 504) ressalta a tendência da Administração Pública mitigar a relevância do princípio da isonomia em favor da vantagem da contratação. Há uma concepção

de que o tratamento imparcial dos interessados em contratar com o Estado é pressuposto secundário. A visão de que a contratação vantajosa é válida, ainda que ofensiva ao princípio da isonomia, “contém o germe do autoritarismo e representa a abertura da oportunidade para práticas eticamente reprováveis.”

Assim, desenha-se claramente o conflito (ou concorrência) entre o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado (ensejador do desenvolvimento nacional sustentável como objetivo da licitação pública), em face dos princípios da legalidade e da igualdade, ambos compreendidos no campo da Constituição da República e do Direito Administrativo.

Ainda que se busque a conciliação entre eles, parece improvável chegar-se facilmente à conclusão de que a licitação sustentável é legal. Sob a égide da atual legislação que cuida da compra pública, o choque entre o princípio da legalidade, que segundo Mendes (2011, p. 860) está vinculado ao Estado Democrático de Direito, e o desenvolvimento nacional sustentável, é incontornável, eis que excludentes, pelo menos no que diz respeito à inserção de critérios ecológicos no objeto do edital ou na fase de habilitação da licitação pública.

Ao analisar objetivamente a Lei Nacional de Licitações, conclui-se pela falta de regulamentação da compra pública sustentável – haja vista que não se explicita como e quando conduzi-la – o que torna o desenvolvimento nacional sustentável previsto no artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993, mero adorno ou, em outros termos, mera diretriz que ainda carece de norma legislativa que dê efetividade à licitação pública lastreada na sustentabilidade.

Num primeiro momento, Coelho (2014, p. 113) destaca que o Poder Público, nas suas compras e contratações, ainda não adota critérios e requisitos ambientais, o que vem confirmar serem “as normas licitatórias de proteção ambiental mais simbólicas do que concretas”. Saliente-se, por oportuno que, conforme já argumentado, as tais “normas licitatórias de proteção ambiental”, na verdade, resumem-se à expressão “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” no artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993. Em um segundo momento, salienta o autor

[...] que o País não possui política de compras públicas nacionalmente articulada e focada na sustentabilidade, enquanto paradigma de proteção ambiental, e muito menos estratégia razoável e inteligente na área de licitações e contratos do Poder Público que viabilize a imediata implantação e execução do programa legislativo para a promoção do desenvolvimento sustentável (COELHO, 2014, p. 159).

Como meio de solucionar essa carência de regulamentação nacional sobre a compra pública sustentável, legalizando-a definitivamente, cabe ao legislador promover profundas

alterações na Lei n.º 8.666/1993 ou, alternativamente, instituir no País uma nova legislação sobre licitação pública, em que se preveja – de forma clara e objetiva – até onde pode ir o Poder Público na realização das compras e contratações ecológicas. Da forma como se encontra a Lei Nacional de Licitações, não há outra conclusão a se chegar, a não ser a de que a licitação sustentável não dispõe de regulamentação adequada e suficiente, o que a torna ilegal sob o ponto de vista do Direito Administrativo, regulador da compra governamental.

7 NORMAS INFRALEGAIS E LICITAÇÃO SUSTENTÁVEL

Conforme já discutido no presente trabalho, não há, no Brasil, qualquer lei que regule adequadamente e suficientemente a licitação sustentável. Entretanto, a partir principalmente da Lei n.º 12.349, de 2010, que alterou o artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993, incluindo dentre os objetivos da compra pública o desenvolvimento nacional sustentável, vários órgãos e entidades da Administração Pública elaboraram normas próprias buscando disciplinar o tema.

Não obstante o entendimento de que o novo artigo 3º da Lei Nacional de Licitações está longe de regulamentar e legalizar a licitação sustentável, é indubitável que a alteração legislativa (ainda que acanhada) motivou vários órgãos e entidades estatais a darem início a uma nova concepção de negócios públicos. Para tanto, viu-se proliferar instruções normativas, portarias, regulamentos, cartilhas e afins, instituídos com o anseio de traçar as regras para que o Poder Público possa inserir nos instrumentos convocatórios requisitos e condições ambientais nas suas compras e contratações.

Neste capítulo, buscar-se-á analisar – ainda que sucintamente – algumas dessas normas próprias, de modo a apontar seus pontos positivos, negativos e eventuais conflitos com o Estatuto Nacional das Licitações e com os princípios da Administração Pública.

7.1 Instrução Normativa SLTI/MPOG n.º 1/2010

É interessante notar que a Administração Pública Federal, antes mesmo da alteração do artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993 (ocorrida em 15 de dezembro de 2010, através da Lei n.º 12.349, que incluiu o desenvolvimento nacional sustentável como um dos objetivos da licitação pública), já havia editado norma infralegal regulamentando a inserção de critérios de sustentabilidade nas compras públicas realizadas pelo Poder Executivo.

Coube ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), por meio da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI), elaborar a Instrução Normativa n.º 1, de 19 de janeiro de 2010, dispondo sobre “os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional”. Há quem entenda que

A Instrução Normativa SLTI/MPOG n.º 01/2010 tem o grande mérito de ser a primeira norma federal que ousou propor disposições sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens e execução de serviços ou obras

pela Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, ou seja, dispôs corajosa e audaciosamente sobre as licitações sustentáveis (BITTENCOURT, 2014, p. 72).

O artigo 1º da IN ora examinada dispõe que as especificações incluídas nos instrumentos convocatórios elaborados pelos órgãos e entidades da Administração Pública federal (direta, autárquica e fundacional) deverão conter critérios e requisitos de sustentabilidade ambiental, preservando-se, conforme aduzido pelo artigo 2º, a competitividade nos certames.

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.

Art. 2º Para o cumprimento do disposto nesta Instrução Normativa, o instrumento convocatório deverá formular as exigências de natureza ambiental de forma a não frustrar a competitividade.

Destaque-se, já de início, que o verbo “deverão” cria um dever para os órgãos e entidades promotoras do certame licitatório. Desse modo, pela leitura do artigo 1º, a inserção de critérios ambientais nos editais de licitação é obrigatória.

Interessante observar a disposição do artigo 3º da IN¹⁸ que, tratando das licitações do tipo melhor técnica ou técnica e preço, se alinha ao que foi apresentado na seção 4.3 do presente trabalho, quando alegamos que, em razão da falta de regulamentação para a licitação sustentável no Brasil, a melhor alternativa para a realização das ecolicitações seria a adoção de certames do tipo técnica e preço.

O artigo 4º cuida especificamente das obras e serviços de engenharia, elencando em seus nove incisos medidas que devem ser aplicadas aos projetos básicos e executivos como forma de propiciar economia na manutenção da edificação, redução do consumo de água e energia (inclusive com o uso de energia solar e sistema de reuso de água e tratamento de efluentes), bem como utilização de tecnologias que reduzam o impacto ambiental.

Aparentemente há uma falha no texto do §5º do artigo 4º, que assim estabelece:

§ 5º Quando a contratação envolver a utilização de bens e a empresa for detentora da norma ISO 14000, o instrumento convocatório, além de estabelecer diretrizes sobre

¹⁸ 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.

a área de gestão ambiental dentro de empresas de bens, deverá exigir a comprovação de que o licitante adota práticas de desfazimento sustentável ou reciclagem dos bens que forem inservíveis para o processo de reutilização.

Ao elaborar o instrumento convocatório – procedimento vinculado à fase interna da licitação – o órgão ou entidade pública, por óbvio, ainda não conhece a empresa vencedora. Logo, o promotor do certame licitatório somente saberá se o licitante vencedor detém ou não a certificação ISO 14000 após transcorrido todo o procedimento, não sendo mais possível, desse modo, alterar as disposições do edital e as condições para a contratação. Há, nitidamente, um equívoco na redação do §5º, do artigo 4º, da IN SLTI/MPOG n.º 1/2010.

O artigo 5º inaugura o capítulo que trata da aquisição de bens e serviços, dispondo que os órgãos e entidades da Administração Pública federal “poderão” exigir critérios de sustentabilidade ambiental que vêm relacionados nos incisos de I a IV. Bittencourt (2014, p. 102), analisando especificamente esse dispositivo, aduz que

Pelos termos do art. 5º, à Administração é facultado o direito de estabelecer exigências de critérios de sustentabilidade nas licitações para a aquisição de bens ou a contratação de serviços. Nesse viés, o dispositivo oferece um elenco sugestivo de critérios passíveis de serem solicitados nas competições públicas [...].

Todavia, quer-nos parecer que, na realidade, o verbo “poderão” constante do *caput* tem apenas o condão de oferecer sugestões ao órgão ou entidade pública para que insira requisitos ambientais no instrumento convocatório. Tal inserção seria obrigatória, à luz do que prescreve o artigo 1º da IN¹⁹, podendo o promotor do certame optar pelas alternativas (exaustivas) indicadas nos incisos de I a IV do artigo 5º.

Aliás, no artigo 6º, que cuida da contratação de serviços, a IN volta a utilizar o verbo “deverão”, não obstante ao final do texto indicar que tal exigência só se aplica quando for cabível: “Art. 6º Os editais para a contratação de serviços deverão prever que as empresas contratadas adotarão as seguintes práticas de sustentabilidade na execução dos serviços, quando couber:”. Em seguida, relaciona em seus oito incisos algumas práticas sustentáveis.

Também relevante é o artigo 10 da Instrução Normativa, dispondo que os órgãos e entidades da Administração Pública federal, quando da celebração, renovação ou aditamento de convênios ou contratos de financiamento com recursos da União (ou tomados de terceiros

¹⁹ 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. (grifos nossos)

com aval da União), deverão incluir cláusula que obrigue o partícipe à observância dos artigos 2º a 6º da IN, também no que couber.

Desnecessário dizer, tendo em vista o exposto no presente trabalho, que a elaboração de Instrução Normativa tal qual a IN SLTI/MPOG n.º 1/2010 é ilegal, haja vista que este tipo de instrumento deve, necessariamente, encontrar respaldo, subsídio e fundamento na legislação. Como a Lei n.º 8.666/1993 (que rege as licitações públicas em todo o País) não regulamentou adequada e suficientemente a licitação sustentável, seria impossível ao Poder Executivo da União criar norma (infralegal) própria para este fim, substituindo o Poder Legislativo.

Nessa linha, observa Bittencourt (2014, p. 76) que “não é de boa técnica utilizar-se de uma instrução normativa para a efetivação de regras licitatórias concernentes ao desenvolvimento sustentável.”

Ainda mais enfático é o posicionamento de Santos (2010), que refuta de forma veemente a utilização de instrução normativa para o fim de instituir e regulamentar a licitação sustentável no âmbito da União, lecionando que é imprescindível a atividade do legislador para a criação de ferramentas legislativas. Para o autor,

Uma instrução normativa é muito pouco para efetivar a intenção brasileira no que tange à proteção ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável. Diante disso, compete ao Poder Legislativo buscar ferramentas legislativas que possam ir ao encontro das políticas e tratados internacionais sobre a proteção do planeta. Atualmente há no Congresso Nacional algumas discussões na Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável sobre a direção correta das políticas nacionais visando diminuir os impactos ambientais.

Entendimento oposto é apresentado por Santos (2011, p. 162), para quem o poder normativo da Administração deve servir para regulamentar as licitações sustentáveis, de tal modo que

No caso da utilização do poder normativo (ou de atos administrativos normativos) para a viabilização das licitações sustentáveis, não haverá contrariedade ou extrapolação da reserva legal, ao contrário, será uma forma de contemplar valores constitucionais e legais relativos à defesa do meio ambiente.

Isso porque a normatização administrativa destinada a estabelecer os critérios de sustentabilidade para a aquisição de objetos sustentáveis será um meio de possibilitar a aplicação da nova redação da Lei n.º 8.666/93 de acordo com os valores constitucionais de defesa do meio ambiente e de leis ordinárias, como a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei de Mudanças Climáticas e a Lei sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Entretanto, a Lei n.º 8.666/1993 (mesmo considerando a alteração do artigo 3º, promovida pela Lei n.º 12.349/2010) não regulamentou a questão relativa às compras públicas sustentáveis. Da forma (superficial) como restou alterada a Lei Nacional de Licitações, não há qualquer margem para que a Administração Pública edite atos normativos que versem sobre as compras ecológicas, eis que tais atos estariam, na realidade, seja qual for o seu teor, extrapolando – e muito – o que prescreve a lei de regência.

Nunca é demais lembrar que o princípio da legalidade (verdadeiro corolário do Estado Democrático de Direito) condiciona os atos e procedimentos da Administração ao estritamente previsto em lei, cabendo a esta não só indicar o que fazer, mas também como e quando fazer.

Não pode o Poder Executivo, em razão da omissão e superficialidade da atividade legislativa, editar ele próprio normas que, a rigor, não encontram supedâneo na Lei Nacional de Licitações. Por esta razão, entende-se, de acordo com os argumentos já apresentados, que a Instrução Normativa SLTI/MPOG n.º 1/2010 é ilegal, indo muito além do que autoriza a lei.

7.2 Decreto federal n.º 7.746/2012

O Decreto n.º 7.746, de 5 de junho de 2012, teve como objetivo regulamentar o artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993, exatamente para estabelecer diretrizes, critérios e práticas para a promoção do desenvolvimento sustentável nas licitações promovidas pela Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, bem como pelas empresas estatais.

Diferentemente da IN SLTI/MPOG n.º 1/2010, o artigo 2º do Decreto federal trata a licitação sustentável como uma prerrogativa do órgão ou entidade promotor do certame. Daí utilizar-se do verbo “poderão”. E mais: determina que, sendo feita a opção pelo uso de critérios de sustentabilidade, deverá a autoridade competente justificá-la nos autos, cuidando ainda para a preservação da competitividade.

Art. 2º A administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes poderão adquirir bens e contratar serviços e obras considerando critérios e práticas de sustentabilidade objetivamente definidos no instrumento convocatório, conforme o disposto neste Decreto.

Parágrafo Único. A adoção de critérios e práticas de sustentabilidade deverá ser justificada nos autos e preservar o caráter competitivo do certame.

Bittencourt (2014, p. 147), comentando sobre o tema, leciona que “apesar do inusitado ‘poderão’, o prescrito no decreto regulamentar não deve ser entendido como mera faculdade, mas, sim, como determinante”.

De acordo com Ferreira (2005, p. 637), o verbo poder significa “ter a faculdade, ou o direito, de; ter possibilidade de, ou autorização para”. O mesmo autor (2005, p. 315) informa, por sua vez, que o verbo dever corresponde a “ter obrigação de; obrigação, tarefa”. Tratam-se de verbos com significação absolutamente distinta. Não pode o intérprete, na sanha de defender seu ponto de vista, transmudar o significado de expressões ou termos da língua portuguesa. Assim, não cabe outro entendimento: o Decreto efetivamente produziu uma faculdade para a Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes. Tal posicionamento vem reforçado pelo parágrafo único do artigo 2º que, ao indicar a necessidade de justificar nos autos a adoção de critérios de sustentabilidade, deixa muito claro que tal adoção é excepcional. Note-se, nesse ponto, que seria impensável exigir da autoridade competente que, adotando o padrão, tivesse que a cada caso justificar seu uso.

O artigo 3º indica que os critérios de sustentabilidade previstos no artigo 2º devem integrar a especificação do objeto (termo de referência) ou o rol de obrigações da empresa contratada, vencedora da licitação.

O artigo 5º do Decreto trata da aquisição de bens e praticamente repete o disposto no artigo 5º, *caput* e inciso I da IN SLTI/MPOG n.º 1/2010. Utilizou-se o Decreto, mais uma vez, do verbo “poderão”:

Art. 5º A administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes poderão exigir no instrumento convocatório para a aquisição de bens que estes sejam constituídos por material reciclado, atóxico ou biodegradável, entre outros critérios de sustentabilidade.

Dispõe o artigo 6º:

Art. 6º As especificações e demais exigências do projeto básico ou executivo para contratação de obras e serviços de engenharia devem ser elaboradas, nos termos do art. 12 da Lei nº 8.666, de 1993, de modo a proporcionar a economia da manutenção e operacionalização da edificação e a redução do consumo de energia e água, por meio de tecnologias, práticas e materiais que reduzam o impacto ambiental.

Conforme já mencionado alhures, a elaboração do projeto básico ou executivo, no caso das obras e serviços de engenharia, encontra-se na fase interna da licitação, devendo compor o respectivo edital, nos termos do artigo 7º, §2º, inciso I, da Lei n.º 8.666/1993. Desse modo, entende-se que um projeto básico ou executivo que contemple edificação ambientalmente adequada não se presta para caracterizar a licitação sustentável, eis que o

licitante vencedor poderá, a rigor, ser uma empresa que não mantém qualquer prática ambiental e que, mesmo assim, executará a obra nos exatos termos do projeto.

Por óbvio, é desejável que as edificações públicas observem critérios ambientais. Porém, o que se reafirma é que há uma diferença entre (a) exigir critérios de sustentabilidade do produto ou do processo produtivo, ou ainda do procedimento de prestação de serviços, e (b) elaborar um projeto básico ou executivo e entregá-lo ao licitante vencedor para que o execute, haja vista que, nesse segundo caso, sustentável será a edificação (e não a licitação).

Interessante ainda trazer as disposições do artigo 8º do Decreto federal:

Art. 8º A comprovação das exigências contidas no instrumento convocatório poderá ser feita mediante certificação emitida por instituição pública oficial ou instituição credenciada, ou por qualquer outro meio definido no instrumento convocatório.

§ 1º Em caso de inexistência da certificação referida no caput, o instrumento convocatório estabelecerá que, após a seleção da proposta e antes da adjudicação do objeto, o contratante poderá realizar diligências para verificar a adequação do bem ou serviço às exigências do instrumento convocatório.

§ 2º Caso o bem ou serviço seja considerado inadequado em relação às exigências do instrumento convocatório, o contratante deverá apresentar razões técnicas, assegurado o direito de manifestação do licitante vencedor.

Cabe tecer alguns comentários sobre o §1º que, a rigor, determina que não havendo certificação (emitida por instituição pública oficial ou instituição credenciada) que comprove os requisitos ambientais, deverá o órgão promotor da licitação realizar diligência a fim de verificar se o bem ou serviço cumpre aquelas exigências previstas no edital.

Cria o Decreto uma evidente dificuldade para a Administração, uma vez que a realização de diligências, na maioria dos casos, se apresenta penosa, dispendiosa, morosa e controvertida – e aqueles que atuam com licitações públicas sabem bem disso.

Ademais, o procedimento de diligenciamento chega a ser contraditório com o espírito da Lei n.º 10.520/2002 (Lei do Pregão) combinada com as determinações dos Decretos n.º 5.450/2005²⁰ e n.º 5.504/2005²¹.

A Lei n.º 10.520/2002 instituiu a licitação na modalidade pregão, indicando no artigo 1º que tal modalidade aplica-se à aquisição de bens e serviços comuns. No parágrafo único conceitua bens e serviços comuns como “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade

²⁰ Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

²¹ Estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos.

possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”. A considerar o disposto no artigo 3º do Decreto, conclui-se que os bens ou serviços sustentáveis enquadram-se na categoria de bens ou serviços comuns, estando aptos, portanto, a serem licitados por meio do pregão.

Por sua vez, os Decretos n.º 5.450 e 5.504, ambos de 2005, determinam que a Administração Pública federal deve realizar suas compras de bens e serviços comuns por meio do pregão, preferencialmente na forma eletrônica.

Ora, como é cediço, a ideia central do pregão é propiciar agilidade, simplicidade e imparcialidade nas licitações públicas. O ritual dessa modalidade é de tamanha singeleza que permite ao pregoeiro (e não à comissão de licitação) decidir isoladamente sobre fatos e atos ocorridos durante a licitação; tudo para que, ao final da sessão do pregão, seja definido o licitante vencedor, sem maiores delongas, sem maiores burocracias, sem procrastinações. Desse modo, no pregão,

O julgamento é realizado em uma única sessão, que será conduzida pelo pregoeiro, com o auxílio da equipe de apoio. A ele caberá receber o envelope com as propostas de preços, sua abertura e classificação, os lances, a análise de sua aceitabilidade e classificação final, bem como a adjudicação do objeto do certame ao vencedor (MEIRELLES, 2007, p. 106).

Assim, a rigor, o pregão é uma modalidade em que a diligência não se adapta. Querendo ou não, o diligenciamento retarda a conclusão do processo e impede que, naquela única sessão mencionada por Meirelles (2007, p. 106), declare-se o licitante vencedor e adjudique-se o objeto.

Quando se pensa no pregão sob a forma eletrônica, o inconveniente da diligência fica ainda mais evidente. A disputa virtual permite que se tenham licitantes espalhados pelas mais distantes localidades brasileiras. Um pregão eletrônico, digamos, conduzido em Brasília, pode contar com participantes localizados nos rincões do Nordeste ou do Sul, ou em municípios interioranos do Norte. Ora, realizar diligência junto a um proponente sediado a milhares de quilômetros do ente promotor do certame, além de moroso, é dispendioso e contraproducente, em face dos limitados recursos financeiros de que dispõe o Estado para realizar suas finalidades.

Destarte, vejamos. Os Decretos 5.450/2005 e 5.504/2005 exigem que a Administração Pública realize a compra de bens e serviços comuns através do pregão, preferencialmente na forma eletrônica. Logo, o procedimento a que se sujeitam tais compras é simplificado, desburocratizado e singelo. Por sua vez, o Decreto 7.746/2012, artigo 8º, §1º,

praticamente exige a realização de diligência quando inexistir certificação (emitida por instituição pública oficial ou por instituição credenciada) que comprove o atendimento de requisitos ambientais de produtos licitados por meio das compras públicas sustentáveis. Inevitável reconhecer-se certa contradição entre os Decretos federais.

A partir do artigo 9º, o Decreto passa a dispor sobre a instituição da Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP, sobre a qual deixar-se-á de comentar por afastar-se do tema do presente trabalho.

De todo modo, repise-se aqui tudo o que foi argumentado acerca da ilegalidade da IN SLTI/MPOG n.º 1/2010, haja vista que, ao nosso sentir, também o Decreto n.º 7.746/2012 é ilegal por não encontrar fundamento e amparo na Lei (geral) de Licitações.

Cabe lembrar que o princípio da legalidade exige que os atos da Administração encontrem expressa autorização legal, que deve não só indicar o que o Poder Público pode fazer, mas também como e quando deve fazê-lo. Nesse sentido, a mera inserção da promoção do desenvolvimento nacional sustentável no artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993, como um dos objetivos da licitação pública (medida singela e rasteira), de modo algum autoriza o ente público a inovar e criar regras próprias e específicas para as licitações sustentáveis.

7.3 Guia prático de licitações sustentáveis da AGU

A Consultoria Jurídica da União no Estado de São Paulo – CJU/SP, vinculada à Advocacia-Geral da União – AGU, elaborou o Guia Prático de Licitações Sustentáveis, que já se encontra em sua 3ª edição, de março de 2013.

Não se trata de nenhuma norma infralegal. Na realidade, procurou a CJU/SP, a partir da definição de alguns grupos de materiais e serviços, apontar possíveis critérios e requisitos ambientais que poderiam ser exigidos nos instrumentos convocatórios.

Assim, por exemplo, ao tratar do grupo “aparelhos elétricos em geral”, o Guia indica que uma das providências que podem ser tomadas pelo ente promotor da licitação é inserir no edital a exigência de que

Só será admitida a oferta do produto XXXX que possua a Etiqueta Nacional de Conservação de Energia – ENCE, na(s) classe(s) XXXX, nos termos da Portaria INMETRO n.º XXXX, que aprova os Requisitos de Avaliação da Conformidade – RAC do produto e trata da etiquetagem compulsória.

Ao tratar do grupo “pilhas e baterias” o Guia sugere, dentre outras, a inclusão da seguinte exigência:

Só será admitida a oferta de pilhas e baterias cuja composição respeite os limites máximos de chumbo, cádmio e mercúrio admitidos na Resolução CONAMA n.º 401, de 04/11/2008, para cada tipo de produto, conforme laudo físico-químico de composição elaborado por laboratório acreditado pelo INMETRO, nos termos da Instrução Normativa IBAMA n.º 08, de 03/09/2012.

Do ponto de vista prático, o Guia de Licitações Sustentáveis da AGU-CJU/SP traz importantes contribuições, eis que aponta de maneira bastante clara, didática e objetiva como, efetivamente, poderiam ser inseridos critérios de sustentabilidade na aquisição de vários grupos de produtos e serviços, sugerindo, inclusive, a redação a ser incluída nos editais.

Contudo, na sua apresentação – como seria naturalmente esperado – a AGU-CJU/SP menciona a base legal utilizada para a elaboração do Guia, dentre a qual encontram-se os artigos 225 e 23, inciso VI, da Constituição de 1988, o artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993 e, por fim, o Decreto federal n.º 7.746/2012.

Conforme já mencionado neste trabalho, entendemos que, apesar de toda a envergadura do texto constitucional na proteção do meio ambiente, a licitação sustentável no Brasil não está devida e suficientemente regulamentada. Nem pela própria Constituição – como era de se esperar – nem pela Lei n.º 8.666/1993, nem por qualquer outra lei brasileira.

Desse modo, há que se analisar o Guia com bastante cautela, eis que, por meio dele, podem ser observadas duas formas de realizar as licitações sustentáveis. Uma, baseada na exigência de que a empresa fornecedora ou prestadora de serviços comprove o atendimento a disposições legais, como retratado no exemplo das “pilhas e baterias” acima. A Resolução CONAMA n.º 401 é o instrumento que estabelece os limites máximos de chumbo, cádmio e mercúrio para as pilhas e baterias comercializadas no Brasil. Logo, não seria o instrumento convocatório o responsável por fixar tais limites. O que o edital exigiria é que os fornecedores comprovassem o atendimento à Resolução do CONAMA, o que é perfeitamente cabível, aceitável e legal.

Outra forma indicada pelo Guia para a implementação das licitações sustentáveis, fundamenta-se na fixação de requisitos no instrumento convocatório que, muito embora ambientalmente adequados, não encontram suporte na legislação, como no exemplo dos “aparelhos elétricos em geral”. Nesse caso, o critério de sustentabilidade é obra de criação do órgão promotor do certame, o que ofende o princípio da legalidade, da igualdade e da

impessoalidade, uma vez que a Administração estaria inovando na criação de requisito para participação de interessados na licitação pública.

Em outros termos, pode-se afirmar que uma coisa é o Poder Público, em suas compras e contratações, exigir que o fornecedor comprove que cumpre a lei e as determinações de órgãos com poder de regulamentação (como o CONAMA, por exemplo, cuja competência de instituir normas ambientais provém da Lei n.º 6.938/1981); outra coisa, bastante diferente, é esse mesmo Poder Público estabelecer seus próprios requisitos, critérios e exigências ambientais, inserindo-os nos editais de licitação.

No primeiro caso, a Administração estará não só exercendo um direito legítimo, mas cumprindo um dever, haja vista que seria descabido ao Poder Público contratar fornecedores e prestadores de serviços que descumprem a lei, seja ela tributária, trabalhista ou ambiental. Já no segundo caso, entendemos tratar-se de ato arbitrário, contrário ao princípio da legalidade, eis que não pode o órgão promotor do certame criar uma regra (sem respaldo legal) para que eventuais interessados participem da licitação e tenham suas propostas aceitas.

Assim, muito embora se reconheça no Guia um instrumento didaticamente interessante, é preciso salientar que sua aplicação ou utilização prática, pelo menos nesse momento, resta inviabilizada, tendo em vista que a licitação sustentável não se encontra devida e suficientemente regulamentada pela lei de regência.

7.4 Norma mineira: o Decreto n.º 46.105/2012

O Estado de Minas Gerais, seguindo a tendência do Governo Federal, publicou o Decreto estadual n.º 46.105, de 12 de dezembro de 2012, através do qual estabeleceu diretrizes para a promoção do desenvolvimento sustentável nas compras e contratações realizadas pela administração pública direta, autárquica, fundacional e pelas empresas públicas.

O artigo 2º do Decreto mineiro acompanha a mesma lógica do Decreto 7.746/2012, ao estabelecer que os critérios de sustentabilidade, se utilizados, devem compor a definição do objeto ou as obrigações do contratado.

Enquanto o Decreto federal, no artigo 2º, dispõe que os órgãos da Administração “poderão adquirir bens e contratar serviços e obras considerando critérios e práticas de sustentabilidade”, a norma do Estado de Minas Gerais fixa, também em seu artigo 2º, que “o responsável pela aquisição de bens, contratação de serviços e obras avaliará a viabilidade da adoção de critérios de sustentabilidade”.

Na prática, o Decreto mineiro também trata a licitação sustentável como prerrogativa do órgão promotor do certame, deixando a cargo do responsável pela aquisição avaliar se a inserção de requisitos ambientais no instrumento convocatório é, ou não, viável (poder discricionário da autoridade competente). Importante lembrar que

Discricionários são os atos administrativos praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve. Assim, cabe à Administração Pública escolher dito comportamento. Essa escolha se faz por critério de conveniência e oportunidade, ou seja, de mérito. Há conveniência sempre que o ato interessa, convém ou satisfaz ao interesse público. Há oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público. São juízos subjetivos do agente competente sobre certos fatos e que levam essa autoridade a decidir de um ou outro modo (GASPARINI, 2012, p. 149).

Caminhou bem o Decreto n.º 46.105/2012 com o texto dos §§ 1º, 2º e 3º do artigo 2º.

Vejam os:

§ 1º Para a definição dos critérios referidos no caput, poderão ser observadas práticas sustentáveis utilizadas pelo mercado fornecedor.

§ 2º O edital de licitação que estabeleça critérios de sustentabilidade poderá ser objeto de consulta pública, visando verificar a adequação das exigências ao mercado fornecedor.

§ 3º A adoção dos critérios de sustentabilidade de que trata o caput preservará o caráter competitivo do certame e a economicidade da contratação.

Os dispositivos acima transcritos mostram claramente a preocupação do Governo mineiro em assegurar competitividade e economicidade nas licitações sustentáveis. Daí firmar que os critérios ambientais eventualmente inseridos no edital devem observar as práticas de sustentabilidade adotadas pelo mercado fornecedor, indicando ainda que essa adequação pode ser objeto de verificação mediante consulta pública.

Pode-se concluir pelos dispositivos que, se determinado bem ou serviço sustentável não for fornecido por um rol considerável de empresas do mercado, a licitação ambiental não se mostrará viável, eis que estará comprometida a competitividade e, a rigor, aquela prática de sustentabilidade inserida no instrumento convocatório não se mostrará costumeira entre os fornecedores daquele segmento.

Dispõe o artigo 3º:

Art. 3º Nas licitações que utilizem como critério de julgamento o tipo melhor técnica, ou o tipo técnica e preço, poderão ser estabelecidos, no instrumento convocatório, critérios objetivos de sustentabilidade, relacionados ao objeto licitado, para a avaliação e classificação das propostas.

A orientação do artigo 3º supra – que não é encontrada no Decreto federal n.º 7.746/2012 – se amolda ao que já foi analisado na seção 4.3 deste trabalho, quando ressaltou-se que, em razão da falta de suporte legal para a inserção de critérios de sustentabilidade na fase de Habilitação, bem como na especificação do objeto, a melhor alternativa para a implementação das compras públicas sustentáveis é por meio da adoção de certame do tipo “técnica e preço”.

O artigo 4º elenca nos incisos de I a XIII uma série de aspectos que podem ser considerados como critérios de sustentabilidade nas licitações. Em seu parágrafo único deixa claro que o rol não é taxativo, podendo os órgãos ou entidades estabelecerem outros critérios, desde que os justifiquem nos autos do processo.

Prescreve o artigo 5º do Decreto n.º 46.105/2012:

Art. 5º As especificações e demais exigências do projeto básico ou executivo para contratação de obras e serviços de engenharia serão elaboradas visando à:

- I – economia na manutenção e operacionalização da edificação;
- II – redução do consumo de energia e água;
- III – utilização de tecnologias e materiais que reduzam o impacto ambiental; e
- IV – observância de outros critérios de sustentabilidade, desde que devidamente fundamentados.

Conforme foi abordado anteriormente neste trabalho, a elaboração do projeto básico precede o instrumento convocatório, dele devendo fazer parte (artigo 7º, §2º, I, da Lei n.º 8.666/1993). A empresa vencedora da licitação para a execução da obra ou serviço de engenharia realizará a empreitada nos exatos termos dos projetos. Logo, sustentável será a edificação, e não a licitação da qual decorreu o contrato com a empreiteira.

Em outros termos, não se estará exigindo a comprovação de quaisquer práticas ambientais por parte da empresa vencedora e, mesmo assim, em consonância com os projetos (básicos e executivos) fornecidos pela Administração, poderá ela realizar o empreendimento que, ao final, atenderá plenamente aos critérios ambientais pré-fixados.

O artigo 6º fixa uma série de medidas ambientais que poderão ser inseridas como obrigações contratuais nos contratos firmados pela Administração estadual, visando a promoção da sustentabilidade nas contratações.

O artigo 7º do Decreto mineiro apresenta a mesma falha do artigo 8º, *caput* e §1º do Decreto federal n.º 7.746/2012:

Art. 7º A comprovação das exigências contidas no instrumento convocatório poderá ser feita mediante certificação emitida por instituição pública oficial ou instituição credenciada, diligências do órgão ou entidade contratante ou por outro meio definido no instrumento convocatório.

Não é necessário que se repita tudo o que foi argumentado quando da análise do Decreto federal, uma vez que o que lá se disse aplica-se integralmente à norma do Estado de Minas Gerais. Entretanto, é interessante recordar que o instituto da diligência é moroso, dispendioso e contraproducente. Além disso, tal providência não se amolda às licitações na modalidade pregão, cuja adoção pelos órgãos e entidades estaduais é obrigatória na aquisição de bens e serviços comuns, consoante dispõe o artigo 3º do Decreto estadual n.º 42.408/2002²².

Vale tecer alguns comentários acerca do artigo 9º, que assim estabelece:

Art. 9º A SEPLAG disponibilizará, no Catálogo de Materiais e Serviços – CATMAS – do Sistema Integrado de Administração de Materiais e Serviços, itens sustentáveis de utilização obrigatória.

§ 1º Será considerado sustentável o item de material ou serviço que apresentar pelo menos um dos critérios de sustentabilidade definidos no art. 4º.

§ 2º Caso comprovada a necessidade de utilização de item não sustentável, de modo que não possa ser atendida a obrigatoriedade estabelecida no caput, o órgão ou entidade demandante justificar-se-á tecnicamente nos autos do processo de compras.

Aparentemente há uma contradição entre o artigo 9º e o artigo 2º do Decreto n.º 46.105/2012. A leitura do artigo 2º conduz à conclusão de que a licitação sustentável é mera faculdade do órgão ou entidade promotora do certame, cabendo-lhe avaliar a viabilidade da inserção de critérios de sustentabilidade nos instrumentos convocatórios. O artigo 9º, todavia, indica que a SEPLAG disponibilizará catálogo de itens sustentáveis de uso obrigatório. Ora, se o uso de determinados itens é obrigatório, por óbvio que as compras públicas deverão impor aos pretensos fornecedores o atendimento daqueles requisitos sustentáveis, deixando a licitação ambiental – pelo menos para esses itens – de ser mera faculdade, como aponta o artigo 2º.

Vale ainda comentar o artigo 10 do Decreto mineiro:

Art. 10. Os critérios de sustentabilidade referidos neste Decreto serão observados, sempre que possível, nas propostas de inclusão de itens de material e serviço no CATMAS.

²² Art. 3º Os contratos celebrados pelo Estado, para aquisição de bens e serviços comuns, serão precedidos, obrigatoriamente, por licitação pública, na modalidade de pregão, preferencialmente eletrônico, que se destina a garantir, por meio de disputa justa entre os interessados, a compra mais econômica, segura e eficiente.

§ 1º O responsável pela proposta informará, em campo específico disponível no sistema, o critério de sustentabilidade utilizado na especificação inserida.

§ 2º A proposta que não incluir critério de sustentabilidade poderá ser devolvida ao proponente para revisão.

De acordo com o texto do *caput* do artigo 9º, CATMAS é o “Catálogo de Materiais e Serviços” do Estado de Minas Gerais. Desse modo, o que o artigo 10 prescreve é que a inserção de novos itens nesse Catálogo deverá observar, preferencialmente, a inclusão de requisitos ambientais. No §2º menciona-se que a falta desses requisitos poderá ensejar a devolução da proposta (ou especificação) ao órgão ou entidade estadual que a apresentou, de modo que se faça uma revisão (e se inclua os critérios ambientais cabíveis).

Ressalvada a contradição existente entre o artigo 2º e o artigo 9º do Decreto n.º 46.105/2012, observa-se que sua essência é mais adequada aos contornos da lei do que a constante do Decreto federal n.º 7.746/2012.

De toda forma, reitera-se que não há lei federal que regule devida e suficientemente a licitação sustentável no Brasil. O novel artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993 apenas passou a contemplar o desenvolvimento nacional sustentável como um dos objetivos a serem alcançados pela compra pública, mas em nenhum outro dispositivo a Lei disciplinou como e quando realizá-la.

Por esta razão, qualquer norma infralegal – seja ela federal, estadual ou municipal – que procure regulamentar as ecolicitacoes, delineando regras e procedimentos a serem observados pelo Poder Público, é de legalidade questionável, uma vez que sua validade estaria condicionada a contornos prefixados por lei, o que, como vimos, inexistente atualmente no Brasil.

8 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES – RDC

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC é a denominação pela qual ficou conhecido o regramento licitatório estabelecido pela Lei n.º 12.462, de 4 de agosto de 2011. Referida Lei impôs, já no artigo 1º, uma limitação material para sua aplicação:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.

[...]

§3º Além das hipóteses previstas no caput, o RDC também é aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino.

Em sua origem, o RDC abarcava apenas as hipóteses previstas nos incisos I, II e III do artigo 1º. Em 18 de julho de 2012, a Lei n.º 12.688 incluiu o inciso IV; em 3 de outubro de 2012, a Lei 12.722 incluiu o §3º; em 19 de dezembro de 2012, por sua vez, a Lei n.º 12.745 promoveu a inclusão do inciso V; por fim, em 28 de maio de 2014, por meio da Lei n.º 12.980, fez-se a inclusão do inciso VI.

É interessante notar que o Regime Diferenciado de Contratações foi concebido para ser temporário. Terminados os eventos esportivos indicados nos incisos I e II (Copa das Confederações FIFA de 2013, Copa do Mundo FIFA de 2014 e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016), o RDC deixaria, pela consumação de seu objetivo, de ser utilizado pela Administração Pública.

Contudo, a inclusão dos incisos IV, V e VI, bem como do §3º, perenizou a utilização do Regime Diferenciado:

[...] é importante frisar que a Lei n.º 12.462 instituiu o RDC como um regime efêmero, aplicável apenas às hipóteses dos incisos I a III do art. 1º. Assim, passados

os eventos esportivos, não mais haveria fundamento legal para se lançar novas licitações pelo regime diferenciado [...].

O âmbito de aplicação do regime diferenciado, contudo, foi progressivamente ampliado. E o RDC passou a ter, ao menos normativamente, a natureza de um perene regramento licitatório (ANDRADE e VELOSO, 2014, p. 36).

Esse movimento de ampliação das hipóteses de incidência do Regime Diferenciado fez surgir uma expectativa de que o RDC passaria a ser a regra hegemônica para as contratações públicas. Era essa a proposta do Projeto de Lei de Conversão (PLV) n.º 01/2014 que, entretanto, foi rejeitado pelo Senado Federal em 20 de maio de 2014.

Atualmente, porém, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 559/2013, que objetiva instituir normas para as licitações públicas e contratos administrativos, substituindo inteiramente a Lei n.º 8.666/1993, a Lei n.º 10.520/2002 e o RDC, passando a constituir a norma geral para as compras públicas no Brasil. Há que se registrar que o PLS n.º 559/2013 incorpora muitos dos procedimentos, rituais e regras do Regime Diferenciado.

Para Moreira e Guimarães (2012, p. 39), o Regime Diferenciado de Contratações é norma geral diferenciada e que, assim, deve ser interpretada de forma autônoma, razão pela qual “não se deve ler a Lei 12.462/2011 com a lente da LGL (e/ou demais diplomas pretéritos).” Para os autores, a Lei n.º 8.666/1993 aplica-se à tipologia do RDC somente em casos excepcionais, quando a própria Lei n.º 12.462/2011, de forma expressa, remeter o intérprete ao Estatuto das Licitações Públicas. Tal consideração retrata claramente o que dispõe o §2º, do artigo 1º, do Regime Diferenciado: “A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa no instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei.”

É certo que o Regime Diferenciado de Contratações apresenta uma série de defeitos técnicos e procedimentos questionáveis, como é o caso, por exemplo, da contratação integrada, em que a empreiteira vencedora da licitação para a execução de obra ou serviço de engenharia é também a responsável pela elaboração do projeto básico e executivo²³. Falha técnica das mais evidentes ocorre a partir do artigo 48, eis que até o artigo 47 a Lei n.º 12.462/2011 dispõe sobre as regras diferenciadas que permeiam o novo Regime de Contratações Públicas e, a partir do artigo seguinte (artigo 48) passa a dispor sobre assuntos absolutamente alheios à compra pública (alterações na organização da Presidência da

²³ A Lei n.º 8.666/1993 caminha em sentido diametralmente oposto, estabelecendo que uma das condições para a publicação da licitação é que o projeto básico (devidamente aprovado pela autoridade competente) integre o edital e esteja disponível aos interessados, nos termos do seu artigo 7º, §2º, inciso I.

República e nos Ministérios, do pessoal destinado ao controle do tráfego aéreo, da criação do Fundo Nacional de Aviação Civil etc.). Contudo, é inegável que sob o aspecto ambiental, o RDC avançou bastante em relação à Lei n.º 8.666/1993, muito embora ainda apresente falhas e textos acanhados.

8.1 O RDC e a licitação sustentável

A primeira menção ao meio ambiente, realizada pelo Regime Diferenciado de Contratações, está no artigo 2º, inciso IV, alínea “b”:

Art. 2º Na aplicação do RDC, deverão ser observadas as seguintes definições:

[...]

IV - projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para, observado o disposto no parágrafo único deste artigo:

[...]

b) assegurar a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento;

Já na definição do projeto básico é estabelecida a necessidade de se assegurar, através dele, o adequado tratamento dos impactos ambientais provocados pelo empreendimento.

Outro ponto que merece destaque é a redação dada ao artigo 3º:

Art. 3º As licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Diferentemente do artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993, que elege a promoção do desenvolvimento sustentável como um dos objetivos da licitação pública, o RDC, coincidentemente também no artigo 3º, coloca o desenvolvimento nacional sustentável como mais um princípio a ser observado nas compras públicas.

O artigo 4º da Lei n.º 12.462/2011 aborda o meio ambiente de forma ampla. Vejamos:

Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

[...]

III - busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive

os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

[...]

§ 1º As contratações realizadas com base no RDC devem respeitar, especialmente, as normas relativas à:

I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;

II - mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;

III - utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais;

IV - avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;

V - proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; e

VI - acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

§ 2º O impacto negativo sobre os bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados deverá ser compensado por meio de medidas determinadas pela autoridade responsável, na forma da legislação aplicável.

O inciso III indica claramente que a busca pela maior vantagem para a Administração deve considerar, além do aspecto econômico, também o social e o ambiental. Porém, mais contundente são as disposições do §1º, determinando que as contratações decorrentes do RDC devem, necessariamente, respeitar as normas relativas à disposição de resíduos sólidos, mitigação por condicionantes e compensação ambiental, utilização de materiais e equipamentos que reduzam o consumo de energia e de recursos naturais, avaliação dos impactos na vizinhança (típico do meio ambiente urbano) e proteção do patrimônio histórico, cultural e imaterial (típico do meio ambiente cultural).

Ao contrário da Lei n.º 8.666/1993 – que limitou-se a incluir a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como um dos objetivos da licitação –, o RDC indica de forma clara que as contratações promovidas pelo Regime Diferenciado devem observar uma série de preceitos ambientais. Não há, portanto, dúvida acerca, por exemplo, da exigência de que o contratado disponha adequadamente os resíduos sólidos gerados na execução dos serviços. Não se trata sequer de uma prerrogativa do órgão promotor da licitação, mas de uma obrigação enunciada pelo verbo “dever” no §1º do artigo 4º.

O artigo 7º da Lei n.º 12.462/2011 volta a tratar da questão ambiental, dispendo:

Art. 7º No caso de licitação para aquisição de bens, a administração pública poderá:

[...]

III - solicitar a certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada;

Note-se que a redação utilizada no artigo 7º do Decreto mineiro n.º 46.105/2012 e no artigo 8º do Decreto federal n.º 7.746/2012, ambos já analisados alhures, é bastante similar àquela do artigo 7º, inciso III, do RDC. Isso vem demonstrar quão incorretas são as redações dos Decretos, haja vista que estes têm como objetivo regulamentar a licitação sustentável; porém, para isso, utilizaram-se da redação da Lei n.º 12.462/2011, que instituiu um regime diferenciado de contratação e, portanto, um regime específico, que não pode ser confundido com a regra geral estabelecida pela Lei n.º 8.666/1993.

Em outros termos, no afã de regulamentar a licitação sustentável – e sob o argumento de que o lastro legal encontrava-se no artigo 3º da Lei Nacional de Licitações – o Poder Executivo (Federal e do Estado de Minas Gerais), ao editarem seus Decretos, praticamente copiaram a redação do artigo 7º, inciso III, do RDC (que é um regime diferenciado) e que quase nenhuma relação tem com a Lei n.º 8.666/1993.

O artigo 10 trata da questão da remuneração variável:

Art. 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Sobre a avaliação de desempenho da contratada, interessante trazer o apontamento de Bicalho (2014, p. 253-254), para quem a

Avaliação de desempenho na gestão contratual, como se sabe, é área de difícil implantação e aferição, requerendo um tratamento rigorosamente tecnicista, se realmente se deseja algum resultado confiável. Caso a Administração estabeleça metas temporais e quantitativas aplicáveis a produtos, passíveis de mensuração com certo nível de exatidão, as perspectivas serão mais favoráveis.

De qualquer forma, exige-se um elenco de parâmetros ou fatores de desempenho que devem ser estipulados em pequeno número, e respectivamente definidos em redação clara, em termos tecnicamente observáveis. Para cada fator, deve ser estabelecida a escala de pontuação, na qual cada um dos níveis ou graus é também definido através de fatos, ocorrências ou características técnicas imediata e empiricamente aferíveis, sem deixar margem a julgamento subjetivo. A elaboração de uma boa metodologia de avaliação pressupõe um confiável estudo prévio e meios eficazes de pesquisa.

Comentando acerca da remuneração variável vinculada ao desempenho na área ambiental, Schwind (2014, p. 192) salienta que, para sua adoção, é preciso um embasamento técnico, citando como exemplo normas técnicas que versem sobre o tema. Ressalta que o critério de sustentabilidade ambiental que não acarrete um efetivo benefício ao meio ambiente será inválido por vício de motivo.

O artigo 14, parágrafo único, inciso II, do Regime Diferenciado de Contratações estabelece que nas licitações regidas pelo RDC poderão ser exigidos dos licitantes o atendimento a requisitos de sustentabilidade ambiental, “na forma da legislação aplicável”.

Como se vê, a Lei n.º 12.462/2011 dedicou (ainda que parcialmente) seis artigos para tratar de critérios de sustentabilidade nas licitações públicas. Só por este detalhe, já se percebe uma inequívoca diferença quanto à amplitude dada pelo RDC às questões ambientais, em comparação com os dispositivos da Lei n.º 8.666/1993.

Conforme já exaustivamente mencionado, a Lei Geral de Licitações limitou-se a incluir a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como um dos objetivos da licitação, não regulamentando adequada e suficientemente a matéria. Por sua vez, o RDC tratou a questão ambiental amplamente, delineando de maneira mais precisa a forma como a Administração pode (e em alguns casos, deve) estabelecer requisitos ambientais nos certames públicos.

9 UMA NOVA LEI GERAL DE LICITAÇÕES: O PLS 559/2013

O Projeto de Lei do Senado n.º 559, de 2013, visa instituir normas para as licitações e contratações públicas, revogando integralmente, conforme seu artigo 176, a Lei n.º 8.666/1993 (atual Lei Nacional de Licitações), a Lei n.º 10.520/2002 (Lei do Pregão) e os artigos 1 a 47 da Lei n.º 12.462/2011 (RDC)²⁴. Desse modo, se convertido em lei, o PLS n.º 559/2013 tornar-se-á a nova norma geral sobre licitações e contratos administrativos.

O citado Projeto de Lei decorreu do trabalho da Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos – CTLICON, presidida pelo Senador Vital do Rego e tendo como relatora a Senadora Kátia Abreu. Já foram apresentadas dezenas de emendas ao PLS n.º 559/2013, que tramita desde 23 de dezembro de 2013; parte delas oriundas das diversas Comissões do Senado Federal, parte com origem no Plenário daquela Casa legislativa.

É perceptível que o Projeto de Lei é excessivamente minucioso, adentrando de forma exagerada nos procedimentos e práticas do órgão ou entidade promotor da licitação. Apenas para se ter uma ideia, a atual Lei n.º 8.666/1993 é composta de 126 artigos. Por sua vez, o PLS n.º 559/2013 compõe-se de 176 artigos.

Nota-se, no estudo do Projeto de Lei, que pouca margem foi dada à discricionariedade da Administração. Raros são os dispositivos que autorizam o promotor da licitação a agir com liberdade. A taxatividade é a marca do PLS, descaracterizando-o, inclusive, como norma geral e aproximando-o de norma especial, dado o seu nível de detalhamento.

Atualmente, o Projeto de Lei encontra-se na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, para que o Senador Eunício Oliveira possa relatar a matéria. Importante salientar que após cumprir a tramitação no Senado, o Projeto de Lei deverá ser submetido às Comissões e ao Plenário da Câmara dos Deputados. Esse rito procedimental sinaliza no sentido de que uma nova legislação sobre licitação pública não será conquistada no curto prazo. Assim, torna-se ainda mais relevante que a implementação da compra pública sustentável observe os comandos do ordenamento jurídico atual e, mais do que isso, respeite os princípios constitucionais, especialmente, neste caso, os da legalidade e isonomia.

²⁴ Conforme já mencionado neste trabalho, a partir de seu artigo 48, o Regime Diferenciado de Contratações trata de assuntos alheios à licitação pública, razão pela qual o PLS 559/2013 (que cuida especificamente de normas licitatórias e de contratos administrativos) revogaria apenas os artigos 1 a 47 da Lei 12.462/2011.

Por ser ainda incipiente o estudo acerca das novas normas traçadas pelo Projeto de Lei do Senado n.º 559/2013, não há produção doutrinária sobre o tema. Destarte, a análise dos dispositivos do PLS retrata, em sua grande parte, a percepção deste autor.

9.1 O PLS 559/2013 e a licitação sustentável

É inegável que, em relação à atual Lei n.º 8.666/1993, o Projeto de Lei do Senado n.º 559/2013 traz avanços na questão da compra pública sustentável. Entretanto, o Legislativo Federal (no caso, o Senado) incorre no mesmo equívoco evidenciado na Lei n.º 12.349/2010²⁵, ou seja, os dispositivos que versam sobre o meio ambiente são acanhados e certamente continuarão dando ensejo às celeumas relacionadas à legalidade (ou não) de imposições de critérios e requisitos ambientais nas licitações públicas. Mais uma vez faltou coragem e criatividade ao legislador, no sentido de traçar regras que efetivamente regulamentem – de maneira clara, objetiva e eficiente – os certames públicos ecológicos.

Analisar-se-á, sucintamente, os dispositivos do Projeto de Lei que, direta ou indiretamente, relacionam-se com critérios ambientais nas licitações. O artigo 4º do PLS n.º 559/2013 é o primeiro dispositivo do Projeto a fazer menção à sustentabilidade nas licitações:

Art. 4º. [...]

Parágrafo Único. A licitação tem por objetivos:

[...]

IV – incentivar a inovação tecnológica e a promoção do desenvolvimento sustentável no território nacional.

Em linhas gerais – e utilizando-se de outros termos –, o dispositivo repete o que já consta no *caput* do artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993, estabelecendo que o desenvolvimento sustentável, ao lado do incentivo à inovação tecnológica, é um dos objetivos a serem alcançados pela licitação pública.

O artigo 5º do PLS cuida de conceituar expressões que constam do Projeto, mencionando a questão ambiental nos seus incisos I e XXXIV, alínea “b”:

Art. 5º. Para os fins desta Lei consideram-se:

I – acordo de nível de serviço – contrato de prestação de serviços mediante remuneração variável vinculada total ou parcialmente ao desempenho decorrente da atuação direta e exclusiva da contratada, devendo o desempenho ser aferido, em

²⁵ Limitou-se a incluir, no artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como um dos objetivos a serem alcançados pela licitação pública, deixando de regulamentar a forma como os critérios e requisitos ambientais poderiam (ou deveriam) constar dos instrumentos convocatórios.

conjunto ou separadamente, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega objetivamente definidos no instrumento convocatório e no contrato;

[...]

XXXIV – projeto completo – conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para:

[...]

b) assegurar a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento;

Os termos do inciso I são novamente tratados no artigo 126 (analisado adiante), que cuida da remuneração variável na contratação de obras e serviços. Observe-se, já de antemão, que o dispositivo autoriza uma forma diferenciada de remuneração, de acordo com o desempenho do contratado em relação a critérios de sustentabilidade ambiental.

Não se trata, portanto, de estabelecer requisitos ou condições ambientais para a participação de interessados nas licitações públicas (ou para a aceitabilidade das propostas), mas de criar um incentivo remuneratório para que o prestador de serviços cumpra certos requisitos ambientais na execução do contrato.

Já em relação ao inciso XXXIV, alínea “b”, a dissonância em relação à ideia nuclear da compra pública sustentável é ainda mais evidente, valendo repisar o que foi exposto na seção 7.2 deste trabalho: um projeto (básico ou executivo) que assegure tratamento adequado em relação ao impacto ambiental do empreendimento não caracteriza licitação sustentável, uma vez que o licitante vencedor poderá, a rigor, ser uma empresa que não mantém qualquer prática ambiental e que, mesmo assim, elabore um projeto (e execute a obra) nas exatas medidas pretendidas pela Administração.

Em outros termos, projetar um empreendimento que garanta o tratamento dos impactos ambientais é muito mais uma ação da Administração Pública, do que propriamente um requisito ecológico imposto aos licitantes ou ao contratado.

O artigo 35 do Projeto de Lei do Senado n.º 559/2013 cuida da questão do licenciamento ambiental, determinando:

Art. 35. Quando necessário para a execução do contrato, o licenciamento ambiental será concedido exclusivamente pelo Ibama e pelos órgãos ambientais dos Estados e Municípios, quando cabível, vedada a interveniência de qualquer outro órgão ou entidade para sua concessão ou renovação.

Facilmente se percebe que o dispositivo não guarda relação com a licitação sustentável, uma vez que o licenciamento ambiental deve preceder o procedimento licitatório, estando ainda vinculado à fase preparatória do certame. Dessa forma, a obtenção da(s)

licença(s) ambiental(ais) é um ônus da Administração Pública, que somente poderá contratar a execução do objeto (através da licitação) após o licenciamento do empreendimento.

O artigo 43 do PLS trata de questões relacionadas ao julgamento das propostas nos certames licitatórios, sendo relevante destacar seu §3º:

Art. 43. [...]

§3º Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental, entre outros fatores, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme dispuser o regulamento.

Conforme se depreende, o dispositivo é de difícil aplicação. Ao falar de “custos indiretos”, o §3º obriga o promotor do certame a avaliar a composição dos preços ofertados pelos proponentes. Pretende-se que, ao preço ofertado, sejam somados os custos indiretos da contratação, de modo que se possa apurar qual é, efetivamente, a proposta mais vantajosa.

Ocorre que, na grande maioria das vezes, o custo do impacto ambiental é economicamente imensurável, o que vai de encontro à determinação do dispositivo de que os custos indiretos somente poderão ser considerados quando “objetivamente mensuráveis”.

Desse modo, dificilmente a Administração poderá considerar o custo do impacto ambiental na composição dos preços ofertados pelos licitantes no certame, eis que tais custos, conforme dissemos, não são – na maioria dos casos – economicamente mensuráveis.

Diferentemente do que é constatado no exame dos dispositivos anteriormente comentados, o artigo 50, inciso IV, do PLS n.º 559/2013, insere regra das mais importantes na busca pela implementação das licitações sustentáveis. Vejamos:

Art. 50. A habilitação operacional, que visa a demonstrar aptidão do licitante para realizar o objeto da licitação, é definida no edital e se faz por meio da apresentação de:

[...]

IV – atendimento pelo licitante de requisitos de sustentabilidade ambiental, pertinente ao ramo de atividade, objeto da licitação, na forma da legislação específica aplicável;

A Lei n.º 8.666/1993 estabelece que a fase de habilitação se perfaz, basicamente, do exame de quatro grupos de requisitos: habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica e qualificação econômico-financeira, além do cumprimento do disposto no artigo 7º, inciso XXXIII, da Constituição da República de 1988²⁶.

²⁶ Refere-se à proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 (dezoito) e de qualquer trabalho a menores de 16 (dezesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatorze) anos.

No PLS, a qualificação técnica foi subdividida em capacidade técnica-profissional e capacidade técnica-operacional (artigo 47, incisos II e III, respectivamente). Ao discorrer acerca da capacidade técnica-operacional, no artigo 50, o Projeto prevê, no inciso IV, que o licitante deve comprovar o atendimento de requisitos de sustentabilidade ambiental, na forma da legislação aplicável.

Não obstante ter condicionado a exigência de critérios de sustentabilidade à preexistência de lei específica, dando à licitação o papel de assegurar que o proponente cumpre a legislação ambiental, é importante reconhecer o avanço em relação à Lei n.º 8.666/1993, haja vista que, pelas disposições da atual Lei Nacional de Licitações, são terminantemente vedadas exigências similares à do artigo 50, inciso IV, na fase de habilitação, ficando o administrador restrito ao rol de documentos indicados nos artigos 28 a 31 daquela Lei.

O artigo 74 do PLS determina algumas condições que devem constar nas licitações para contratação de obras e serviços de engenharia:

Art. 74. As licitações de obras e serviços de engenharia devem respeitar, especialmente, as normas relativas à:

- I – disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;
- II – mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;
- III – utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, busquem a redução do consumo de energia e recursos naturais;
- IV – avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;
- V – proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas;

Os incisos II, IV e V (e, dependendo do enfoque adotado, também o inciso III) elencam, em verdade, providências a serem adotadas pela Administração, e não pelo participante da licitação ou pela empresa contratada.

Ao mencionar a questão de condicionantes e de compensação ambiental, definidas no processo de licenciamento (inciso II), o PLS estabelece uma imposição ao órgão promotor do certame licitatório, eis que, conforme mencionado anteriormente, a obtenção da licença ambiental é um ônus da Administração Pública, que deve ser cumprido antes da contratação da obra.

A utilização de produtos, equipamentos e serviços que promovam a redução do consumo de energia e de recursos naturais (inciso III) aplica-se aos licitantes e, especialmente, ao contratado, somente se tais produtos, equipamentos e serviços forem aqueles utilizados na execução da obra, pela empreiteira. Se, entretanto, o dispositivo quer se referir às

características do empreendimento, o ônus passa a ser da Administração, que deverá fazer constar essas características nos projetos sob sua responsabilidade.

Exemplificativamente, se o objetivo é que a edificação disponha de sistema de energia solar, ou de sistema de captação e aproveitamento da água da chuva, ou utilize lâmpadas fluorescentes ao invés de incandescentes, tais questões devem ser definidas nos projetos, cujo delineamento e aprovação cabe à Administração (e não ao licitante ou ao contratado, que, na realidade, construirá a obra nos exatos termos dos projetos).

Os incisos IV e V caracterizam, evidentemente, ônus do promotor da licitação. A avaliação de impacto de vizinhança, bem como a proteção do patrimônio histórico, cultural, arqueológico e imaterial provocados pelas obras, devem anteceder a própria contratação da empreitada.

Apenas o inciso I, a rigor, caracterizaria a denominada licitação sustentável. Ainda assim, como obrigação a ser cumprida pela empresa contratada, durante a execução do objeto (e não como uma condição ou requisito que deva ser comprovado pelos licitantes que participarem do certame). A disposição final ambientalmente correta dos resíduos sólidos gerados durante a execução da obra deverá ser cumprida pela empreiteira contratada, devendo ser fiscalizada pela Administração.

Por fim, no Projeto de Lei do Senado n.º 559/2013, o artigo 126 encerra os dispositivos que, de algum modo, fazem menção à questão ambiental:

Art. 126. Na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

O artigo 126 deve ser interpretado juntamente com o artigo 5º, inciso I. Conforme já analisado, o dispositivo não impõe qualquer requisito ou critério ambiental como condição para que eventuais interessados participem dos certames licitatórios.

Nesse sentido, vale lembrar que a ideia nuclear da licitação sustentável é privilegiar, nas contratações estatais, empresas que forneçam produtos sustentáveis, ou que mantenham processos produtivos sustentáveis, ou, ainda, que realizem a prestação de serviços com adoção de medidas ambientalmente corretas, haja vista que

É justamente no procedimento licitatório que os órgãos públicos têm a oportunidade de materializar a tutela do meio ambiente, ao escolher produtos, mercadorias e serviços fabricados, fornecidos ou prestados de forma inteligente, cumprindo, assim, os princípios, normas e regras de regência (COELHO, 2014, p. 49).

Idêntico entendimento é proclamado por Meneguzzi (2011, p. 21), ao destacar que “licitações sustentáveis seriam aquelas que levariam em conta a sustentabilidade ambiental dos produtos e processos a elas relativos”.

Para arrematar, vale ainda trazer o posicionamento de Fernandes (2014, p. 202), no sentido de que

[...] uma ação significativa para a introdução de medidas preventivas de defesa do meio ambiente consiste, precisamente, na adoção de marcos sustentáveis nas licitações e contratações públicas. A Administração Pública, ao exigir do particular que pretende com ela contratar o cumprimento de parâmetros mínimos de sustentabilidade ambiental na fabricação de seus produtos, na realização de obras ou na prestação de seus serviços, está contribuindo decisivamente para o atingimento de seu dever constitucional.

O que o artigo 126 faz é permitir que o órgão ou entidade estatal responsável pela promoção da licitação estabeleça, no instrumento convocatório e no contrato, incentivos – mediante uma remuneração variável – para que o contratado adote, na execução de obras e outros serviços, práticas ambientalmente adequadas.

Não se trata, portanto, de impor requisitos ambientais como condição para a participação no certame ou para a contratação, mas de criar estímulos (que podem ou não surtir os efeitos desejados) para que os contratados cumpram critérios de sustentabilidade na execução das obras e outros serviços e, em contrapartida, façam jus à remuneração variável.

9.2 Apontamentos finais sobre o PLS 559/2013

Sem dúvida alguma, o Projeto de Lei do Senado n.º 559/2013 avança consideravelmente em relação à atual Lei Nacional de Licitações, no que tange à legalização e regulamentação da denominada licitação sustentável.

Conforme já analisado no presente trabalho, a Lei n.º 8.666/1993 restringe-se a indicar no artigo 3º, como um dos objetivos da licitação pública, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, faltando-lhe indicar, entretanto, os instrumentos à disposição do agente público para, legalmente, estabelecer requisitos ambientais nos certames.

Diferentemente, o Projeto de Lei do Senado n.º 559/2013 faz menção a critérios ambientais em sete de seus artigos. Especialmente a disposição do artigo 74, inciso I, direciona-se com efetividade ao núcleo do que se convencionou chamar de “licitação sustentável”, ao permitir que nas licitações de obras e serviços de engenharia seja exigido do

contratado práticas ambientalmente corretas na disposição dos resíduos sólidos gerados pelo empreendimento.

Isso não significa que o PLS atenda plenamente ao anseio de se regulamentar a compra pública sustentável. A Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos – CTLICON, do Senado Federal, foi tímida ao elaborar o Projeto de Lei. Poderia ter sido mais arrojada, traçando de forma objetiva requisitos e critérios ambientais passíveis de serem exigidos nas licitações.

Uma boa medida, por exemplo, teria sido permitir que o instrumento convocatório estabelecesse a exigência de apresentação de laudos (emitidos pelo INMETRO ou por laboratórios acreditados pelo INMETRO) comprovando que determinado produto atende a certos requisitos ambientais. Outra boa medida teria sido a permissão para que se exigisse, como critério de habilitação, certificações ambientais, como aquelas da série ISO 14000.

Não se pode perder de vista que a licitação sustentável tem como principal objetivo incentivar os particulares a adotarem processos produtivos, e a produzirem bens e serviços, com respeito ao meio ambiente. Não se trata, simplesmente, de verificar se o proponente cumpre a legislação ambiental – como supõe a prescrição do artigo 50, inciso IV do PLS –, eis que tal cumprimento já é, por si só, obrigatório, independentemente da empresa se interessar ou não em celebrar negócios com o Poder Público.

Também não se trata de fixar que os projetos (básicos, executivos e complementares) considerem aspectos ambientais, como dispõe o artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “b”, do PLS. Conforme já abordado no presente trabalho, tal exigência (louvável, sem sombra de dúvidas) implica em ônus da própria Administração, a quem cabe, ainda na fase interna do certame, elaborar os projetos, sendo sua execução passível de ser realizada por qualquer empreiteira capacitada, ainda que esta não mantenha sequer uma única prática ambiental.

Enfim, o delineamento da licitação pública sustentável deve enveredar-se por outros trechos, autorizando a Administração a exigir, no edital, que o produto, serviço e/ou processo produtivo atenda a requisitos e critérios ambientais, que devem ser indicados objetivamente no instrumento convocatório. Essa é a ideia nuclear da compra pública sustentável.

Tendo em vista que o Projeto ainda se encontra em tramitação no Senado e que, após, ainda terá que tramitar pelas Comissões e pelo Plenário da Câmara dos Deputados, é possível e desejável que emendas sejam apresentadas a fim de aperfeiçoar a nova regra das compras públicas, particularmente no quesito ambiental, de modo que a futura lei efetivamente privilegie, regulamente e legalize a licitação sustentável.

10 LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS NA VISÃO ESTRANGEIRA

A preocupação com a proteção e preservação ambiental não é limitada a alguns poucos países. Ao contrário, desde a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, realizada em Estocolmo no ano de 1972, as questões ambientais passaram a fazer parte da pauta de debates internacionais.

A partir da década de 1970, uma série de eventos foram promovidos mundialmente com o intuito de discutir, sob o viés do desenvolvimento sustentável, o futuro do planeta e da perpetuidade da espécie humana. São exemplos a Convenção para a Proteção e Utilização dos Cursos de Água Transfronteiriços e dos Lagos Internacionais (1992), a Convenção da Biodiversidade Biológica (1992), o Acordo de Implementação de Livre Comércio Norte-Americano (1993), a Conferência de Copenhague sobre o Desenvolvimento Social (1995), a Declaração de Nova Delhi de Princípios de Direito Internacional Relativos ao Desenvolvimento Sustentável (2002), a Conferência Africana sobre Recursos Naturais, Meio Ambiente e Desenvolvimento (2003), dentre tantos outros.

Destaca-se nesse bojo a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (Rio-92), consagradora da ideia do desenvolvimento sustentável (expressão que tomou forma e sentido no Relatório Brundtland, de 1987) e que, em vários dos princípios ali emanados, aponta para a necessidade de conciliar o desenvolvimento econômico com a proteção e preservação do meio ambiente.

O princípio n.º 8²⁷ tem relação estreita com a importância das compras públicas na busca do desenvolvimento sustentável, eis que atribui aos Estados o dever de reduzir e eliminar os padrões insustentáveis de produção e de consumo. Por óbvio, não se trata apenas do consumo dos particulares, mas também do próprio Poder Público, que deve privilegiar a aquisição de bens e serviços cujo processo produtivo observe critérios e requisitos ambientais.

Yaker *et al* (2014, p. 44) destaca iniciativa do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA, no sentido de investigar os impactos das compras governamentais como indutor no processo de transformação dos mercados. Salienta o autor que

O PNUMA, com o apoio financeiro da Suíça, conduziu um estudo sobre os impactos das compras públicas sustentáveis. O estudo destacou a promoção do desenvolvimento sustentável e as transformações do mercado através de oito casos. Esses estudos de casos contribuem para uma melhor compreensão dos impactos das

²⁷ Para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos, os Estados devem reduzir e eliminar os padrões insustentáveis de produção e consumo, e promover políticas demográficas adequadas.

compras públicas sustentáveis e com o desenvolvimento de uma metodologia para a medição desses impactos.

[...]

Os resultados do estudo evidenciaram os benefícios oriundos da política de compras públicas sustentáveis, tais como a redução dos custos, melhor logística e consequente redução das emissões de CO₂, redução do desperdício e da acumulação de resíduos, maior desenvolvimento da economia local, criação de empregos, economia de energia, diminuição da poluição e melhoria da saúde da população.

Assim, o papel dos Estados de buscarem a proteção e preservação ambiental perpassa pelas estratégias e pelas condições em que os entes estatais realizam suas aquisições e contratações de serviços, haja vista que, não só no Brasil como na maioria dos países, as compras governamentais representam parcela considerável do comércio interno e externo.

10.1 A Diretiva 2004/18 da Comunidade Europeia

A União Europeia vem se preocupando com a sustentabilidade no processo de consumo há mais de uma década. De todo modo, salienta Fondevila (2015, p. 27) que a legislação relativa à compra ecológica é escassa e, além disso, está vinculada basicamente ao consumo do setor público. Quanto ao consumo dos particulares, lembra o autor que as iniciativas são essencialmente voluntárias, mas que os Estados têm produzido leis que obrigam as empresas a desenvolverem práticas sustentáveis em sua gestão de compras.

Especificamente em relação às compras governamentais, o marco mais importante foi a elaboração das deliberações do Parlamento Europeu, publicadas na Diretiva 2004/18/CE, que trata da coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.

Tal Diretiva originou-se do trabalho realizado pelo Comitê de Conciliação, concluído em 9 de dezembro de 2003, cujo fundamento se encontra no artigo 47, n.º 2, e nos artigos 55 e 95 do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia. Após ser aprovada pelo Comitê Econômico e Social Europeu e pelo Comitê das Regiões, a Diretiva foi publicada em 31 de março de 2004.

Muito embora as disposições ali contidas tenham caráter apenas orientador, não sendo impositivas aos países da Comunidade, acabam por fornecer importantes direcionadores aos Estados.

O item 5 da Diretiva dispõe que

(5) Nos termos do artigo 6º do Tratado, as exigências em matéria de protecção do ambiente devem ser integradas na definição e execução das políticas e acções da

Comunidade previstas no artigo 3º do Tratado, em especial com o objectivo de promover um desenvolvimento sustentável. A presente directiva clarifica, pois, a forma como as entidades adjudicantes poderão contribuir para a protecção do ambiente e para a promoção do desenvolvimento sustentável, garantindo ao mesmo tempo a possibilidade de obterem para os seus contratos a melhor relação qualidade/preço.

No seu item 8, a Diretiva estabelece:

(8) Antes da abertura de um processo de adjudicação de um contrato, as entidades adjudicantes podem, recorrendo a um “diálogo técnico”, solicitar ou aceitar pareceres que possam ser utilizados para a elaboração do caderno de encargos, na condição de que esses pareceres não tenham por efeito impedir a concorrência.

Nota-se que a Diretiva deixa entrever uma preocupação com a manutenção do ambiente concorrencial, de modo que as especificações técnicas das obras, materiais e serviços não tenham o condão de direcionar a contratação a determinada empresa. De todo modo, ressalvado este ponto, o texto admite a possibilidade dos Estados fixarem requisitos de sustentabilidade a serem cumpridos pela contratada.

A necessidade de se garantir a concorrência volta a ser manifestada no item 29 da Diretiva que, entretanto, reforça a possibilidade de se prever critérios de sustentabilidade nas especificações do objeto. Vejamos:

(29) As especificações técnicas definidas pelos adquirentes públicos devem permitir a abertura dos contratos públicos à concorrência. Para o efeito, deve possibilitar-se a apresentação de propostas que reflectam diversidade nas soluções técnicas. Neste sentido, as especificações técnicas devem poder ser estabelecidas em termos de desempenho e de exigências funcionais e, em caso de referência à norma europeia – ou, na ausência desta, à norma nacional –, as propostas baseadas em soluções equivalentes deverão também ser consideradas pelas entidades adjudicantes. Para demonstrar a equivalência, os proponentes devem poder utilizar qualquer meio de prova. [...] As entidades adjudicantes que pretendam estabelecer requisitos ambientais como especificações técnicas de um determinado contrato poderão definir as características ambientais, tal como um determinado método de produção, e/ou os efeitos ambientais específicos dos grupos de produtos ou serviços. Poderão, não sendo embora obrigadas a fazê-lo, utilizar as especificações adequadas definidas em rótulos ecológicos, como o rótulo ecológico europeu, os rótulos ecológicos (pluri) nacionais ou quaisquer outros rótulos ecológicos, se os requisitos para o rótulo forem elaborados e adoptados a partir de informação assente em bases científicas, através de um processo em que as partes interessadas, nomeadamente os organismos governamentais, os consumidores, os fabricantes, os distribuidores e as organizações ambientais possam participar e se o rótulo for acessível e estiver à disposição de todas as partes interessadas.

O estudo do item 29, acima transcrito, explicita a possibilidade dos países da Comunidade Europeia preverem, em suas compras públicas, critérios e requisitos ambientais na especificação do objeto a ser contratado. Além disso, permite que essas especificações

sejam baseadas em rótulos ecológicos²⁸ que tenham sido formulados e desenvolvidos a partir de bases científicas (exatamente para garantir a imparcialidade e afastar processos arbitrários por parte dos entes estatais). Nesse viés, obriga que, no processo de formulação dos rótulos, todos os interessados – incluindo os fabricantes, os entes governamentais e os órgãos ambientais – tenham tido a oportunidade de participar. Além disso, a obtenção dos rótulos deve estar acessível a quaisquer interessados.

Percebe-se aqui uma significativa diferença entre a norma europeia e a brasileira. Conforme foi analisado neste trabalho, no Brasil não se admite a exigência de certificações ambientais no processo de licitação, salvo se estas forem utilizadas como quesitos técnicos de pontuação em certames do tipo técnica e preço. Na Europa, por sua vez, é autorizado o uso das certificações (rótulos) na especificação de bens e serviços licitados pelos órgãos governamentais.

Valencia (2011, p. 337), após salientar que a ecologização da contratação pública marca o vínculo entre as compras e contratações estatais e a proteção do meio ambiente, alerta que

Em boa conta, a denominada “contratação pública sustentável” hoje em dia se converte em uma ferramenta que permite integrar diversos critérios, sejam ambientais, sociais ou éticos, para o caso das compras em particular e, em geral, para a contratação de obras, bens ou serviços relacionados com as administrações públicas.²⁹ (tradução nossa)

10.2 A compra pública sustentável nos países europeus

Não obstante a Diretiva 2004/18/CE, os países europeus dispõem de legislação própria para o tema da compra pública. Percebe-se que cada Estado disciplina o assunto de maneira diferente, não havendo uniformidade. De toda forma, nota-se que países desenvolvidos vêm discutindo a questão das compras sustentáveis e, não raras vezes, observa-se que os problemas e controvérsias vivenciados na Europa são bastante semelhantes aos brasileiros.

²⁸ O sistema de rótulo ecológico europeu permite aos consumidores e Administração Pública identificarem facilmente os produtos ecológicos oficialmente aprovados em toda a União Europeia. Esse sistema possibilita aos fabricantes mostrarem e comunicarem aos seus clientes que os produtos que fabricam respeitam o meio ambiente. Os rótulos, portanto, se assemelham aos denominados “selos verdes” e às certificações ambientais, já difundidos no Brasil.

²⁹ En buena cuenta, la denominada “contratación pública sostenible” hoy en día se convierte en una herramienta que permite integrar diversos criterios, sean ambientales, sociales o éticos, para el caso de las compras en particular y, en general, para la contratación en general de obras, bienes o servicios relacionados con las administraciones públicas.

Williams *et al* (2007, p. 5), abordando a questão da compra pública no Reino Unido, alerta que

Custo, qualidade e entrega são os principais critérios de avaliação das propostas. A ênfase primordial permanece no preço unitário com a consciência e consideração limitada das questões de sustentabilidade. Como resultado, acredita-se que menos do que dez por cento dos gastos permanece dentro da região, acabando com muitas oportunidades para a valorização social, econômica e ambiental, incluindo que são ignorados os seus benefícios associados à saúde.³⁰ (tradução nossa)

O mesmo autor (2007, p. 6) salienta que é preciso que os órgãos governamentais reconheçam a sustentabilidade não apenas sob o aspecto ambiental, mas como um mecanismo que congrega oportunidades de crescimento econômico, eficiência pública e proteção do meio ambiente. Ademais, devem considerar que o poder de compra do Estado, da ordem de 150 bilhões de libras esterlinas anuais, é um importante instrumento para estimular novos objetivos corporativos.

A aquisição pública sustentável integra o conceito de serviço público eficaz, devendo-se observar que

O serviço público é o objetivo comum de todas as organizações do setor público, tipificados pelos Poderes de Bem-Estar das Autoridades Locais. Como tal, a sustentabilidade deve estar no centro dos seus objetivos e estratégias organizacionais. Como organizações de financiamento público, os conselhos e NHS Trusts têm o dever de gastar o dinheiro público de acordo com o interesse público de longo prazo, para apoiar, ao invés de entrar em conflito com seus objetivos. Isso significa evitar compras que podem comprometer a saúde das pessoas, do emprego e do meio ambiente (WILLIAMS *et al*, 2007, p. 9, tradução nossa).³¹

Para Brammer e Walker (2007, p. 8-9), a contratação pública sustentável surge principalmente em razão das pressões sobre os órgãos públicos, fundamentadas nas políticas ambientais adotadas pelo Estado, que procuram vincular os objetivos contratuais com a proteção do meio ambiente. Para os autores, as dificuldades na implementação das compras públicas sustentáveis podem decorrer da complexidade do tema e da falta de habilidade e conhecimento dos profissionais de compras.

³⁰ Cost, quality and delivery are the main tender evaluation criteria. The overriding emphasis remains on unit price with limited awareness and consideration of sustainability issues. As a result, it is believed that less than ten percent of spend remains within the region and many opportunities for social, environmental and economic enhancement, including their associated health benefits are overlooked.

³¹ Public service is the common purpose of all public sector organisations, typified by Local Authorities' Wellbeing Powers. As such, sustainability should be at the core of their organizational objectives and strategies. As publicly funded organisations, councils and NHS Trusts have a duty to spend public money in the long-term public interest, in ways that support, rather than conflict with their objectives. This means avoiding purchases that could undermine people's health, environment and employment.

Sobre a complexidade do assunto, Prenen (2008) lembra que contratações públicas ecológicas são muito mais do que adquirir papéis reciclados para escritórios. Trata-se, segundo ele, de tocar em um enorme mercado, em que o impacto ambiental relacionado à produção, transporte, utilização e eliminação de bens e serviços pode ser efetivamente reduzido, uma vez que as compras estatais exercem grande influência sobre os fornecedores.

Além disso, ressaltam Sourani e Sohail (2011, p. 232) que, no Reino Unido, as questões relacionadas aos aspectos financeiros das aquisições públicas acabam exercendo pressão para que se opte pelas alternativas de menor preço. Este cenário representa uma forte restrição para que se invista em soluções sustentáveis, ainda que

Em face da enorme despesa do setor público do Reino Unido na construção, os benefícios (sejam esses sociais, econômicos ou ambientais) que podem ser conquistados a partir da integração da sustentabilidade nos contratos de construção podem ser muito significativos. Os clientes públicos no Reino Unido estão cada vez mais aumentando a demanda para integrar a construção sustentável nas suas estratégias de aquisições. No entanto, as tentativas feitas pelos adquirentes públicos para responder a essas demandas foram dificultadas por várias barreiras (SOURANI e SOHAIL, 2011, p. 236, tradução nossa).³²

Os princípios gerais da União Europeia, no que tange às contratações públicas, fundam-se na transparência e na não discriminação. Os compradores públicos devem observar uma série de orientações: as licitações devem ser publicadas em jornal oficial, devem ser indicadas a natureza, o prazo do contrato, o valor estimado e os critérios de julgamento e, por fim, deve ser garantida a igualdade de informações a todas as empresas. Além disso, é vedado o favorecimento de qualquer concorrente e a introdução de pré-qualificação, especificação ou critério de avaliação que não seja efetivamente relevante para o objeto do contrato.

A despeito de tais afirmativas, Williams (2007, p. 12) argumenta que

Embora estes requisitos às vezes precisem de interpretação cuidadosa, um crescente corpo de jurisprudência mostra que nenhum deles inerentemente é incompatível com compras sustentáveis. Embora os licitantes mal sucedidos tenham o direito de contestar legalmente as adjudicações de contratos, eles raramente têm motivos para fazer isso. No entanto, muitos compradores elegem a Compliance da UE como sua maior preocupação.³³ (tradução nossa)

³² In the light of the huge expenditure of the UK public sector on construction, the benefits (whether social, economic or environmental) that can be gained from integrating sustainability into construction procurement can be very significant. Public clients in the UK are coming under increasing demand to integrate sustainable construction in their procurement strategies. However, attempts made by public procurers to respond to such demands have been hindered by several barriers.

³³ Although these requirements sometimes need careful interpretation, a growing body of case law shows none are inherently incompatible with sustainable procurement. Whilst unsuccessful bidders do have the right to legally challenge contract awards, they rarely have grounds to do this. Nevertheless, many buyers quote EU Compliance as their biggest concern.

Na Espanha, as orientações emanadas da Diretiva 2004/18/CE foram efetivadas por meio da Lei n.º 30/2007, que buscou regulamentar os contratos do setor público. Fondevila (2015, p. 29) salienta que, na exposição de motivos, ressaltou-se que a citada Lei traria substanciais inovações no que se refere à preparação e adjudicação dos negócios públicos. É mencionado que as principais novidades dizem respeito à previsão de mecanismos que permitem introduzir, na contratação pública, considerações de cunho social e ambiental. Tais considerações configurar-se-iam em condições especiais de execução do contrato ou como critérios de avaliação das propostas. Entretanto, o autor alerta que

A forma com que as diferentes administrações não de aplicar esta lei não tem sido definida institucionalmente até agora, deixando alguma margem de manobra aos organismos públicos para a interpretação da mesma, o que, na prática, se traduz em muitas dificuldades e atrasos na aplicação efetiva da lei, e alguma oposição e desconfiança por parte de funcionários públicos responsáveis por sua implementação na prática (FONDEVILA, 2015, p. 29, tradução nossa).³⁴

Comentando sobre a compra pública sustentável na Espanha, Valencia (2011, p. 339) leciona que a ORDEN PRE/116/2008 formalizou o Acordo do Conselho de Ministros, através do qual se aprovou o Plano de Contratação Pública Verde do Estado, dos órgãos que o compõem e da seguridade social. O objetivo do Plano consistia em articular a conexão entre a contratação pública e a implementação de práticas ambientalmente responsáveis, de modo que se alcançasse, até 2010, a meta estabelecida pela Comunidade Europeia. A ORDEN PRE/116/2008 promoveu alterações na Lei n.º 30/2007, destacando-se os seguintes pontos:

III. Medidas [...]

2. Incluir no Regulamento Geral da Lei 30/2007, de 30 de outubro, de Contratos do Setor Público, entre os critérios de solvência profissional e técnica das empresas, indicação das medidas de gestão ambiental que sejam consideradas oportunas, conforme previsto na citada norma. [...]

7. Elaborar cláusulas sobre matéria ambiental para sua inclusão pelos diferentes órgãos de contratação em determinadas especificações de cláusulas administrativas definidas no artigo 99 da Lei 30/2007.³⁵ (tradução nossa)

³⁴ La forma en que las distintas administraciones han de aplicar esta Ley no ha sido recogida institucionalmente hasta el momento, dejando cierto margen de maniobra a los organismos públicos para la interpretación efectiva de la misma, lo que, en la práctica, se traduce en muchas dificultades y retrasos en la aplicación real de la mencionada ley, y cierta oposición y recelo por parte de los funcionarios públicos encargados de llevarla a la práctica

³⁵ III. Medidas [...] 2. Incluir em el Reglamento General de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, entre los criterios de solvencia profesional y técnica de las empresas, indicación de las medidas de gestión medioambiental que se estimen oportunas, conforme a lo previsto em la citada norma. [...] 7. Elaborar cláusulas tipo em materia medioambiental para su inclusión por los distintos órganos de contratación em los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas particulares definidos em el artículo 99 de la Ley 30/2007.

10.2.1 Principais pontos da Lei n.º 30/2007 espanhola

Conforme mencionado anteriormente, a Lei n.º 30/2007, que trata das contratações públicas espanholas, sofreu algumas alterações por meio da Orden PRE/116/2008. Tais alterações tiveram como um dos objetivos regulamentar a compra pública sustentável. Entretanto, a análise do citado instrumento legal permite concluir que, assim como a legislação brasileira, também a da Espanha é vaga e não regulamenta de forma adequada o assunto.

O artigo 101, item 3, letra “b” da Lei, estabelece que as especificações técnicas poderão ser definidas em termos de rendimento e exigências funcionais, incorporando a estas últimos requisitos ambientais:

Artigo 101. Regras para o estabelecimento de especificações técnicas.

[...]

3. Sem prejuízo das instruções e regulamentos técnicos nacionais que sejam obrigatórios, sempre e quando sejam compatíveis com o direito administrativo, as descrições técnicas podem ser definidas de uma das seguintes formas:

[...]

b) Em termos de rendimento ou de exigências funcionais, incorporando a estas últimas, quando o objeto do contrato puder afetar o meio ambiente, características ambientais. Os parâmetros adotados devem ser suficientemente precisos de modo a permitir a identificação do objeto do contrato pelos licitantes e a adjudicação do mesmo pelos órgãos de contratação.³⁶ (tradução nossa)

É inegável que em relação à Lei brasileira n.º 8.666, de 1993, o dispositivo da lei espanhola é mais elucidativo, na medida em que prevê a possibilidade dos requisitos ambientais fazerem parte da especificação técnica das compras públicas. Contudo, tal possibilidade somente é autorizada nos casos em que o objeto da contratação afetar o meio ambiente.

Assim, por exemplo, seria facilmente justificável a inserção de critérios de sustentabilidade na contratação de uma edificação (uma vez que esta implica em inegáveis

³⁶ Artículo 101. Reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas.

[...] 3. Sin perjuicio de las instrucciones y reglamentos técnicos nacionales que sean obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el derecho comunitario, las prescripciones técnicas podrán definirse de alguna de las siguientes formas: [...] b) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incorporando a éstas últimas, cuando el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, la contemplación de características medioambientales. Los parámetros empleados deben ser suficientemente precisos como para permitir la determinación del objeto del contrato por los licitadores y la adjudicación del mismo a los órganos de contratación.

impactos ambientais); por sua vez, seria demasiadamente complexo incluir requisitos ecológicos em uma compra de vestuário, ou de mobiliário, ou de alimentos.

O artigo 103, item 2, da Lei n.º 30/2007, assim dispõe:

Artigo 103. Informações sobre as obrigações relativas à fiscalização, proteção do meio ambiente, emprego e condições de trabalho. [...] 2. A entidade contratante que fornece as informações referidas no item 1 deve solicitar aos proponentes ou candidatos no procedimento de adjudicação de contratos que se manifestem no sentido de terem levado em conta na elaboração das suas propostas, as obrigações derivadas das disposições vigentes em matéria de proteção do emprego, condições de trabalho e prevenção de acidentes e proteção do meio ambiente.³⁷ (tradução nossa)

Interessante notar que o dispositivo prevê a possibilidade do órgão promotor da licitação incluir, nos requisitos da contratação (nas condições da licitação), a obrigatoriedade do proponente manifestar-se no sentido de que tenha levado em conta, na elaboração da sua proposta, obrigações relacionadas à proteção do meio ambiente.

Há de se reconhecer que a exigência é inócua, haja vista o fato de ser cumprida com a emissão de documento pelo próprio licitante. Trata-se da chamada autodeclaração, em que o próprio interessado é o responsável pela elaboração e emissão de certo documento. Essa medida, se considerada de forma isolada, não assegura que o proponente, efetivamente, mantenha práticas sustentáveis em seu sistema produtivo ou de prestação de serviços.

Não são muitos os artigos da Lei n.º 30/2007 que fazem menção relevante ao meio ambiente. Contudo, vale ainda trazer o que dispõe o seu artigo 134, item 3, alínea “h”:

Artigo 134. Critérios para avaliação das propostas. [...] 3. A avaliação de mais de um critério ocorrerá, em especial, nos processos de adjudicação dos seguintes contratos: [...] h) Contratos cuja execução pode ter um impacto significativo sobre o meio ambiente, cuja adjudicação valorizará condições ambientais mensuráveis, tais como menor impacto ambiental, poupança e utilização racional de água e energia e materiais, o custo ambiental do ciclo de vida, procedimentos e métodos de produção ecológica, geração e gestão de resíduos e a utilização de materiais reciclados ou reutilizados ou materiais orgânicos.³⁸ (tradução nossa)

³⁷ Artículo 103. Información sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente, empleo y condiciones laborales. [...] 2. El órgano de contratación que facilite la información a la que se refiere el apartado 1 solicitará a los licitadores o a los candidatos en un procedimiento de adjudicación de contratos que manifiesten haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales, y protección del medio ambiente.

³⁸ Artículo 134. Criterios de valoración de las ofertas. [...] 3. La valoración de más de un criterio procederá, en particular, en la adjudicación de los siguientes contratos: [...] h) Contratos cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente, en cuya adjudicación se valorarán condiciones ambientales mensurables, tales como el menor impacto ambiental, el ahorro y el uso eficiente del agua y la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos.

Assim como o artigo 103, item 2, também o dispositivo em exame impõe condições que dificultam a implementação da licitação sustentável. Observe-se que a permissão do *caput* só se aplica se a execução do contrato causar significativo impacto ambiental e, além disso, se o processo licitatório houver previsto requisitos ambientais mensuráveis.

O que se percebe, sem maiores esforços, é que também na Europa – e, neste caso especial, na Espanha – a legislação não regulamenta de forma suficiente e adequada a questão das compras públicas sustentáveis. As normas são vagas e deixam lacunas de difícil superação, justificando, inclusive, a preocupação de Fondevila³⁹ (2015, p. 29) no sentido de que a interpretação da norma, na prática, é cercada de grandes dificuldades.

10.3 A compra sustentável nos EUA

Estudos realizados no ano de 2011, apontam que as contratações públicas, nos Estados Unidos, representam cerca de 11% (onze por cento) do Produto Interno Bruto – PIB daquele país. Em 2010, as compras do Governo Federal representaram aproximadamente 535 bilhões de dólares (excluindo subvenções que atingiram a cifra de 500 bilhões de dólares), ao passo que os contratos de nível estadual e local sinalizaram, respectivamente, montantes da ordem de 607 bilhões e 891 bilhões de dólares (ISEAL ALLIANCE, 2013, p. 48).

É interessante observar que em 20 de outubro de 1993, sob a influência do Vice-Presidente Al Gore, o Presidente dos Estados Unidos, William Clinton, publicou a Executive Order 12873, que teve como objetivo fixar diretrizes para que as contratações públicas americanas passassem a adotar critérios e requisitos de sustentabilidade ambiental. A citada ordem continha dispositivos relevantes, como os da seção 102, 201 e 401:

Seção 102. Consistentes com as políticas estabelecidas pelo Gabinete de Política de Aquisições Federais ("OFPP") Manual da Política 92-4, as agências devem respeitar as políticas do Poder Executivo para a aquisição e utilização de produtos e serviços ambientalmente preferenciais e implementar programas de preferência de aquisição de custo-benefício que favorecem a compra desses produtos e serviços.

[...]

Seção 201. "Ambientalmente preferível", os produtos ou serviços que têm um efeito menor ou reduzido sobre a saúde humana e o meio ambiente, quando comparados com os produtos ou serviços concorrentes que atendem a mesma finalidade. Esta comparação pode considerar a aquisição de matérias-primas, produção, fabricação, embalagem, distribuição, reutilização, operação, manutenção ou eliminação do produto ou serviço.

³⁹ Citado na seção 10.2 do presente trabalho.

[...]

Seção 401. Planejamento de Aquisição. No desenvolvimento dos planos, desenhos, declarações de trabalho, especificações ou outras descrições de produtos, as agências devem considerar os seguintes fatores: a eliminação de requisitos de materiais virgens; uso de materiais recuperados; reutilização de produtos; custo do ciclo de vida; reciclagem; o uso de produtos ambientalmente preferíveis; prevenção de resíduos (incluindo a redução ou eliminação da toxicidade); e eliminação final, conforme o caso. Esses fatores devem ser considerados no planejamento de aquisição para todos os contratos e na avaliação e concessão de contratos, conforme o caso. Os gestores de programas e de aquisição devem ter um papel ativo nessas atividades.⁴⁰ (tradução nossa)

A Ordem 12873 apontava de maneira bastante clara a forma como deveriam se guiar as contratações públicas. Por meio dela, os órgãos do governo federal se obrigavam a promover seus processos de compras com respeito ao meio ambiente. Dentre as regras previstas nessa norma, incluiu-se, por exemplo, a obrigatoriedade da aquisição de materiais reciclados, como o papel, óleos lubrificantes e pneus reaproveitados.

Durante o governo George Bush, entretanto, a Executive Order 12873 foi revogada, sendo substituída pelas de número 13101, 13123, 13134, 13148, 13149, 13423 e 13514; cada uma delas tratando de um segmento específico. A ordem 13423, por exemplo, exige que os órgãos federais promovam a segurança energética e o desempenho ambiental na produção, distribuição e consumo de energia, com foco voltado especialmente na prevenção da poluição, conservação do petróleo, conservação da água, sustentabilidade das edificações, dentre outros (GREENING EPA, 2015).

No que se refere às edificações sustentáveis, importante mencionar que o U.S. Green Building Council elaborou um Guia de Construções Governamentais Verdes, por meio do qual presta orientações sobre a forma de elaborar os projetos e contratar empreitadas prevendo

⁴⁰ Sec. 102. Consistent with policies established by Office of Federal Procurement Policy (“OFPP”) Policy Letter 92-4, agencies shall comply with executive branch policies for the acquisition and use of environmentally preferable products and services and implement cost-effective procurement preference programs favoring the purchase of these products and services.

[...]

Sec. 201. “Environmentally preferable” means products or services that have a lesser or reduced effect on human health and the environment when compared with competing products or services that serve the same purpose. This comparison may consider raw materials acquisition, production, manufacturing, packaging, distribution, reuse, operation, maintenance, or disposal of the product or service.

[...]

Sec. 401. Acquisition Planning. In developing plans, drawings, work statements, specifications, or other product descriptions, agencies shall consider the following factors: elimination of virgin material requirements; use of recovered materials; reuse of product; life cycle cost; recyclability; use of environmentally preferable products; waste prevention (including toxicity reduction or elimination); and ultimate disposal, as appropriate. These factors should be considered in acquisition planning for all procurements and in the evaluation and award of contracts, as appropriate. Program and acquisition managers should take an active role in these activities.

requisitos e critérios ambientais. Muito embora o Guia não seja impositivo, é um instrumento de orientação bastante interessante e que parte do pressuposto de que

O setor do governo está liderando pelo exemplo na vanguarda da revolução da construção verde. As instalações públicas concebidas, construídas e operadas, segundo os princípios de construção verde são importantes para a saúde ambiental e a responsabilidade fiscal nos níveis locais, estaduais e federais. Os projetos públicos visíveis que destacam a beleza e o valor da construção verde também aumentam a consciência, inspiram a implementação mais ampla de práticas de construção sustentável e incentivam o setor privado a construção verde (U.S. GREEN BUILDING COUNCIL, 2015, p. 2, tradução nossa).⁴¹

Assim como nos países da União Europeia, nota-se que também nos Estados Unidos há um esforço no sentido de implementar as compras públicas sustentáveis. Todavia, percebe-se que o trabalho se desdobra em um processo de convencimento dos órgãos públicos, principalmente estaduais e locais, no sentido de regulamentarem as contratações ecológicas.

10.4 A compra sustentável na América do Sul

Seguindo uma tendência mundial, também na América do Sul percebe-se um movimento dos países no sentido de discutirem caminhos para a implementação da compra pública sustentável.

Paz (2009, p. 40) destaca que, no Peru, cerca de 26% (vinte e seis por cento) do Produto Interno Bruto – PIB são destinados às compras públicas, de modo que o Estado peruano é considerado o maior comprador do país. Existem mais de 2.750 órgãos e entidades que contratam serviços, adquirem bens e efetuam obras. Apesar desse cenário,

[...] no Peru, o conceito de compras públicas não tem evoluído, quer dizer, permanece no cumprimento das formalidades legais e nas compras com base nos critérios de qualidade-preço. Nesse sentido, se pode dizer que não se tem produzido a adaptação do conceito de compras para incluir critérios de desenvolvimento sustentável (PAZ, 2009, p. 40, tradução nossa).⁴²

⁴¹ The government sector is leading by example at the forefront of the green building revolution. Public facilities designed, built and operated using green building principles are important to environmental health and fiscal responsibility at the local, state and federal levels. Visible public projects that highlight the beauty and value of green building also raise awareness, inspire the broader implementation of sustainable building practices and encourage the private sector to build green.

⁴² [...] en el Perú, el concepto de compras públicas no ha evolucionado, es decir, sigue manteniéndose en el cumplimiento de los formalismos legales y las compras basadas en los criterios de calidad-precio. En ese sentido, se puede señalar que no se ha producido la adaptación del concepto *compras* con criterio de desarrollo sostenible.

Palacios (2014, p. 204) levanta a mesma questão, lecionando que as normas que regulam a contratação pública no Peru se baseiam em dois fatores básicos, quais sejam, alcançar a melhor relação qualidade *versus* preço, e garantir a igualdade de condições a todos aqueles que desejarem contratar com o Estado, sendo necessário promover-se profundas mudanças de paradigma na licitação pública, de modo a alinhá-la aos preceitos do desenvolvimento sustentável.

Em sua obra, o mesmo autor ressalta a importância das certificações ambientais como instrumentos capazes de assegurar a sustentabilidade de produtos ou de processos produtivos. Muito embora seja um procedimento voluntário e que não pode ser incluído como requisito nas compras governamentais,

[...] as certificações ambientais e os rótulos ecológicos podem ser considerados uma referência para a gestão ambiental corporativa, marca de garantia para os consumidores, ferramenta para a equidade social e econômica para as comunidades imersas em ecossistemas vulneráveis, e um elemento de competitividade nos mercados internacionais, bem como uma estratégia que contribui para o cumprimento dos objetivos da política ambiental através da economia de mercado (PALACIOS, 2014, p. 209, tradução nossa).⁴³

Importante destacar que no Peru a contratação pública sustentável está prevista apenas como um princípio, inserto na Lei de Contratações do Estado, regulamentada pelo Decreto 184-2008. É por este motivo que Paz (2009, p. 48) salienta que

[...] a compra verde no Peru só é mencionada de maneira declarativa sem indicar um critério de aplicação no Regulamento da Lei de Contratação Pública, isto é, não estamos sequer numa fase inicial. Para isso, é necessário que a Administração Pública e outras entidades comecem a introduzir critérios de sustentabilidade nas contratações públicas.⁴⁴ (tradução nossa)

Percebe-se que o problema vislumbrado no Peru é muito semelhante ao encontrado no Brasil, ou seja, a Lei de Contratações Públicas (no Brasil, a Lei n.º 8.666/1993) não indica como e quando devem ser inseridos critérios ou requisitos ambientais nas compras

⁴³ [...] las certificaciones ambientales y las etiquetas ecológicas pueden ser consideradas un referente de gestión ambiental empresarial, marca de garantía para los consumidores, herramienta de equidad social y económica para las comunidades inmersas en ecosistemas vulnerables y, un elemento de competitividad en los mercados a nivel internacional, así como una estrategia que contribuye al cumplimiento de objetivos de política ambiental a través de la economía de mercado.

⁴⁴ [...] la compra verde en el Perú solo es mencionada de manera declarativa sin señalar un criterio de aplicación en el Reglamento de la Ley de Contratación Pública, es decir, no estamos ni siquiera en un estadio inicial. Para ello, se requiere que la Administración Pública y otras entidades empiecen a introducir criterios sostenibles en la contratación pública.

governamentais, limitando-se a legislação a indicar a compra verde como um princípio a ser observado (no Brasil, a inserção da promoção do desenvolvimento nacional sustentável como mais um objetivo da licitação pública).

Situação bastante diferente é observada no Chile. É interessante notar que o país é reconhecido pela Organização das Nações Unidas – ONU, como um dos países mais avançados em termos de contratações públicas sustentáveis.

A legislação chilena sobre este assunto é composta de várias Diretivas, merecendo especial destaque a de número 13, de 23 de maio de 2011, que cuida das instruções para a realização de contratações sustentáveis no mercado público.

O item 1 da Diretiva n.º 13 indica seu objetivo, dispondo que, através dela, se busca estabelecer os conceitos e parâmetros básicos que facilitem aos organismos da Administração Pública desenvolver, fomentar e potencializar a realização de procedimentos de contratações sustentáveis de bens móveis e serviços, através do Sistema de Informações e sua plataforma de licitações do Estado e, desta forma, contribuir para o desenvolvimento sustentável do país.

Todo o texto da Diretiva merece atenção, porém destacar-se-á neste ponto o que prevê o item 3, alíneas “A” e “C” do mencionado documento:

3 - INSTRUÇÕES E RECOMENDAÇÕES BÁSICAS PARA EFETUAR UM PROCEDIMENTO DE CONTRATAÇÃO SUSTENTÁVEL [...]

A. Definição das especificações ou características

No momento de determinar as especificações ou características dos bens ou serviços necessários, os compradores públicos devem considerar, sempre que possível, as propriedades de sustentabilidade do produto ou serviço a ser adquirido, ou seja, incluir aspectos que permitam caracterizar a mencionada contratação como sustentável. [...]

C. Na contratação de bens ou serviços

Em caso de celebração de um contrato de aquisição de bens ou serviços em particular, a entidade compradora deve assegurar que os termos do contrato se ajustam ao determinado nas respectivas licitações, com ênfase especial nos aspectos que podem ter alguma consequência ou efeito econômico, social e/ou ambiental, a fim de obter um compromisso real e efetivo do fornecedor adjudicado com relação à execução de uma contratação sustentável.⁴⁵ (tradução nossa)

⁴⁵ 3 – INSTRUCCIONES Y RECOMENDACIONES BÁSICAS PARA EFECTUAR UN PROCEDIMIENTO DE CONTRATACION SUSTENTABLE [...]

A. Definición de especificaciones o características

Al momento de determinar las especificaciones o características de los bienes o servicios que se requieren, los compradores públicos deberán considerar, en lo posible, las propiedades de sustentabilidad del producto o servicio a adquirir, ésto es, que incluya aspectos o que permitan catalogar la mencionada contratación como sustentable. [...]

C. Contratación del bien o servicio

En caso de que suscriba un contrato producto de la contratación del bien o servicio en particular, la entidad compradora debe cuidar que la regulación contractual se ajuste a lo señalado en las bases de licitación respectivas, colocando especial énfasis en aquellos aspectos que puedan tener alguna consecuencia o efecto económico, social y/o medioambiental, de manera de obtener un compromiso real y efectivo del proveedor adjudicado en lo relativo a la ejecución de una contratación sustentable.

A Diretiva deixa claro que os procedimentos de contratação pública devem prever, nas especificações do objeto, critérios e requisitos sustentáveis, não apenas relacionados às questões ambientais, mas também econômicas e sociais. Dessa forma, a legislação chilena incorpora com admirável precisão e clareza os componentes que fundamentam o desenvolvimento sustentável, uma vez que a sustentabilidade se perfaz da conjugação de elementos econômicos, sociais e ambientais (e não apenas deste último, como habitualmente e equivocadamente se pensa).

Em razão de sua avançada legislação sobre compras governamentais ecológicas, que tem origem no ano de 2008, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA firmou parceria estratégica com o Chile, visando implantar projeto piloto naquele país, com três focos básicos: capacitação no tema das compras públicas sustentáveis, adaptação e melhora do enfoque de compras públicas sustentáveis, e implantação efetiva de uma política de compras públicas sustentáveis (MINISTERIO DE HACIENDA, 2015).

O programa cumpriu diversas etapas e estimulou diversas ações e medidas, inclusive a criação de um portal oficial de compras governamentais, que traz informações relevantes sobre práticas e certificações ambientais dos fornecedores. Todo esse trabalho permitiu com que, no ano de 2013, 43,3% (quarenta e três vírgula três por cento) das ordens de compra emitidas pelos órgãos estatais chilenos considerassem critérios sustentáveis nas contratações (MINISTERIO DE HACIENDA, 2015).

Ainda em dezembro de 2011, o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID reconheceu que o sistema de contratação pública do Chile foi o primeiro a se adaptar às contratações financiadas por aquele Banco. O principal benefício desse reconhecimento foi a celebração de um acordo entre o Chile e o BID, permitindo que aproximadamente 100.000 (cem mil) empresas cadastradas no portal de compras chileno pudessem ter acesso automático às licitações associadas a projetos financiados pelo Banco em todo o mundo (IADB, 2011).

A trajetória chilena na direção da implementação efetiva das compras governamentais sustentáveis foi objeto de menção pelo PNUMA, em trabalho publicado no ano de 2012, quando o órgão da ONU lembrou que

No Chile, o âmbito do projeto é toda a administração chilena, eis que a área de compras é gerida através do ChileCompras, uma organização que gere as compras e contratações de todos os órgãos governamentais do Chile (um total de 850 órgãos

dos governos central e local), com exceção das concessões e das obras públicas (PNUMA, 2012, p. 24, tradução nossa).⁴⁶

Muito embora se pudesse aprofundar ainda mais nas experiências estrangeiras sobre compras públicas sustentáveis, não é o direito comparado o tema central deste trabalho. Dessa forma, entendemos que o presente capítulo cumpriu sua função de promover uma reflexão sobre a política de contratações ecológicas fora do Brasil.

É possível perceber que a falta de regulamentação clara sobre as licitações sustentáveis não é um problema apenas brasileiro. De todo modo, notam-se também bons exemplos de políticas que poderiam servir de modelo ao Brasil, como é o caso daquela que vem sendo implantada pelo Chile.

⁴⁶ En Chile, el ámbito del proyecto es toda la administración chilena, ya que se trata del área de compras gestionada a través de ChileCompra, una organización que gestiona las compras y la contratación de todos los organismos gubernamentales de Chile (un total de 850 organismos de los gobiernos central y local), con la excepción de la gestión de las concesiones y de las obras públicas.

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há qualquer dúvida de que a Constituição da República Federativa do Brasil, bem como os compromissos internacionais assumidos pelo País – a exemplo daqueles provenientes da Rio-92 –, oferecem fundamentos jurídicos suficientes para a legalização das licitações sustentáveis.

Entretanto, a legislação infraconstitucional brasileira é, hoje, insuficiente para regulamentar de forma adequada a matéria, o que impede que o Poder Público possa, legalmente, instituir as licitações ecológicas, pelo menos sob a ótica de condicionar as contratações públicas ao cumprimento de requisitos e critérios ambientais pelos agentes privados.

A Lei n.º 8.666/1993, que é a lei geral sobre compras e contratações governamentais, muito embora indique no artigo 3º, alterado pela Lei n.º 12.349/2010, que um dos objetivos da licitação pública é a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, não disciplina quando e como devem ser fixados critérios ambientais nos certames. Dessa forma, a sustentabilidade preconizada no artigo 3º é mero adorno, tendo valor essencialmente simbólico.

Essa vagueza normativa fomenta o debate acerca da forma de implementação das ecolicitacoes, fazendo surgir correntes doutrinárias contrapostas. Há quem defenda, equivocadamente, a possibilidade de se incluir, na fase de Habilitação, documentos relacionados à sustentabilidade de produtos ou processos produtivos. Há, também, quem entenda que a licitação sustentável se perfaz da inserção de requisitos ambientais no objeto do edital (termo de referência ou especificação). Por fim, também há quem veja na licitação do tipo técnica e preço a única forma de viabilizar o certame ecológico, eis que nesse caso poderiam ser fixados quesitos técnicos pontuáveis de avaliação voltados à sustentabilidade de produtos, serviços ou sistemas de produção.

Por sua vez, deve-se considerar que o princípio constitucional da legalidade determina que os entes estatais somente estão autorizados a agir na forma expressamente prevista em lei. Segundo alguns autores, a lei deve indicar não só o que fazer, mas também como e quando deve atuar a Administração. Esse molde legal é o fundamento do Estado de Direito. Não se pode mitigar a importância do princípio da legalidade que, a rigor, é a garantia de que o Poder Público não atuará de forma arbitrária.

Uma vez que a Lei Nacional de Licitações não disciplina suficientemente as compras governamentais sustentáveis, a doutrina acaba se desdobrando na construção de interpretações

que venham, de algum modo, servir para dar sustentação às licitações ecológicas. Tais interpretações, contudo, não raro, vão de encontro ao primado da legalidade.

É interessante perceber que a Lei n.º 12.462/2011 (que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC), muito embora tenha apresentado significativos avanços em termos de regulamentação da licitação ecológica, também deixou transparecer certa timidez do legislador pátrio em disciplinar o assunto de maneira clara e objetiva. O mesmo ocorre com o Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 559, que se encontra em tramitação no Congresso Nacional. Apesar do PLS tratar da questão ambiental em vários de seus artigos, não resta claro, pelo exame de seus dispositivos, quando e como poderia o administrador realizar a licitação pública com a inserção de critérios de sustentabilidade.

Observando-se a compra estatal sustentável em outros países, pode-se perceber que a dificuldade em implantar com efetividade as licitações ecológicas e alterar paradigmas da contratação pública não é um problema exclusivamente brasileiro. A exceção fica por conta do Chile, que foi reconhecido pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA e pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, como um país cujas compras governamentais ecológicas são exemplares.

O exame da legislação brasileira, especialmente daquela voltada às contratações públicas, bem como a análise de abalizadas doutrinas e dos princípios constitucionais, de direito administrativo e ambiental, não deixa dúvidas de que o sistema jurídico do Brasil não regulamentou de forma adequada a licitação pública sustentável. Não é possível, pela lei de regência, incluir documentos relacionados à sustentabilidade de produtos e serviços na fase de Habilitação, tampouco traçar critérios ou requisitos ambientais na especificação do objeto, uma vez que não há previsão legal para tais condutas administrativas.

Ao nosso sentir, portanto, a considerar o atual arcabouço jurídico, a única forma legal de implementação da contratação pública sustentável é a adoção de licitação do tipo técnica e preço. Através dela, pode-se definir no edital quesitos técnicos ambientais pontuáveis, de tal modo que a comprovação de atendimento a tais quesitos propicie maior pontuação técnica ao fornecedor, sem alijar do certame os demais concorrentes.

Nesse esforço pela legalização e regulamentação da licitação ecológica, cabe ainda propor que se façam modificações no texto do Projeto de Lei do Senado n.º 559/2013, que encontra-se em tramitação no Congresso Nacional, de tal maneira que as regras para a inserção de critérios e requisitos ambientais nos editais de licitação sejam explicitadas, de forma clara e objetiva, viabilizando em definitivo a compra ecológica no Brasil e o alinhamento das contratações estatais ao postulado do desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ricardo Barretto de; VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o regime diferenciado de contratações públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Guimarães (Org.). **O regime diferenciado de contratações públicas RDC**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. cap. 1, p. 33-50

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARCESSAT, Lena. Papel do Estado brasileiro na ordem econômica e na defesa do meio ambiente: necessidade de opção por contratações públicas sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Org.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. cap. 3, p. 67-81

BARKI, Teresa Villac Pinheiro. Direito internacional ambiental como fundamento jurídico para as licitações sustentáveis no Brasil. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Org.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. cap.2, p. 39-65

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. **Comentários ao regime diferenciado de contratações**. 2.ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Org.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. cap. 9, p. 175-217

BITTENCOURT, Sidney. **Licitações sustentáveis**: o uso do poder de compra do Estado fomentando o desenvolvimento nacional sustentável. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

BLIACHERIENE, Ana Carla. Compras públicas sustentáveis e cidadania. In: VILLAC, Teresa; BLIACHERIS, Marcos Weiss; SOUZA, Lilian Castro de (Org.). **Panorama de licitações sustentáveis**: direito e gestão pública. Belo Horizonte: Fórum, 2014. cap. 7, p.153-168

BRAMMER, Stephen; WALKER, Helen. Sustainable procurement practice in the public sector: an international comparative study. Working Paper Series, **University of Bath**, London, n. 16, 2007.

BRASIL. Advocacia Geral da União - AGU. **Guia prático de licitações sustentáveis**. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/138067>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 set. 2015.

BRASIL. **Decreto n.º 7.746, de 5 de junho de 2012.** Regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7746.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. **Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 07 set. 2015.

BRASIL. **Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002.** Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. **Lei n.º 11.947, de 16 de junho de 2009.** Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica; altera as Leis nºs 10.880, de 9 de junho de 2004, 11.273, de 6 de fevereiro de 2006, 11.507, de 20 de julho de 2007; revoga dispositivos da Medida Provisória nº 2.178-36, de 24 de agosto de 2001, e a Lei nº 8.913, de 12 de julho de 1994; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11947.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. **Lei n.º 12.187, de 29 de dezembro de 2009.** Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12187.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. **Lei n.º 12.305, de 2 de agosto de 2010.** Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/12305.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. **Lei n.º 12.349, de 15 de dezembro de 2010.** Altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm>. Acesso em: 07 set. 2015.

BRASIL. **Lei n.º 12.462, de 04 de agosto de 2011.** Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 07 set. 2015.

BRASIL. **Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006.** Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis n.ºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943, da Lei n.º 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar n.º 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis n.ºs 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. **Medida Provisória n.º 495, de 19 de julho de 2010.** Exposição de motivos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-104-MP-MF-MEC-MCT-MPV-495-10.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão. **Instrução Normativa SLTI/MPOG n.º 1, de 19 de janeiro de 2010.** Dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/legislacaoDetalhe.asp?ctdCod=295>>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 559, de 24 de dezembro de 2013.** Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143724&tp=1>>. Acesso em: 07 set. 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 991, de 21 de junho de 2006, Plenário.** Relator Ministro Guilherme Palmeira. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=991&anoAcordao=2006>>. Acesso em: 29 ago. 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 122, de 25 de janeiro de 2012, Plenário.** Relator Ministro Weder de Oliveira. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=122&anoAcordao=2012>>. Acesso em: 29 ago. 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 304, de 15 de março de 2006, Plenário.** Relator Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=304&anoAcordao=2006>>. Acesso em: 29 ago. 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 1.107, de 5 de julho de 2006, Plenário.** Relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=1107&anoAcordao=2006>>. Acesso em: 29 ago. 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 1.317, de 29 de maio de 2013, Plenário.** Relator Ministro Aroldo Cedraz. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao:plenario:acordao:2013-05-29;1317>>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Informativo de Licitações e Contratos n.º 213**. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/informativo-de-licitacoes-e-contratos.htm>>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Informativo de Licitações e Contratos n.º 225**. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/informativo-de-licitacoes-e-contratos.htm>>. Acesso em: 10 out. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Técnica legislativa**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

CHILE. Directiva de Contratación Pública n.º 13. Instrucciones para realizar contrataciones sustentables en el mercado público chileno. **Diario Oficial de Chile**, Santiago, 23 maio 2011.

CHILE. Ministerio de Hacienda. **ChileCompra**: hacia un mercado de compras públicas inclusivas y sustentables. Disponível em: <http://www.mma.gob.cl/1304/articles-56034_Trinidad_Inostroza_Chile_ChileCompras.pdf>. Acesso em: 04 set. 2015.

COELHO, Hamilton Antônio. **Responsabilidade ambiental na licitação**: sustentabilidade nas contratações e compras de governo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

COMUNIDADE EUROPEIA – CE. Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços. **Jornal Oficial da União Europeia**, Lisboa, 30 abr. 2004. p. 114-118.

COSTA, Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito à vida**: Brasil, Portugal e Espanha. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ESPANHA. Ley 30/2007. Regula la contratación del sector público. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, 31 oct. 2007. p. 44336-44436.

ESPANHA. Orden PRE/116/2008. Publica el Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, 31 ene. 2008. p. 5706-5710.

FEDCENTER. **Executive Order 12873**: federal acquisition, recycling, and waste prevention. Disponível em: <https://www.fedcenter.gov/Bookmarks/index.cfm?id=27728&pge_prg_id=40072&pge_id=1653>. Acesso em: 03 set. 2015.

FERNANDES, Viviane Vieira da Silva. O papel da fiscalização contratual no desenvolvimento nacional sustentável. In: VILLAC, Teresa; BLIACHERIS, Marcos Weiss; SOUZA, Lilian Castro de (Org.). **Panorama de licitações sustentáveis: direito e gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. cap. 9, p.193-216

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa**. 6. ed. rev. e atual. Curitiba: Positivo, 2005.

FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. Licitações sustentáveis como instrumento de defesa do meio ambiente – fundamentos jurídicos para a sua efetividade. In: BLIACHERIS, Marcos Weiss; FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira (Org.). **Sustentabilidade na administração pública: valores e práticas de gestão socioambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. cap. 4, p. 83-105

FONDEVILA, Miguel Marco. **Guía de compras sostenibles: proyecto ENECO**. Disponível em: <http://www.ader.es/fileadmin/redactores/SERVICIOS/Innovacion/Proyecto_Eneco/Guias_Compras_Sostenibles.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2015.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOECKS, Nara Raquel Alves; AUGUSTIN, Sérgio. **Licitações sustentáveis enquanto política pública ambiental**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=62c1b07504130045>>. Acesso em: 22 dez. 2014.

GREENING EPA. **Executive Order 13423: Strengthening Federal Environmental, Energy, and Transportation Management**. Disponível em: <<http://www.epa.gov/greeningepa/practices/eo13423.htm>>. Acesso em: 03 set. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK – IADB. **BID acepta el sistema de contratación pública de Chile para sus adquisiciones en ese país**. Disponível em: <<http://www.iadb.org/es/noticias/anuncios/2011-12-21/bid-acepta-el-sistema-de-contratacion-publica-de-chile,9790.html>>. Acesso em: 04 set. 2015.

ISEAL ALLIANCE. **Buying for tomorrow: sustainable public procurement and the use of standards as a mechanism to scale-up implementation**. Jul. 2013. Disponível em: <<http://www.isealalliance.org/sites/default/files/ISEAL-SPP-Report-Full-Document.pdf>>. Acesso em 02 set. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2014b.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014a.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 22. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENEGUZZI, Rosa Maria. Conceito de licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Org.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. cap.1, p. 19-38

MINAS GERAIS. **Decreto n.º 46.105, de 12 de dezembro de 2012**. Estabelece diretrizes para a promoção do desenvolvimento sustentável nas contratações realizadas pela administração pública estadual, nos termos do art. 3º da lei federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=46105&comp=&ano=2012>>. Acesso em: 10 out. 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública: a lei geral de licitações/LGL e o regime diferenciado de contratações/RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012.

NAHAS, Denise; ANDRADE, Fabiana de Oliveira; COLARES, Ana Carolina Vasconcelos; NAHAS, Elisa Brito. **Considerações sobre licitações sustentáveis em face dos princípios da isonomia e da competitividade**. Disponível em: <http://www.convibra.org/upload/paper/2013/38/2013_38_8245.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2014.

PALACIOS, Miguel Ángel Soto. Hacia la implementación de patrones de sostenibilidad ambiental en la producción y consumo: compras públicas sostenibles. **Derecho & Sociedad**, Lima, n. 42, p. 201-212, 2014.

PAZ, Jorge García. Las compras verdes, una práctica sustentable y ecológica: posibilidad de su aplicación en el Perú. **Contabilidad y Negocios**, Lima, v. 4, n. 7, p. 39-52, jul. 2009.

PRENEN, Emery. Green and sustainable public procurement in the Netherlands: an inconvenient truth. **3rd International Public Procurement Conference Proceedings**. 28-30 aug. 2008. Disponível em: <<http://www.ippa.ws/IPPC3/Proceedings/Chaper%2032.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE – PNUMA. **Implementando Compras Públicas Sustentáveis**: introducción al enfoque del PNUMA. Paris: PNUMA DTIE, 2012.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual prático das licitações**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

RODRIGUES, Isabel Nader; LUMERTZ, Eduardo Só dos Santos. A economia verde como vetor do desenvolvimento sustentável. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 11, n. 21, p. 107-134, jan./jun. 2014.

SANTOS, Fabricio Vieira dos. Licitação sustentável: contribuição estatal para atingir o meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 107, p. 71-76, nov. 2010.

SANTOS, Murilo Giordan. Poder normativo nas licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murilo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Org.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. cap. 8, p. 153-173.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Guimarães (Org.). **O regime diferenciado de contratações públicas RDC**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. cap. 10, p. 181-203

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOURANI, Amr; SOHAIL, Muhammad. Barriers to addressing sustainable construction in public procurement strategies. **ICE: Engineering Sustainability**, Leicestershire, v. 4, n. 164, p. 229-237, 2011.

SOUZA, Lilian Castro de. As compras públicas sustentáveis na visão dos Tribunais de Contas da União. In: VILLAC, Teresa; BLIACHERIS, Marcos Weiss; SOUZA, Lilian Castro de (Org.). **Panorama de licitações sustentáveis: direito e gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. cap. 4, p.99-118

THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014.

U.S. GREEN BUILDING COUNCIL. **Roadmap: to green government buildings**. Disponível em: <<http://www.usgbc.org/sites/default/files/roadmap-to-green-government-buildings.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2015.

VALENCIA, Pierre Foy. Consideraciones sobre la contratación pública sostenible (“verde”). **Derecho PUCP**, Lima, n. 66, p. 335-350, 2011.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. **Marco legal das licitações e compras sustentáveis na Administração Pública**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema1/2011_1723.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2015.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Licitações públicas**. 2. ed. Curitiba: JML, 2013.

VILLAC, Teresa. Licitações sustentáveis e hermenêutica. In: VILLAC, Teresa; BLIACHERIS, Marcos Weiss; SOUZA, Lilian Castro de (Org.). **Panorama de licitações sustentáveis: direito e gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. cap. 2, p.65-79

YAKER, Farid; BACETI, Camila Moraes; ENMANUEL, Carlos-Andrés. O trabalho do programa das Nações Unidas para o meio ambiente na promoção das compras públicas sustentáveis. In: VILLAC, Teresa; BLIACHERIS, Marcos Weiss; SOUZA, Lilian Castro de (Org.). **Panorama de licitações sustentáveis: direito e gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. cap. 1, p.29-62

WILLIAMS, S.; CHAMBERS, T.; HILLS, S.; DOWSON, F. *In: FORUM FOR THE FUTURE*, 2007, London. **Technical Report**. London: University of the West of England, 2007. p. 1-44.