

A LICITAÇÃO PÚBLICA E SUA FINALIDADE DE PROMOVER O DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

THE PUBLIC BIDDING AND ITS PURPOSE OF PROMOTING NATIONAL DEVELOPMENT SUSTAINABLE

Luciano Elias Reis*

Camila Backes**

Como citar: REIS, Luciano Elias e; BACKES, Camila. A licitação pública e sua finalidade de promover o desenvolvimento nacional sustentável. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n. 30, p. 1-19, ago-dez. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>

Sumário:

Introdução; 1 Desenvolvimento sustentável; 1.1 O desenvolvimento sustentável no ordenamento jurídico brasileiro; 2 Finalidades da licitação: a inclusão da promoção do desenvolvimento nacional sustentável; 3 Licitações sustentáveis; 3.1 A adoção de critérios socioambientais nos procedimentos licitatórios; 3.2 Em quais momentos os critérios sustentáveis devem ser utilizados; 4 Conflito ou colisão entre as finalidades da licitação?; 4.1 Sustentabilidade e isonomia; 4.2 Sustentabilidade e vantajosidade; Conclusão; Referências.

Resumo:

A promoção do desenvolvimento nacional sustentável como nova finalidade a ser alcançada pelas licitações está prevista no artigo 3º da Lei nº 8.666/1993. O Estado deve, por meio do procedimento licitatório, atingir este fim juntamente com a observância do princípio da isonomia entre os participantes e a seleção da proposta mais vantajosa. O conceito de desenvolvimento sustentável tem como ideia principal aquele que consegue atender as necessidades do presente, mas sem comprometer as futuras gerações de atenderem as suas próprias necessidades. O desenvolvimento sustentável foi recepcionado pelo ordenamento jurídico pátrio e é considerado um direito fundamental de terceira dimensão. As licitações sustentáveis levam em consideração critérios de sustentabilidade, por intermédio da utilização do poder de compra do Estado, sendo este um instrumento de implementação de políticas públicas. A sua realização é legal e não fere as finalidades da isonomia nem da seleção da proposta mais vantajosa. Utilizando um método descritivo e dedutivo, inclusive amparando-se em decisões do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas, objetiva-se debater a atual relevância da licitação como meio direto e indireto de melhorias à sociedade.

Palavras-chave: Licitação. Desenvolvimento Nacional Sustentável. Finalidades.

Abstract:

Article n. 3 of Law n. 8.666 /1993 promotes sustainable national development as a new purpose to be achieved by biddings. Therefore, the State must, through bidding procedure, achieve this goal observing participants isonomy principle and the selection of the best proposal. Sustainable development concept has its main focus in the present's needs achievement, without compromising future generations to meet their own. Legal system embraces sustainable development as a third dimension basic right. Sustainable bids take for grant sustainability criteria, through State's purchasing power as an public policies implementation instrument. Its application is legal and does not violate the purposes of isonomy nor the selection of the most advantageous proposal. Using descriptive

* Doutorando e Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC. Especialista em Direito Administrativo e em Processo Civil, ambos pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (2004). Presidente da Comissão de Gestão Pública, Transparência e Controle da Administração - Ordem dos Advogados do Brasil (PR). Professor de Direito Administrativo do UNICURITIBA, Professor da Pós-Graduação do UNICURITIBA, Professor da Pós-Graduação em Direito Administrativo Disciplinar no NPSPP, Professor convidado da Pós-Graduação em Licitações e Contratos Administrativos da UNIBRASIL e Professor convidado da Pós-Graduação em Licitações e Contratos Administrativos da PUC-PR.

** Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Curitiba, Advogada.

and deductive methods and jurisprudential analysis, the paper's goal is to discuss the bid's relevance as a direct and indirect instrument of society's improvements.

Keywords: *Bidding. National Development Sustainable. Purposes.*

INTRODUÇÃO

O dilema de continuar com o consumo e ao mesmo tempo promover o desenvolvimento nacional sustentável vem ganhando forças atualmente tanto na esfera privada quanto na pública, até porque se deve garantir o crescimento da atual geração e concomitantemente dar oportunidade às futuras gerações de utilizarem os mesmos recursos.

O desenvolvimento nacional está previsto no artigo 3º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, encontrando-se no rol dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. No plano infraconstitucional, o artigo 3º da Lei 8.666/1993, conhecida como Lei de Licitações e Contratos Administrativos, harmoniza-se com o acima exposto ao ter sua redação alterada pela Lei 12.349/2010 para apresentar a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como mais uma finalidade da licitação.

Entretanto a definição de desenvolvimento sustentável não é uma tarefa fácil. O uso desta expressão iniciou-se no ano de 1987, pela Organização das Nações Unidas – ONU, por meio do relatório Brundtland, e a partir desse relatório vários estudos acerca do tema vêm sendo feitos.

Mas como promovê-lo? Uma boa maneira é usar políticas públicas que incentivem um desenvolvimento econômico, mas sustentável. Sendo assim, nada melhor que o próprio poder público utilizar sua força para o bem de todos. Sabe-se que o Governo Brasileiro movimenta, com a aquisição de compras e contratações de serviços, cerca de 15% do seu Produto Interno Bruto – PIB (BRASIL, Ministério do Meio Ambiente, 2015). Logo, é considerado um grande consumidor desse mercado e pode utilizar este indelével potencial em suas licitações públicas e contratações administrativas, pois pagará com recursos públicos que devem ser destinados da melhor maneira possível e visando à melhoria na qualidade da vida da sociedade brasileira.

1 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O conceito de Desenvolvimento Sustentável começou a ser difundido no ano de 1987, por intermédio do Relatório Brundtland – Nosso Futuro Comum, organizado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas –

ONU:

O desenvolvimento sustentável não é um estado permanente de harmonia, mas um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, a orientação dos investimentos, os rumos do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão de acordo com as necessidades atuais e futuras. (...) Assim, em última análise, o desenvolvimento sustentável depende do empenho político. (COMISSÃO Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1991)

De acordo com o Relatório: “o desenvolvimento sustentável é aquele que atende as necessidades do presente sem comprometer as possibilidades de as gerações futuras atenderem suas próprias necessidades.” (Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1991). O conceito traz explicitamente uma preocupação com as gerações futuras para o seu enquadramento.

Posteriormente ao conclave em 1987, entre os dias 3 a 14 de junho de 1992, aconteceu a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92 ou Eco 92), estabelecendo 27 (vinte e sete) princípios para a implementação do desenvolvimento sustentável. De acordo com o oitavo princípio: “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.” (Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 2016)

A partir de sua análise, percebe-se o papel do Estado como responsável por promover práticas sustentáveis de produção e consumo, na qualidade de consumidor, através de políticas públicas. A ideia de adotar práticas sustentáveis para a produção e para o consumo deu início aos vários conceitos de desenvolvimento sustentável. Para Ignacy Sachs:

O desenvolvimento sustentável obedece ao duplo imperativo ético da solidariedade com as gerações presentes e futuras, e exige a explicitação de critérios de sustentabilidade social e ambiental e de viabilidade econômica. Estritamente falando, apenas as soluções que considerem estes três elementos, isto é, que promovam o crescimento econômico com impactos positivos em termos sociais ambientais, merecem a denominação de desenvolvimento. (SACHS, 2008, p. 36)

Para Daniel Ferreira, o desenvolvimento é triplamente sustentável, nos seus vieses econômico, social e ambiental. (FERREIRA, 2012.p. 52) A sustentabilidade econômica deve levar em consideração “uma eficiência mínima dos sistemas econômicos no esforço de assegurar, de forma contínua, o aumento do PIB e do PPC¹, retroalimentando a economia e

¹ Para esclarecimento, PIB é o produto interno bruto enquanto PPC é a paridade do poder de compra.

assim fazendo surtir os efeitos benéficos, adrede referidos, no tecido social.” A sustentabilidade social, para o autor, é mais complexa por sua dimensão psicológica. Ele apresenta outro lado dessa sustentabilidade, observando que somente ela é que autoriza a perpetuação da espécie humana, sendo a “responsável pela manutenção dos microuniversos sociais, aqueles referidos e referíveis apenas por meio da cultura, de modo a garantir sua identidade.” Entende também que a sustentabilidade econômica é reforçada pela sustentabilidade social e vice-versa. Já a sustentabilidade ambiental “deve ser assumida como um freio, não no sentido de atrasar o avanço na direção do desenvolvimento, mas de dar a temperança necessária à escolha da velocidade e dos caminhos eleitos no rumo à ecossocioeconomia do amanhã.” (FERREIRA, 2012.p. 53-55). Portanto, constata-se uma ideia tríplice do que é o desenvolvimento sustentável, criando uma harmonia entre meio ambiente, sociedade e economia.

De forma diversa, Juarez Freitas entende que a sustentabilidade é multidimensional, nos seus vieses ético, jurídico-político, social, econômico e ambiental. (FREITAS, 2011, p. 337). Para ele, o conceito de desenvolvimento sustentável:

É o princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos. (FREITAS, 2011, p. 51).

A partir dos entendimentos expostos, percebe-se uma influência do relatório de Brundtland em todos eles, visando à satisfação das necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem suas próprias necessidades, o que é consubstanciado no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 O desenvolvimento sustentável no ordenamento jurídico brasileiro

O direito ao desenvolvimento está referenciado, em primeira análise, no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, quando prescreve que se compromete a construir um Estado Democrático assegurando esse direito a todos os brasileiros.

Em seguida, a Constituição Federal, em seu artigo 3º, inciso II, objetiva garantir o desenvolvimento nacional e cumulativamente construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais

(inciso III) e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV).

Manoel Messias Peixinho e Suzani Andrade Ferraro sustentam que o:

Direito ao desenvolvimento nacional é norma jurídica constitucional de caráter fundamental, provida de eficácia imediata e impositiva sobre todos os poderes do Estado e, nesta direção, não pode se furtar a agir de acordo com as respectivas esferas de competência, sempre na busca da implementação de ações e medidas de ordem política, jurídica ou irradiadora que almejam a consecução daquele objetivo fundamental. (PEIXINHO; FERRARO, 2007. p. 6963)

Deste modo, o reconhecimento do desenvolvimento nacional como princípio constitucional fundamental e impositivo serve de base para a aplicação das normas tanto constitucionais como infraconstitucionais, além de servir de base para suas interpretações, impondo-se perante todos os poderes, já que não se pode interpretar qualquer norma do sistema jurídico de maneira alijada aos objetivos fundamentais da Lei Maior.

É importante salientar, ainda, que a Constituição Federal dispõe em seu texto alusão ao desenvolvimento tecnológico e econômico (artigo 5º, inciso XXIX), ao desenvolvimento econômico e social (artigo 21, inciso IX), ao desenvolvimento urbano (artigo 21, inciso XX), ao desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (artigo 35, inciso III), ao desenvolvimento geoeconômico e social (artigo 43), ao desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País (artigo 151, inciso I), ao desenvolvimento de acordo com os planos regionais (artigo 159, inciso I, alínea “c”), ao desenvolvimento regional (artigo 163, inciso VII), ao desenvolvimento social e econômico fomentado pelo turismo (artigo 180), ao desenvolvimento das funções sociais da cidade (artigo 182), ao desenvolvimento equilibrado do País (artigo 192), na área da saúde, ao desenvolvimento científico e tecnológico (artigo 200, inciso V), ao desenvolvimento cultural do País (artigo 215, § 3º), na área da cultura, ao desenvolvimento humano, social e econômico (artigo 216-A) ao desenvolvimento científico (artigo 218), por meio do mercado interno, ao desenvolvimento cultural e socioeconômico (artigo 219), desenvolvimento científico e tecnológica e de inovação (artigo 219-A) e, por meio de recursos do PIS, ao desenvolvimento econômico (artigo 239, § 1º).

Ademais, pode-se asseverar que o direito ao desenvolvimento é um direito fundamental, conforme expõe a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento promulgada em 1986 ao determinar em seu artigo 1º que:

O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados. (Declaração sobre o direito ao desenvolvimento 1986, 2016)

Este documento veio para formalizar o desenvolvimento como “interdependente a indivisível aos demais direitos humanos.” (SOARES, 2010. p. 470). De acordo com Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, para que algum direito seja considerado fundamental, necessita-se a presença de três elementos: o Estado, o indivíduo e o texto normativo regulador entre o Estado e o indivíduo. (DIMOULIS; MARTINS, 2009. p. 21-23).

Com base no acima exposto, percebe-se que, apesar do direito ao desenvolvimento sustentável não estar expressamente previsto no rol do artigo 5º da Constituição Federal, enquadra-se nos requisitos mencionados, o que per si gera a sua caracterização como um direito fundamental. Para Gustavo Henrique Justino de Oliveira, o direito ao desenvolvimento se enquadra na terceira dimensão dos direitos fundamentais, por se relacionar aos valores atinentes à solidariedade e à fraternidade. (OLIVEIRA, 2009. p. 13-14). Em senda similar, Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece:

Note-se, ademais, que esses direitos não são direitos individualizáveis, nem têm como o titular o ser humano. Este titular são os povos, as nações, os Estados, as coletividades, conforme se prefira. Igualmente, sua fundamentalidade não decorre da eminente dignidade humana (salvo mui longínqua e vagamente), mas sim de uma convicção quanto à sua importância. (FERREIRA FILHO, 2010. p. 90).

Se a Administração Pública deixar de adotar medidas que visem ao fomento das diversas áreas, como do microempreendedorismo, da preservação ambiental, da inclusão social e da salvaguarda dos direitos trabalhistas, estará violando o direito fundamental ao desenvolvimento nacional sustentável, portanto, os interessados podem cobrar a satisfação desse direito fundamental perante o Poder Público. (FERREIRA, 2011, p. 59).

Para Daniel Ferreira, o fato do direito ao desenvolvimento tratar-se de um direito fundamental, em sua face poderá ser invocado o princípio da vedação ao retrocesso, com o significado de impedir que os poderes públicos recuem naquilo que realiza ou prestigia a concretização deste direito. Em síntese, se alguma postura legislativa fosse assumida favorecendo o direito fundamental ao desenvolvimento, o retrocesso injustificado pode ser objeto de impugnação administrativa ou judicial. (FERREIRA, 2011, p. 58).

2 FINALIDADES DA LICITAÇÃO: A INCLUSÃO DA PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

O próprio artigo 3º da Lei nº 8.666/93 elenca as finalidades do procedimento licitatório, sendo elas: a seleção da proposta mais vantajosa, a isonomia entre os participantes e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Deve-se conseguir chegar a esses objetivos respeitando os princípios norteadores da licitação. Não existe hierarquia entre as finalidades, todas têm a mesma importância e servem para ajudar na legalidade do procedimento licitatório. Por conseguinte, as três finalidades devem ser atingidas conjuntamente. Não é suficiente a efetivação de somente uma ou duas, sob a pena da licitação não ser considerada válida.

A promoção ao desenvolvimento nacional sustentável não estava prevista originariamente na Lei de Licitações, mas sim foi agregada a partir da Medida Provisória nº 495/2010 que posteriormente foi convertida na Lei nº 12.349. Com isso, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável foi instituída como nova finalidade licitatória.

O Decreto Federal nº 7.746/2012 regulamentou o artigo 3º da supracitada Lei, estabelecendo normas gerais para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. De acordo com seu parágrafo 4º são diretrizes de sustentabilidade:

I – menor impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água; II – preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local; III – maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia; IV – maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local; V – maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra; VI – uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; e VII – origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras.

Percebe-se que, com a inclusão da promoção do desenvolvimento nacional sustentável como terceira finalidade legal da licitação, surge uma nova função social a ser observada pela lei. Para Daniel Ferreira, a nova função social da licitação passa a configurar “como uma obrigação genérica e ordinária, da qual o gestor público apenas poderá se desonerar por *justa causa*, devidamente motivada e comprovada”, e, caso contrário “estará a descumprir uma finalidade (de três) para a licitação, contaminando-a de vício insanável”. (FERREIRA, 2012, p. 39)

Segundo Luciano Elias Reis, as licitações devem ser examinadas também como um

instrumento para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável (e não só como um processo com caráter puramente econômico). Sendo assim, os certames deverão perquirir aspectos ambientais, sociais e econômicos relacionados às propostas e aos licitantes. (REIS, 2011, p. 116-117)

Outra conclusão que pode ser extraída é que a inserção da promoção do desenvolvimento nacional sustentável como finalidade da licitação impõe as compras governamentais como instrumento para o fomento da sustentabilidade no âmbito nacional. Como pontua Ferreira, “a conscientização do ‘poder de compra’ governamental é imprescindível para que todos os entes políticos assumam que, isoladamente ou em conjunto, interferem de forma profunda na condução dos negócios privados.” (FERREIRA, 2012, p. 41)

Tanto os contratos como as licitações devem estimular a adaptação voluntária da indústria, do comércio e da prestação de serviços à satisfação do desenvolvimento nacional sustentável. (FERREIRA, 2012, p. 45) Desse modo, pode-se asseverar que a atuação estatal em prol da nova finalidade licitatória é uma forma de intervenção indireta na economia que impõe uma inclinação de comportamento dos agentes privados no mercado com o objeto de melhorias na seara ambiental, social e econômica no Brasil.

3 LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS

Há na doutrina muitas referências sobre o conceito de licitações sustentáveis. Por isso, serão expostas algumas definições. Para Rachel Biderman, as licitações sustentáveis podem ser conhecidas como “compras públicas sustentáveis”, “ecoaquisição”, “compras verdes”, “compra ambientalmente amigável” e “licitação positiva” e que

(...) é uma solução para integrar considerações ambientais e sociais em todos os estágios do processo da compra e contratação dos agentes públicos (de governo) com o objetivo de reduzir impactos à saúde humana, ao meio ambiente e aos direitos humanos. A licitação sustentável permite o atendimento das necessidades específicas dos consumidores finais por meio da compra do produto que oferece o maior número de benefícios para o ambiente e a sociedade. (BIDERMAN, 2016)

Eduardo Bim defende que a licitação sustentável é “influenciada por parâmetros de consumo menos agressivos ao meio ambiente. É a licitação que integra critérios ambientais de acordo com o estado da técnica, ou seja, com o melhor para o meio ambiente de acordo com a atual ciência num preço razoável.” (BIM, 2013.p. 186).

Na visão de Marçal Justen Filho, pelo fato do desenvolvimento sustentável significar o crescimento econômico norteado pela preservação do meio ambiente “a licitação deve ser estruturada de modo a promover o crescimento econômico nacional em termos compatíveis com a proteção ao meio ambiente”. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 443). Para Juarez Freitas:

(...) são os procedimentos administrativos por meio dos quais um órgão ou entidade da Administração Pública convoca interessados – no seio do certame isonômico, probo e objetivo – com a finalidade de selecionar a proposta mais vantajosa, isto é, a mais sustentável, quando almeja efetuar pacto relativo a obras e serviços, compras, alienações, locações, arrendamentos, concessões e permissões, exigindo, fase de habilitação, as provas indispensáveis para assegurar o cumprimento das obrigações avençadas. (FREITAS, 2011, p. 257).

Em uma definição advinda do Governo Federal, o Ministério do Planejamento qualifica e contextualiza as licitações públicas sustentáveis da seguinte forma:

É a criação de uma política de contratações públicas que leve em consideração critérios de sustentabilidade, ou seja, critérios fundamentados no desenvolvimento econômico e social e na conservação do meio ambiente através da utilização do poder de compra do Estado como instrumento de implementação de políticas públicas, visando, dar exemplo aos consumidores, induzir o comportamento de outros consumidores, reduzir a geração de resíduos, fortalecer o mercado de bens e serviços ambientais, maior ecoeficiência no processo produtivo, além de apoiar a inovação tecnológica. (MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, 2011)

As licitações sustentáveis podem impulsionar a geração de emprego e renda para a população de um município, sendo assim um fator de desenvolvimento local. Rachel Biderman explica essa prática em algumas cidades do Sul do Brasil, onde, por exemplo “prefeituras adquirem merenda escolar orgânica, de pequenos produtores familiares da cidade, gerando emprego e renda para a população rural e alimentação saudável para os estudantes do sistema público de ensino.” Posteriormente explica como esta mudança de paradigma poderá impactar no mercado dos fornecedores:

Uma mudança em direção à produção e ao consumo sustentável é outro objetivo importante das aquisições sustentáveis. (...) Se a maioria dos compradores públicos optar por produtos mais sustentáveis, uma demanda maior estimulará uma oferta maior, que conduzirá por sua vez a um preço mais baixo. Aquisições públicas podem ajudar a criar um grande mercado para negócios sustentáveis, aumentando as margens de lucro dos produtores por meio de economias de escala e reduzindo seus riscos. Além disso, as autoridades públicas, atores poderosos do mercado, podem incentivar a inovação e, conseqüentemente, estimular a competição da indústria, garantindo aos

produtores recompensas pelo melhor desempenho ambiental de seus produtos, por meio da demanda do mercado ou de incentivos concretos. (BIDERMAN, 2016)

Desse modo, o Poder Público na sua função de consumidor deve promover o desenvolvimento nacional sustentável optando por adquirir bens ou serviços corretos do ponto de vista ambiental, social e econômico, até porque quanto maior a procura nesse aspecto, maiores serão as ofertas e, conseqüentemente, diminuirá o valor de mercado dos produtos e isso permitirá que a população busque e adapte-se com essas novas práticas, o que per si ensejará melhorias qualitativas à sociedade.²

3.1 A adoção de critérios socioambientais nos procedimentos licitatórios

Muitas dúvidas surgem especificamente em relação à adoção de critérios socioambientais nos procedimentos licitatórios. Seria essa adoção legal, não ferindo outros princípios assegurados pela Lei de Licitações? Para tanto, deve-se examinar a presente questão de acordo com uma interpretação sistemática.

A permissão para inserir o desenvolvimento sustentável pelo viés ambiental está prevista no artigo 225 da Constituição Federal e no artigo 170 que elenca os princípios da ordem econômica, sendo um deles o disposto no inciso 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.”

Deste modo, a atividade econômica deve ser voltada à preservação do meio ambiente e à diminuição dos danos a ele causados, ficando o Estado como o responsável pelas políticas públicas para assegurar o desenvolvimento econômico sustentável com a prática consciente das atividades e a preservação ambiental.

Segundo Daniel Ferreira, “a noção de responsabilidade socioambiental se encontra decantada na Lei das leis e aponta para um dever jurídico genérico, acometido a todos indistintamente, no sentido de harmonização das expectativas de crescimento, especialmente

²Segundo o Governo Brasileiro, por meio do site do Ministério do Meio Ambiente, trata-se do tema da seguinte forma: “As compras e licitações sustentáveis possuem um papel estratégico para os órgãos públicos e, quando adequadamente realizadas promovem a sustentabilidade nas atividades públicas. Para tanto, é fundamental que os compradores públicos saibam delimitar corretamente as necessidades da sua instituição e conheçam a legislação aplicável e características dos bens e serviços que poderão ser adquiridos. O governo brasileiro despende anualmente mais de 600 bilhões de reais com a aquisição de bens e contratações de serviços (15% do PIB). Nesse sentido, direcionar-se o poder de compra do setor público para a aquisição de produtos e serviços com critérios de sustentabilidade implica na geração de benefícios socioambientais e na redução de impactos ambientais, ao mesmo tempo que induz e promove o mercado de bens e serviços sustentáveis.” (BRASIL, 2015)

econômico, com os impactos de tanto, no meio social e ambiental.” (FERREIRA, 2011, p. 44) Sendo a Constituição Federal a Lei das Leis e assim hierárquica e superior às outras normas, todas as leis devem ser interpretadas em conformidade com os seus princípios e valores.

O Tribunal de Contas da União vem ajudando no desenvolvimento e aplicação das licitações ambientalmente sustentáveis por meio de seus julgados, conforme se constata pelos acórdãos carreados que impõe aos órgãos jurisdicionados o dever de observância do princípio do desenvolvimento nacional sustentável em suas respectivas licitações e contratos:

O TCU deu ciência à (*omissis*), acerca das seguintes situações: a) não adoção integral das normas de sustentabilidade ambiental nas aquisições de bens e serviços, o que afronta o art. 5º da IN/SLTI-MP nº 01/2010; b) não separação dos resíduos recicláveis descartados dando o destino adequado, o que afronta o preconizado no Decreto nº 5.940/2006. (Tribunal de Contas da União, itens 1.8.1 e 1.8.3, TC-042.106/2012-5, Acórdão nº 7.416/2013-2ª Câmara).

O TCU deu ciência à (*omissis*) a respeito das falhas/impropriedades a seguir transcritas: a) ausência de aplicação de penalidades a empresas que não mantiveram os lances apresentados no âmbito de processos licitatórios na modalidade pregão, na forma eletrônica, em desacordo com o art. 7º da Lei nº 10.520/2002; b) realização de licitação sem observância dos critérios de sustentabilidade ambiental na contratação de obras e serviços de engenharia, bem como na aquisição de soluções de tecnologia da informação, em desacordo com a Instrução Normativa da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - SLTI/MPOG 01/2010 e art. 3º da Lei nº 8.666/1993. (Tribunal de Contas da União, itens 1.7.3 e 1.7.4, TC-022.374/2013-2, Acórdão nº 2.290/2014-2ª Câmara).

Recomendação ao (*omissis*) para que inclua critérios de sustentabilidade ambiental em suas licitações que levem em consideração os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias primas, nos termos da Lei nº 12.187/2009 e da Instrução Normativa/SLTI-MP nº 1, de 19.01.2010. Cita-se, como referência, o "Guia de Contratações Sustentáveis da Justiça do Trabalho", do Conselho Superior da Justiça do Trabalho-2014. (Tribunal de Contas da União, item 1.7.1.4, TC-029.319/2013-7, Acórdão nº 6.708/2014-1ª Câmara).

Oportuno observar que o Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, tem a atribuição de controlar as licitações públicas e os contratos administrativos, ficando os órgãos e entidades interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, conforme previsto no artigo 113 da referida Lei.

3.2 Em quais momentos os critérios sustentáveis devem ser utilizados

Outras dúvidas surgem em relação ao momento adequado para aplicar os critérios de sustentabilidade no procedimento licitatório, o qual é composto por fases, e cabe aqui demonstrar em quais delas poderá ser delimitado esse critério. Conforme exposto por Flávio Amaral Garcia e Leonardo Coelho Ribeiro, a sustentabilidade pode ser delimitada em quatro

momentos do procedimento licitatório: definição do objeto; fase de habilitação; julgamento das propostas; obrigações do contratado. (GARCIA; RIBEIRO, 2012. p. 245).

Na fase da definição do objeto o administrador público delimita e especifica o serviço, a compra ou a obra que pretende contratar. Desde que tecnicamente fundamentado, é possível a inserção de critérios sustentáveis na escolha do objeto. (GARCIA; RIBEIRO, 2012. p. 245). Contudo, é necessário cautela na sua definição e fundamentação a fim de evitar violação ao princípio da isonomia. Conforme leciona Marçal Justen Filho, somente há violação a referido princípio quando o ato convocatório: “a) estabelece discriminação desvinculada do objeto da licitação; b) prevê exigência desnecessária e que não envolve vantagem para a Administração; c) impõe requisitos desproporcionais com necessidades da futura contratação; d) adota discriminação ofensiva de valores constitucionais ou legais.” (JUSTEN FILHO, 2010. p. 71).

Em seguida, quanto à fase de habilitação, as suas exigências estão previstas na própria Lei de Licitações, em seu artigo 27 e seguintes.³ O rol dos documentos habilitatórios é taxativo, portanto, limita o poder de escolha do administrador e assim dificulta a inserção de exigências sustentáveis. Em tese, somente dois dispositivos comportariam essas exigências. Seriam eles os artigos 28, inciso V e artigo 30, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993:

O art. 28, V, da Lei no 8.666/1993 exige na habilitação jurídica ato de registro de autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente quando a atividade assim o exigir. Pode-se imaginar, por exemplo, que uma determinada empresa para exercer uma atividade empresarial precise de uma licença específica de um órgão ambiental.

O art. 30, inciso IV, da Lei no 8.666/1993 prevê a possibilidade, na qualificação técnica, de exigir a prova de atendimento de requisitos previstos em leis especiais. Percebeu o legislador, corretamente, que seria impossível prever exigências de cada segmento econômico em um único diploma legal. Assim, é por meio desse dispositivo que se admite que o edital inclua exigências técnicas oriundas de outras normas, desde que, por óbvio, sejam indispensáveis para demonstrar a capacidade do licitante. (GARCIA, 2012, p. 248).

Afora esses dois dispositivos legais, Flávio Amaral Garcia e Leonardo Coelho Ribeiro não vislumbram outros espaços para exigências autônomas de requisitos sustentáveis na fase de habilitação. (GARCIA, 2012, P. 249). Posteriormente, na fase de julgamento das propostas, passa-se a análise das propostas e ofertas para então determinar o vencedor. o critério de julgamento previsto no edital deverá ser observado e entre os tipos de licitação previstos no

³ Art.27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: I - habilitação jurídica; II-qualificação técnica; III -qualificação econômico-financeira; IV – regularidade fiscal e trabalhista; V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

artigo 45 da Lei nº 8.666/1993: menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta.

Entende-se que é possível admitir a estipulação de requisitos sustentáveis no julgamento das propostas somente nas licitações de melhor técnica ou técnica e preço, enquanto fator diferenciado de pontuação técnica. (GARCIA, 2012, p. 249). A possibilidade de inserir esses requisitos para o julgamento das propostas, com a finalidade de pontuação diferenciada, deve estar expressamente prevista no edital e de forma objetiva, a fim de evitar direcionamento e possibilitar a ampla competição.⁴

Por fim, outra possibilidade de promover o desenvolvimento sustentável é por meio das obrigações que deverão ser assumidas pelo futuro contratado. “É possível, assim, que entre as obrigações do contratado estejam exigências em atenção à sustentabilidade ambiental da execução do objeto contratado.” (GARCIA, 2012, p. 250). O artigo 10 da Lei nº 12.462 de 2011, que introduziu o Regime Diferenciado de Contratações, previu expressamente que “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.” Nesta diretriz, possibilitou uma remuneração variável do contratado vinculado a critérios de sustentabilidade ambiental, criando um incentivo econômico para o contratado que utilizar desses padrões.

4 CONFLITO OU COLISÃO ENTRE AS FINALIDADES DA LICITAÇÃO?

As finalidades da licitação devem ser promovidas concomitantemente, porém, é comum o pensamento de que ao observar e levar em consideração critérios para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, as finalidades da isonomia e da proposta mais vantajosa seriam prejudicadas e até inaplicadas.

A seguir será demonstrado se isso realmente ocorre ou se todas as finalidades podem conviver umas com as outras para promover uma licitação integralmente eficaz.

4.1 Sustentabilidade e isonomia

⁴Art.45.O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle. (Lei 8.666/93)

O artigo 3^a, *caput*, da Lei nº 8.666/1993 prevê a isonomia como finalidade licitatória, e o parágrafo 1º, inciso I, do mesmo diploma legal veda a inclusão de cláusulas ou condições que restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame.

Para Marçal Justen Filho, existe diferenciação entre os interessados para contratar com a Administração Pública, pois no caso concreto, se não existisse essa diferenciação ela teria que contratar todos os interessados, ou não contratar nenhum. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 58). Então é necessário fazer uma escolha com quem quer contratar, deixando bem observado todas as regras e especificando o porquê disso. Essa conduta é válida desde que necessária e fundamentada pelo administrador público:

Em caso de dúvida acerca de eventual ferimento do princípio da igualdade, em primeiro lugar há de se verificar se há uma correlação lógica entre a implantação de uma política de consumo sustentável pela Administração Pública e a justificativa (transformar a licitação em atividade de desenvolvimento econômico sustentável, com nítido caráter regulatório). Havendo tal compatibilização, é de se afastar a tese de violação ao princípio da igualdade. (BARCESSAT, 2011, p. 74).

Além disso, imperioso recordar da clássica lição de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, o qual estabelece que o tratamento diferenciado somente é possível quando concorrerem três elementos: 1º) existência de diferenças nas próprias situações de fato que serão reguladas pelo direito; 2º) correspondência (adequação) entre tratamento discriminatório e as diferenças existentes entre as situações de fato; e 3º) correspondência (adequação) entre os fins visados pelo tratamento discriminatório e os valores jurídicos consagrados pelo ordenamento jurídico. (MELLO, 1999, p. 10).

Pelo acima exposto, fica afastada a hipótese de violação ao princípio da isonomia, pois a promoção do desenvolvimento nacional sustentável é obrigatória, visto que está elencada como um dos objetivos fundamentais da República e alberga uma correspondência entre a discriminação ocorrida, as diferenças e os objetivos colimados. Existe sim, desse modo, ilegalidade se a licitação não estiver em plena conformidade com os parâmetros e diretrizes normativas de sustentabilidade.

4.2 Sustentabilidade e vantajosidade

Uma dúvida muito frequente atinente às licitações e contratações que envolvem as

aquisições de bens ou serviços produzidos de forma sustentável é em relação ao seu custo, já que muitas vezes é considerado mais elevado.

Para Rachel Biderman, em primeira análise, os custos do produto sustentável são mais caros, porém é necessário levar em conta o seu custo real, que não é simplesmente o preço de compra pago pelo produto, mas sim os custos durante todo o seu ciclo de vida (os de compra, operação, manutenção e disposição do produto). Por esta razão, a autora destaca que “quando examinamos o caso da licitação sustentável, assim que os custos ‘ocultos’ do ciclo de vida são levados em conta, as vantagens econômicas da compra de produtos sustentáveis ficam óbvias.” Posteriormente, exemplifica:

Por exemplo, o preço das lâmpadas fluorescentes compactas é mais elevado do que o das incandescentes convencionais, mas elas duram 10 vezes mais e consomem somente 1/4 da eletricidade que as incandescentes. Por isso, oferecem economia em contas públicas durante sua vida.

Na crise energética no Brasil, em 2001, conhecida popularmente como “apagão”, houve grande migração em edifícios públicos e privados, bem como nas residências, para o uso de lâmpadas mais eficientes sob o ponto de vista energético, além de instalação de sistemas mais econômicos. Além de ganhos econômicos, significa ganhos ambientais. (BIDERMAN, 2016)

Percebe-se então, que quando se fala em vantajosidade não deve ter como único aspecto o viés financeiro, mas também a qualidade oferecida pela escolha do produto sustentável e as vantagens sociais e ambientais, o que per se gerará a apreciação sob o prisma econômico em sentido lato. O exame econômico é muito mais amplo do que a mera comparação dos valores financeiros. Infelizmente é comum associar nas compras públicas a crença dogmática (“quase como se fosse uma crença metafísica, transcendental ou religiosa”) de que se deve perquirir de maneira fanática sempre o menor preço. Não se pode aquiescer com a compra da lâmpada mais barata do ponto de vista pecuniário, se tal bem deteriorar o meio ambiente. Por isso, a licitação deve estabelecer regras no ato convocatório que primem pela busca da proposta mais vantajosa, da isonomia e da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, o que per se ensejará uma análise social, econômica e ambiental.

Doutro lado, as escolhas a serem colocadas no ato convocatório para as licitações sustentáveis não permitem a inserção de normas editalícias que somente busquem a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e direcionem para um grupo só de fornecedores (afrenta à isonomia) ou que venham a sacrificar o erário com um montante excessivo de valores (desprezo à economicidade). Uma coisa é comprar um produto sustentável por um

preço superior a trinta por cento dos demais, outra situação é assentar a contratação por um valor com 500% de diferença. Para tanto, a razoabilidade e a proporcionalidade na fixação das regras editalícias impõem um dever de motivação responsável aos agentes públicos para que fique bem externadas as razões de fato e de direito determinantes no caso concreto.

Portanto, a vantajosidade demanda uma acurada interpretação sistemática das três finalidades da licitação em conjunto com os princípios do regime jurídico administrativo. Não se deve aquilatar somente os valores das licitações e das contratações, mas principalmente se os objetos foram bem mensurados e estudados. Isso quer dizer, a definição do objeto licitado e contratado deve perscrutar vários aspectos, qual o prazo de vida útil, qual o impacto socioeconômico e ambiental, qual o custo para a manutenção preventiva e corretiva, etc.. Neste cariz, apesar do custo do produto sustentável em si ser superior ao “do tradicional”, a vantajosidade demandará uma análise mais ampla, levando em consideração o ciclo de vida e a qualidade do objeto ante o meio ambiente e o meio social. Assim sendo, não há conflito entre a promoção do desenvolvimento nacional sustentável com a vantajosidade.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que o desenvolvimento sustentável impõe ao Estado promovê-lo levando em consideração todas as suas dimensões, sendo elas econômica, social, ambiental, ética e jurídico-política. Deve-se utilizar o raciocínio apresentado pelo Relatório Brundtland para justificar as licitações sustentáveis, visto que auxiliará na proteção das gerações futuras. Ademais, o desenvolvimento nacional sustentável é considerado um direito fundamental, enquadrando-se na terceira dimensão dos direitos fundamentais, que diz respeito aos direitos de solidariedade. Por força disso, se a Administração Pública deixar de adotar medidas que visem ao fomento do desenvolvimento nacional sustentável, estará violando direito fundamental, por conseguinte, os interessados podem, e devem, cobrar perante o Poder Público a satisfação desse direito.

Uma forma do Estado promover o referido desenvolvimento nacional sustentável é por meio das licitações públicas e dos contratos administrativos que permitem a compra de produtos oferecidos de maior número de benefícios para o ambiente e a sociedade, com parâmetros de consumo menos agressivos ao meio ambiente e maiores retornos qualitativos à sociedade. Portanto, instituir as contratações administrativas sustentáveis é uma política pública em plena conformidade com a Constituição da República de 1988 e que deverá ser

incrementada no dia a dia da Administração Pública brasileira, já que refletirá melhorias na qualidade de vida das pessoas no âmbito econômico, social e ambiental, garantindo que as futuras gerações tenham o direito às mesmas garantias conquistadas no presente. Por tudo isso, a busca incessante pela promoção do desenvolvimento nacional sustentável mais do que um direito, é um dever de todos e a Administração Pública não pode alijar-se desta conscientização.

REFERÊNCIAS

BARCESSAT, Lena. Papel do Estado brasileiro na ordem econômica e na defesa do meio ambiente: necessidade de opção por contratações públicas sustentáveis. In: BARKI, Teresa Villac Pinheiro. SANTOS, Murillo Giordan (Coord). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BIDERMAN, Rachel, et. al. **Guia de compras públicas sustentáveis: uso do poder de compra do governo para promoção do desenvolvimento sustentável**. Disponível em:

<http://www.cqgp.sp.gov.br/gt_licitacoes/publicacoes/Guia-de-compras-publicas-sustent%C3%A1veis.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2016.

BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. In: BARKI, Teresa Villac Pinheiro; SANTOS, Murillo Giordan (Coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. **Licitação sustentável**. Disponível em:

<<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/a3p/eixos-tematicos/item/526>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

COMISSÃO Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso futuro comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/12906958/Relatorio-Brundtland-Nosso-Futuro-Comum-Em-Portugues>>. Acesso em: 30 mar.2016.

Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro de 3 a 14 de Junho de 1992. **Declaração da ECO-92 sobre ambiente e desenvolvimento**. Disponível em:

<<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em 30 mar.2016.

Declaração sobre o direito ao desenvolvimento 1986. Disponível em:

<<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/spovos/lex170a.htm>>. Acesso em: 30 mar.2016.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERREIRA, Daniel. **Inovações para a responsabilidade socioambiental das empresas: o papel das licitações e dos contratos administrativos**. In: Seminário Ítalo-Brasileiro, 2011, Curitiba. Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica UniBrasil 2001. Curitiba: Negócios Públicos, 2011. p. 42-65.

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Licitações públicas sustentáveis**. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 260, p. 231-254, maio/ago. 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética. 2012.

_____. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012b.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. **Contratações públicas sustentáveis**. 2011. Disponível em: <<http://www.abntonline.com.br/Rotulo/Dados/Images/file/Contrata%20C3%A7%20P%20C3%BAblicas%20Sustent%20C3%A1veis.pdf>>. Acesso em: 04. abr. 2016. p. 2.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito ao desenvolvimento na Constituição brasileira de 1988. **Revista eletrônica de direito administrativo econômico**. n. 16, novembro/dezembro/janeiro. Salvador, 2009.

PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. **Direito ao desenvolvimento como direito fundamental**. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, Belo Horizonte, 16., 2007. Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte: Fundação Boiteux, 2007. p. 6963. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2016.

REIS, Luciano Elias. **Inovações legislativas nas contratações administrativas para a incrementação da responsabilidade socioambiental por intermédio do fomento da pesquisa científica e tecnológica**. In: Seminário Ítalo-Brasileiro, 2011, Curitiba. Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica UniBrasil 2001. Curitiba: Negócios Públicos, 2011. p. 115-146.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: includente, sustentável, sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SOARES, Inês Virgínia Prado. Direito ao desenvolvimento e justiça de transição – conexões e alguns dilemas. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coords.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.