Licitações públicas sustentáveis*
Sustainable public biddings processes

*Flávio Amaral Garcia***
*Leonardo Coelho Ribeiro****

RESUMO:

Este artigo assume que as licitações e contratações públicas vêm sendo, assim como outros institutos do direito administrativo, revisitadas com base em novos paradigmas, com especial destaque para a sustentabilidade. A intenção deste estudo é a de investigar as principais questões que circundam o instituto das licitações públicas sustentáveis, visando analisar a sustentabilidade como valor global que demanda a elaboração de políticas públicas no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE

licitações — sustentabilidade — função regulatória — contrato administrativo

---

* Artigo recebido em 15 de maio de 2012 e aceito em 29 de junho de 2012.

** Professor de direito administrativo da FGV Direito Rio e coordenador da Pós-Graduação em Direito Administrativo Empresarial da Universidade Candido Mendes (Ucam). Mestre em direito empresarial pela Ucam. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (Idaerj). Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Sócio e consultor do Escritório Juruena & Associados — Advogados.

*** Professor da Pós-Graduação em Direito Administrativo Empresarial da Ucam. Especialista em litígios e soluções alternativas de conflitos pela FGV Direito Rio (*LL.M Litigation*). Pesquisador da Pós-Graduação em Direito do Estado e da Regulação da FGV Direito Rio. Membro do Idaerj. Advogado associado a Firmo, Sabino & Lessa Advogados.

ABSTRACT:

This article assumes that the public bidding processes, as well as other administrative law institutes, have been revisited based on new paradigms with a special focus on sustainability. This study's intention is to investigate the main issues concerned to the sustainable public bidding processes in order to analyze the sustainability as a global value that demands the creation of public policies in Brazil.

KEY-WORDS

public bidding processes — sustainability — regulatory function — administrative contract

1. Introdução

As licitações e contratações públicas vêm sendo, assim como outros institutos do direito administrativo, revisitadas com base em novos paradigmas.

Uma importante mudança de perspectiva se refere à ideia de que as licitações não são mais encaradas como procedimentos voltados à aquisição estanque de produtos, serviços e obras, mas dotadas, também, de uma **função regulatória conformadora do mercado**, na qual são empregadas como instrumentos de implementação de políticas públicas.

Proposta mais vantajosa não necessariamente se refere à obtenção do menor preço, podendo a licitação servir de legítimo veículo para concretização de valores constitucionalmente protegidos.

É o que ocorre com as licitações sustentáveis, que acarretam um dever ao gestor público de avaliar e ponderar acerca da melhor relação custo/benefício que o produto, serviço ou obra acarretará ao meio ambiente.

Em observância a essa lógica foram introduzidas recentes alterações legislativas, como se vê da Lei nº 12.187/2009 (Lei do Clima), do incentivo à inovação tecnológica e da inserção de critérios de sustentabilidade nas compras públicas, na forma do que dispôs a Lei nº 12.349/2011, que alterou a Lei nº 8.666/1993, e do Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC), que se volta às contratações ligadas à Copa do Mundo e às Olimpíadas e determina a adoção de critérios de sustentabilidade em tais procedimentos (Lei nº 12.462/2011).

Como a intenção deste estudo é a de investigar as principais questões que circundam o instituto das licitações públicas sustentáveis, o raciocínio a seguir desenvolvido abordará: i) a função regulatória da licitação e seus princípios balizadores; ii) o fundamento normativo das licitações públicas sustentáveis; iii) o impacto da inserção de critérios de sustentabilidade nos princípios da competitividade, isonomia e eficiência; iv) os espaços passíveis de inserção de critérios de sustentabilidade nas licitações; e v) a sustentabilidade enquanto valor global que demanda a elaboração de políticas públicas e gera o dever de articulação federativa acerca do tema.

É o que se passa a expor.

2. Repensando o instituto da licitação: função regulatória e seus princípios balizadores

A licitação é um procedimento administrativo que tem por finalidade a contratação dos mais diversos objetos nas condições mais vantajosas para a administração pública, tudo com vistas a atender aos princípios da economicidade (art. 70, da CF) e da eficiência (art. 37, *caput*, da CF).

No percurso para o atendimento de tais princípios, no entanto, deve-se observância aos princípios da isonomia e da competitividade, a fim de evitar privilégios aos licitantes ao mesmo tempo que se assegura a "vantajosidade" de preços por meio da competição.[1]

Note-se, por oportuno, que a "vantajosidade" da licitação para a administração pública não se caracteriza pela simples obtenção do menor preço,[2] consagrando outros valores caros à sociedade e que podem ser alcançados pelo emprego do poder de compra estatal.

Este contexto permite cogitar da função regulatória da licitação, expressão cunhada por Marcos Juruena Villela Souto, que foi, seguramente, o autor que se dedicou pioneiramente ao tema no direito brasileiro.[3]

---

[1] Neste sentido, ver SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 7-8.

[2] Marçal Justen Filho emprega o neologismo "vantajosidade" a fim de caracterizar que nem só o preço importa para a administração pública. Nas palavras do autor: "A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração." JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 66.

[3] Confira-se, a este respeito, suas obras: *Direito administrativo das parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 86-89; e *Direito administrativo regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 202 e 206.

A ideia é utilizar a licitação não apenas para adquirir bens e serviços a um menor custo, mas para servir de instrumento para **o atendimento de outras finalidades públicas** definidas no ordenamento jurídico constitucional.

Vários são os exemplos de **políticas setoriais** que vêm utilizando a licitação e o **poder de compra do Estado** para concretizar outros valores.

O tratamento diferenciado para as **microempresas e as empresas de pequeno porte** — instituído pela Lei Complementar nº 123/2006 — busca concretizar os artigos 170, IX e 179 da Constituição Federal, cuja lógica é o incentivo a essas espécies societárias como forma de atingir a busca do pleno emprego e do desenvolvimento econômico social (art. 3º, inciso II, da CF).

A referida Lei Complementar nº 123/2006 conferiu uma série de **vantagens comparativas** paras as microempresas e empresas de pequeno porte, como a possibilidade de participar da licitação com débitos fiscais[4] ou criando uma situação de empate ficto com as empresas de grande porte, mesmo quando essas apresentam propostas econômicas mais vantajosas.[5]

Existem ainda vários outros exemplos, como a contratação direta de **cooperativas de catadores de lixo**[6] ou de **associações de deficientes físicos**,[7] tudo com vistas a implementar valores constitucionalmente protegidos.

Mais recentemente, a Lei nº 8.666/1993 foi alterada pela edição da Medida Provisória nº 495/2010, já convertida na Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, que, entre outros objetivos, estabeleceu a possibilidade **de se prever nas licitações públicas margens de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam às normas técnicas brasileiras**.[8]

---

[4] Veja-se o dispositivo: Art. 43. As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, **mesmo que esta apresente alguma restrição.**

[5] Confira-se: Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. § 1º **Entende-se por empate** aquelas situações em que as propostas **apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.**

[6] Art. 24. É dispensável a licitação: XXVII — na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas **físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública.**

[7] Art. 24 — (...) XX — **na contratação de associação de portadores de deficiência física,** sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

[8] Veja-se os parágrafos acrescentados no artigo 3º da Lei nº 8.666/1993: § 5º:
Nos processos de licitação previstos no *caput*, poderá ser estabelecida margem **de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais** que atendam a normas técnicas brasileiras. § 6º A margem de preferência de que trata o § 5º será estabelecida com base em estudos

Essa margem de preferência para os bens e produtos nacionais deve levar em consideração critérios como geração de emprego e renda, efeito na arrecadação tributária, **desenvolvimento e inovação tecnológica** realizados no país e custo adicional dos produtos e serviços, tudo na forma prevista no § 6º, do art. 3º, da Lei nº 8.666/1993, com a redação conferida pela Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010.

É neste contexto que se inserem as **licitações sustentáveis**, admitindo-se que o Estado arque com um custo maior na aquisição de bens e serviços, mas utilizando seu poder de compra para reordenar o mercado e implementar outros valores constitucionalmente previstos.

Isso está longe de significar que o gestor deva se descurar do aspecto econômico/financeiro da contratação. Ao revés, permanece o dever de observância à economicidade, mas à luz de outros valores que lhe servirão de parâmetro.

Um exemplo permite compreender melhor a questão. O Estado pode, valendo-se de seu poder de compra e, considerando a existência de uma política pública de fomento à preservação ambiental e ao desenvolvimento sustentável, comprar papel reciclado em vez de papel branco para as repartições públicas, ainda que aquele seja comparativamente mais caro que este.

Isso não exonera a administração de buscar — atendidos os princípios da competitividade e da isonomia — a obtenção do papel reciclado pelos menores preços possíveis. Assim, o que se tem é o Estado empregando o seu poder de compra de modo a promover valores que são caros à sociedade, como a preservação de um meio ambiente saudável para as gerações atuais e futuras (pacto intergeracional).

Além dos princípios observáveis em qualquer licitação, como os destacados anteriormente, o emprego da licitação para fins regulatórios deverá ser balizado pelos **princípios da proporcionalidade, eficiência e isonomia**.

---

revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração: I — geração de emprego e renda; II — efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; III — desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País; IV — custo adicional dos produtos e serviços; e V — em suas revisões, análise retrospectiva de resultados. § 7º Para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá ser estabelecida margem de preferência adicional àquela prevista no § 5º. § 8º As margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que se referem os §§ 5º e 7º, serão definidas pelo Poder Executivo federal**, não podendo a soma delas ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros**. § 9º As disposições contidas nos §§ 5º e 7º deste artigo não se aplicam aos bens e aos serviços cuja capacidade de produção ou prestação no País seja inferior: I — à quantidade a ser adquirida ou contratada; ou II — ao quantitativo fixado com fundamento no § 7º do art. 23 desta Lei, quando for o caso. § 10º A margem de preferência a que se refere o § 5º poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul — Mercosul.

É preciso que o emprego da licitação para fins regulatórios supere o teste da proporcionalidade, atendendo aos subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, cumprirá ao administrador ponderar: i) se o emprego da licitação se revela a medida adequada e, portanto, capaz de atingir a finalidade de preservar o meio ambiente saudável e sustentável; ii) se, à luz de um exame de economicidade que considere as opções de políticas públicas para uma finalidade específica, ou para determinado caso concreto, a licitação pública é apontada como mecanismo menos oneroso e que, portanto, numa análise de custo benefício, é o mais indicado a concretizar a sustentabilidade ambiental em dada hipótese.

O princípio da eficiência baliza a função regulatória da licitação na medida em que a sua natureza é instrumental, ou seja, a licitação é um meio para atingir uma finalidade constituída no objeto do contrato administrativo.

A implementação de outros valores constitucionais por meio da licitação não pode torná-la ineficiente e desvirtuada do seu objetivo. Em outras palavras, a pretexto dessa nova função regulatória, não se pode partir de uma equivocada premissa de que a licitação é a solução de todos os males, sob pena de aumentar sua complexidade e burocracia. É necessário comedimento para conciliar a função regulatória da licitação com a indispensável eficiência que deve ser ínsita a qualquer certame público.

O princípio da isonomia também deve ser ponderado em qualquer discussão que envolva função regulatória da licitação, evitando que, a pretexto dessa nova concepção e visão do instituto, se confira privilégio para uma determinada categoria ou grupo de pessoas.

3. As licitações públicas sustentáveis

Em 1993, o Ministério do Meio Ambiente criou a Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P), que tem por objetivo "estimular os gestores públicos a incorporar princípios e critérios de gestão ambiental em suas atividades rotineiras, levando à economia de recursos naturais e à redução de gastos institucionais por meio do uso racional dos bens públicos e da gestão

adequada dos resíduos".[9] Para isso, tomou por base o Capítulo IV da Agenda 21, que trata da mudança dos padrões de consumo.[10]

A ação tem cinco eixos temáticos, a saber: i) uso racional dos recursos; ii) gestão adequada dos resíduos; iii) qualidade de vida no ambiente de trabalho; iv) sensibilização e capacitação dos servidores; e v) licitação sustentável.

A noção de sustentabilidade ultrapassa o aspecto ambiental:

> um conceito sistêmico, relacionado com a continuidade dos aspectos econômicos, sociais, culturais e ambientais da sociedade humana. Propõe-se a ser um meio de configurar a civilização e atividade humanas, de tal forma que a sociedade, os seus membros e as suas economias possam preencher as suas necessidades e expressar o seu maior potencial no presente, e ao mesmo tempo preservar a biodiversidade e os ecossistemas naturais, planejando e agindo de forma a atingir proeficiência na manutenção indefinida desses ideais.[11]

Poder-se-ia conceituar uma licitação pública sustentável como aquela que considera os aspectos ambientais e seus impactos sociais e econômicos em todos os estágios do processo de contratação pública.

Ainda assim, é comum denominar-se por licitações ecológicas, verdes, ambientais ou sustentáveis aquelas que inserem práticas favoráveis ao meio ambiente nas contratações estatais, perfazendo claro exemplo do emprego do poder de compra estatal a fim de fomentar a oferta de produtos e serviços que incorporem práticas menos agressivas ao meio ambiente por parte dos fornecedores.

4. A sede normativa das licitações públicas sustentáveis

Contemplar critérios ambientais em aquisições públicas é uma tendência já consagrada em outros ordenamentos jurídicos[12] e acolhida por alguns entes

---

[9] Disponível em: <www.mma.gov.br>.
[10] Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/a3p/_arquivos/cap4_ag21.pdf>.
[11] Disponível em: <www.sustentabilidade.org.br/>. Acesso em: 8 set. 2011.
[12] A Comissão Europeia publicou, inclusive, um Manual de contratos públicos ecológicos que encontra uma versão em português. Confira-se: <http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_pt.pdf>. Acesso em: 8 set. 2011.

federativos.[13] Necessário, portanto, destacar a base normativa que fundamenta e impõe a adoção das licitações sustentáveis.[14]

4.1 Fundamentos constitucionais

A União, estados, municípios e o Distrito Federal têm, conforme o art. 23, incisos VI e VII da Constituição, competência administrativa concorrente para "proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas", bem como "preservar as florestas, a fauna e a flora".

A tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado também encontra respaldo constitucional específico no art. 225, que impõe ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, e no art. 170, VI, que elenca, como princípio da ordem econômica, a "defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação".

Tais dispositivos legitimam o emprego do poder de compra estatal em prol da efetivação do direito/dever de promoção do meio ambiente sustentável pelo Estado, prevendo, expressamente, a possibilidade de tratamento diferenciado a bens e serviços levando-se em consideração as implicações e impactos causados ao meio ambiente no curso dos respectivos processos produtivos.

Essas premissas constitucionais, por sua vez, são densificadas por dispositivos da legislação infraconstitucional que permitem que o administrador público se utilize de critérios de sustentabilidade ambiental quando do emprego do poder de compra estatal.

---

[13] Isso porque já havia algumas iniciativas esparsas de entes federativos para assuntos pontuais envolvendo restrições de sustentabilidade ambiental a objetos contratados pela administração pública. Exemplos podem ser encontrados no GUIA prático de licitações sustentáveis da consultoria jurídica da União no Estado de São Paulo — AGU. Disponível em: <www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=138067&id_site=777>. Acesso em: 4 nov. 2011.

[14] Há quem procure fundamentar o emprego de licitações e contratações sustentáveis diretamente em compromissos internacionais adotados pelo Brasil. Sobre o tema, confira-se: BARKI, Teresa Villac Pinheiro. Direito internacional ambiental como fundamento jurídico para as licitações sustentáveis no Brasil. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 49-61.

4.2 Fundamentos infraconstitucionais

No plano infraconstitucional, a Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei nº 6.938/1981, já previa em seu art. 2º, inciso I, dentre os princípios para alcançar seus objetivos, *a ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo*.

Além disso, seu art. 13 dispõe, também, que o Poder Executivo incentivará as atividades voltadas ao meio ambiente, em prol da redução da degradação da qualidade ambiental, da fabricação de equipamentos antipoluidores e de outras iniciativas que propiciem a racionalização do uso de recursos ambientais.

Entre essas iniciativas pode se destacar o incentivo à produção e instalação de equipamentos voltados para a melhoria da qualidade ambiental instituído no bojo da Política Nacional do Meio Ambiente, conforme prevê o art. 9º, IV, da Lei nº 6.938/1981.[15]

Desde a edição da Lei nº 6.938/1981, portanto, já se percebe a existência de diretrizes legislativas em prol da sustentabilidade ambiental, o que, por certo, possibilitaria a efetivação de políticas públicas que contemplassem o emprego do poder de compra estatal para este fim.

Tudo isso se reforçou com a edição da Lei nº 12.187/2009, que instituiu a Política Nacional de Mudança do Clima (PNMC) e arrolou, entre os instrumentos para sua efetivação,

> 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 (art. 6º, inciso XII).

Ato seguinte, a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), instituída pela Lei nº 12.305/2010, incluiu dentre seus objetivos a "prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para produtos reciclados e recicláveis,

[15] Sobre o tema específico, confira-se: SOUZA, Lilian Castro de. Política nacional do meio ambiente e licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.103-115.

e, ainda, bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis" (art. 7º, inciso XI, alíneas "a" e "b").

Registre-se, por oportuno, que antes da edição da Lei nº 12.305/2010 foi editada, pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a Instrução Normativa nº 01.01.10, dispondo sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional.[16]

O próximo e inevitável passo estava — como de fato se deu — em consagrar o tema na Lei nº 8.666/1993.

A Lei nº 12.349/2011 foi editada com tal propósito, modificando o art. 3º da Lei nº 8.666/1993, que passou a contemplar nos objetivos das licitações públicas, entre outros, a **promoção do desenvolvimento nacional sustentável**.[17]

Ao cabo, interessa ainda destacar que o RDC, introduzido no ordenamento jurídico pela Lei nº 12.462/11[18], dispôs longamente sobre as questões ligadas às licitações públicas sustentáveis, como se vê nos arts. 3º, 4º, inciso III e § 1º, 10 e 19, § 1º, dos quais se destacam as ideias de que a sustentabilidade ambiental presente nas contratações públicas realizadas neste regime: i) integra o conceito de maior vantagem ou menor dispêndio para a administração pública, conforme seja o caso, consagrando expressamente a função regulatória das licitações públicas; ii) enquanto requisito, deve compreender as fases de produção, consumo e pós-consumo (destinação final); e iii) pode consistir em um dos critérios definidos como meta, no caso de haver previsão de remuneração variável da contratada.

Como se vê, dúvida não há de que a sustentabilidade ambiental se impõe como um **dever** do administrador/gestor nas licitações públicas. Para Juarez Freitas, inclusive, "as licitações sustentáveis devem passar a ser vistas como obrigatórias", devendo os editais, sem exceção, "adotar critérios de concre-

---

[16] Sobre o tema, confira-se o apêndice que comenta a Instrução Normativa em SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 249-264.

[17] Vale lembrar, ainda, que a Lei nº 8.666/1993 já previa, em seus arts. 6º, inciso IX, e 12, VII, o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento nos projetos básico e executivo de obras e serviços.

[18] A Lei nº 12.462/2011 é resultado da conversão da Medida Provisória nº 527/2011. Antes disso, no entanto, o tema do Regime Diferenciado já era tratado no âmbito da Medida Provisória nº 489/2010. Sobre o tema, confiram-se os seguintes artigos de nossa autoria: RIBEIRO, Leonardo Coelho. O Regime Diferenciado de Licitações e Contratos administrativos para a Copa do Mundo de 2014 e para as Olimpíadas de 2016 (1ª Parte). *BLC*, São Paulo, v. 5, p. 442-457, 2011; e _____. O Regime Diferenciado de Licitações e Contratos administrativos para a Copa do Mundo de 2014 e para as Olimpíadas de 2016 (2ª Parte). *BLC*, São Paulo, v. 6, p. 555-576, 2011.

tização direta do princípio da sustentabilidade com todas as consequências significativas em matéria de qualificação técnica dos contratados".[19]

A realização de um processo licitatório no qual o aspecto da sustentabilidade sequer é considerado ou ponderado estará em desconformidade com a ordem jurídica em vigor.

5. A sustentabilidade e os princípios da competitividade, isonomia e eficiência

Os critérios de sustentabilidade a serem contemplados nos certames precisarão ser compatibilizados com os princípios setoriais das licitações públicas, entre os quais se destaca os da competitividade, isonomia e eficiência.

5.1 Sustentabilidade e competitividade

O art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal determina seja assegurada igualdade de condições a todos os participantes de um procedimento licitatório e, portanto, sejam somente realizadas exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Assim, o primeiro questionamento a ser enfrentado está em saber se a inserção de critérios de sustentabilidade ambiental nas licitações públicas viola o princípio da competitividade.

No plano teórico não se vislumbra qualquer violação ao princípio da competitividade, que, como já sustentado em outra oportunidade,[20] não é um valor absoluto nas licitações, devendo ser delimitado após a definição do objeto pelo administrador — cuja atuação deve ser balizada pelo princípio da proporcionalidade.

Assim, apenas após a definição do objeto licitado, contemplando requisitos de sustentabilidade ambiental, é que se poderá indagar a respeito das exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

---

[19] FREITAS, Tavares. *Sustentabilidade*: direito ao futuro. São Paulo: Fórum, 2011. p. 231.
[20] GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos*. Casos e polêmicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

O estudo dos mercados e dos benefícios ambientais, devidamente embasado em indispensável e motivada fundamentação técnica que ampare as restrições à competição, tem papel fundamental na averiguação de ocorrência de restrição excessiva à competição no bojo de uma licitação dita sustentável.

Em outros termos, toda restrição à competição que busque promover o valor da sustentabilidade deve estar motivada, com a demonstração de que a exigência é dotada de razoabilidade.

Não bastam exigências vazias ou que não tenham por objetivo a produção de efetivos resultados práticos. Indispensável, insista-se, o dever de o administrador público formular as exigências de natureza ambiental de maneira objetiva e motivada, de modo a não inviabilizar a competição.[21]

Questão interessante seria cogitar se, com a adoção de critérios de sustentabilidade, poderia a restrição à competição tornar inexigível a licitação.

Ora, a inexigibilidade de licitação pública ocorre quando o quadro fático demonstra ser inviável a competição. Aqui, mais uma vez, assume grande importância o princípio da proporcionalidade como parâmetro para a definição do objeto a ser contratado.

Como a contratação por inexigibilidade deve ser devidamente justificada pelo administrador público, isso servirá de parâmetro a determinar se, à luz do teste de proporcionalidade, atendia melhor ao interesse público realizar as restrições de sustentabilidade ou se era possível fazer outras exigências que permitiriam existir competição no caso.

5.2 Sustentabilidade e isonomia

Em um primeiro momento, poder-se-ia pensar que a inclusão de critérios de sustentabilidade em licitações públicas direcionaria o procedimento a determinados licitantes, maculando o princípio da isonomia. Em tese, outros produtos/serviços, além daqueles ambientalmente sustentáveis, poderiam servir à mesma necessidade da administração pública.[22]

Ora, a inserção de critérios de sustentabilidade ambiental no objeto não implica qualquer violação ao princípio da isonomia.

---

[21] É o que, de resto, determina o art. 2º da Instrução Normativa MPOG nº 1/2010.

[22] A questão é enfrentada em: MENEGUZZI, Rosa Maria. Conceito de licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 29-30.

Isso porque a licitação é delimitada pelo seu objeto. Dito em outros termos, a administração, no exercício de sua competência discricionária, é quem define os limites daquilo que deseja contratar. É neste momento que são ponderados aspectos como preço, qualidade, rendimento, sustentabilidade ambiental e diversos outros fatores que compõem os limites do objeto do certame.

A definição do objeto já é, naturalmente, limitadora do mercado, eis que contém restrições que podem afastar determinados licitantes. O fundamental, como dito, é que essas condicionantes do objeto sejam motivadas e razoáveis.

Portanto, o dever de observância à isonomia permanecerá existindo, mas apenas entre aqueles que estão aptos a preencher as exigências de sustentabilidade ambiental requeridas no objeto da licitação.

Como dito, o que deve ser afastado é a concessão de privilégios indiscriminados a determinados licitantes ou exigências ambientais que visem a favorecer um determinado grupo. Esses aspectos, contudo, somente podem ser verificados à luz das especificidades do caso concreto.

O importante aqui é constatar que não há qualquer incompatibilidade entre a concretização dos valores da sustentabilidade ambiental e da isonomia.

5.3 Sustentabilidade e eficiência

Como anteriormente exposto, a eficiência não se resume, necessariamente, ao menor dispêndio financeiro. Significa, também, o dever de promover da melhor forma possível os fins sob a tutela da administração pública.

É possível incluir no conceito de economicidade não apenas a relação custo/benefício financeira, mas também a ponderação de outros valores, como a sustentabilidade ambiental. Muda-se o enfoque de "proposta mais vantajosa".

Essa nova visão foi consagrada expressamente na Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que introduziu o RDC. Veja-se o disposto no art. 4º, inciso III:

> 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;

Com efeito, a inserção de critérios de sustentabilidade ambiental nas aquisições públicas pode ser eficiente, inclusive sob o aspecto quantitativo da economicidade, quando se considera o ciclo de vida do produto (produção, distribuição, uso e disposição), ao qual se costuma referir sob a expressão "do berço ao túmulo".

De acordo com Rachel Biderman:[23]

> Para evitar a transferência de impactos ambientais negativos de um meio ambiente para outro, e para incentivar melhorias ambientais em todos os estágios da vida do produto, é preciso que todos os impactos e custos de um produto durante todo seu ciclo de vida (produção, distribuição, uso e disposição) sejam levados em conta quando se tomam decisões de compras. A oferta economicamente mais vantajosa deve ser determinada com base nos custos econômicos e ambientais totais causados pelo produto durante toda sua vida.

É preciso sempre ter em mente a ideia de compensação desses custos adicionais com economias em outras áreas,[24] o que mais uma vez revela a importância da concepção de ciclo de vida do produto, haja vista que os adicionais da aquisição de um produto sustentável presentes em uma fase de sua vida podem ser compensados por economias geradas em outras fases.[25]

No mais, a realização de compras sustentáveis não confere um cheque em branco para que o administrador público promova gastos adicionais de forma inconsequente e que envolvam custos elevados e exorbitantes, mormente quando desamparado de uma sólida motivação.

---

[23] Confira-se: BIDERMAN, Rachel; MACEDO, Laura Silvia Valente de; MONZONI, Mario; MAZON, Rubens. (Org.). *Guia de compras públicas sustentáveis*: uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável. p. 22. Disponível em: <www.cqgp.sp.gov.br/gt_licitacoes/publicacoes/Guia-de-compras-publicas-sustentáveis>. Acesso em: 31 out. 2011.

[24] Ibidem., p. 16.

[25] Eduardo Fortunato Bim busca interessante parâmetro no princípio Batneec para esclarecer a limitação à inserção de critérios de sustentabilidade ambientais que acarretem custos exacerbados: "Ainda em relação à tecnologia, particularmente no aspecto custo, é importante frisar que o princípio Batneec (*Best Available Technology Not Entailing Excessive Cost* ou *Best Available Techniques Not Exceeding Excessive Cost*) oferece importante parâmetro. No licenciamento ambiental o princípio Batneec implica que não é a melhor tecnologia disponível, isoladamente considerada, que importa e deve ser aplicada ao empreendimento, mas a melhor tecnologia disponível que não implique custo excessivo. Admite-se que o custo da licitação sustentável seja superior, ainda que seja considerado o ciclo de vida do bem ou serviço, mas não se admite o custo exorbitante ou desarrazoado". BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 210.

6. Os espaços possíveis de delimitação da sustentabilidade nas licitações

A inserção de critérios de sustentabilidade em determinada aquisição pública encontra limitações que, se não observadas, poderão resultar em uma licitação malsucedida.

Por isso, é preciso planejamento prévio para avaliar em qual dos espaços possíveis da licitação determinado requisito de sustentabilidade ambiental será exigido, consideradas as peculiaridades em jogo.

São quatro os espaços possíveis de delimitação da sustentabilidade nas licitações e contratações públicas, a seguir apresentados na sequência em que serão examinados: i) definição do objeto; ii) fase de habilitação; iii) julgamento das propostas; e iv) obrigações do contratado.

6.1 Sustentabilidade na definição do objeto

O primeiro espaço a permitir a inserção de critérios de sustentabilidade ambiental é a fase de definição do objeto.

Nessa fase o administrador público delimita a obra, serviço ou compra que pretende contratar para suprir determinada necessidade pública. Poderá o administrador, desde que tecnicamente fundamentado, inserir critérios ambientais na delimitação do objeto que pretende contratar.

Importante observar que tal fundamentação técnica não deve se valer de estudos ainda experimentais, ou não aceitos amplamente pela comunidade científica, uma vez que os gastos com compras públicas não devem ser empenhados para testes ou realizados sob fundamentos duvidosos.[26]-[27]

---

[26] É possível traçar um paralelo interessante da situação com a questão da judicialização excessiva do fornecimento de medicamentos pelo poder público, que, segundo Luís Roberto Barroso, tem como um dos *standards* a possibilidade de inclusão de medicamentos em lista do Sistema Único de Saúde (SUS), pelo Poder Judiciário, apenas dos medicamentos de eficácia comprovada. Confira-se: BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva*: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. p. 32. Disponível em: <www.lrbarroso.com.br/pt/casos/direito/artigo_prof_luis_roberto_barroso_da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf>. Acesso em: 31 out. 2011.

[27] Eduardo Fortunato Bim anota que "O Estado não pode se antecipar à ciência. A licitação sustentável não deve servir para experiências sustentáveis, e nem para confirmá-las." Bim, Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável, op. cit., p. 207.

Inserir critérios ambientais na definição do objeto é o caminho propício ao sucesso das licitações públicas sustentáveis, desde que, insista-se, a descrição do objeto seja motivada à luz de critérios razoáveis.

Uma possibilidade é a descrição de o objeto exigir a certificação de qualidade do produto ou processo de fabricação, como já vem ocorrendo em muitos segmentos econômicos.

A Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que introduziu o RDC, consagrou de forma expressa essa possibilidade no seu art. 7º, inciso III:

> 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;

É claro que é preciso examinar, em cada caso, a especificidade e a formação do mercado de fornecedores de produtos, serviços e obras ambientalmente sustentáveis.

Interessante formato foi adotado na Instrução Normativa nº 1/2010, editada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que no seu art. 5º, § 1º[28] permite a comprovação dos requisitos de sustentabilidade ambiental por meio de certificações, mas admite outros meios de prova para demonstração que o bem fornecido atende as exigências fixadas no objeto.

---

[28] Art. 5º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, quando da aquisição de bens, poderão exigir os seguintes critérios de sustentabilidade ambiental: I — que os bens sejam constituídos, no todo ou em parte, por material reciclado, atóxico, biodegradável, conforme ABNT NBR — 15448-1 e 15448-2; II — que sejam observados os requisitos ambientais para a obtenção de certificação do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial — INMETRO como produtos sustentáveis ou de menor impacto ambiental em relação aos seus similares; III — que os bens devam ser, preferencialmente, acondicionados em embalagem individual adequada, com o menor volume possível, que utilize materiais recicláveis, de forma a garantir a máxima proteção durante o transporte e o armazenamento; e IV — que os bens não contenham substâncias perigosas em concentração acima da recomendada na diretiva RoHS (Restriction of Certain Hazardous Substances), tais como mercúrio (Hg), chumbo (Pb), cromo hexavalente (Cr(VI)), cádmio (Cd), bifenil-polibromados (PBBs), éteres difenil-polibromados (PBDEs). § 1º **A comprovação do disposto neste artigo poderá ser feita mediante apresentação de certificação emitida por instituição pública oficial ou instituição credenciada, ou por qualquer outro meio de prova que ateste que o bem fornecido cumpre com as exigências do edital.**

A exigência de certificações ambientais tem a virtude de induzir o comportamento dos agentes econômicos, que, se desejarem contratar com os órgãos públicos, precisarão demonstrar a qualidade ambiental de seu processo de fabricação.

Sob outro ângulo, a descrição de objetos sustentáveis não deve se iniciar propriamente no momento da realização da licitação, mas em etapa anterior e amparada em um planejamento prévio que contemple estudos técnicos e catálogos de compras e serviços.

O que se defende aqui é que a efetiva concretização de uma política pública que promova o desenvolvimento sustentável depende de um planejamento anterior à própria realização das licitações.

É nesse momento prévio que o ente público deve consultar o mercado e todos os agentes econômicos envolvidos, permitindo, por exemplo, que aqueles que não atendam a determinados requisitos ambientais considerados indispensáveis possam deduzir seus argumentos eventualmente contrários à adoção do requisito.

Daí por que a realização de consultas e audiências públicas nesta etapa pode ser um importante mecanismo legitimatório da política pública implementadora do desenvolvimento sustentável nas contratações públicas.

Esse planejamento prévio é absolutamente indispensável para o êxito das licitações sustentáveis e deve considerar as especificidades e características de cada segmento econômico.

Sob o ângulo do princípio da eficiência, é recomendável que cada ente público tenha um órgão ou entidade que centralize esses estudos e avaliações que servirão de base e fundamento para que os demais órgãos e entidades possam realizar suas próprias licitações.

Transferir a responsabilidade de descrição de critérios de sustentabilidade para cada órgão de forma isolada e sem uma coordenação não parece ser a solução mais adequada para concretizar as licitações sustentáveis.

6.2 Sustentabilidade como requisito de habilitação

Uma segunda possibilidade seria a inserção de critérios de sustentabilidade na fase de habilitação.

A dificuldade maior de inserção de requisitos nesta etapa é que as exigências da etapa de habilitação nas licitações são previamente fixadas na Lei nº 8.666/1993 em um rol taxativo, o que limita bastante o espaço de exercício de competências discricionárias pelo gestor.

Ademais, as exigências de habilitação, por força do disposto no art. 37, inciso XXI, da Lei nº 8.666/1993, estão diretamente ligadas à garantia do cumprimento das obrigações, orientação essa que tem sido predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[29] e na própria doutrina.[30]

Os dois dispositivos que, em tese, poderiam comportar a inserção de exigências ambientais são o art. 28, inciso V e art. 30, 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 V, 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.

É claro que a inserção de exigências ambientais na fase de habilitação com fundamento nos referidos dispositivos depende do exame de cada circunstância concreta e da própria razoabilidade da exigência, em especial à luz do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

O que não se admite é a exigência de certificações ambientais para fins de habilitação no certame[31], o que é repudiado — corretamente, frise-se — pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União.[32]

---

[29] Veja-se, a respeito, as ADIs nºs 3.670 e 4.105. Na ADI nº 3.670 questionou-se a constitucionalidade de disposição de lei do Distrito Federal que proibia a contratação, com a administração pública, de pessoas jurídicas que tivessem empregados cujos nomes constassem em listas de proteção do crédito. Já o objeto da ADI nº 4.105 foi o exame da constitucionalidade de dispositivo constante de Resolução do Ministério da Saúde que criou novo requisito — não previsto no art. 40 da Lei nº 8.666/1993 — para a participação nas licitações públicas que envolvessem a compra de medicamentos.

[30] Nessa linha, confira-se Bim, Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável, op. cit., p. 195-196.

[31] Além do fato, já exposto, de que os requisitos de habilitação são taxativos e, por isso, recebem uma leitura restritiva.

[32] O seguinte acórdão do Tribunal de Contas da União registra o entendimento da Corte de Contas: "[Concessão de medida cautelar inaudita altera pars para suspensão da execução do contrato. Agravo. Negativa de provimento] [ACÓRDÃO] 9.1. conhecer do presente recurso, [...], para, no mérito, negar-lhe provimento; [VOTO] II — exigência, como condição para participação no certame, de apresentação de certificado do Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do

Enfim, afora esses dois dispositivos legais, não se vislumbra espaço para exigências autônomas de requisitos de sustentabilidade ambiental na fase de habilitação.

6.3 Sustentabilidade no julgamento da proposta

Uma terceira possibilidade estaria em admitir a estipulação de requisitos ambientais no julgamento da proposta, enquanto fator diferenciado de pontuação técnica, para os casos de licitações por melhor técnica, ou técnica e preço.

Plenamente possível conferir preferência às propostas que produzam maiores benefícios ambientais, o que estimulará a busca pela excelência em sustentabilidade.

Como em qualquer licitação regida pelo critério técnico, indispensável que esses critérios de sustentabilidade ambiental sejam mensurados de forma objetiva, a fim de garantir a ampla competição e afastar o risco de privilégios em favor de determinados licitantes.

Aqui é amplo o espaço para exigência de certificações ambientais como forma de demonstrar maior capacidade e excelência técnica, o que pode, por óbvio, envolver os aspectos de sustentabilidade ambiental.

A tendência legislativa atual é considerar esses aspectos também nas licitações de menor preço.

É o que ocorre com RDC introduzido pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que prevê no § 1º, do art. 19, que "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

---

Habitat (PBQP-H) Nível A (...) 12. **No âmbito desta Corte, a jurisprudência tem considerado ilegal a exigência de apresentação de certificação de qualidade como requisito de habilitação em procedimentos licitatórios, aceitando apenas a possibilidade da sua previsão no edital como critério de pontuação técnica. Nesse sentido, vale citar os recentes Acórdãos nº 1.107/2006, 1.291/2007, 608/2008, 2.215/2008, todos do Plenário.** (...) 14. A certificação de qualidade exigida na licitação em tela poderia inserir-se na qualificação técnica. Contudo, o artigo 30 da mencionada Lei elenca os documentos que poderão ser exigidos para comprovar essa qualificação, **entre os quais não se incluem os certificados de qualidade**. Nesse contexto, **este Tribunal tem considerado ilegal a exigência de sua apresentação como requisito de habilitação em procedimentos licitatórios.** 15. Conforme reiteradamente tem destacado esta Corte em suas decisões, é preciso considerar, ainda, que, no âmbito federal, não foi editada lei especial que obrigue a apresentação do certificado em questão, o que afasta a possibilidade de enquadramento dessa exigência no inciso IV do supracitado artigo 30." (Os grifos não são do original). TCU. Acórdão nº 381/2009. Plenário. Min. rel. Benjamin Zymler. Sessão: 11-3-09.

menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme dispuser o regulamento".

Evidente, como já sustentado, que a definição do que é "proposta mais vantajosa" assume feições completamente distintas daquela atrelada exclusivamente ao menor preço ou dispêndio financeiro, o que cria para o gestor público o dever de ponderar e considerar todos esses aspectos no momento de realizar a licitação.

No âmbito do estado do Rio de Janeiro, existe interessante proposta para criar uma espécie de empate ficto nas licitações[33] — similar à que ocorre com as microempresas e empresas de pequeno porte —, conferindo às empresas que detêm maior *expertise* ambiental significativa vantagem comparativa no momento do julgamento das licitações.

6.4 Sustentabilidade no plano do contrato administrativo

Um último espaço no qual podem e devem ser inseridas exigências de sustentabilidade ambiental encontra-se nas obrigações que serão 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.

A maior dificuldade presente nesse formato está na fiscalização do contrato. Ora, se a fiscalização dos contratos já é um dos pontos mais frágeis em contratações corriqueiras da administração pública,[34] é de se

[33] Trata-se de proposta formulada pelo ilustre procurador do Estado Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas. Veja-se a redação proposta do dispositivo: "Art. 9º. O edital poderá fixar critérios ambientais objetivos para o desempate de propostas, mediante a atribuição de pontos aos licitantes que atendam os seguintes requisitos: I — ter promovido ou estar promovendo programas de educação ambiental em conformidade com a política estadual de educação ambiental; II — ter implementado, ou estar implementando, planos e programas voluntários de gestão ambiental, visando à melhoria contínua e o aprimoramento ambiental, segundo diretrizes formuladas por entidades certificadoras reconhecidas no Brasil; III — ter implementado, ou estar implementando, planos e programas voluntários, em conformidade com a Política Estadual sobre Mudança do Clima; IV — não ter praticado infração administrativa ambiental estadual; V — outros requisitos fixados por ato conjunto da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão — Seplag e da Secretaria de Estado do Ambiente — SEA. § 1º. Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas sejam iguais ou até 3% (três por cento) superiores à proposta mais bem classificada. § 2º. O desempate se dará a favor do licitante com a maior pontuação.§ 3º. O critério de desempate a que se refere este artigo não será aplicável quando ocorrer o empate ficto a que se refere a Lei Complementar Federal nº 123/06".

[34] Já tivemos a oportunidade de expor neste sentido: "O problema das licitações está menos na legislação e mais na sua aplicação. A eficiência certamente será alcançada com o advento de novas

presumir que haverá maior dificuldade no caso de fiscalização de contratos sustentáveis.

Uma fiscalização adequada demandará um quadro profissional tecnicamente capacitado para verificar se no cumprimento do objeto estão sendo efetivamente atendidas as exigências ambientais fixadas no contrato.

Outra novidade no plano contratual é a possibilidade de vincular a remuneração do contratado a critérios de sustentabilidade ambiental. É o que consta no art. 10 da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que introduziu o RDC, quando expressamente admitiu que, naquele regime, "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".

Cria-se, portanto, um incentivo econômico para que o contratado seja mais eficiente sob o ângulo da sustentabilidade, o que lhe permitirá um incremento em sua remuneração.

O desafio é criar parâmetros objetivos que possam aferir e determinar padrões claros e precisos dos critérios de sustentabilidade ambiental mensurados no contrato administrativo.

7. Conclusões

A sustentabilidade ambiental é um valor global e um desafio comum a todos que vivem no planeta.

Como o interesse público envolvido na questão — preservação e proteção do meio ambiente — é compartilhado por todos os entes federados, uma implementação eficiente da sustentabilidade ambiental demanda a devida articulação federativa em torno do tema.

Afinal, trata-se de uma indução ao comportamento dos mercados, devendo os entes públicos sinalizarem de forma coordenada e não contraditória quais os bens e serviços que devem se submeter a novos padrões em seus respectivos processos produtivos.

---

tecnologias (como o pregão eletrônico), aliadas à capacidade da Administração de aprimorar e incrementar o seu processo de gestão e fiscalização dos contratos". Garcia, *Licitações e contratos administrativos*, op. cit., p. 60.

O emprego desordenado e isolado da licitação pública contendo critérios estanques de sustentabilidade ambiental não é mais que uma pura e simples aquisição qualquer. Não há, aí, efetivo exercício do poder de compra estatal, com a desejada mudança de comportamento dos mercados.

O planejamento anterior à realização das licitações é indispensável, com a fixação prévia dos critérios e parâmetros de sustentabilidade ambiental desejados. Para tanto, fundamental a realização de consultas e audiências públicas para que os agentes envolvidos possam interagir e dialogar com os entes públicos.

A inclusão de critérios de sustentabilidade ambiental em licitações públicas é um primeiro e importante passo que permite dar força à ideia de desenvolvimento sustentável, mudando os paradigmas de consumo pelos órgãos e entidades públicas, o que tem um importante efeito prático na forma como se comportam os agentes econômicos no país.

As contratações sustentáveis, nesse particular, situam-se no contexto do que se chamou de "função regulatória da licitação", já que se propõem à concretização de outro valor constitucional.

A tendência não é mais apenas considerar "proposta mais vantajosa" aquela de menor preço ou menor dispêndio financeiro, mas aquela que produza resultados satisfatórios para o atendimento de outros valores ligados aos interesses públicos primários da sociedade. É claro que a cautela que se deve ter é evitar o desvirtuamento do processo licitatório; daí a necessidade de observância dos princípios da proporcionalidade, eficiência e isonomia.

Não há que se falar em afronta aos princípios norteadores das licitações no caso da adoção de critérios ambientais, já que a competição, assim como qualquer outro valor, pode ser objeto de restrições, desde que devidamente motivadas e fundadas em critérios de razoabilidade.

O fundamental é compreender que, com base na ordem constitucional e na legislação ordinária, existe um dever direcionado aos gestores públicos para a implementação das licitações e contratações sustentáveis.

Trata-se de um processo que está em aberto e que cuja construção depende de um esforço coletivo de todos que militam e atuam no campo das contratações públicas.

Referências

BARKI, Teresa Villac Pinheiro. Direito internacional ambiental como fundamento jurídico para as licitações sustentáveis no Brasil. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 49-61.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva*: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <www.lrbarroso.com.br/pt/casos/direito/artigo_prof_luis_roberto_barroso_da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf>. Acesso em: 31 out. 2011.

BIDERMAN, Rachel; MACEDO, Laura Silvia Valente de; MONZONI, Mario; MAZON, Rubens. (Org.). *Guia de compras públicas sustentáveis*: uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável. Disponível em: <www.cqgp.sp.gov.br/gt_licitacoes/publicacoes/Guia-de-compras-publicas-sustentáveis>. Acesso em: 31 out. 2011.

BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FREITAS, Tavares. *Sustentabilidade*: direito ao futuro. São Paulo: Fórum, 2011.

GARCIA. Flavio Amaral. *Licitações e contratos administrativos*. Casos e polêmicas. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

MENEGUZZI, Rosa Maria. Conceito de licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. O Regime Diferenciado de Licitações e Contratos administrativos para a Copa do Mundo de 2014 e para as Olimpíadas de 2016 (1ª Parte). *BLC*, São Paulo, v. 5, 2011.

_____. O Regime Diferenciado de Licitações e Contratos administrativos para a Copa do Mundo de 2014 e para as Olimpíadas de 2016 (2ª Parte). *BLC*, São Paulo, v. 6, 2011.

SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Direito administrativo das parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Direito administrativo regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, Lilian Castro de. Política nacional do meio ambiente e licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.