

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS  
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS

**DELANO SOBRAL ROLIM**

**REVISÃO DO PRINCÍPIO DA VANTAJOSIDADE NAS CONTRATAÇÕES  
PÚBLICAS BRASILEIRAS À LUZ DO PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO  
NACIONAL SUSTENTÁVEL: LIMITES E POSSIBILIDADES.**

Maceió  
2019

**DELANO SOBRAL ROLIM**

**REVISÃO DO PRINCÍPIO DA VANTAJOSIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS À LUZ DO PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL: LIMITES E POSSIBILIDADES.**

Dissertação de conclusão de curso, apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, como requisito para obtenção e conclusão do Curso de Mestrado em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Lins de Lessa Carvalho

---

Assinatura do Orientador

Maceió

2019

**Catálogo na Fonte**  
**Universidade Federal de Alagoas**  
**Biblioteca Central**  
**Divisão de Tratamento Técnico**

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

R748r Rolim, Delano Sobral.

Revisão do princípio da vantajosidade nas contratações públicas brasileiras à luz do princípio do desenvolvimento nacional sustentável : limites e possibilidades / Delano Sobral Rolim. – 2019.

132 f.

Orientador: Fábio Lins de Lessa Carvalho.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió.

Bibliografia: f. 124-132.

1. Licitação - Brasil. 2. Desenvolvimento nacional. 3. Sustentabilidade. I. Título.

CDU: 351.712.2.028(81)

## **RESUMO**

O presente trabalho busca delimitar a finalidade da licitação e analisar a interpretação dos princípios da isonomia e vantajosidade e os impactos do novel princípio do desenvolvimento nacional sustentável, com o objetivo de demonstrar sua errônea aplicação pelo Tribunal de Contas da União-TCU e o estudo de caso dos Centros Integrados de Segurança Pública – CISP’S e das Unidades de Pronto Atendimento – UPA’S em Alagoas.

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

## **ABSTRACT**

The present work seeks to delimit the purpose of the bidding process and to analyze the interpretation of the principle of isonomy and advantageousness and the impacts of the novel principle of sustainable national development, with the objective of demonstrating its erroneous application by the Court of Auditors of the Union - TCU and the study of case of the Integrated Public Security Centers - CISP'S and the Emergency Care Units - UPA'S in Alagoas.

**Palavras-chave:** Bidding. Purposes. Principles. Sustainable National Development.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	03
<b>1. TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO E SEUS REFLEXOS NA LICITAÇÃO</b> .....	<b>07</b>
1.1. A Redemocratização do País e dos institutos jurídicos de seleção pública.....	07
1.2. Da passagem da Administração Pública burocrática para a gerencial.....	09
1.3. Estado em rede e da pretensa Administração Pública conformadora, inovadora ou participativa.....	12
1.4. Transformações do Direito Administrativo Brasileiro.....	14
1.5. A função regulatória da licitação.....	18
<b>2. DA LICITAÇÃO, DA RELEITURA DE SUAS FINALIDADES, OS PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO E A CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL</b> .....	<b>25</b>
2.1. Da licitação.....	25
2.2. Finalidades da licitação e de sua necessária releitura.....	26
2.3. Breve introito sobre os princípios jurídicos.....	27
2.4. O princípio da isonomia aplicado na licitação.....	31
2.5. O princípio da eficiência aplicado nas licitações.....	37
2.6. O princípio da vantajosidade e seus contornos.....	48
2.7. Da contratação pública sustentável.....	52
2.7.1. Evolução histórica e contextualização.....	52
2.7.2. O conceito de desenvolvimento sustentável ou sustentabilidade.....	59
2.7.3. Dimensões da sustentabilidade.....	61
2.7.4. O princípio do desenvolvimento sustentável ou sustentabilidade.....	66
<b>3. IMPLICAÇÕES E OBSTÁCULOS À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL</b> .....	<b>77</b>

3.1. Limites e possibilidades à aplicação do princípio do desenvolvimento nacional sustentável.....	77
3.2. Das especificações técnicas.....	78
3.3. Dos critérios de seleção e exclusão.....	82
3.4. Critérios de adjudicação.....	84
3.5. Condições de execução do contrato.....	89
3.6. Da utilização da técnica da ponderação como resolução de conflitos entre os princípios/finalidades da licitação.....	91
<b>4. ESTUDOS DE CASO.....</b>	<b>98</b>
4.1. Do impacto das compras governamentais na economia nacional.....	98
4.2. Do impacto das compras governamentais na economia de Alagoas.....	98
4.3. O emprego do princípio do desenvolvimento nacional sustentável em Alagoas...100	
4.4. Da construção do DHPP/DRN, dos CISP's.....	100
4.5. Das UPA's.....	104
4.6. Da aquisição dos rádios de comunicação digital.....	108
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>121</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>124</b>

## INTRODUÇÃO

A ordem jurídica brasileira sempre proibiu expressamente o estabelecimento de preferências, distinções e tratamento diferenciado nas licitações, salvo quando indispensáveis para garantir a plena satisfação da necessidade imediata da Administração. Tal regime de vedação decorria diretamente da regra do §1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93 e dos princípios da isonomia e da impessoalidade estampados no art. 37, inc. XXI e “caput” da Constituição Federal, respectivamente.

Tradicionalmente, sempre se proclamou que a licitação se destinava a garantir dois objetivos, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666/93: a) tratamento isonômico e b) obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Com a aprovação da Lei nº 12.349/10 foi institucionalizada uma terceira finalidade às licitações: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Portanto, a licitação atualmente serve para assegurar três valores jurídicos: a) isonomia; b) proposta mais vantajosa; e c) promoção do desenvolvimento nacional sustentável. A consagração desse último valor é uma mudança significativa que impacta tanto o planejamento da licitação, na sua fase interna, quanto o julgamento das propostas, na sua fase externa. É importante ter a clareza de que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, assim como a obtenção da proposta mais vantajosa, não é um valor exclusivo da licitação, como faz crer o art. 3º da Lei nº 8.666/93, mas um valor mais amplo e que repercute também sobre outros procedimentos que caracterizam o processo de contratação pública, a exemplo da dispensa e a inexigibilidade de licitação. O que é valor típico da licitação é a garantia do tratamento isonômico.

Dentre as diversas esferas de atuação estatal, este trabalho pretende concentrar esforços na realização das contratações públicas sustentáveis, uma vez que a Constituição determina, em seu artigo 37, inciso XXI, que, em regra, todas as contratações de bens e serviços por parte da Administração devem ser precedidas de processo licitatório.

A qualquer trabalho que pretenda assumir foros de seriedade científica há de pressupor uma linha diretiva apta a demonstrar, a cada instante, o grau de desenvolvimento do raciocínio, o modo de elaboração das ideias e o esquema de concatenação que o autor julga apropriado para organizar a pesquisa e intenciona apresentar os resultados pretendidos.

A referência ao método é de substancial interesse ao leitor, pois facilita o acompanhamento dos conceitos expostos, permitindo àquele que lê a possibilidade de aferir a

consistência do raciocínio e a coerência do discurso. Sem adoção de um plano metodológico definido e conveniente ao arranjo descritivo, o esforço poderia significar um apanhado assistemático de informações e dados que diriam sobre o assunto sem lhe tocar a índole; esclareceriam a matéria, sem apreender-lhe a natureza.

Tomaremos o direito positivo em vigor no Brasil de 2010 para cá, como corpo da linguagem prescritiva do Direito que se dirige à região material da conduta humana, nas suas relações de intersubjetividade, bem como analisaremos o cenário das contratações sustentáveis nos Estados Unidos e na Comunidade Europeia.

A despeito do incontestável reconhecimento das compras governamentais como instrumento para a implementação das mais variadas políticas públicas de valorização e fomento ao desenvolvimento nacional sustentável, chama-nos atenção para a reduzida eficácia social das normas já positivadas em torno da matéria no Brasil, que embora detenham desde a sua promulgação plena operatividade jurídica, ainda não encontram na realidade prática a aplicação devida.

Há uma série de elementos que contribuem para essa ineficácia, os quais vão desde um pacto semântico polissêmico do significado constitucional de desenvolvimento nacional sustentável até uma percepção equivocada da magnitude dos custos, usados para se referir a fenômenos diferentes em um determinado contexto comunicacional.

No direito, cuja gramática está repleta de palavras ambíguas e com forte carga valorativa, a confusão linguística costuma ser constante. Por isso, o pacto semântico deveria ser uma atividade permanente e explícita, exercitado antes mesmo do debate de fundo prosseguir. Infelizmente, não é assim que ocorre. Em geral, os juristas assumem uma postura de arrogância semântica, desenvolvendo conceitos com pretensões de serem os únicos verdadeiros e chamando de equivocados todos os usos diferentes daquela expressão que ele arbitrariamente se apropriou. E o pior é que nem sempre há um esclarecimento preciso sobre o uso daquela palavra, como se todos estivessem de acordo com os pressupostos linguísticos e teóricos assumidos implicitamente pelo interlocutor.

Pontes de Miranda ao seu tempo já reconhecia a insuficiência do conhecimento meramente dogmático do Direito, asseverando que “o Direito é; mas a medida do seu ser é dada pela sua realização<sup>1</sup>”.

No contexto atual, além de perquirir o princípio da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa, os processos licitatórios devem ter como finalidade a promoção do

---

<sup>1</sup> Pontes de Miranda. Comentários à Constituição de 1967, tomo I. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1967, p.30.

desenvolvimento nacional sustentável e como seria possível concretizar referido princípio, sem perder de vista a isonomia e a vantajosidade. Ampliar o horizonte de visão com o novo, evitando-se o reducionismo da matéria é o desafio do presente trabalho.

Diante disto, a presente pesquisa almeja demonstrar que há uma relação intrínseca entre a realização de licitações sustentáveis e o estímulo à promoção de políticas públicas destinadas à preservação do meio ambiente, de fomento do emprego e renda, do tratamento favorecido às micro e pequenas empresas, o que torna possível informar que as compras públicas podem ser importante instrumento jurídico à boa administração pública, dando ênfase aos casos exitosos em Alagoas, com os métodos construtivos dos Centros Integrados de Segurança Pública – CISP’S e das Unidades de Pronto Atendimento – UPA’S em Alagoas.

Ademais, pretendemos enfrentar o problema da obrigatória ponderação e repercussão entre os princípios da igualdade entre os licitantes, a vantajosidade - que precisa ser reinterpretada - e o desenvolvimento nacional sustentável, bem como abordar os impactos do advento do novel princípio para os órgãos de controle, especialmente o Tribunal de Contas da União.

Nesse passo, deverão ser analisados os limites e as possibilidades de atuação da Administração Pública na seleção pública de seus licitantes, à luz do Texto Constitucional, o papel do legislador na escolha política das discriminações e sua liberdade de conformação, de acordo com o princípio retro-mencionado.

Será avaliado, ainda, o papel do Poder Judiciário como órgão sensor e controlador dos atos da Administração Pública e analisada a jurisprudência dos órgãos de controle externo para a construção de um marco de acesso ao referido princípio.

A presente dissertação será dividida em quatro capítulos, num trajeto sobre o tema, tendo como marco teórico o contributo doutrinário do professor Juarez Freitas de boa administração e sustentabilidade, a comparação de práticas sustentáveis pelos Estados Unidos, Comunidade Europeia e o Brasil e a inobservância pela Corte de Contas da União do princípio do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações públicas brasileiras, gerando aos administradores públicos do país instabilidade, inibição e insegurança jurídica.

No primeiro capítulo serão abordados os impactos que a redemocratização do país ocasionou nos institutos jurídicos de seleção pública, a exemplo do concurso público e das licitações, da passagem da Administração Pública burocrática para gerencial e dessa para uma pretensa Administração Pública conformadora-participativa, o estudo do Estado rede, as

principais transformações por que passou o Direito Administrativo brasileiro, concluindo com a função regulatória da licitação.

No segundo capítulo, penetraremos no estudo central do trabalho, iniciando pela definição da licitação, de suas finalidades ou objetivos e da releitura necessária com o advento do desenvolvimento nacional sustentável como mais um de seus objetivos.

Após estudaremos os princípios da licitação, fazendo-se um breve introito e deixando assentando que, sem embargo de árdua discussão doutrinária, consideramos princípio como espécie de norma jurídica, a semelhança das regras jurídicas, de ordem cogente e observância obrigatória pelo administrador público. Abordaremos o princípio da isonomia aplicado à licitação, o princípio da eficiência aplicado às licitações e o sub-princípio da vantajosidade, lançando um novo olhar a tais princípios.

Depois estudaremos a contratação pública sustentável, enfrentando a problemática do conceito de sustentabilidade e suas várias dimensões, abordando sua evolução histórica e contextualização, estudando o princípio do desenvolvimento nacional sustentável ou sustentabilidade aplicada à licitação e seu impacto na qualidade do gasto público.

No terceiro capítulo, por sua vez, saímos da parte dogmática do trabalho para estudarmos as implicações e obstáculos à aplicação do princípio do desenvolvimento nacional sustentável, lançando as bases prospectivas para a conclusão do trabalho ao estudar os limites e possibilidades à aplicação do princípio do desenvolvimento nacional sustentável nas licitações públicas.

No quarto capítulo, finalizaremos com a abordagem de estudos de caso exitosos em Alagoas que utilizaram critérios de sustentabilidade ambiental, econômico e social.

## 1. TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

### 1.1. Redemocratização do país e dos institutos jurídicos de seleção pública

Após a promulgação da Constituição Cidadã<sup>2</sup>, o Estado Brasileiro passou não só política, mas institucional e administrativamente por um processo de democratização em suas bases estruturais.

Desde os seus estamentos mais relevantes, representado pelo Governo e pelos agentes políticos e que poderíamos visualizar como o ápice de uma pirâmide organizacional e cujo *mister* é a definição das diretrizes, objetivos e a formulação das políticas públicas desse Estado, agora Democrático de Direito até os estamentos mais orgânicos e operacionais, apresentado nas palavras de Pontes de Miranda, por meio de seus agentes administrativos ou servidores públicos em sentido estrito, tivemos com a redemocratização do país reflexos diretos no modo de acesso e participação do cidadão no Estado, seja no ingresso dos cargos, empregos e funções públicas, seja nas contratações públicas, bem como em outras formas de participação.

A Constituição de 1988, em seu art. 37, inc. I estampa o princípio constitucional-administrativo da acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicos, *in verbis*:

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

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei<sup>3</sup>.

Ainda neste trilhar, nossa Constituição em seu art. 37, incisos II e XXI estampa as regras do concurso público e da licitação, respectivamente:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da

---

<sup>2</sup> Expressão cunhada por Ulisses Guimarães, um dos constituintes expoentes da Constituição de 1988.

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988.

lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.<sup>4</sup>

O direito do cidadão de ter acesso à função pública em condições de igualdade, assim como a prerrogativa de poder participar das licitações e contratações governamentais possui um fundamento jurídico constitucional e legal.

O legislador infraconstitucional poderá estabelecer condições para o exercício de acesso à função pública e para as licitações, de duas ordens: por meio de requisitos de participação nos concursos públicos e certames licitatórios, mediante a previsão de regras procedimentais de competição e concorrência entre os candidatos e licitantes.

Seus fundamentos, portanto são a República, a Democracia e a Isonomia. Constitucionalizou assim os preceitos básicos da Administração Pública, no Capítulo VII, do Título III, regentes da atuação administrativa do Poder Público da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios, com a finalidade de garantir maior eficiência, probidade, moralidade, transparência na gestão da *res pública*.

Afastou-se normativa e valorativamente do *spoils system*<sup>5</sup>, consagrando-se a existência de uma burocracia permanente na Administração Pública, composta por um corpo administrativo concursado e especializado para a realização de suas diversas atribuições. Essa mudança de paradigma, que se afastou da administração pública personalista-patrimonialista para a administração pública burocrática trouxe a seu tempo, enormes benefícios, tais como: a padronização de procedimentos, a impessoalidade na gestão pública e a isonomia para com os administrados.

Assim, caso o Estado deseje contratar pessoal para em seu nome trabalhar, apresentando-o, via de regra, realizará procedimento seletivo impessoal, chamado concurso público, que nos termos de nossa Constituição Federal será de provas ou de provas e títulos, tudo isso visando materializar os princípios constitucionais da impessoalidade, isonomia e moralidade administrativa.

---

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Na política dos Estados Unidos, o *spoils system* (também conhecido como *patronage system*) é uma prática na qual um partido político, depois de ganhar uma eleição, dá cargos no governo para seus apoiadores, como retribuição ao apoio dado na eleição e um incentivo para continuar trabalhando pelo partido, totalmente em contraposição a um sistema que privilegie o mérito, tendo semelhanças com o clientelismo.

O termo deriva da frase do então Senador americano William L. Marcy, "*to the victor belong the spoils*" (ao vitorioso pertence o espólio), se referindo à vitória do democrata Andrew Jackson na Eleição de 1828.

Quando Andrew Jackson tornou-se Presidente dos EUA, muitos ricos americanos possuíam cargos no governo que até então eram considerados perpétuos - uma vez indicados pelo Presidente ou pelo Congresso, não eram substituídos até sua morte ou sua aposentadoria. Porém, Jackson, após assumir a presidência, afastou muitos destes oficiais do governo americano, substituindo por seus seguidores; diversos historiadores acreditam que Jackson tenha iniciado o sistema de *spoils*.

De outro lado, via de regra, quando o Estado deseja contratar o fornecimento/aquisição de um bem ou sua alienação, a prestação de um serviço ou a execução de uma obra deverá preceder tal contratação de um procedimento administrativo chamado licitação.

A licitação, assim como o concurso público, tem o condão de conferir isonomia aos licitantes, para ao final selecionar o objeto delimitado pela Administração, por meio de critérios objetivos e impessoais para a celebração de contratos.

Tenta-se evitar, com isso, a personalização da Administração, combatendo-se favoritismos, discriminações e perseguições. Embora, no plano dogmático do Direito tenhamos evoluído, após a redemocratização do país, no plano pragmático, especialmente nas licitações públicas, diante da profusão de relatos de simulações e escândalos, fazem ver um fosso enorme e um completo distanciamento entre a idealização da norma – dever-ser do Direito – e a sua realização/concretização.

O que queremos dizer de início é que o Estado brasileiro redemocratizado passou seguramente, por um processo de abertura em que esse deixa de se voltar para si mesmo, onde existia um distanciamento dos cidadãos, passando a ter como centro de sua atuação o cidadão e conseqüentemente um aumento de pertencimento e detenção de poder desse cidadão, com ampliada e diversificadas formas de participação e controle sociais. Assim, desloca-se o foco de interesse administrativo do Estado para o cidadão. Essa mudança traz consigo impactos profundos no modo de agir da Administração Pública.

## **1.2. Da Administração Pública burocrática para gerencial**

Na década de 90, as transformações do Direito Administrativo e de seu objeto de estudo foram tão profundas e sentidas, que uma nova onda renovatória fez aparecer um novo modelo de Estado-Administração: o surgimento da administração pública gerencial.

A Administração Pública burocrática já não atendia mais aos anseios da sociedade. A transição da administração burocrática clássica, herdada da tradição continental europeia, para a administração gerencial moderna, fortemente influenciada pela postura pragmática das megaempresas, tira o foco que antes era de interesse administrativo do Estado para o cidadão<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Administração Pública Gerencial**. Disponível em: <[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc1998/revdireito1998B/est\\_adminpublica.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc1998/revdireito1998B/est_adminpublica.pdf)> Acesso em 20 ago. 2018.

A burocracia nasceu como uma garantia do administrado, como uma forma de controlar a atividade administrativa, na medida em que todos os requisitos para a expedição de qualquer ato administrativo, em consonância com o princípio da estrita legalidade, deveriam estar previstos em lei.

Hoje, muito embora se admita a evolução do princípio da estrita legalidade, ainda assim há um grande respeito à procedimentalização e previsão de toda atividade administrativa. E isto está em absoluta consonância com o ordenamento jurídico vigente.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro lembra que a Administração Pública burocrática concebida na segunda metade do século XIX, na época do Estado Liberal, pressupondo a desconfiança em relação aos administradores públicos, prestigia a rigorosa seleção de pessoal, a formação profissional, organização em carreira, hierarquia funcional, impessoalidade e formalismo, em detrimento da eficiência na prestação do serviço público<sup>7</sup>.

Em síntese apertada, a Administração Pública burocrática é marcada pelas seguintes características: a) toda autoridade é baseada na legalidade; b) relações hierarquizadas de subordinação entre órgãos e agentes; c) competência técnica como critério de seleção de pessoal; d) remuneração baseada na função desempenhada e não pelas realizações alcançadas; e) controle de fins; f) ênfase em processos e ritos.

Segundo o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – MARE – aprovado em 21.09.1995 pela Câmara da Reforma do Estado, composta pelos Ministros da Administração e Reforma do Estado, do Trabalho, da Fazenda e do Planejamento e Orçamento, e pelo Ministro-chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, a administração gerencial emerge da segunda metade do século XX, para conformar a expansão das funções econômicas e sociais do Estado com o desenvolvimento tecnológico e a globalização da economia mundial. A reforma do Estado, então, passa a ser orientada clara e expressamente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação do serviço público<sup>8</sup>.

Analisando o documento oficial (Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado – MARE), Maria Sylvia Zanella Di Pietro conclui que na administração gerencial são definidas com precisão as metas de cada órgão, atribuindo-se maior autonomia ao administrador na gestão dos recursos, permitindo o controle posterior de resultados<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.49

<sup>8</sup> **Ibid.**

<sup>9</sup> **Ibid.**, p. 50.

Para a doutrinadora, a evolução do Direito brasileiro ao acompanhar a evolução da sociedade apresentou progressos e retrocessos. Esse plano desenvolvido no âmbito federal representaria um progresso, na medida em que alteraria o foco do desempenho da função administrativa para contemplar a realização das metas previamente estabelecidas, dando ênfase na gestão dos resultados.

As diferenças entre a Administração Pública burocrática e a gerencial são marcantes: a burocrática concentra-se no processo e é auto-referente enquanto que a gerencial orienta-se nos resultados e é direcionada para os cidadãos; a burocrática faz a definição de procedimentos para contratação de pessoal, compra de bens e serviços e visa satisfazer as demandas dos cidadãos, já a gerencial firma-se em combater o nepotismo e a corrupção e não adota procedimentos rígidos; enquanto a burocrática se preocupa em manter o controle dos procedimentos, a gerencial define os indicadores de desempenho, fazendo a utilização de contratos de gestão<sup>10</sup>.

Na administração gerencial, a noção de interesse público é diferente da que existe no modelo burocrático. A burocracia vê o interesse público como o interesse do próprio Estado. A administração pública gerencial nega essa visão, identificando esse interesse confluindo-se com o dos cidadãos, passando os integrantes da sociedade a serem vistos como clientes dos serviços públicos.

Não nos cabe aqui renegar a Administração Pública burocrática, somos inclusive profundos defensores desse modelo, pois a mesma possui significativa importância dentro da administração brasileira, sendo inerente a ela a impessoalidade, o formalismo, a hierarquia funcional, a ideia de carreira pública de Estado, a profissionalização do servidor, além de combater firmemente a corrupção e o nepotismo, não sendo de todo mal em essência.

Contudo o ponto digno de nota é que de tanto se preocupar em combater os fatos acima citados este tipo de administração pode ter se voltado somente para o Estado, para a ritualística e o culto a forma dos procedimentos, preocupando-se somente em manter o controle, e perdeu assim seu verdadeiro significado perante a sociedade, desviando-se de seu fim.

Sempre que ouvimos a palavra burocracia, o pacto semântico em que é utilizado denota um sentido pejorativo e negativo. Mas indagamos como seria o modo de atuar de uma administração pública, sem a obrigatoriedade de prévio concurso público para selecionar

---

<sup>10</sup> SANTOS, Alba Conceição Marquez dos. **A Administração Pública Gerencial**. Disponível em: < [http://www.aboprs.com.br/estudos/administracao\\_publica\\_gerencial.pdf](http://www.aboprs.com.br/estudos/administracao_publica_gerencial.pdf) > Acesso em: 20 ago. 2018.

peçoal para em seu nome trabalhar? Como seriam contratadas as compras governamentais sem a necessidade de prévia licitação?

Assim, “pelo concurso público afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados, que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que alçam e se mantêm no poder leiloando empregos públicos<sup>11</sup>”.

Com o concurso público, a escolha deixa de ser baseada no capricho dos governantes ou em laços de afetividade, e passa a valorizar a capacidade do indivíduo para o desempenho de determinada função, sendo esta a característica relevante que pode ser levada em conta.

De igual modo, nos negócios jurídicos celebrados pela Administração Pública ainda se tenta – e consegue-se infelizmente – a distribuição de contratos conforme a vontade do administrador. Talvez por isso chega-se a afirmar que a “licitação é um tema do Direito Administrativo muito conhecido, onde, infelizmente, tal notoriedade é proveniente de rotineiras notícias e irregularidades nas diversas esferas do Governo<sup>12</sup>”. Licitando, se tem notícias de graves violações de suas finalidades, imagine-se se dispensando graciosamente referido procedimento legal.

As transformações exigidas, para a Administração Pública, originaram-se da mudança de consciência dos cidadãos, ou seja, o reconhecimento de que a administração burocrática não corresponde em certa medida às demandas que a sociedade civil apresenta aos governos, bem como de que suas exigências, ao Estado, são atualmente muito superiores ao ofertado, fazendo surgir para alguns um novo modelo de Administração Pública ou para outros o aperfeiçoamento da Administração Pública gerencial.

### **1.3. Estado em rede e da pretensa Administração Pública conformadora, inovadora ou participativa.**

A ordem constitucional de 1988 consagrou largamente a democracia, resguardando a participação direta dos administrados na gestão da coisa pública em diversas oportunidades. Esta participação pode ser entendida como um passo além da Administração gerencial para uma pretensa Administração conformadora ou participativa.

(...) Enfim, verifica-se a coexistência de uma administração agressiva, prestadora e prospectiva (...) A Administração, portanto, não se restringe a se posicionar perante o administrado como entidade eminentemente autoritária, como sequer se limita a

<sup>11</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23. ed., São Paulo: Malheiros, 1998. p. 375.

<sup>12</sup> JUNGSTEDT, Luiz Oliveira de Castro. **Licitação: doutrina, perguntas e respostas, jurisprudência**. Rio de Janeiro: Thex Editora, CEPAD, 1999, p. 03.

ser um complexo de fornecimento de prestações individualizadas, mas possui indiscutível “função conformadora da sociedade, cabendo-lhe zelar pelo equilíbrio de posições jurídicas contrapostas. A Administração Pública conformadora (...) transforma-se em uma grande entidade de composição de interesses (públicos e privados) das mais diferentes naturezas, iluminada pelo desiderato de eficiência administrativa, que deve contemplar o longo prazo”<sup>13</sup>.

Evolui a ideia da consensualidade aplicada à Administração Pública, como uma forma de incrementar a legitimidade de seus atos e começa a descoberta da possibilidade de pactuar com os interesses particulares, sem se desviar do interesse público.

A consensualidade na tomada da decisão administrativa (decisão consensual) dá-se através da promoção do interesse público pela função decisória administrativa seja ela em concreto ou em abstrato. Na decisão consensual coadjuvante o ente público deve buscar a audiência dos interessados e, se possível, com eles manter o diálogo e a negociação do interesse, mas somente a ela caberá a decisão, justificando-as motivadamente, por exemplo: coleta de opinião, debate público, audiência pública e assessoria externa. A decisão consensual determinante pode ser promovida através do plebiscito, referendo, audiência pública, cogestão e delegação atípica<sup>14</sup>.

É possível conceber uma maior participação democrática dos verdadeiros titulares do poder (o povo), no exercício diuturno da função administrativa. Essa ideia, importante destacar, vai ao encontro do ideal de flexibilidade, maleabilidade, adaptabilidade do Direito, permitindo sua perpetuação. Em outras palavras, com a evolução da sociedade e das formas de exercício do poder, a flexibilidade do Direito, sem distanciar-se dos pilares fundamentais, evita a completa ruptura ao aceitar a adaptabilidade.

A teoria do Estado em rede foi criada numa tentativa de aperfeiçoamento do modelo de Administração Pública gerencial e cujo maior contributo foi dado por Manuel Castells<sup>15</sup>. Superando a simples gestão por resultados, o Estado em rede visa realizar uma gestão para a cidadania, transformando os indivíduos de destinatários das políticas públicas em protagonistas na definição de estratégias governamentais.

Seu principal desafio é incorporar a participação da sociedade civil organizada na priorização e implementação de estratégias governamentais, fomentando a gestão regionalizada e participativa, administração consensual, valorização da transparência administrativa, por meio da existência de observatórios sociais e governança participativa, a incorporação de avanços tecnológicos, fundamental para a inovação administrativa e, por fim, a retroalimentação do processo de planejamento e de implementação de políticas públicas,

<sup>13</sup> BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 51.

<sup>14</sup> SANTOS, André Luiz Lopes; CARAÇATO, Gilson. **A consensualidade e os canais de democratização**. In CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. (Org.) Curso de Direito Administrativo Econômico. Vol. I, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 809.

<sup>15</sup> CASTELLS, Manuel. A era da informação: economia, sociedade e cultura. v.1. A sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 389-57.

que permite de modo permanente, a correção dos próprios erros, reavaliação dos métodos, fundamentos e metodologias, assim como a incorporação de novos desafios.

Na doutrina portuguesa, encontramos a lição de Pedro Machete, que defende que da aproximação entre Administração e administrado decorre a paridade entre poder público e indivíduo. O doutrinador, lembrando a obra do conterrâneo Vasco Pereira da Silva intitulada “Em busca do ato administrativo perdido”, de 1996, destaca que tanto Administração quanto administrado são sujeitos de direitos em identidade de posições de base, relacionando-se juridicamente em igualdade de condições, afastando a ideia de administrado como objeto de poder<sup>16</sup>.

De toda sorte, estes autores portugueses não afastam a existência da supremacia do interesse público (perseguido pela Administração Pública) sobre o particular, em caso de irremediável conflito entre eles. A paridade a que se referem, na verdade, nada mais é que a superação da ideia arcaica do absolutismo disfarçado. O indivíduo deixa de ser visto como súdito, para ser visto pelo ordenamento jurídico como sujeito e titular de direitos e deveres.

Dentre os direitos, destacamos o direito de participação ativa na tomada de decisões administrativas. Esta participação contempla a possibilidade de conformar o interesse privado com o público, sempre que respeitados os pilares básicos do Direito Administrativo, já mencionados.

Assim, admite-se a evolução do exercício da função administrativa para aceitar que a Administração se conduza de forma mais democrática, sem abrir mão dos poderes necessários para se desincumbir a contento dos seus deveres – mas de forma menos impositiva ou autoritária – aproximando-se da sociedade.

#### **1.4. Transformações do Direito Administrativo Brasileiro.**

As principais inovações no Direito Administrativo brasileiro foram introduzidas após a Constituição de 1988 e reforçadas pelas sucessivas Emendas, seja pela adoção dos princípios do Estado Democrático de Direito, seja sob inspiração do neoliberalismo e da globalização, do sistema do *common law* e do direito comunitário europeu, que levaram à chamada Reforma do Estado, na qual se insere a Reforma da Administração Pública.

---

<sup>16</sup> GAMA, Vasco Pereira da. Apud MACHETE, Pedro. **Estado de Direito Democrático e Administração paritária**. Coimbra: Almedina, 2007, p.33.

Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>17</sup> enumera as principais transformações ou tendências do Direito Administrativo, a saber:

a) constitucionalização do Direito Administrativo, entendida em dois sentidos, um com a elevação constitucional de matérias antes tratadas por legislação infraconstitucional e dois, com a irradiação dos efeitos das normas constitucionais por todo o sistema jurídico, produzindo reflexos intensos sobre o princípio da legalidade que resultou consideravelmente ampliado e a discricionariedade que resultou consideravelmente reduzida, a supremacia dos direitos fundamentais que conduz a ideia de centralidade da pessoa humana, o neoconstitucionalismo ou para alguns o chamado pós-positivismo que reaproximou o direito à moral e a positivação constitucional de valores éticos, criticando o legalismo e o formalismo jurídico e fazendo surgir os princípios jurídicos, tornando “a teoria dos princípios hoje o coração das Constituições<sup>18</sup>”.

Com o término da Segunda Guerra Mundial e a queda do regime nazista, os juristas europeus, especialmente os alemães, passaram por uma profunda crise de identidade, típica de qualquer fase de transição. De acordo com o positivismo ideológico, o direito positivo tem uma validade (força obrigatória) e suas normas deveriam ser obedecidas incondicionalmente pelas autoridades públicas e pelos cidadãos, independentemente de seu conteúdo.

Antes, com o positivismo ideológico, tudo girava em torno da lei, e a lei, qualquer que fosse o seu conteúdo era tudo, o que acabou por gerar os excessos e barbáries do regime nazista; agora, com o pós-positivismo, a lei cede espaço aos valores e aos princípios, que se converteram “em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas jurídicos<sup>19</sup>”.

O pós-positivismo se caracteriza justamente por aceitar que os princípios constitucionais devem ser tratados como verdadeiras normas jurídicas, por mais abstratos que sejam os seus textos, bem como por exigir que a norma jurídica, para se legitimar, deve tratar todos com igual consideração, respeito e dignidade.

Com essa nova mentalidade, podemos concluir que: a) os princípios possuem um forte conteúdo ético-valorativo; b) a teoria moderna reconhece a normatividade potencializada dos princípios, ou seja, princípios e regras são espécies de normas jurídicas; c) a Constituição é o ambiente mais propício à existência de princípios; d) por isso, a Constituição passou a ocupar um papel de destaque na ciência do direito. Neoconstitucionalismo justamente por que

---

<sup>17</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 27-39.

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.253.

<sup>19</sup> **Ibid.**237.

passou a ser o Direito Constitucional não um espelho contemplativo em si mesmo, mas uma janela por que passam todos os demais ramos do direito, deixando de ser mero limitador do Poder Estatal para ter um caráter ideológico e normativo de concretizar os direitos nela encartadas.

b) A democratização da Administração Pública, pelo fortalecimento da democracia participativa, com a previsão de inúmeros instrumentos de participação do cidadão no controle e na gestão das atividades da Administração Pública, o que infelizmente nem sempre se efetiva na prática.

c) O movimento de agencificação, de modo que, com a função regulatória as agências reguladoras passaram a ser detentoras de funções quase-legislativas e autonomia técnica para tratar das matérias de sua área de atuação.

d) Reforma da Administração, pela instauração da Administração Pública gerencial que envolve maior discricionariedade para as autoridades administrativas, substituição do controle formal pelo controle de resultados, autonomia administrativa, financeira e orçamentária, por meio do contrato de gestão.

e) Consensualidade, com a utilização de novas fórmulas de resolução de conflitos, o emprego de técnicas baseadas em acordos para a prevenção ou solução de litígios, reduzindo o lado autoritário da Administração Pública, a exemplo da Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, criada no âmbito da Procuradoria Geral do Estado de Alagoas, por meio da Lei Complementar nº 47, de 27.04.2018, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 64.050, de 11.02.2019, modelo esse existente em várias Procuradorias Estaduais e Municipais, após diretriz dada pelo art. 174 do Novo Código de Processo Civil e regulamentado pela Lei Federal nº 13.140, de 26.06.2015.

Desde abril deste ano que, pela referida Lei Complementar nº 47, Alagoas conta com uma Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, que faz parte da estrutura da Procuradoria Geral do Estado. Ela tem sua atribuição relacionada à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: 1) os que envolvem órgãos e entidades da administração pública; 2) os que necessitam de avaliação da admissibilidade para resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; 3) à promoção, quando couber, da celebração de termo de ajustamento de conduta; 4) a composição, mediante acordo direto com os credores, do pagamento de precatórios devidos pelo Estado de Alagoas, suas autarquias e fundações.

f) Centralidade da pessoa humana versus o princípio da supremacia do interesse público.

Gustavo Binembomj<sup>20</sup>, em tese escrita em 2006, já prenunciava essas profundas transformações e inovações por que passava o Direito Administrativo, abordando a crise dos seus paradigmas, colocando-o numa espécie de divã. O dogma do princípio da supremacia do interesse público passa com o neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito Administrativo, por um novo fundamento de validade.

Para o autor, o Estado-administração somente está autorizado a utilizá-lo conjugado ao dever de proporcionalidade; a legalidade administrativa dá lugar ao princípio da juridicidade, com significativa abertura normativa; a discricionariedade administrativa, os conceitos jurídicos indeterminados e os espaços de apreciação administrativa também passam por uma revolução e por fim, o Poder Executivo, como órgão-função típica e predominantemente habilitado a exercer a função administrativa passa de uma estrutura organizacional unitária para uma Administração Pública policêntrica, com o surgimento das agências reguladoras.

Somado a isso, atualmente, temos o entrelaçamento entre a cidadania e a administração de resultados, com a incorporação do princípio da eficiência, após a Emenda Constitucional nº 19/98. No Congresso Nacional de Procuradores de Estado do corrente ano discutiram-se temas caros e inovadores para o Direito Administrativo tais como: o controle prospectivo no planejamento e nas ações do Estado; desenvolvimento e boa governança; direito e tecnologia, com a aplicação da inteligência artificial e como essa tecnologia esta transformando o direito no mundo; tecnologia, internet e regulação; novos formatos de Administração Pública, métodos autocompositivos na Administração Pública e alternativas de consenso; e ainda no que toca mais de perto ao trabalho por nós apresentado, o meio ambiente e a sustentabilidade nas contratações públicas.

Um dos objetivos fundamentais da República, previsto no art. 3º, inc. II, da Constituição consiste em garantir o desenvolvimento nacional. Como atingi-lo sem lançar mão de mecanismos da Administração Pública capazes de implementá-lo na prática? De nada serviria essa previsão do direito constitucional se ela não fosse operacionalizada pelo direito administrativo.

A contratação pública sustentável, também chamada de compras verdes, ecoaquisição ou ecoinovação surge inicialmente com uma dimensão estritamente ambiental

---

<sup>20</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ou ecológica, passando por um gradativo processo de ampliação de sentido, tomando contornos pluridimensionais.

A geração de bens e serviços se desenvolve a custa da utilização dos recursos naturais e da produção e geração de descartes ao longo do processo produtivo, o que trouxe como consequências o aquecimento global e o esgotamento crescente dos recursos naturais, dentre outros graves problemas que provocam a deterioração das condições de vida no planeta.

É nesse contexto, que as compras governamentais passaram a ter um novo fundamento de validade ao sofrer nas duas últimas décadas por profundas transformações, mutações e inovações.

### **1.5. A função regulatória da licitação.**

O papel das compras públicas na economia desempenha papel bastante relevante, na medida em que 10 a 15% do Produto Interno Bruto dos países<sup>21</sup> e no Brasil 13%<sup>22</sup> são movimentados pelas compras públicas, como concluiu o estudo elaborado pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE. Por tal razão, cada vez mais, mostra-se relevante que o jurista interprete tal instituto à luz de um olhar econômico, e não sob um viés estritamente jurídico.

Parafraseando Rafael Oliveira<sup>23</sup>, o procedimento administrativo licitatório tem por objetivo a seleção, dentro de um mercado no qual exista efetiva concorrência entre os licitantes, da proposta mais vantajosa para a Administração Pública que não se funda exclusivamente em critérios econômicos, mas também em outros fatores que devem ser ponderados pela Administração Pública, tais como o desenvolvimento nacional sustentável, a promoção da defesa do meio ambiente, com a realização das licitações verdes ou sustentáveis, a inclusão de portadores de deficiência no mercado de trabalho, o fomento à contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, entre outras finalidades extraeconômicas. Um dos instrumentos passíveis de serem adotados para o atendimento dessa regra constitucional é a licitação.

---

<sup>21</sup> SILVA, Renato Cader da. **Compras compartilhadas sustentáveis**. Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/paginas/artigos/compras-compartilhadadas-sustentaveis>> Acesso em: 17 abr.2019.

<sup>22</sup> Sobre Compras Governamentais, Site: FNDE, 28 jun. 2017. Disponível em: <https://www.fnde.gov.br/acoes/compras-governamentais/sobre-compras-governamentais> Acesso: 08.02.2019.

<sup>23</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Método, 2018.

A utilização do chamado poder de compra do Estado funciona como uma dinâmica e eficaz ferramenta para fomento efetivo do mercado. As compras governamentais são indutoras da economia nesse sentido.

Inclusive, essa é uma bandeira deflagrada há tempos pelo Prof. Luciano Ferraz<sup>24</sup>, sempre ponderando que a licitação deveria ser utilizada como instrumento de regulação de mercado, de modo a torná-lo mais livre e competitivo, além da possibilidade de concebê-la como mecanismo de indução de determinadas práticas de mercado que produziriam resultados sociais benéficos, imediatos ou futuros.

Trata-se da denominada teoria da função regulatória da licitação ou que outros como Flávia Moraes Barros Michele Fabre<sup>25</sup> denominam de políticas secundárias, colaterais ou horizontais. De acordo com essa teoria, o instituto da licitação não se presta, tão somente, para que a Administração realize a contratação de bens e serviços a um menor custo; o referido instituto tem espectro mais abrangente, servindo como instrumento para o atendimento de finalidades públicas outras, consagradas constitucionalmente. Isso porque não se pode olvidar que as contratações públicas produzem externalidades.

Embora o objetivo primário da contratação pública seja a aquisição de bens e serviços nos melhores termos possíveis, os entes estatais frequentemente se utilizam de seu inquestionável poder de compra para promover questões nacionais outras, que são ambientais, sociais e econômicas.

Nos Estados Unidos, por exemplo, tem-se notícia de que a licitação se prestou a fomentar a realização de diversas ações afirmativas, bem como a dar conta de necessidades emergenciais (como se deu na realização de contratações públicas decorrentes do Furacão Katrina). Assim também se passa, no âmbito da União Europeia, que, por intermédio das Diretivas 2014/24/EU<sup>26</sup> e 2014/25/UE<sup>27</sup>, alçou as contratações públicas à qualidade de um importante instrumento de indução da economia, notadamente no que respeita a práticas ambientalmente sustentáveis.

---

<sup>24</sup> FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**. n. 21, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luciano-ferraz/funcao-regulatoria-da-licitacao>> Acesso em: 02 dez. 2018.

<sup>25</sup> FABRE, Flávia Moraes Barros Michele. **Função horizontal da licitação e da contratação administrativa**. São Paulo: USP/ Faculdade de Direito, 2014. 185f. Tese (Doutorado).

<sup>26</sup> UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/CE, de 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <[http://www.contratacao publica.com.pt/xms/files/Legislacao/Comunitaria/Diretiva\\_Classica\\_2014\\_24.pdf](http://www.contratacao publica.com.pt/xms/files/Legislacao/Comunitaria/Diretiva_Classica_2014_24.pdf)> Acesso em: 03 jan. 2019.

<sup>27</sup>UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/25/CE, de 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/01d39ebd-21ee-403c-802d-6c0a0f6230bb/language-pt>> Acesso em: 08 mar. 2019.

No Brasil, vários são os exemplos de políticas setoriais que vêm se utilizando da licitação (mais, especificamente do poder de compra do Estado) para concretizar outros valores, dentre os quais se destacam a proteção do meio ambiente, o tratamento diferenciado conferido às microempresas e às empresas de pequeno porte, o fomento ao desenvolvimento tecnológico no país.

Existem, ainda, várias outras hipóteses que consagram a Teoria da Função Regulatória das Licitações, sendo lícito mencionar, como exemplos já previstos na Lei nº 8.666/93, a possibilidade da contratação direta de associações de deficientes físicos ou cooperativas de catadores de lixo, conforme previsão do art. 24, incs. XX e XXVII, respectivamente. No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, da mesma forma, o Decreto nº 33.925, de 18 de fevereiro de 2003, prevê a obrigatoriedade da contratação de deficientes. Todas essas hipóteses almejam resguardar, por meio do procedimento licitatório, valores consagrados na Constituição da República.

No Brasil, a Constituição da República Federativa de 1988 estabeleceu, no *caput* do art. 174, a função do Estado de agente normativo regulador da atividade econômica, vejamos: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado<sup>28</sup>”.

A partir disso, o Estado, na condição de agente normativo regulador da atividade econômica, exerce as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, limitando ou estimulando a ação dos sujeitos econômicos.

Agora, além de ser agente normativo e regulador da ordem econômica, o Estado também é consumidor de bens, serviços e obras. Em função dessa realidade é que se pretende analisar a contratação pública como instrumento de fomento ao desenvolvimento nacional sustentável. Ou seja, apresentar a ideia de que, por meio das contratações públicas, o Estado pode - e deve - exercer a sua função de agente normativo e regulador da ordem econômica, no sentido de promover contratações públicas sustentáveis.

Por meio das aquisições públicas, a Administração tem o dever de desempenhar o papel de induzir transformações estruturais nos setores produtivos e econômicos. Nesse sentido, entende-se que as compras podem induzir a introdução de padrões de critérios ambientais, econômicos e sociais, bem como gerar emprego e renda.

---

<sup>28</sup> BRASIL. Constituição (1988).

Desse modo, o Estado também fomenta o desenvolvimento de políticas de contratações públicas com práticas mais sustentáveis de gerenciamento e gestão. A licitação cumpre assim a sua função social de recuperação e proteção do meio ambiente.

No tocante à função regulatória da licitação no Brasil, a contratação por meio do Regime Diferenciado de Contratação - RDC já contempla e promove os seguintes valores, conforme art. 4º, §1º, da Lei nº 12.462/11:

- a) preservação do meio ambiente, mostrando o legislador uma preocupação com a disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;
- b) respeito à ordem urbanística, tendo em vista que as contratações de obras devem ser precedidas de avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;
- c) proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas, com estipulação de medidas compensatórias aos impactos negativos; e
- d) promoção da acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Ademais, as normas de acessibilidade se tornaram obrigatórias com o Estatuto da Deficiência, Lei nº 13.146/15, especialmente os arts. 53 a 61 e a Norma Brasileira, ABNT nº 9050/2015, para os equipamentos privados de uso coletivo e os equipamentos públicos, tais como rampa de acesso, sinalização tátil e visual, desníveis, reuso de água, placas fotovoltaicas para captação de energia solar, preocupações com desperdícios de materiais, externalidades às contratações que inevitavelmente impactam economicamente nas obras públicas.

No tocante ainda à função regulatória da licitação, nas empresas estatais é regulada por lei específica, a Lei nº 13.303/16 e deve respeitar os seguintes valores e normas, conforme previsão expressa no art. 32, §1º:

- a) disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;
- b) mitigação dos danos ambientais por meio de medidas condicionantes e de compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;
- c) utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e de recursos naturais;

- d) avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;
- e) proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado por investimentos realizados por empresas públicas e sociedades de economia mista;
- f) acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Assim conforme aponta Erivam da Silva<sup>29</sup>:

O uso desta política é justificado quando se constata que o direcionamento do poder de compra do Estado, por sua própria natureza e flexibilidade, e que também possui um viés redistributivo, tem todos os atributos necessários para gerar impacto na competitividade industrial e tecnológica, já que o Estado, enquanto consumidor em grande escala de bens e serviços está em posição ideal para a implantação de um sistema de indução de produtividade, controle de qualidade, transferência de tecnologia e promoção de benefícios sociais, principalmente quando se trata da geração de emprego e renda e desenvolvimento local, em que este direcionamento para os pequenos fornecedores, principalmente em áreas de menor desenvolvimento econômico, com a indução de arranjos locais, apresenta-se como um mecanismo de alto impacto e de baixo custo. A possibilidade de o Estado utilizar-se deste potencial, que não somente sob a ótica do paradigma da eficiência estrita, que é o atualmente utilizado, traduzindo-se por comprar mais, mais rápido e por um menor preço, mas também para alcançar outros resultados que, vistos globalmente, possam ser mais vantajosos para a Administração Pública e, indiretamente, para a sociedade, coloca-se como uma questão de grande complexidade a ser enfrentada. (...) Embora se mantenha a preocupação com a eficiência das compras públicas, com a adoção do uso do poder de compra do Estado há uma ponderação entre redistribuição e eficiência, o que é um ponto central no debate econômico, deste modo, o processo de adaptação de um sistema de compra, seja do nacional ou de seus entes, antes de tornar-se um instrumento redistributivo enfrenta o desafio de provar que os benefícios desta política são maiores do que os seus custos.

Doutra banda, parcela expressiva da doutrina critica esse importante papel dado às licitações, dando conta de um protecionismo desmedido. Alguns dos doutrinadores que se debruçaram sobre o tema criticaram as inovações. Ivan Barbosa Rigolin as cunhou de ‘atrocidade jurídica’, ‘demagógica’, ‘verdadeira patriotada’, entre outros. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes vê ‘aparente xenofobia contida no texto da medida provisória, pelo menos na forma como fora redigida’<sup>30</sup>.

Joel de Menezes Niebuhr, de forma mais categórica, rebate essa forte regulação estatal:

A preferência ao produto nacional deve descambar para espécie de reserva de mercado, o que, ao fim e ao cabo, revela-se desvantajosa, como comprovado historicamente. O capitalismo é centrado na competição, e nada pior para a

<sup>29</sup> SILVA, Erivam. **O uso do poder de compra do Estado como instrumento de política pública: a Lei Complementar nº 123/2006, sua implementação**, p. 70-71.

<sup>30</sup> JAPUR, José Paulo Dorneles. **O Desenvolvimento Nacional Sustentável e as Licitações Públicas – Comentários às alterações da Lei nº 8.666, de 1993, promovidas pela Lei nº 12.349, de 2010**. Disponível em: < <http://japuradvogados.com.br/wp-content/uploads/2016/04/b202d53bc65c4f44bb8c722aa75efe3c.pdf> > Acesso em: 02 dez. 2018.

competição do que a zona de conforto forjada por regras de proteção. As empresas deixam de inovar, investir e reduzir custos<sup>31</sup>.

Em outra obra, o mesmo autor critica a utilização das licitações como instrumento de políticas públicas, criticando a incorporação de instrumentos e estrangeirices, que remontam uma síndrome de vira-lata, nos seguintes termos:

Já não é de hoje que o legislador vem burilando a licitação pública com uma série de prescrições e exigências sem correlação lógica direta com a finalidade de selecionar a proposta mais vantajosa. Essas prescrições e exigências guardam relação com outras pautas, notadamente justiça social, fomento de natureza econômica e a questão ambiental, apanhada pelo abrangente amálgama da sustentabilidade. Ou seja, o legislador historicamente utiliza a licitação pública como instrumento para a promoção de políticas públicas.

Convém refutar argumento recorrente nos debates sobre o assunto. Os defensores da atual utilização desenfreada e sem critério das licitações para a promoção de políticas públicas argumentam que outros países fazem o mesmo, na maior parte das vezes citam os Estados Unidos – que provavelmente não procedem de forma tão desatinada. Sucede que é errado comparar dois sistemas jurídicos diferentes, o dos Estados Unidos e o do Brasil, sem maiores anteparos. Com a mesma toada, sem qualquer sentimento antiamericano, nem tudo que faz bem aos Estados Unidos faz bem ao Brasil. Que as licitações estrangeiras sejam estudadas, porém é preciso refletir e ponderar sobre elas, nem sempre servirão ao Brasil<sup>32</sup>.

Ousamos discordar dos festejados administrativistas. Em realidade, a utilização do poder de compra governamental para implementar uma política pública de promoção do desenvolvimento da indústria nacional é prevista em diversos países pelo mundo. A título meramente exemplificativo, podemos mencionar previsões análogas existentes na China e nos Estados Unidos.

A China, país cujo crescimento industrial é mundialmente conhecido, possui norma similar desde 2002. A Lei nº 68, de 29 de junho de 2002, concede preferência a bens e serviços chineses. Nos Estados Unidos, berço do liberalismo, o *Buy American Act* dá preferência ao produtor local desde a década de 30. Recentemente, aliás, em meio à crise mundial, por meio do chamado *American Recovery and Reinvestment Act*, o Congresso americano reafirmou essa orientação legislativa para atrelar a aprovação do aporte de valores estatais de estímulo à economia do país ao uso preferencial de produtos domésticos.

Dessa forma, vê-se que não se está diante de invenção tupiniquim ou medida fora de contexto. A alteração legislativa reproduz política pública já implementada em outros cenários mundiais.

---

<sup>31</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Margem de preferência para a produção nacional em licitação pública – Repercussões da Medida Provisória nº 495/2010. **Revista Zênite de Licitações e Contratos**, a. XVII, n. 198, p. 777-778, 2010.

<sup>32</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Crítica à utilização das licitações públicas como instrumentos de políticas públicas. **Revista Zênite** – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 272, p. 983-988, out. 2016.

Ao contrário, a medida justifica-se. A garantia do desenvolvimento nacional é, nos termos do art. 3º, inciso II, da Constituição Federal, um dos fundamentos da República. Aliás, a utilização das compras governamentais como instrumento de incentivo ao desenvolvimento nacional não é verdadeiramente uma inédita previsão em nossa história legislativa.

Ainda na década de 60, editou-se o Decreto nº 1.246, de 25 de junho de 1962, que instituiu o Plano Nacional da Indústria de Máquinas Rodoviárias, o qual previa prescrições bastante similares às alterações recentes. Em suma, determinava-se que as entidades governamentais, autarquias, sociedades de economia mista e concessionárias de serviços públicos devessem dar preferência, em suas compras, às máquinas rodoviárias de fabricação nacional, mesmo quando os preços destas fossem superiores até 30% aos dos similares estrangeiros.

A referência à sustentabilidade no novo texto do caput do art. 3º da Lei de Licitações e Contratações Públicas há de ser elogiada. Incluída pelo Congresso Nacional ao texto original da Medida Provisória nº 495, de 2010, a sustentabilidade das compras governamentais encontra amparo em diversos mandamentos constitucionais, sobretudo aqueles existentes no art. 170, inciso VI, e no art. 225 da Constituição Federal. A medida tem o propósito de, indiretamente, fomentar as ações dos agentes econômicos na direção de um equilíbrio entre o crescimento econômico e a exploração dos recursos naturais, garantindo às gerações futuras um meio ambiente equilibrado.

Mas as críticas de Niebuhr merecem um reflexo e um aproveitamento pedagógico. A incorporação de práticas exitosas em países outros ou comunidades jurídicas diferentes, nem sempre se compatibiliza culturalmente com o nosso país, merecendo, portanto uma filtragem e adaptabilidade de institutos em nosso ordenamento pátrio.

## 2. DA LICITAÇÃO, DA RELEITURA DE SUAS FINALIDADES, OS PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO E A CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL

### 2.1. Da licitação

O Estado, assim como o setor privado, realiza operações de compras para sanar as suas demandas, sejam elas de cunho meramente administrativo e interno ou relacionadas aos investimentos, tão necessários ao desenvolvimento nacional. Dessa forma, o processo de compras no setor público é realizado por meio de licitações, com o intuito de permitir que o Estado disponha de condições para garantir a melhor compra possível, preservando, dessa forma, o interesse público nesse procedimento.

Para Luiz Oliveira Castro Jungstedt a:

Licitação é um procedimento administrativo, preliminar aos contratos celebrados pelo Estado, que busca a melhor proposta para se atingir o interesse público, a partir de normas preestabelecidas em um instrumento convocatório, as quais irão definir a forma de agir das autoridades administrativas e dos particulares interessados nesse processo de seleção<sup>33</sup>.

Ora como processo, ora como procedimento, a licitação destina-se a um fim precípuo. Historicamente, os Estados sempre buscaram, ainda que de forma rudimentar, mecanismos que conferissem isonomia aos participantes do processo seletivo nas compras governamentais, resguardando os direitos de possíveis contratantes, bem como a celebração de contratos mais vantajosos para o Estado.

Em sua obra, Hely Lopes Meirelles assinalou que na Europa, os Estados medievais utilizaram “o sistema denominado vela e pregão, que consistia em apregoar-se a obra desejada e, enquanto ardia uma vela, os construtores interessados faziam suas ofertas. Quando se extinguia a chama, adjudicava-se a obra a quem houvesse oferecido o melhor preço<sup>34</sup>”.

Era o prenúncio da nossa modalidade de licitação denominada pregão, que se consolidou no Brasil e trouxe grande economia aos cofres públicos, modernização para as compras governamentais e fundamentalmente, desburocratização para a licitação, com a inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas.

---

<sup>33</sup> JUNGSTEDT, Luiz Oliveira de Castro, **op. cit.**, p. 05

<sup>34</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996.

## 2.2. Finalidades da licitação e de sua necessária releitura

A licitação como visto anteriormente se destinava a garantir dois objetivos, fundamentais, a saber: garantir igualdade de tratamento aos licitantes e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Com a aprovação da Lei nº 12.349/10 foi inserida uma terceira finalidade às licitações brasileiras: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

A positivação desse último objetivo/finalidade traz uma mudança significativa que impacta tanto o planejamento da licitação, na sua fase interna, quanto o julgamento das propostas, na sua fase externa.

Há, assim, uma finalidade precípua da licitação que não se esgota com o término da contratação e que é, justamente, a realização do bem social pelo Estado. As contratações públicas, muitas vezes, relacionam-se com a implementação de determinadas políticas públicas, como o fortalecimento das micro e pequenas empresas, de determinados setores produtivos voltando-se a consecução das dimensões econômica e social da sustentabilidade, como na dispensa de licitação para contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos (artigo 24, XII, Lei 8666/93).

A alteração promovida pela Lei nº 12.349/10 ao art. 3º da Lei nº 8.666/93 que atribuiu à licitação a finalidade de viabilizar o desenvolvimento nacional sustentável, a previsão de critérios, práticas e diretrizes de sustentabilidade nas contratações públicas passou a constituir uma das finalidades do procedimento licitatório.

As finalidades tradicionais da contratação pública foram se somando a novas preocupações. Questiona-se sobre o papel do Estado na socialmente desejada mudança desses cenários, particularmente pelo uso do seu poder de compras, enquanto medida indutora de comportamentos sustentáveis. Paradoxalmente, a primeira preocupação da contratação sustentável foi de ordem econômica. Aos poucos foi se tomando conta de que a contratação pública, a par de seus objetivos imediatos quais sejam, selecionar a proposta mais vantajosa e conferir igualdade de participação dos licitantes, poderia servir como instrumento de realização das mais variadas políticas públicas, especialmente ambientais e sociais.

### 2.3. Breve introito sobre os princípios jurídicos

Conquanto não seja recente o estudo dos princípios jurídicos, os debates sobre esse tema foram renovados após o surgimento das teorias desenvolvidas por Ronald Dworkin e Robert Alexy. Desde então, várias são as posições teóricas em torno da verdade, pertinência e utilidade das distinções qualitativas entre os princípios e regras. Há autores que defendem e endossam as teses levantadas por Dworkin e Alexy. Há outros que, embora acreditem na distinção “regras *versus* princípios”, criticam as proposições científicas desses autores fornecendo novos critérios. Há também estudiosos que negam a própria alocação dos princípios na categoria de norma jurídica, inexistindo diferenciação qualitativa entre princípios e regras do ponto de vista normativo<sup>35</sup>.

Porém, não é o propósito do presente trabalho discorrer sobre os inúmeros modelos teóricos criados para explicar os princípios do direito. O dissenso, entre estudiosos nacionais e estrangeiros, é tamanho que o estudo pormenorizado dessa questão somente tem cabimento num trabalho científico específico, não sendo o propósito do presente estudo.

É que, no fundo, parece até que a quantidade de modelos teóricos sobre regras e princípios é proporcional ao número de autores que abordam o tema, ou seja, cada um possui o seu.<sup>36</sup> Tudo basicamente por conta da elevada complexidade semântica que a locução “princípio jurídico” ostenta. A palavra “princípio”, por si só, já suscita diversas significações no contexto jurídico, sem falar nos outros ramos de conhecimento.

Para ilustrar tal assertiva, importa mencionar a análise feita por Genaro Carrió, por meio da qual ele identificou, pelo menos, sete focos de significação para o vocabulário “princípio”: (a) princípio como “núcleo básico” ou “característica central”; (b) princípio como “regra geral”; (c) princípio como “origem” ou “fonte geradora”; (d) princípio como “finalidade”, “meta” ou “propósito”; (e) princípio como axioma”, “ponto de partida”, “verdade teórica evidente”; (f) princípio como “verdade ética incontestável”; (g) princípio como “máxima”, “aforismo”, “provérbio”<sup>37</sup>.

O certo é que independentemente de proposta teórica, o direito positivo se exterioriza do mesmo modo para todos os sujeitos. Os comandos legais advindos do Poder Legislativo, uma vez cristalizados num dado diploma normativo, não são modificados pelas reflexões dos

<sup>35</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003, p. 609.

<sup>36</sup> CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 167.

<sup>37</sup> CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 209-210.

cientistas. O direito positivo é o mesmo, as interpretações é que são várias. Nesse sentido, explica Cristiano Carvalho:

Seja como for, o legislador manifesta seus comandos por meio de enunciados veiculados pelas diversas espécies de diploma legal. Ora os enuncia de forma clara, ora de forma obscura, ora de formas simples e econômica, ora de forma prolixa. A sua leitura e classificação em “espécies” normativas são frutos da criatividade dos juristas, não encontrando correspondência no mundo empírico. Não obstante, como sói ocorrer nas mais diversas ciências, naturais e sociais, tais modelos podem ser de grande utilidade para a compreensão do fenômeno em observação<sup>38</sup>.

Afirmar que princípio e regra são espécies de norma jurídica, ou que princípio não é norma jurídica, é questão talhada no plano da ciência, sem identificação necessária com o mundo da experiência, o mundo físico onde estão depositados os textos jurídicos: “O que definirá a classificação e os seus critérios é tão somente a sua utilidade. Se cumpre os propósitos analíticos para os quais foi criada, é uma classificação útil. Se não cumpre, deve ser descartada”<sup>39</sup>.

De maneira coerente ao referencial teórico eleito para este trabalho, para explicar os princípios jurídicos adotam-se os critérios científicos eleitos por Paulo de Barros Carvalho. Perceba-se no pensamento desse autor que os princípios integram a categoria das normas jurídicas em sentido amplo, pois eles se situam no plano dos enunciados prescritivos.<sup>40</sup>

Os princípios são jurídicos porque veiculados por textos do direito positivo, mas não seguem a estrutura sintática da norma jurídica em sentido estrito (formatada no juízo implicacional entre as proposições antecedente e consequente). O que caracteriza o princípio é simplesmente o elevado grau de carga axiológica que ele ostenta. Sobre a questão levantada neste parágrafo, calha reproduzir as palavras de Paulo de Barros Carvalho:

(...) o direito positivo, formado unicamente por normas jurídicas, não comportaria a presença de outras entidades, como, por exemplo, princípios. Estes não existem ao lado de normas, co-participando da integridade do ordenamento. Não estão de lado das unidades normativas, justapondo-se ou contrapondo-se a elas. Acaso estivessem, seriam formações linguísticas portadoras de uma estrutura sintática. E qual é esta configuração lógica? Ninguém, certamente, saberá responder a tal pergunta, porque “princípios” são “normas jurídicas” carregadas de forte conotação axiológica. É o nome que se dá a regras do direito positivo que introduzem valores relevantes para o sistema, influenciando vigorosamente sobre a orientação de setores da ordem jurídica<sup>41</sup>.

Do ponto de vista da aplicação da norma jurídica, que se dá em momento posterior à etapa da construção das significações no percurso gerador de sentido, não existe diferença prática entre regra e princípio. Tal como o princípio, a regra não está ali pronta e acabada, aguardando a atenção da autoridade competente para fazê-la incidir no caso concreto.

<sup>38</sup> CARVALHO, Cristiano, op. cit., p. 168.

<sup>39</sup> Ibid., p. 270.

<sup>40</sup> Ibid., p. 264-265.

<sup>41</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Os princípios constitucionais tributários no sistema positivo brasileiro. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Elementos atuais de direito tributário**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 398.

As duas categorias jurídicas – regra e princípio-, ainda que em graus diferentes, enfrentam as mesmas dificuldades interpretativas para a formulação da decisão jurídica. É como esclarece José Reinaldo de Lima Lopes:

Tanto as regras como os princípios dependem também de determinações de sentido que não se podem dar senão em circunstâncias específicas. Esse processo de tensão entre as normas, por definição (e não por acidente), genéricas, e os fatos, por definição (e não por acidente), específicos, faz com que o sentido das regras se defina ao longo de sua aplicação. Esse processo dá-se em qualquer norma, ou seja, tanto no caso de princípios quanto no caso de regras (os termos usados por DWORKIN)<sup>42</sup>.

Ademais, nesse aspecto de aplicação da norma jurídica, concorda-se com a tese de Marcelo Neves, segundo a qual a concretização do direito que podem ser delimitadas a hipótese normativa e a consequente produção de efeitos jurídicos<sup>43</sup>.

Paulo de Barros Carvalho, ao ocupar-se dos princípios como normas jurídicas, apresenta uma classificação baseada nos graus de objetividade que eles manifestam ao serem aplicados ao caso concreto. Por este viés, o termo “princípio” é empregado em três acepções: (a) como preceito carregado de valor expressivo presente na linguagem do direito posto; (b) como enunciado que estabelece limites objetivos; e (c) como sinônimo de sobreprincípio<sup>44</sup>.

Com a finalidade de facilitar a identificação do princípio jurídico em cada uma dessas hipóteses, utiliza-se a expressão (a) “princípio em sentido estrito” para designar o princípio enquanto valor; (b) limite objetivo” para se referir ao princípio como norma veiculadora de critério objetivo; e (c) “sobreprincípio” para se referir ao princípio que se realiza por meio de outros princípios<sup>45</sup>.

O princípio em sentido estrito é a norma (no sentido amplo) que “conduz um vetor axiológico forte, cumprindo papel de relevo para a compreensão de segmentos importantes do sistema de proposições prescritivas (...).<sup>46</sup> O intérprete enfrenta maior dificuldade para dizer se certo princípio foi ou não observado, justamente porque tal análise envolve questões de ordem pessoal e ideológica, as quais são mutáveis a depender do caso concreto e do sujeito.<sup>47</sup>

Já sob a feição de limite objetivo, o princípio” (...) indica critérios incisivos para a delimitação do seu conteúdo. É possível saber objetivamente quando um limite foi excedido e

---

<sup>42</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 40, n. 160, out./dez. 2003, p. 50.

<sup>43</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 123-124 e p. 140-141.

<sup>44</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 264, 261-262 e 268.

<sup>45</sup> CONRADO, Paulo Cesar. **Introdução à teoria geral do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 55-57.

<sup>46</sup> CARVALHO, Paulo de Barros, op. cit., p. 268.

<sup>47</sup> GAMA, Tácio Lacerda. **Contribuições de intervenção no domínio econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 143.

quando foi observado”.<sup>48</sup> Não é necessário grande esforço valorativo do intérprete para identificar os limites jurídicos impostos pelo princípio da anterioridade e legalidade, por exemplo. Nessa perspectiva, Paulo Cesar Conrado diz que os limites objetivos são:

(...) enunciados prescritivos desprovidos de viés valorativo preponderante, que se revelam, nesse sentido, normas meramente fixadoras de móveis objetivos, e cujo estudo, por independe de qualquer investigação axiológica, queda, em contraponto, notavelmente mais simples, de verificação pronta e imediata (...).

É claro que tais limites estão relacionados a valores, porém apenas de modo indireto. Se a vinculação à realização de valores fosse direta, estar-se-ia diante de princípio jurídico em sentido estrito, pois “(...) enquanto os valores são imensuráveis e compreendidos de acordo com a ideologia do intérprete, a identificação dos limites objetivos é feita mais facilmente.”<sup>49</sup>

Os sobreprincípios, ainda segundo Paulo Cesar Conrado, correspondem aos princípios que “(...) irradiam seus efeitos sobre os outros princípios, iluminando a sua compreensão, e que, por isso mesmo, se colocam em posição superior à dos que sofrem sua radiação”.<sup>50</sup> No dizer de Paulo de Barros Carvalho, o sobreprincípio, tal qual o princípio em sentido estrito, veicula algum valor jurídico, mas a sua realização depende da concretização de outros princípios (ex.: justiça, segurança jurídica, etc.)<sup>51</sup>.

Há então, por esse viés, três maneiras de enxergar o princípio jurídico de acordo com o grau de objetividade: princípio *stricto sensu*, limite objetivo e sobreprincípio. Não custa frisar, porém, que essa proposta científica é redutora de complexidades. A simplicidade que ela exhibe não esgota de forma absoluta a subjetividade que permeia a interpretação de qualquer disposição normativa. Essa ressalva não passou despercebida a Paulo de Barros Carvalho:

Apesar da aparente simplicidade operativa, o critério que anima essa classificação procura transmitir uma objetividade que os valores não têm nem podem ter. A natureza eminentemente subjetiva desses núcleos significativos jamais poderá ser aprisionada, como se fora fato cosmológico insularmente levado à análise. Fiquemos com sua operacionalidade, mas desde que reconheçamos ser impossível fixar diretrizes objetivas e, portanto, com validade intersubjetiva, para delimitar valores.<sup>52</sup>

Assim, com base nesse paradigma tridimensional e à luz dos princípios jurídicos, serão analisados os princípios sensíveis da isonomia, aplicado às licitações; o sobreprincípio da eficiência; o princípio da vantajosidade resignificado e o princípio do desenvolvimento

<sup>48</sup> Ibid., p. 143.

<sup>49</sup> FERREIRA, Olívia Tonello Mendes. Teoria dos valores e a importância dos princípios na interpretação do direito. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.); CARVALHO, Aurora Tomazini de (Org.). **Constructivismo lógico-semântico**. Vol. 1. São Paulo: Noeses, 2014, p. 401.

<sup>50</sup> CONRADO, Paulo Cesar. **Introdução à teoria geral do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 57.

<sup>51</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 283.

<sup>52</sup> Ibid., p. 265.

nacional sustentável à luz do controle externo a cargo do Tribunal de Contas. Isso porque se considera útil o emprego de princípios em “sentido estrito”, como “limite objetivo” e “sobreprincípio” para estabelecer o conteúdo e as correlações entre as dimensões do controle externo (legalidade, economicidade e legitimidade).

#### 2.4. O princípio da isonomia aplicado na licitação

O princípio da isonomia, da não discriminação ou igualdade de participação dos licitantes, corolário constitucional estampado em várias passagens no decorrer do texto constitucional, impõe ao administrador público a proibição ao personalismo no âmbito da Administração Pública, prática que consiste na reiteração de atos que, em vez de contemplarem a coletividade, implicam em benefícios pessoais para o agente público e favorecimento ou perseguição a indivíduos e a grupos determinados.

A doutrina, majoritariamente, classifica-o como um dos principais princípios do Estado Democrático de Direito adotado pela República Federativa do Brasil, diversos doutrinadores o considera o principal, como o caso de Aliomar Baleeiro: “a igualdade é o pilar básico do Estado Democrático de Direito<sup>53</sup>”.

Em discurso proferido para os formandos da Faculdade de Direito de São Paulo, Rui Barbosa conceituou o princípio da igualdade: “a regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam<sup>54</sup>”, ou seja, trouxe à doutrina jurídica brasileira uma repaginação do conceito de igualdade em Aristóteles.

O princípio da igualdade é uma das garantias mais relevantes do cidadão frente ao Poder Público, sendo um dos pilares do ordenamento jurídico, pois funciona como um limitador dirigido ao legislador, um critério de aplicação e interpretação das normas pelo administrador público e pelos juízes.

Costuma-se fazer uma distinção entre igualdade na lei e igualdade perante a lei. A primeira é dirigida ao legislador, que, ao editar as normas abstratas deve tratar todos com isonomia. Já a segunda incide no momento de concretização, de modo que os operadores do direito, na aplicação da lei não adotem comportamentos preconceitos e/ou discriminatórios. Nesse sentido assim já se manifestou o STF:

O princípio da isonomia, que se reveste de autoaplicabilidade, não é, enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica, suscetível de

<sup>53</sup>BALEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. atual. por Mizabel Abreu de Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 852.

<sup>54</sup> BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 26.

regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio - cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público - deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA, 55/114), sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei; b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera numa fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade<sup>55</sup>.

Os licitantes merecem receber da Administração tratamento isonômico, a impor, por exemplo: a proibição de inserção de exigências excessivas para a habilitação, que restrinjam, sem justificção plausível, o universo de proponentes<sup>15</sup>; exame de habilitação e julgamento com os mesmos critérios; informação aos interessados dos atos licitatórios pelos mesmos meios e na mesma ocasião, evitando-se assim o privilégio da ciência antecipada. Observe-se, porém, que:

não configura atentado ao princípio da igualdade entre os licitantes o estabelecimento de requisitos mínimos de participação no edital ou convite, porque a Administração pode e deve fixá-los sempre que necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público.<sup>56</sup>

A isonomia no Direito Administrativo estaria em uma das facetas do princípio da impessoalidade. Referido princípio, possui duas matrizes axiológicas: uma direcionada ao agente público, que deve nortear toda a sua atuação, pautada no atendimento da finalidade pública, vedada condutas, inclinações e/ou interesses pessoais ou a autopromoção e outra, direcionada ao administrado, que impõe à Administração Pública o dever de tratar a todos de forma isonômica, vedada às perseguições, privilégios e discriminações desarrazoadas.

Diógenes Gasparini assevera que a:

a atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, dirigida aos cidadãos em geral, sem determinação de pessoa ou discriminação de qualquer natureza. Quebra-se o velho costume do atendimento do administrado em razão de seu prestígio ou porque a ele o agente público deve alguma obrigação<sup>57</sup>.

José dos Santos Carvalho Filho sintetiza nosso entendimento quando discorre sobre o princípio da impessoalidade, nos seguintes termos:

o princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção/DF nº 58. Airton de Oliveira e outros, Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 14 dez. 1990. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14710528/mandado-de-injuncao-mi-58-df>> Acesso em: 05 dez. 2018.

<sup>56</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 239.

<sup>57</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 08.

interesse público, e não para o privado... Aqui reflete a aplicação do conhecido princípio da finalidade<sup>58</sup>.

A ordem jurídica brasileira sempre proibiu expressamente o estabelecimento de preferências, distinções e tratamento diferenciado nas licitações, salvo quando indispensáveis para garantir a plena satisfação da necessidade imediata da Administração. Nas licitações, tal regime de vedação decorria diretamente da própria redação do §1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93<sup>59</sup>.

Para alguns autores, como Arrowsmith e Kunzlik os objetivos da contratação pública seriam três, a saber: a proibição de discriminações; a adoção de procedimentos transparentes e a remoção de restrições ao acesso ao mercado<sup>60</sup>.

Nesse ponto, discordamos em parte dos citados autores, já que em situações excepcionais e devidamente sopesadas e justificadas é possível a discriminação, inclusive nos processos de seleção pelo Poder Público, como nos concursos públicos e nas licitações.

O ordenamento jurídico constitucional brasileiro dá mais ênfase ao que dispõe a igualdade formal, ou seja, garante igualdades e algumas desigualdades, desde que positivas com vistas ao bem comum. Seria juridicamente possível no ordenamento jurídico existirem leis discriminatórias?

Celso Antônio Bandeira de Mello escreveu obra lapidar sobre essa temática, qual seja, O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. Essa obra esmiuçou vários desdobramentos do princípio da igualdade e concluiu que a discriminação, em certas situações, pode ser o único caminho para se chegar a uma situação de igualdade. Em outras palavras, tratar todos de maneira uniforme violaria a igualdade em vez de corroborar com ela<sup>61</sup>.

Na obra retro-mencionada, o autor discorre sobre o princípio em apreço, dando especial atenção às discriminações que devem ser aceitas em nosso ordenamento jurídico desde que guardem relação com este. Tais discriminações consistem em atos legitimados pelo

---

<sup>58</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas. 2018, p. 20-21.

<sup>59</sup> A propósito, o art. 3º, § 1º, I, da Lei 8666/93, dispõe que: "é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)".

<sup>60</sup> ARROWSMITH, Sue; KUNZLIK, Peter. **Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles**, in Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and new Directions. Cambridge: Cambridge, 2009, p.9-54.

<sup>61</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 10.

legislador a fim de suprir uma desigualdade já existente. Nas palavras de Aristóteles, ratificadas por Rui Barbosa: “A igualdade consiste tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”. Basta agora definir quem são os iguais e quem são os desiguais.

Historicamente, diversas são as discriminações que resultam em reflexos até os dias de hoje. Exemplo disso seria o número de pessoas negras que se encontram em universidades públicas atualmente, ou até mesmo o número de mulheres que obtinham o nível superior a 40 anos atrás. Nesses casos, é preciso legislar a fim de diminuir tais desigualdades e futuramente, caso seja possível, acabar com esse comando legal, pois a cultura social com o tempo já abrigou essas pessoas de tal modo que não se faz mais necessário exigir a conduta de paridade. Entretanto, se não for possível igualar a situação entre os atores sociais, deve permanecer o comando legal, para que se garanta o direito e a situação de igualdade.

Nas palavras do professor Bandeira de Mello, para que o discriminem legal seja conveniente com a isonomia, é necessário que concorram quatro elementos: a) que a desequiparação não atinja, de modo atual e absoluto, um só indivíduo; b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados; c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público<sup>62</sup>.

Sendo assim, para o autor, a igualdade existe entre muitos, mas, quando há desigualdades, devemos reequilibrar a situação com atos imediatos e mediatos. As discriminações positivas são um típico exemplo de reequilíbrio imediato, pois há uma desequiparação entre as pessoas e é preciso uma atitude instantânea dos governantes. Discussão constantemente abordada é o caso das desigualdades em oportunidades de acesso a Universidades Públicas de grupos de pessoas de amesquinhada condição socioeconômica, face à formação de alguns mais abastados. O reequilíbrio dessa situação de maneira imediata pode ser a criação de cotas de vagas nessas universidades, mas não devemos perder de vista as medidas mediatas, como a melhoria do ensino público no ensino fundamental e médio. Tais medidas mediatas fariam com que as “cotas” fossem suprimidas gradualmente até que todos tivessem igualdade no ponto de partida, como ensina Kant.

---

<sup>62</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **op. cit.**, p. 41.

Segundo José Augusto Conti, para se obedecer ao princípio da igualdade, as normas devem verificar: a) a desigualdade relativa entre os indivíduos; b) a viabilidade na comparação entre os seres; e c) o critério de comparação eleito deve estar explicitado na Constituição<sup>63</sup>. O princípio da igualdade formal é norma de tratamento que pressupõe a dessemelhança relativa, logo, faz-se necessário valorar e comparar o que é agrupado na ala dos idênticos e na dos diferentes para que se entenda o que é igualdade e consecutivamente o que é a desigualdade.

Para Aliomar Baleeiro “(...) a comparabilidade e a relação proporcional estão por detrás de todas as distintas e divergentes concepções de igualdade material (e de justiça). Ninguém é feliz ou infeliz, rico ou miserável, a não ser quando comparado<sup>64</sup>”. Assim define-se a igualdade material, caso contrário, teríamos apenas a igualdade formal.

O Estado deve buscar efetivar a igualdade material e não se contentar com a igualdade formal. Nesse sentido a igualdade deve ser interpretada e compreendida à luz da proporcionalidade. A igualdade pressupõe tratamento isonômico às pessoas que se encontrem na mesma situação jurídica e tratamento diferenciado às pessoas que se encontrem em posição de evidente desigualdade. Os critérios para discriminação entre pessoas naturais ou jurídicas só serão legítimos se forem proporcionais.

Nesse sentido já se manifestou o STF:

O Plenário concluiu o julgamento de ações diretas ajuizadas em face de diversos dispositivos da Lei 12.485/2011, que dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado (...). O Colegiado, por maioria, julgou procedente em parte o pedido formulado na ADI 4.679/DF para declarar a inconstitucionalidade apenas do art. 25 da Lei 12.485/2011; e, por unanimidade, improcedentes os pedidos formulados nas demais ações diretas. Asseverou que a norma adversada, ao instituir o novo marco regulatório da TV por assinatura no Brasil, almejou unificar a disciplina normativa aplicável ao setor, até então fragmentada em diplomas diferentes, a depender da tecnologia usada para a transmissão do sinal ao consumidor. Em linhas gerais, a lei em referência promove a uniformização regulatória do setor de TV por assinatura frente ao processo de convergência tecnológica; reduz as barreiras à entrada no mercado; restringe a verticalização da cadeia produtiva; proíbe a propriedade cruzada entre setores de telecomunicação e radiodifusão; e, por fim, institui cotas para produtoras e programadoras brasileiras (...). Com referência ao art. 25 da Lei 12.485/2011, o argumento de inconstitucionalidade merece acolhida, em virtude da violação ao princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), núcleo elementar de qualquer regime republicano e democrático. **Esse princípio, regra de ônus argumentativo, exige que o tratamento diferenciado entre os indivíduos seja acompanhado de causas**

---

<sup>63</sup> CONTI, José Maurício. **Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade**. São Paulo: Dialética, 1996, p. 27.

<sup>64</sup> BALEEIRO, Aliomar, **op. cit.**, p. 852.

**jurídicas suficientes para amparar a discriminação, cujo exame de consistência, embora preserve um pequeno espaço de discricionariedade legislativa, é sempre passível de aferição judicial por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição.**

O art. 25 da lei proíbe a oferta de canais que veiculem publicidade comercial direcionada ao público brasileiro contratada no exterior por agência de publicidade estrangeira, estabelecendo uma completa exclusividade em proveito das empresas brasileiras e não apenas preferência percentual, sem prazo para ter fim e despida de qualquer justificação que indique a vulnerabilidade das empresas brasileiras de publicidade, sendo, portanto, inconstitucional<sup>65</sup>.

Alguns exemplos de discriminação legítima (positiva) existentes no direito brasileiro aceitas são: a reserva de vagas em cargos e empregos públicos para os portadores de deficiência, segundo o art. 37, inc. VII da CF e art. 5º, §2º da Lei nº 8.112/90; a gratuidade no transporte público para idosos, conforme o art. 230, §2º da CF e art. 39 da Lei nº 10.741/2003 – Estatuto do Idoso; a gratuidade no transporte público interestadual para portadores de deficiência, comprovadamente carentes, segundo a Lei nº 8.899/94; o tratamento diferenciado dispensado às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte quando participem de licitações públicas, segundo o art. 146, inc. III, alínea “d” da Constituição Federal, regulamentada pela Lei Complementar nº 123/06, posteriormente alterada pela Lei Complementar nº 147/14 e na Lei de Licitações, conforme previsão do art. 5º-A; as margens de preferências estipuladas na própria Lei de Licitações, conforme previsão do art. 3º, §2º e §§5º a 15; a cobrança de tarifas diferenciadas na prestação de serviços públicos, na forma do art. 13 da Lei nº 8.987/95; o verbete de súmula do STJ nº 407 que admite a cobrança diferenciada de água, conforme categorias de usuários e faixas de consumo.

É importante ressaltar que o conceito de igualdade adotado por nossa Constituição é dinâmico e multifacetado, desdobrando-se em inúmeras obrigações.

De um lado, por força da isonomia, há um dever de não discriminar. A Constituição, nesse sentido proíbe qualquer tratamento diferenciado a um grupo de categorias de pessoas, visando prejudicá-las. Nesse contexto, conclui-se que qualquer benefício jurídico concedido a qualquer pessoa natural ou jurídica não pode ser negado a outras pessoas sem uma justificativa plausível. Esse é o sentido da discriminação negativa, rechaçada pelo Direito.

Nesse sentido manifestou-se o STF:

O princípio da igualdade material é prestigiado por ações afirmativas. No entanto, utilizar, para qualquer outro fim, a diferença estabelecida com o objetivo de superar a discriminação ofende o mesmo princípio da igualdade, que veda tratamento

<sup>65</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.747, ADI nº 4.756, ADI nº 4.923 e ADI nº 4.679. Associação Brasileira de Televisão por Assinatura em UHF – ABTVU, Presidente da República. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ, 08 nov. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14595775>> Acesso em: 01 jan. 2019.

discriminatório fundado em circunstâncias que estão fora do controle das pessoas, como a raça, o sexo, a cor da pele ou qualquer outra diferenciação arbitrariamente considerada. Precedente do CEDAW<sup>66</sup>.

Doutro lado, a Constituição impõe no art. 3º um dever de igualizar. Nesse sentido, o Estado tem o dever constitucional de agir para reduzir as desigualdades sociais, promover o bem-estar social, combater as causas da pobreza. Em razão disso, há uma obrigação constitucional de adoção de medidas concretas por parte do Estado, em favor de pessoas que estejam em situação de desvantagem – social, econômica, ou cultural –, de modo a permitir que elas possam usufruir das vantagens sociais de forma igualitária, concorrendo em igualdade de condições com os demais membros da sociedade. Esse é o sentido da discriminação positiva, dever de promoção, que obriga que o Estado adote medidas concretas capazes de possibilitar a fruição do direito fundamental à isonomia para aquelas pessoas em situação de desvantagem socioeconômica, desenvolvendo políticas públicas e ações eficazes em favor de grupos desfavorecidos.

Em outros termos, o Estado tem a obrigação de desenvolver normas jurídicas para tornar efetivos os direitos fundamentais, dando forma e vida ao princípio da isonomia.

Do exposto, é lícito concluir que o princípio da igualdade não prega uma relação míope em que todos, independentemente de suas condições e características intrínsecas, sejam tratados da mesma maneira, pelo contrário, no caso das contratações públicas, o tratamento diferenciado das microempresas é um dos fundamentos do princípio da igualdade.

Os fatores de *discrimens* nas licitações serão aprofundados e suas possibilidades analisados quando estudarmos o princípio do desenvolvimento nacional sustentável ou sustentabilidade, bem como lançaremos limites e possibilidades.

## **2.5. O princípio da eficiência aplicado nas licitações**

A eficiência, a partir da Emenda Constitucional nº 19/1998, passou a figurar no rol de princípios constitucionais da Administração Pública. Encontra-se formalmente elencado no art. 37, no mesmo patamar da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, compondo o bloco de juridicidade que norteia todo o modo de atuação da Administração Pública.

---

<sup>66</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5.617. Congresso Nacional e outros, Presidente da República. Relator: Ministro Edson Fachin. DJ, 15 mar. 2018. Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748354101>> Acesso em: 01. Jan. 2019.

A preocupação com a economicidade e com a eficiência, no âmbito da Administração Pública não é algo recente. Na verdade, nos últimos quarenta anos, o fator custo (economicidade), ao longo da evolução do aparato legal, têm sido uma tônica. A Lei nº 4.320/64, ainda vigente, a qual estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos Orçamentos e Balanços da União, salienta, no artigo 22, inciso IV, que nos “programas especiais de trabalho, custeados por dotações globais, no que diz respeito às metas visadas, seja especificada a decomposição em estimativa do custo das obras a realizar e dos serviços a prestar, acompanhadas de justificção econômica, financeira, social e administrativa”.

O Decreto-Lei nº 200/67, também vigente, que dispõe sobre a organização da Administração Federal e estabelece diretrizes para a reforma do Estado, torna clarividente a defesa da economicidade e da eficiência na administração dos recursos públicos, conforme expresso a seguir:

Art. 25. A supervisão ministerial tem por principal objetivo, na área de competência do Ministro de Estado:

[...]

IX - acompanhar os custos globais dos programas setoriais do Governo, a fim de alcançar uma prestação econômica de serviços.

X - fornecer ao órgão próprio do Ministério da Fazenda os elementos necessários à prestação de contas do exercício financeiro.

[...]

Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente:

[...]

III - a eficiência administrativa<sup>67</sup>.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), de maneira mais direta, ressalta nitidamente o intento do legislador no controle dos gastos públicos e na obtenção de economia.

No artigo abaixo, também se percebe a busca da eficiência na gestão dos recursos orçamentário-financeiros, *in verbis*:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.

<sup>67</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-lei/Del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del0200.htm)> Acesso em: 02 jan. 2019.

A eficiência apesar de inserido na Constituição já há alguns anos, ainda se ressentem, enquanto princípio, de maior definição. Costuma-se dizer que foi apenas exteriorizada, já que a Administração sempre esteve impelida a um dever de eficiência por força do princípio da boa administração, que preordena a tomada de uma boa e esmerada decisão.

Na perspectiva de superconceito, Juarez Freitas considera a boa administração como:

Plexo de direitos regras e princípios, encartados numa síntese que traduzem o direito fundamental a uma administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora dos seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas<sup>68</sup>.

O conceito de eficiência introduzido com a Reforma Administrativa do Estado, apesar de ter sido extraído da experiência privada, assumiu uma versão adaptada por prezar também pela integração dos processos administrativos. Assim, a obtenção de resultados finais/gestão de resultados com qualidade passa a ser preocupação constante durante todas as fases do processo administrativo, independente das atribuições típicas de cada uma, porque o objetivo a ser alcançado é a qualidade dos serviços públicos prestados, por esses últimos estarem condicionados à consecução e manutenção do interesse público.

Nessa linha de entendimento Muniz assinala:

A ideia de eficiência na ciência da Administração tem sua ênfase na racionalização dos custos para a geração de lucro financeiro. No campo do direito administrativo, prioriza-se a eficiência na prestação de atividades e de serviço público adequados, de qualidade, universalizados e com modicidade de tarifas. Isso porque, se o objetivo de uma lei se coloca no campo político, social ou econômico, a interpretação do princípio da eficiência deve fazer-se de modo que esse objetivo político, social e econômico seja atingido da melhor forma possível<sup>69</sup>.

Numa visão mais abrangente dos meios de concreção do princípio da eficiência, podemos relacionar seus principais objetivos: a realização de políticas democráticas, a eliminação de formalidades excessivas, desnecessárias e infundadas (desburocratização), a eliminação de desperdícios (seja de material, seja de recursos humanos), a implantação de processos de planejamento, a adequada execução e o efetivo controle das atividades realizadas pela Administração.

O princípio da eficiência vincula a atividade administrativa sob dois aspectos: primeiro, o comportamento da Administração em favor dos cidadãos; segundo, a atividade interna instrumental, que deve focar na realização dos objetivos e finalidades do Estado.

Em específico a esse segundo aspecto, no que diz respeito ao procedimento licitatório, verifica-se a necessidade de se agir com eficiência na própria perspectiva técnica

<sup>68</sup> FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 21.

<sup>69</sup> MUNIZ, Cibele Cristina Baldassa. O princípio da eficiência na administração pública brasileira. **Revista Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 6, 2007, p. 85-100.

da sua finalidade, que é o de buscar o melhor bem, serviço ou obra prestigiando a racionalidade do procedimento e a concretização do princípio da sustentabilidade. Então, para que isso possa ocorrer, a realização de todas as etapas que o constitui devem ser executadas com a menor quantidade de distorções e falhas possíveis.

Segundo Niebuhr<sup>70</sup>, “a eficiência em licitações públicas gira em torno de três aspectos fundamentais: preços, qualidade e celeridade”. Os preços relacionam-se diretamente com a economicidade (menor custo) ligando esta à eficiência, a celeridade refere-se ao menor prazo possível entre a publicação do ato convocatório e o recebimento do objeto adquirido ou do serviço contratado e a qualidade, por seu turno, diz respeito a padrão de desempenho e, por isso, embute um fator de subjetividade.

Para o melhor entendimento dessa constatação, é importante a visualização da estrutura geral do procedimento licitatório, que é dividido em duas fases: a interna e a externa. A primeira refere-se ao momento em que há uma série de procedimentos preparatórios para a concreção da licitação, realizados e circunscritos apenas aos agentes públicos. Como exemplo, tem-se o pedido do órgão interessado, detalhamento do objeto da licitação com precisão, etapa que ganha maior importância com o advento do princípio do desenvolvimento nacional sustentável, a escolha do modelo licitatório, como também adequações e ajustes relacionados ao conjunto de informações disponíveis.

Já na fase externa, a Administração Pública abre espaço para a interação efetiva com terceiros e a licitação passa a ser desenhada com a participação tanto da esfera pública como da privada. É constituída pelas etapas da publicação do instrumento convocatório que consiste na comunicação da abertura do processo licitatório, podendo ser o referido instrumento, edital ou a carta-convite; a habilitação, momento em que ocorre a apuração da idoneidade e da capacidade dos licitantes para executar o objeto do futuro contrato através da apresentação das propostas e dos documentos elencados nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93; a classificação e o julgamento, momento que consiste em uma classificação pela ordem de preferência, segundo critérios objetivos constantes do edital ou convite seguido do julgamento, realizado conforme o tipo de licitação e demais critérios previstos no instrumento convocatório; a homologação, onde poderá ocorrer a aprovação do procedimento, com o atesto pela autoridade competente da regularidade do procedimento ou a reprovação do procedimento (revogação, anulação, licitação deserta ou a licitação restar fracassada); e por último, a adjudicação, que é um ato declaratório, onde a mesma autoridade pública competente para homologar, atribui de

---

<sup>70</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 4. ed. rev. atual. ampl. Curitiba: Zênite, 2006, p. 43-46.

maneira formal ao vencedor da competição licitatório. Ainda nessa etapa, a Administração Pública convoca o vencedor para assinar o contrato administrativo.

João Carlos Simões Gonçalves Loureiro, após comparar a noção jurídica de eficiência com os conceitos de produtividade, racionalização, eficácia e princípio do bom andamento (positivado na Constituição Italiana), opta por um superconceito (*Oberbegriff*), capaz de caracterizar sua pluridimensionalidade, do qual ele extrai basicamente quatro dimensões (eficácia, otimização, celeridade e economia):

1. Eficiência significa, em primeiro lugar, a realização eficaz de fins pré-dados (eficácia na realização dos fins). Num plano global ou macroscópico, está em causa a eficácia da Administração como um todo; num plano mesoscópico, a eficiência (eficácia) aparece como a realização dos interesses públicos secundários prosseguidos por uma determinada organização que integra a Administração Pública; num plano microscópico, a eficácia significa a realização concreta e particular dos fins pré-dados, através da intervenção do(s) agente(s) administrativo(s) legitimado(s) para a decisão. Assim, uma situação de défice de execução das actividades administrativas equivale a uma não realização da eficiência ou, se preferirmos, a um estado de inefectividade.
2. Numa segunda acepção, a eficiência surge como o modo de realização óptima dos fins da administração: parte-se de um conceito formal de eficiência, que se traduz numa relação meios-fins. (...) [Pretende-se] que o legislador e o administrador actuem de acordo com uma exigência de optimização e entre as opções possíveis escolham a opção óptima. Movemo-nos no campo da racionalidade teleológica (...).
3. Numa terceira acepção, a eficiência designa as exigências de celeridade por que se deve pautar a Administração. Neste sentido, é um dos fins a ser maximizado ou obtido com os menores custos, ao lado, p. ex., da garantia dos particulares.
4. Por último, há quem empregue o termo eficiência para se referir ao princípio da economia<sup>71</sup>.

O princípio da eficiência exige do processo licitatório, enquanto procedimento, racionalização, produtividade, eficácia e princípio do bom andamento. A economicidade “tem um sentido específico de tornar o trabalho o mais produtivo possível, adquirindo a maior quantidade de riqueza com o mínimo de dispêndio de energia<sup>72</sup>”.

Noutra linha de raciocínio, de acordo com Sandrôni<sup>73</sup>, pode-se diferenciar eficiência de eficácia concernindo à eficiência como a forma (meio) de se realizar uma tarefa e à eficácia como o resultado alcançado (objetivo almejado) em decorrência da realização de determinado trabalho. Dentro desse enfoque, compreende-se que eficiência e eficácia são conceitos distintos, estando a eficiência relacionada à melhor maneira de se fazer algo e a eficácia ao alcance do resultado obtido.

<sup>71</sup> LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares: Algumas Considerações**. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra, 1995, p. 131-133.

<sup>72</sup> GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 28.

<sup>73</sup> SANDRÔN, Paulo. **Novíssimo dicionário de economia**. 9. ed. São Paulo: Best Seller, 2002, p. 197-198.

Deve, porém ser ressaltado que a eficiência não se resume a seu sentido econômico ou monetário:

Não parece que o princípio constitucional da eficiência administrativa possa ser reduzido a um critério meramente econômico (para isso a Constituição e a doutrina já consagraram o princípio da economicidade – princípio este que não é uma norma geral expressa da Administração Pública, como é o princípio da eficiência). A economicidade é um critério componente da eficiência e não o contrário. (...) parece claro que englobam a eficiência vários outros conceitos afins, tais como a eficácia, a efetividade, a racionalização, a produtividade, a economicidade e a celeridade. E ainda, a eficiência parece compreender (ou equivaler) os já tradicionais princípios do bom andamento e da boa administração<sup>74</sup>.

Especialmente quanto à eficiência dos contratos administrativos, a Administração pode celebrar contratos com remuneração variável conforme critérios de eficiência do contratado quando o objeto for à execução de obras de engenharia.

A Lei nº 12.462/11 instituiu a possibilidade de a Administração Pública celebrar contratos com previsão de pagamento ao particular de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no próprio contrato.

Conforme consta em seu art. 10:

Art. 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida **remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada**, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.  
Parágrafo único. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação.<sup>75</sup>  
(Grifamos.)

Mas a solução do caso em estudo pressupõe que sejam analisados os limites de aplicação da regra citada. Essa tarefa, por sua vez, envolve duas dimensões de exame, sendo uma material e outra formal.

Sob a perspectiva material, deve-se destacar que a regra em exame se dirige indistintamente a toda e qualquer obra e serviço, inclusive de engenharia.

Isso não significa, todavia, que a remuneração variável poderá ser aplicada em todo e qualquer caso. Ao contrário, seu cabimento pressupõe a possibilidade de se definirem metas e resultados que, se obtidos, incrementem decisivamente o padrão de qualidade e desempenho mínimos esperados para o objeto, a ponto de justificar uma remuneração complementar.

Sobre o tema, vale destacar as observações de Rafael Wallbach Schwind:

Nas contratações que prevejam remuneração variável, o contratado perceberá uma remuneração maior na medida em que atingir determinadas metas e padrões de qualidade previamente estabelecidos no edital da licitação e no contrato.

<sup>74</sup> GABARDO, Emerson. A eficiência no desenvolvimento do Estado brasileiro. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p.342.

<sup>75</sup> BRASIL. **Ibid.**

Pode haver, portanto, um “bônus” ao contratado, que terá sua remuneração incrementada caso consiga alcançar determinadas meta. A remuneração variável prevista no RDC é, em última análise, um mecanismo de sanção premial, em que se põe em prática a função promocional do direito.

É importante observar que, num contrato que envolva remuneração variável, a Administração não poderá se descuidar da qualidade das prestações contratualmente estabelecidas. Há, de um lado, condições mínimas de qualidade a serem observadas pelo contratado, que devem ser suficientes para o atendimento das finalidades públicas e cujo descumprimento acarretará a imposição de sanções. De outro lado, há metas adicionais que, se alcançadas, proporcionarão vantagens ainda maiores à Administração e incrementarão a remuneração do contratado, mas cujo não atendimento não implicará a imposição de sanções. A remuneração variável em função do desempenho do contratado é cabível na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia. Tem, portanto, um âmbito bastante abrangente de aplicação.

O artigo 10 da Lei nº 12.462 estatui que a remuneração variável pode ser estabelecida com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Não é possível prever em tese toda e qualquer hipótese que justifique o incremento da remuneração do contratado. O rol de critérios previstos no artigo 10 da Lei nº 12.462 é bastante amplo. A menção genérica a “metas”, por exemplo, tem um alcance extremamente alargado. De todo modo, o dispositivo legal já dá algumas orientações sobre possíveis critérios<sup>76</sup>.

Logo, será aplicável o regime de remuneração variável na contratação de obras e serviços de engenharia, cujas características possibilitem a definição de parâmetros mínimos de qualidade e desempenho a serem observados e, ainda, incrementos variáveis que podem ser obtidos mediante a boa atuação do particular e que, comprovadamente, promovam a satisfação mais adequada do interesse público.

Isso, porém, não basta. Há de se analisar a dimensão formal, a qual diz respeito aos limites da aplicação da Lei nº 12.462/11, que prevê e disciplina a remuneração variável.

A Lei nº 8.666/93 institui normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, complementada pela Lei nº 10.520/02 que disciplina a modalidade de licitação denominada pregão. As disposições dessas leis se aplicam à generalidade das contratações celebradas por órgãos e entidades que integram todos os Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Ao lado disso se situa a Lei nº 12.462/11, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente a licitações e contratos necessários à realização dos empreendimentos indicados nos incisos de seu art. 1º e em outras leis específicas.

A grande questão que se põe à vista disso é a de saber se o regime de remuneração variável se aplica somente aos casos abrangidos pelo RDC ou não.

---

<sup>76</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.462/2011)**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, nº 5, out. 2011. Disponível em: acesso em 07 jan 2019.

A resposta, ao que tudo indica, a nosso ver é negativa. Nesse tocante, é inegável que a única norma jurídica que expressamente prevê a adoção do regime de remuneração variável é o RDC. Também é certo que tal regime não se aplica indistintamente, mas apenas nos casos indicados legalmente.

De outro lado, é equivocado afirmar que a noção de remuneração variável, enquanto metodologia de pagamento, alcance somente os contratos regidos pelo RDC. Diferentemente disso, a adoção desse modelo é compatível com todo e qualquer contrato cuja obtenção de padrões de qualidade e desempenho mais elevados que os mínimos desejados possam ser objetivamente definidos e gerar uma bonificação se alcançados.

Logo, ainda que sem uma previsão legal expressa, a aplicação analógica do regime consagrado pelo RDC, somado à necessária busca por padrões de excelência nas contratações públicas impulsionada pelo princípio da eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição da República), tornam possível a aplicação dessa forma de pagamento em contratos não regidos pelo RDC, e sim pelas Leis nº 8.666/93 e 10.520/02. Mas saliente-se que, tal como acima detalhado, tal opção não poderá ser feita de forma indistinta, mas somente nos casos em que o alcance de padrões superiores aos mínimos estabelecidos no contrato traga um incremento concreto para o interesse público, justificando o pagamento de uma bonificação ao contratado.

Ademais, nos contratos administrativos podem ser inseridas externalidades ambientais, sociais e econômicas que os tornem mais eficientes e atendam ao novo princípio/finalidade da licitação.

Segundo Alécia Bicalho:

A Lei nº 12.349, de 16 de dezembro de 2010, ao alterar o texto da Lei nº 8.666/93, impôs uma mudança de paradigma no trato das contratações públicas, inaugurando um novo horizonte a ser considerado pelo gestor público e pelo mercado fornecedor em seus processos e contratos<sup>77</sup>.

Essa mudança tornou visivelmente mais densa a responsabilidade do administrador público no desempenho da boa administração e eficiência, ressignificando a maneira com que o gestor deverá lidar com o poder de compra do Estado.

A descrição do objeto nas licitações adquiriu maior peso e complexidade diante das variáveis de sustentabilidade que lhe devem ser obrigatoriamente analisada. Também na execução contratual, o administrador público será demandado com maior efetividade na fiscalização do cumprimento dos requisitos de sustentabilidade que terão legitimado a escolha de determinado contratado, no âmbito do certame.

---

<sup>77</sup> BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. A ressignificação do princípio da finalidade da licitação à luz do desenvolvimento nacional sustentável. **Revista Zênite** - Informativo de Licitações e Contratos (ILC). Curitiba, n. 238, p. 1245-1254, dez. 2013.

Ser eficiente é fazer mais e da melhor maneira aquilo que era feito de uma forma pior, mas para alguém fazer algo antes é preciso existir, é preciso “ser”. Se a vida, condição para “ser”, depende de atitudes sustentáveis, se o agir sustentável é a forma de criar condições de “ser” e de “estar”, então a sustentabilidade é requisito para “fazer melhor”, é condição da eficiência.

A introdução do princípio do desenvolvimento sustentável como uma diretriz básica a orientar as contratações públicas, implica em substancial alteração da hermenêutica dos demais princípios orientadores das licitações. O princípio da contratação mais vantajosa para a administração perde sua quase identidade com o menor preço, para se transformar naquela que melhor se adequa aos princípios fundamentais da Constituição Federal, vantajosa porque qualitativamente mais adequada. Também o princípio da isonomia tem que ser relativizado pela necessidade de cumprimento pelo fornecedor dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, bem como respeito às condições ambientalmente desejadas. Pelo novo princípio, a aptidão ambiental deve ser considerada um pré-requisito.

Por outro lado, os fins a que o Estado se propõe a alcançar com uma contratação nem sempre são exclusivos. A introdução do novo princípio obriga atentar para interesses múltiplos, decorrentes da Constituição. As contratações públicas têm (agora) fins imediatos e fins mediatos, inclusive no que tange à distribuição de renda, direcionamento da oferta de emprego, incentivo ao desenvolvimento econômico e social, pesquisa, enfim, um plexo de propósitos mediatos que devem ser considerados no momento da elaboração de um instrumento convocatório.

Por causa dessa multiplicidade de fins que devem ser adequados, o princípio da eficiência também não encontra respaldo na mera eficiência econômica, conceito ligado à ciência da economia. O princípio da eficiência, requisito dos atos administrativos, é conceito complexo que abrange eficiência ambiental, social e econômica.

Na esfera da administração pública, eficiência administrativa identifica-se com a boa administração, aquela que gere o bem público de maneira a atingir os objetivos constitucionais, não aceita o desperdício, tem consciência de que as ações atuais afetam não somente o hoje e o amanhã, mas os próximos anos, décadas e séculos, que compreende a miséria não como um destino de desafortunados, mas como um estado de carência a ser superado, sem paternalismos arcaicos, mas com incentivos adequados que garantam a devida autonomia e capacidade de desenvolvimento pessoal de cada um segundo seu próprio desiderato.

Para tanto, a administração dispõe de inúmeros recursos, dentre eles a análise econômica do direito, instrumento importante para a tomada de decisão por parte do Executivo, Legislativo e do Judiciário, deve-se adequadamente inserir os problemas relacionados à sustentabilidade como uma externalidade significativamente relevante, e incluir nas considerações os direitos das gerações futuras.

Ademais, mesmo a iniciativa privada se apercebeu que sustentabilidade e eficiência andam de mãos dadas, gerando sim economia e valor agregado.

A título de exemplificação, entre tantos outros, podemos citar Ray Anderson, empresário da indústria de carpetes há mais de meio século. Sua indústria conta com onze fábricas, emprega quatro mil pessoas e está presente em 110 (cento e dez países). Seu testemunho está reproduzido na obra intitulada *Conversas com Líderes Sustentáveis*, de Ricardo Voltolini<sup>78</sup>.

Desde 1994, após 21 anos de fundação da empresa, resolveu mudar a história da companhia ao ser indagado por seus clientes com as seguintes perguntas: o que você está fazendo para preservar o meio ambiente? Ou qual o tamanho do estrago que ela causa ao planeta?

Impactado pela demanda dos clientes fez nascer o projeto Missão Zero, que previa eliminar os impactos ambientais da economia até 2020.

Atualmente, se traduz no uso altamente eficaz do petróleo (energia e matéria-prima) para fabricação do carpete, com redução em 88%, em toneladas absolutas, nas emissões de gases de efeito estufa e de 80% no uso de água em relação a 1996.

Paralelamente a isso, houve um aumento de dois terços nas vendas e 100% no faturamento. Apenas a iniciativa de eliminar resíduos proporcionou a empresa uma economia de custos de quase 400 milhões de dólares em 13 anos.

O empresário sintetiza os seus métodos empresariais, após adotar à sustentabilidade como eixo importante de seus negócios, a saber:

O primeiro passo consiste em eliminar o lixo dos processos industriais, cortando o desperdício de recursos. O segundo implica envolver os fornecedores em um esforço de redução de emissões de carbono. O terceiro, a busca de eficiência energética, substituindo a matriz de combustível fóssil por renováveis. O quarto abriga as atividades de redesenhar processos, reciclar e reutilizar. O quinto está relacionado com o 'esverdeamento' da cadeia de transporte. O sexto tem a ver com a mudança da cultura interna da empresa para um novo modelo de produção, ambientalmente responsável. E o sétimo compreende a reinvenção da atividade comercial e do próprio mercado, com base em regras que possibilitem a convivência mais harmoniosa entre a biosfera e a tecnosfera... o resultado mais espetacular é que essa iniciativa produziu um modelo de negócios melhor, um jeito melhor e mais legítimo

---

<sup>78</sup> VOLTOLINI, Ricardo. *Conversas com Líderes Sustentáveis*. São Paulo: SENAC, 2011, p. 40-45.

de lucrar. Trata-se de um modelo empresarial que desconcerta os concorrentes de mercado, sem jogar a conta pesada para a Terra e as gerações futuras, segundo o empresário<sup>79</sup>.

Com tal testemunho procuramos encontrar acolhida no argumento de que a sustentabilidade pode ser conjugada à eficiência, inclusive econômica.

Nesse sentido, vários estudos disponíveis no sítio eletrônico do Tribunal de Contas da União apontam que a adoção e os critérios sustentáveis são legais e geram economia para a Administração Pública.

Um dos artigos<sup>80</sup> aponta que não há óbices legais para inclusão de critérios sustentáveis nas aquisições e contratações governamentais. Ao contrário, é dever legal de todo gestor público dar efetividade às licitações sustentáveis em respeito ao princípio constitucional da eficiência administrativa e do meio ambiente equilibrado, bem como a outros normativos legais e a tratados internacionais.

Outro estudo<sup>81</sup> mostra que, embora boa parte dos produtos elaborados de forma ambientalmente mais sustentável tenham custo mais elevado, por incorporarem normalmente novas tecnologias, a avaliação tem de ser feita de forma mais ampla. Esses produtos, muitas vezes, geram economia com a sua utilização em relação aos produtos tradicionais, como, por exemplo, no consumo de água, energia, desperdício de material, celeridade de construção da obra, ciclo de vida, custo de manutenção, dentre outros custos indiretos. Portanto, a avaliação econômica deve ir além da mensuração pura e simples do preço de aquisição do produto, de forma a avaliar os custos durante todo o seu ciclo de vida.

Ainda em relação à questão de custos, em algumas áreas, os produtos ambientalmente mais sustentáveis já se situam em um patamar de preços semelhante aos produtos tradicionais, como é o caso dos computadores e os produtos alimentícios orgânicos.

Além disso, se a demanda por produtos e serviços ambientalmente sustentáveis for incrementada, e a Administração Pública tem importante papel nisso, considerando-se o seu grande poder como comprador, a tendência é que as empresas invistam mais nesse tipo de produto/serviço, proporcionando uma tendência de redução de preços ante a ampliação de escala em termos de produção e comercialização, além do aumento de competição entre os fornecedores.

---

<sup>79</sup> **Ibid.**

<sup>80</sup> COSTA, Carlos Eduardo Lustosa da. **As licitações sustentáveis na ótica do controle externo**. Brasília: 2011. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2435919.PDF>>. Acesso em: 3 jan 2019.

<sup>81</sup> TORRES, Rafael Lopes. *Licitações sustentáveis: sua importância e seu amparo constitucional e legal*. **Revista Interesse Público** – IP. Belo Horizonte, ano 14, n. 71, jan./fev, 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=77812>>. Acesso em: 3 jan 2019.

Natural que o advento de uma nova tecnologia tenha inicialmente, um custo mais elevado, mas com o passar do tempo e a aceitação do mercado, esse custo seja diluído diante do incremento do número de consumidores e o preço, conseqüentemente venha a cair.

## 2.6. O princípio da vantajosidade e seus contornos.

Para o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, licitação “é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados e com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa<sup>82</sup>”.

Hely Lopes Meirelles leciona que “licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse<sup>83</sup>”.

Odete Medauar aduz que, no ordenamento jurídico brasileiro, a licitação é o “procedimento administrativo em que a sucessão de fases e atos leva a indicação de quem vai celebrar o contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar (...) por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público<sup>84</sup>”.

Diógenes Gasparini conceitua a licitação “como o procedimento administrativo através do qual a pessoa ou ente a isso juridicamente obrigado seleciona (...) a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse<sup>85</sup>”.

Nota-se que as conceituações de licitação de vários dos mais renomados juristas pátrios contemplam a figura da proposta mais vantajosa intrinsecamente relacionada à licitação pública.

Ainda sobre a vantajosidade, faz-se necessário transcrever trecho elucidativo em que Diógenes Gasparini alude ao tema da melhor proposta:

A procura da melhor proposta para certo negócio é procedimento utilizado por todas as pessoas. Essa busca é, para umas, facultativa, e, para outras obrigatória. Para as pessoas particulares é facultativa. Para, por exemplo, as públicas (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município, autarquia) e governamentais (empresa pública, sociedade de economia mista, fundação, é, quase sempre obrigatórias, já que essas entidades algumas vezes estão dispensadas de licitar em outras tantas a licitação é para eles inexigível ou mesmo vedada)<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 455.

<sup>83</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, **op. cit.**, p. 254.

<sup>84</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 213.

<sup>85</sup> GASPARINI, Diógenes. **Op. cit.**, p. 376.

<sup>86</sup> **Ibid.**, p. 375.

Marçal Justen Filho, por sua vez, assim conceitua o princípio da vantajosidade:

A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro valor vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração<sup>87</sup>.

Ao arremate, é preciso apresentar a lição de Marçal Justen Filho, que traz a vantajosidade como uma espécie de desdobramento do princípio da República. Na verdade, o que legislador quis fazer quando incluiu a vantajosidade entre os objetivos da licitação foi, por meio do processo licitatório, aliar os fatores qualidade e preço para obter uma boa contratação, tendo em vista que a atuação da Administração Pública deve se pautar pela busca da satisfação do interesse público, que é via de regra, supra-individual.

O processo licitatório serve para possibilitar que a Administração selecione uma pessoa física ou jurídica capaz de viabilizar a solução que ela deseja para satisfazer a sua necessidade. A seleção é necessária porque, para a Administração resolver o seu problema, ela dependerá de um terceiro. A Administração precisará identificar qual é o seu problema, definir a solução para resolvê-lo e encontrar um terceiro capaz de viabilizar tal solução. Só por isso o processo já seria necessário, mas existem outras razões.

Uma das razões que deve ser apontada é a de que o contrato em si gera um benefício para o terceiro e um dispêndio para a Administração, sendo assim é preciso que os agentes públicos demonstrem que a escolha foi eficiente e econômica.

Uma outra razão é a natureza pública dos recursos que serão utilizados para pagar o terceiro selecionado. Como o recurso público é gerado por toda a sociedade e a todos pertence, a obtenção de bens, obras e serviços com a utilização desses recursos exige que, em determinados casos, sejam asseguradas iguais oportunidades a todos os agentes econômicos que atuam no mercado. No entanto, o tratamento isonômico não é algo a ser generalizado, mas uma condição a ser assegurada diante de certos pressupostos. Assim, sempre que o objeto capaz de satisfazer a necessidade da Administração for padronizado, homogêneo e uniforme, ou seja, puder ser definido, comparado e julgado por critérios objetivos, haverá a necessidade de a Administração assegurar igualdade de condições a todos os interessados, salvo nos casos tipificados como sendo de dispensa.

---

<sup>87</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 63.

Nos demais casos, ou seja, naqueles nos quais não for possível realizar a escolha por critérios objetivos, o tratamento isonômico não deverá ser adotado. Com efeito, é preciso perceber que o processo de contratação pública não existe para viabilizar a igualdade tão somente, mas essencialmente possibilitar que se possa demonstrar a melhor relação benefício-preço na contratação pública. E nisso consiste a vantajosidade na licitação.

Pode-se dizer que a vantajosidade abrange a economicidade, mas não se limita a ela, pois transcende a órbita meramente econômica para, como se observa acima, abarcar um conceito mais amplo relacionado com a melhor opção para suprir os interesses supra-individuais (econômicos ou não).

Há fortes críticas a excessiva monetarização desta análise custo-benefício. É que a eficiência econômica, onde se situa a análise de custo-benefício não pode ser o único critério para a tomada de decisões na seara da regulação (falaremos da função regulatória da licitação em tópico próprio) e acrescentamos, nas atividades gerais de Governo.

A economicidade, por seu turno, está intimamente conectada com uma relação de bens escassos confrontada com uma demanda sempre crescente. Trazendo isso para a realidade das licitações públicas, temos que, dada a limitação fática dos recursos públicos, em face de uma demanda praticamente infinita por serviços públicos, os administradores devem buscar sempre a otimização dos resultados econômicos com ênfase no fator da minimização dos custos sem comprometer os padrões de qualidade, mas, ao mesmo tempo, não tem com essa última seu maior compromisso.

Em suma, os autores mencionados não divergem muito sobre o princípio da vantajosidade estar intimamente relacionado com a aquisição de produtos e serviços de maior qualidade pagando o menor preço possível, desde que a aquisição esteja norteada pelo princípio do interesse público.

Há de se ressaltar que todas essas definições foram elaboradas em uma época (não muito longínqua, diga-se de passagem) na qual os debates acadêmico e social a respeito da sustentabilidade não tinham tanta ressonância quanto na atualidade.

Os autores não adentravam muito a fundo na análise do tema referente ao princípio da sustentabilidade. Não raro se limitavam a dizer que ela transcendia a mera economicidade e que a compra mais vantajosa estava ligada à compra de produto de maior qualidade pelo menor preço, observado o interesse público.

No entendimento de Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães,

Se antes a proposta mais vantajosa poderia ser compreendida como aquela que, obediente à isonomia, implementasse a solução mais eficiente ao interesse público

(sem maiores preocupações quanto às externalidades da contratação), hoje o cenário normativo é outro: é necessário que tanto a definição da contratação quanto a escolha do contratado tenham como finalidade a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. A proposta mais vantajosa não pode mais ser tida como apenas aquela que, respeitosa da igualdade entre os concorrentes, conjugue melhor técnica e menor preço. No interior destes objetivos, a instruir a sua compreensão e, assim, direcionar a escolha pública, está o dever ativo de promoção do desenvolvimento sustentável. O legislador instalou uma externalidade positiva a ser obrigatoriamente perseguida em todas as contratações públicas. (...) Em suma, fato é que o desenvolvimento nacional sustentável precisa estar dentre os objetivos primais de todas as licitações promovidas no Brasil – sejam elas locais, regionais, nacionais ou internacionais. E as licitações públicas podem (e devem) em muito contribuir para o cumprimento desse objetivo. (...) O princípio do desenvolvimento sustentável tem três componentes básicos: a sustentabilidade sociopolítica, a sustentabilidade ambiental e a sustentabilidade econômica. Estes três elementos precisam ser compreendidos de forma sistêmica e integrativa, a resguardar o equilíbrio de forças entre as razões primárias de cada um deles (equidade social, proteção do meio ambiente e crescimento econômico)<sup>88</sup>.

Com a implementação do princípio do desenvolvimento sustentável, surgem novas variáveis a ser consideradas pela Administração Pública. Produtos, serviços e obras ambientalmente limpos, não poluintes ou conhecidos pela doutrina ambientalista como “verdes”, 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 passaram a ser considerados pela Administração Pública na escolha de seus contratados.

Assim, com o novel princípio do desenvolvimento sustentável, o princípio da vantajosidade, enquanto seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública passou a ter um olhar novo, com perspectiva diferente do até então perquirido pelo Estado: a busca do menor preço.

Ademais não são utilizados instrumentos de equalização de desigualdades socioeconômicas nas relações administrativas brasileiras, especialmente nas compras governamentais em que são selecionados licitantes e que se relacionam contratualmente com o Estado. Impõe-se a necessidade de adoção de medidas que agreguem ao perfil de demanda do setor público, diretrizes claras atinentes ao papel do Estado na promoção do desenvolvimento econômico e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Podemos citar a título de exemplo, o Programa de Aquisição de Alimentos da Agricultura Familiar (PAA), também conhecido como Compra Direta, que prevê a compra de

---

<sup>88</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 83-87.

alimentos da agricultura familiar e a sua doação as entidades socioassistencias que atendam pessoas em situação de insegurança alimentar e nutricional.

Nesse contexto, torna-se particularmente relevante também a atuação privilegiada do setor público com vistas à instituição de incentivos à pesquisa e à inovação, nas obras públicas, a título de exemplo que, reconhecidamente, consubstanciam poderoso efeito indutor ao desenvolvimento do país, além do incentivo às micro e pequenas empresas.

A margem de preferência estipulada, juntamente com o princípio do desenvolvimento nacional sustentável criam um ambiente novo e favorável ao princípio da igualdade material nas licitações públicas.

Questiona-se: após o novel princípio do desenvolvimento nacional sustentável houve modificação, com um novo fundamento de validade e/ou ponderação ao princípio da vantajosidade? E a isonomia ou igualdade de participação aos licitantes foi também modificado?

O problema da doutrina era o de não abordar nenhum tipo de critério mais objetivo para definir o que era a “melhor compra”, bem como não mencionavam nenhum critério referente à sustentabilidade (ambiental, social ou econômica).

Pois bem, feita a ressalva de que a doutrina apresentada não teve muito contato com a legislação sustentável, é imperioso desenvolver uma linha teórica que transcenda a velha concepção de vantajosidade para incluir critérios relacionados com o princípio da sustentabilidade.

Assim, isonomia e vantajosidade passam a sofrer influência do novel princípio.

## **2.7. Da contratação pública sustentável**

### **2.7.1. Evolução histórica e contextualização**

As origens mais antigas da contratação pública sustentável podem ser encontradas no direito norte-americano. Com efeito, os EUA reconheceram pela primeira vez o potencial impacto da sustentabilidade nas compras públicas no *Resource Conservation and Recovery Act* (RCRA) em 1976, com foco na contratação verde.

Em 1993, o Presidente Bill Clinton emitiu a *Executive Order* 12.873 que foi a primeira política de Estado encorajando a preferência pelo uso de produtos amigos do

ambiente. Em 1998, a *Executive Order* 13.101 suplantou a anterior e determinou às agências federais desenvolver orientação sobre a matéria.

Já o Presidente George Bush editou a *Executive Order* 13.424, determinando às agências a implantarem práticas sustentáveis para eficiência energética e redução de gases que geram efeito estufa, uso de energias renováveis, aquisição de produtos e serviços verdes, concepção de construções sustentáveis e de alto desempenho, dentre outras ações.

Finalmente, em 2009, o Presidente Barack Obama emitiu a *Executive Order* 13.514, estabelecendo uma estratégia integrada direcionada à sustentabilidade, a prioridade na redução de emissão de gases que geram efeito estufa, o incremento da eficiência energética, devendo o governo federal, por meio das diversas medidas de contratação sustentável assumir um papel indutor na iniciativa privada.

Doutra banda, a construção e o desenvolvimento inicial da contratação pública sustentável no direito europeu ocorreu a partir da década de 90, por meio de diversas comunicações interpretativas da União Europeia e, sobretudo, pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia - TJUE.

Antes mesmo das Diretas de 2004 e 2014, podemos destacar diversas iniciativas embrionárias da União Europeia, a exemplo dos contratos públicos na União Europeia, de 1998, documento no qual a Comissão considerou possível; a utilização de critérios e considerações ambientais para efeitos de escolha da proposta economicamente mais vantajosa; o Sexto Programa Comunitário de Ação em matéria de Ambiente de 2001 (Ambiente 2010: o nosso futuro, a nossa escolha), em que se sugeriu a introdução de desempenho ambiental como um dos critérios a ser utilizados pelas entidades adjudicantes na definição da proposta economicamente vantajosa; o Livro Verde sobre a Política Integrada de Produto de 2001, direcionado à ecoinovação e à consideração do ciclo de vida do produto como pilares que fortalecem a procura verde pelas entidades públicas; a Comunicação da Comissão sobre a Política Integrada de Produtos – Desenvolvimento de uma reflexão ambiental centrada no ciclo de vida, de 2003, documento que tem por objeto a redução dos impactos ambientais globais dos produtos ao longo do seu ciclo de vida.

Em 2002, o TJUE, por meio do processo C-513/99 profere decisão paradigmática que altera o status da contratação pública no direito europeu. Trata-se do famoso caso em que a empresa *Concordia Bus* envolveu-se num litígio na Finlândia entre a *Concordia Bus Finlândia Oy Ab*, de um lado e a Cidade de Helsinque e a empresa *HKL-Bussiliikenne*, do outro lado, a respeito de uma decisão administrativa que havia adjudicado um contrato

referente à gestão de uma linha da rede de transportes urbanos à HKL, levando em consideração a proposta mais vantajosa no plano econômico global com base em três critérios: a) preço global pretendido pela exploração; a qualidade do material dos carros de transporte coletivo (em função da emissão de óxido de azoto e do nível sonoro dos veículos) e a gestão da qualidade do ambiente e dos empresários.

O Tribunal concluiu à época que:

- “1) O art. 36, n. 1, alínea a), da Diretiva 92/50/CEE do Conselho, de junho de 1992, relativa à coordenação dos processos dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, deve ser interpretado no sentido de que, quando, no quadro de concurso público referente à prestação de serviços de transportes urbanos por autocarro, a entidade adjudicante decida adjudicar um concurso ao proponente que apresente proposta economicamente mais vantajosa, pode tomar em consideração critérios ecológicos, como o nível de emissão de óxido de azoto ou o nível sonoro dos autocarros, desde que esses critérios estejam relacionados com o objeto do concurso, não configuram a referida entidade adjudicante a liberdade de escolha incondicional, estejam expressamente mencionados no caderno de encargos ou no anúncio do concurso e respeitem os princípios fundamentais do direito comunitário, designadamente o princípio da não discriminação;
- 2) O princípio da igualdade de tratamento não se opõe à tomada em consideração de critérios relacionados com a proteção do ambiente, como os em questão na causa principal, apenas pelo fato de a própria empresa de transportes da entidade adjudicante figurar entre as raras empresas que tem a possibilidade de propor um material que satisfaça os referidos critérios”<sup>89</sup>.

Como afirma Maria João Estorninho, “o caráter inovador deste Acórdão *Concordia* reside na defesa da compatibilidade entre a introdução de exigências ambientais em termos de critério de adjudicação e o referido princípio da não discriminação<sup>90</sup>”.

Esta é considerada a 1ª geração da contratação pública sustentável no direito europeu, contendo atos do *soft law* e jurisprudência do TJUE.

Já a 2ª geração da contratação pública sustentável inicia-se com as diretivas de 2004 e outros atos posteriores.

Assim, em 2004 são editadas as primeiras Diretivas que preveem de forma explícita a inserção de critérios ambientais e sociais na contratação pública, podendo ser citada a Diretiva 2004/17/CE que dispõe sobre os processos de adjudicação de contratos nos setores estratégicos ambientais de água, energia, transportes e serviços postais; a Diretiva do setor público sobre a matéria, Diretiva 2004/18/CE, referente aos processos de adjudicação dos

<sup>89</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Acórdão do proc. C-513/99. *Concordia Bus Finlândia Oy Ab*, Cidade de Helsinque e empresa *HKL-Bussiliikenne*. DJ, 17 set. 2002. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d54fe72d8934a54ea7aacc50359b6a539.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuObNr0?docid=47670&pageIndex=0&doclang=PT&dir=&occ=first&part=1&cid=532634>> Acesso em: 10 dez. 2018.

<sup>90</sup> ESTORNINHO, Maria João, **Curso de Direito dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável**. Coimbra: Almedina. 2014, p.427.

contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.

Essas Diretivas visam à promoção do princípio da sustentabilidade e da integração ambiental, socorrendo-se da jurisprudência do TJUE, especialmente quanto aos novos critérios de adjudicação e incluem expressamente a possibilidade de adoção de fatores ambientais e sociais no julgamento do concurso, desde que estejam ligados intrinsecamente ao objeto do contrato, não configurem a entidade adjudicante liberdade ilimitada de escolha, estejam previstos no instrumento convocatório e respeitem os princípios fundamentais do direito europeu.

A nosso ver, a principal contribuição das Diretivas retro-mencionadas foi para além da proteção do ambiente, promover o desenvolvimento sustentável e possibilitar que as entidades adjudicantes obtivessem para os seus contratos a melhor relação qualidade e preço, afastando-se do critério exclusivamente monetário/econômico.

A adjudicação poderia levar em consideração dois principais critérios de julgamento: a proposta economicamente mais vantajosa, levando-se em consideração diversos critérios ligados ao objeto do contrato público em questão, tais como: qualidade, preço, valor técnico, características estéticas e funcionais, características ambientais, custo de utilização, rendimento, assistência técnica e serviço pós-venda, data de entrega e prazo de entrega ou de execução; ou unicamente o preço mais baixo, nos termos do art. 53, n.1 da Diretiva 2004/18/CE.

As entidades públicas podem, ainda, fixar condições especiais de execução dos contratos, visando, nos exatos termos da Diretiva, considerações de índole social e ambiental, nos termos do art. 26.

Em 2004, a Comissão apresenta o *Buying Green! A handbook on environmental public procurement*, documento pelo qual procura estimular as compras ecológicas, mediante diretrizes e orientações, a exemplo da escolha de um título verde para o contrato, a utilização de fatores e externalidades como a durabilidade de materiais e reciclagem, o uso de rótulos ecológicos, dentre outros.

Em 2008, a Comissão veiculou o documento *Os contratos públicos para um ambiente melhor*, indicando metas para a utilização dos contratos públicos ecológicos nos Estados e iniciou o processo de definição de critérios e diretrizes comuns para o contrato comunitário europeu.

A Diretiva 2009/33/CE determinava que as entidades públicas deveriam definir as especificações técnicas para o desempenho energético e ecológico dos veículos ou incluir, nos critérios de adjudicação, os impactos energéticos e ambientais na decisão de compra de veículos de transporte público rodoviário.

A Diretiva 2010/31/CE tratou do desempenho energético dos edifícios e prescreve que a partir de 2019 todos os edifícios públicos construídos devem ter o consumo de energia quase nulo.

A Diretiva 2012/27/CE que tratou da eficiência energética prevê em seu art. 6º que os Estados integrantes devem assegurar que as administrações públicas apenas contratem produtos, serviços e obras com elevado desempenho energéticos.

O documento *Europa 2020, Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*<sup>91</sup> estabeleceu para os países integrantes da Comunidade Europeia três prioridades: o desenvolvimento de uma economia baseada no conhecimento e inovação; a promoção de uma economia hipocarbônica e o fomento de uma economia com elevados níveis de emprego, capaz de assegurar a sustentabilidade da Comunidade Europeia. A maior preocupação do documento é projetar um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo. Nessa ótica temos embutida nas prioridades estipuladas, as três principais dimensões das contratações públicas sustentáveis que serão estudadas ao longo desse capítulo: a dimensão ambiental ou ecológica, econômica e a social.

Novamente, a professora portuguesa Maria João Estorninho, em importante obra, de leitura obrigatória, denominada “Curso de Direito dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável”, defende a existência de um verdadeiro Direito Comunitário da Contratação Pública, tomando em consideração o atual processo em curso de revisão e modernização das diretivas europeias sobre contratos públicos, no quadro da estratégia Europa 2020 - estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo<sup>92</sup>.

Em breves palavras a estratégia Europa 2020 é uma política estratégica da União Europeia-UE para o crescimento e o emprego. Lançada em 2010 para um período de dez anos, tem como objetivo criar as condições para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo.

A UE definiu cinco objetivos principais a atingir até ao final de 2020 nos seguintes domínios: emprego, investigação e desenvolvimento, alterações climáticas/energia, educação

---

<sup>91</sup> UNIÃO EUROPEIA. Rede Europeia Anti-pobreza. A Estratégia Europa 2020. Bruxelas, jun. 2011. Disponível em: <[https://www.eapn.pt/iefp/docs/Estrategia\\_Europa\\_2020.pdf](https://www.eapn.pt/iefp/docs/Estrategia_Europa_2020.pdf)>. Acesso em: 12. Ago. 2018.

<sup>92</sup> ESTORNINHO, Maria João, **op. cit.**, p.419-420.

e inclusão social e redução da pobreza. Os progressos no sentido da realização das metas da estratégia Europa 2020 são incentivados e acompanhados no contexto do Semestre Europeu, o ciclo anual de coordenação das políticas econômicas e orçamentárias da UE.

Em março de 2014, a Comissão publicou uma comunicação que fazia o balanço da estratégia Europa 2020, nomeadamente dos progressos no sentido da realização dos objetivos para 2020. Entre maio e outubro de 2014, a Comissão realizou uma consulta pública sobre a estratégia, cujos resultados foram publicados numa comunicação em março de 2015.

Em 2015, o Conselho adotou uma nova série de orientações integradas - orientações gerais para as políticas econômicas dos Estados-Membros e da UE e orientações para as políticas nacionais de emprego - para substituir as orientações integradas de 2010<sup>93</sup>.

Em síntese apertada, a estratégia Europa 2020 estabeleceu três prioridades que se reforçam mutuamente e proporcionam uma visão da economia social de mercado da Europa para o século XXI:

- a) Crescimento inteligente: desenvolver uma economia baseada no conhecimento e na inovação.
- b) Crescimento sustentável: promover uma economia mais eficiente em termos de utilização dos recursos, mais ecológica e mais competitiva.
- c) Crescimento inclusivo: fomentar uma economia com níveis elevados de emprego que assegura a coesão social e territorial.

A 3ª geração da contratação pública sustentável inicia-se com as Diretivas de 2014. A Diretiva 2004/23/UE, relativa às obras e serviços públicos, a Diretiva 2004/25/UE que trata das contratações públicas em setores sensíveis e especiais como água, energia, transportes e serviços postais e por fim a mais importante Diretiva 2004/24/UE, que trata do setor público em geral.

O apanágio ideológico que deu ensejo à nova legislação foi a necessidade de revisão e atualização das antigas diretivas e o fato de que a contratação pública tornou-se em instrumento estratégico de promoção de política pública.

A Diretiva 2004/24/UE é considerada um salto qualitativo e influenciará o legislador brasileiro. Embora preocupada com a eficiência nos gastos públicos, a contratação pública volta-se a qualidade nas aquisições, fomentando-se as autoridades adjudicantes a utilizar critérios ambientais, sociais e de inovação nas especificações técnicas, nos critérios de seleção, nos critérios de adjudicação e na execução dos contratos, em vez de recorrer unicamente ao critério do menor preço.

---

<sup>93</sup> UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. O Semestre Europeu. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-a-nutshell/index\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-a-nutshell/index_pt.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2018.

Podemos afirmar que a utilização da contratação pública sustentável parece ser uma tendência mundial. No Brasil essa prática é bem mais recente após a aprovação da Lei nº 12.349/2010, quando foi institucionalizada uma terceira finalidade às licitações: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Nas relações internacionais, após assinar o acordo em 2015, o Brasil comprometeu-se a reduzir até 2025 suas emissões de gases de efeito estufa em até 37%, comparados aos níveis emitidos em 2005.

As principais metas do governo brasileiro são:

1. Elevar o uso de fontes alternativas de energia, visando ampliar a matriz energética brasileira;
2. Intensificar a participação de bioenergias sustentáveis na matriz energética brasileira para 18% até 2030;
3. Utilizar tecnologias limpas nas indústrias a fim de diminuir a emissão de gases nocivos à atmosfera;
3. Buscar melhorias na infraestrutura dos transportes, inclusive os públicos, conferindo maior mobilidade urbana e qualidade de vida;
4. Reduzir o desmatamento evitando o aumento das temperaturas com a retirada da cobertura vegetal;
5. Restaurar e reflorestar diversas áreas que perderam sua cobertura vegetal<sup>94</sup>.

Ao fazer uma análise de direito comparado, Maria João Estorninho sustenta para além da existência de um Direito Europeu dos contratos públicos<sup>95</sup>, a densificação daqueles que podem ser considerados como verdadeiros princípios gerais do Direito Europeu dos contratos públicos: o princípio da concorrência, o princípio da igualdade e da não discriminação, o princípio da transparência, o princípio da publicidade, o princípio da estabilidade. A estes princípios vieram se juntar, segundo a autora, mais recentemente, os princípios da sustentabilidade ambiental e social<sup>96</sup>.

Depois de mais de 30(trinta) anos o tema volta à baila com a rediscussão do Acordo de Paris, como foi visto na Conferência das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, a COP 21, realizada na França em 2015 e atualmente em debate.

Após esse breve contexto, passamos a analisar o conceito de desenvolvimento sustentável ou sustentabilidade.

---

<sup>94</sup> CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MUDANÇAS CLIMÁTICAS, 2015, Paris. Paris: ONU, 2015. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/acordodeparis/>> Acesso em: 30 dez. 2018.

<sup>95</sup> ESTORNINHO, Maria João, **Direito Europeu dos Contratos Públicos**. Coimbra: Almedina. 2014, p.48-53

<sup>96</sup> ESTORNINHO, Maria João, **op. cit.**, p.419-420.

### 2.7.2. O conceito de desenvolvimento sustentável ou sustentabilidade

O conceito de desenvolvimento sustentável foi disseminado em 1987, por meio do documento intitulado - *Nosso Futuro Comum*, também conhecido como Relatório *Brundtland*, que visava discutir um novo modelo de desenvolvimento que conciliasse o crescimento econômico com a justiça social e a preservação do meio ambiente. Esse documento foi elaborado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas - ONU, e difunde uma nova visão da relação homem – meio ambiente, na qual o desenvolvimento sustentável foi definido como:

O desenvolvimento que procura satisfazer as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades, significa possibilitar que as pessoas, agora e no futuro, atinjam um nível satisfatório de desenvolvimento social e econômico e de realização humana e cultural, fazendo, ao mesmo tempo, um uso razoável dos recursos da terra e preservando as espécies e os habitats naturais<sup>97</sup>.

Esse conceito não se cinge ao Poder Público, mas traça diretrizes gerais para a sobrevivência da humanidade, de modo sustentável, corresponsabilizando Estados, indivíduos e iniciativa privada.

Porém, o supracitado documento não foi responsável pela criação do conceito de desenvolvimento sustentável, que já vem sendo utilizado no meio científico e acadêmico desde a Conferência de Estocolmo, realizada em 1972. Apesar de ser bastante difundida, a sustentabilidade somente ficou consagrada na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, em 1992. Portanto, a partir da década de 1990 o conceito sofreu um rápido e intenso processo de divulgação e consolidação universal.

Durante a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável em Johannesburgo em 2002, os países presentes reconheceram como principais objetivos e requisitos essenciais do desenvolvimento sustentável: “a erradicação da pobreza, a mudança dos padrões de consumo e produção e a proteção e manejo da base de recursos naturais para o desenvolvimento econômico e social”.

No âmbito interno, o conceito de desenvolvimento sustentável também está presente no ordenamento jurídico nacional brasileiro. A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a dedicar um capítulo específico ao meio ambiente, desdobramento do Título VII – que abarca a “Ordem Social”. Ao lado de previsões em Capítulos para a seguridade social, educação,

---

<sup>97</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas. Relatório Brundtland - Nosso Futuro Comum. 1987.

cultura e desporto, ciência e tecnologia, comunicação social, família, criança, adolescente, jovem, idoso e índios, o Capítulo VI dedicou-se exclusivamente ao meio ambiente.

A existência de um Capítulo que disciplina o tema “meio ambiente” não implica que as disposições ambientais devam ser interpretadas isoladamente, sem relação e harmonia com os demais artigos constitucionais. Ao contrário, o conceito de desenvolvimento sustentável pressupõe uma visão integrada e que relacione os campos do conhecimento, com interdisciplinaridade.

O conceito de desenvolvimento sustentável na Constituição Federal de 1988 decorre da interpretação sistemática dos artigos 225, caput e 170, VI, assentado que ao Estado incumbe a preservação ambiental e que a defesa do meio ambiente é também um dos princípios norteadores da ordem econômica.

O conteúdo jurídico da expressão desenvolvimento nacional sustentável foi definido no Brasil, de forma explícita por meio do Decreto nº 7.746/2012, recentemente alterado pelo Decreto nº 9.178/17, especialmente no seu art. 4º, que traça diretrizes de sustentabilidade: **a)** baixo impacto sobre recursos naturais, como flora, fauna, ar, solo e água; **b)** preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local; **c)** maior eficiência na utilização de recursos naturais, como água e energia; **d)** maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local; **e)** maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra; **f)** uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; e **g)** origem sustentável dos recursos naturais utilizados nos bens, nos serviços e nas obras. A referida relação é apenas exemplificativa.

Do conteúdo jurídico da expressão desenvolvimento nacional sustentável, é possível identificar duas matrizes estruturais. A primeira matriz é voltada para a proteção do valor ambiental propriamente dito, conforme é possível identificar nos itens “a, c, f e g”. A segunda matriz tem preocupação mais econômico-social (emprego, geração de renda e fomento à economia local). É possível dizer que a expressão desenvolvimento nacional sustentável tem dois pilares: um de natureza ambiental propriamente dito e outro de natureza econômico-social. Os dois pilares são interdependentes, ou seja, são faces de uma mesma moeda.

O direito das gerações atuais, sem prejuízo das futuras ao ambiente limpo em todos os seus aspectos, direito ao desenvolvimento e ao meio ambiente sadio ou direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto direito fundamental de 3ª geração, conforme preconiza o art. 225 da CF impõe ao Estado três deveres: dever de respeito (não violar tal direito, o que

convenhamos, por vezes o Estado é o principal poluidor), dever de proteção (não deixar que o direito seja violado) e dever de promoção (possibilitar que todos usufruam o direito).

Assim, o desenvolvimento sustentável é conceito polissêmico que comporta múltiplas dimensões ou vertentes, as quais podem ser agrupadas em basicamente três: ambiental ou ecológica, econômica-financeira e social, sem embargo de autores de renome como Juarez Freitas nominar ainda as dimensões ética e jurídico-política<sup>98</sup>.

A par de autores outros de renome adotar classificações distintas, como a dimensão espacial e a dimensão cultural, adotaremos para fins de referencial teórico a do professor Juarez Freitas e aprofundaremos apenas as três principais: ambiental ou ecológica, econômica-financeira e social.

### 2.7.3. Dimensões da sustentabilidade

Hoje é consenso que o desenvolvimento sustentável deve considerar minimamente três pilares ou eixos centrais: ambiental, econômico e social.

Não há hierarquia ou prevalência entre as variáveis (pilares), destacando-se a importância de se considerar, conjuntamente, os três aspectos do desenvolvimento sustentável.

A sustentabilidade não é estática, mas dinâmica, visto que leva em conta as necessidades humanas. A partir disto, o conceito de sustentabilidade é apresentado a partir de cinco perspectivas, cinco dimensões primordiais, sendo elas, segundo Juarez Freitas: sustentabilidade ecológica ou ambiental; sustentabilidade social; sustentabilidade econômica; sustentabilidade ética; sustentabilidade jurídico-política.

A dimensão ambiental da sustentabilidade está intimamente ligada ao direito das futuras gerações de ter à sua disposição um meio ambiente hígido, visto que a degradação ambiental chegou a níveis intoleráveis. A matriz de desenvolvimento utilizada atualmente por diversos países em desenvolvimento, a exemplo da China conduz a uma destruição ilimitada dos recursos naturais e, conseqüentemente, inviabilizará que as gerações futuras tenham suas necessidades supridas.

O componente ambiental obriga a sociedade e a administração a agir em consonância com as normas protetivas do direito ambiental. Diversas são as legislações que privilegiam ou

---

<sup>98</sup> NABAIS, José Casalta. A crise do Estado Fiscal. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). **Trajectórias de Sustentabilidade, tributação e investimento**. Coimbra: Instituto Jurídico, 2014, p. 19-59.

obrigam a defesa do meio ambiente, mas algumas inovações recentes são destaques, principalmente por demandarem um planejamento maior do administrador que requer a licitação. Podemos exemplificar a Lei nº 12.189/09 que trata da política nacional de mudança climática; a Lei nº 12.305/10 que trata da política nacional de resíduos sólidos; a Lei nº 12.587/12 que trata da mobilidade urbana; a Lei nº 12.349/10, que elevou a status normativo o princípio do desenvolvimento nacional sustentável; a Lei nº 12.462/11, lei que instituiu o RDC e que estabeleceu critérios de sustentabilidade ambiental; a Lei nº 13.303/16, lei das empresas estatais que também se preocupou em estabelecer critérios de sustentabilidade ambiental.

No plano infralegal temos o Decreto Federal nº 7.746/12 que regulamentou o art. 3º da Lei nº 8.666/93, para estabelecer critérios e práticas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal e instituiu a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública - CISAP. Por fim, tivemos a publicação da Instrução Normativa nº 1/10 do Ministério do Planejamento, que dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal. Podemos citar ainda, dentro do Ministério do Planejamento, a existência de um portal de compras sustentáveis, explicando o papel da CISAP, o que vem a ser uma contratação pública sustentável, minutas de edital e termos de referências, planos de suprimento, ações sustentáveis e boas práticas<sup>99</sup>.

Quanto à dimensão social da sustentabilidade, pode-se considerá-la como o paradigma que não tolera um modelo excludente e que concorda com a miserabilidade consentida ou imposta, visto que a desigualdade social não é compatível com a sustentabilidade ou qualquer outro tipo de discriminação negativa; que busca efetivar os direitos fundamentais sociais, principalmente os relacionados à saúde, educação e segurança (serviços públicos essenciais), os quais devem ser prestados com o máximo de eficiência e efetividade possível.

A dimensão social da sustentabilidade deve ser inclusiva, resgatando pessoas em situação de extrema pobreza e desemprego para que disponham de um mínimo existencial aceitável dentro dos padrões de dignidade.

O componente social da sustentabilidade tem como pressuposto a redução das diferenças e a criação de oportunidades.

---

<sup>99</sup> Disponível em: <<http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/>>, acesso em: 04.01.2019.

Na dimensão econômica, a natureza não pode ser encarada como mera fonte infindável de recursos e capital; a regulação estatal é necessária para ajustar os incessantes desvios do mercado<sup>100</sup>.

A sustentabilidade tem a ver, negativamente falando, com a situação grega, cuja falta de cuidado regulatório, transparência e de responsabilidade fiscal mostrou-se emblemática sinalização dos perigos da negação dos pressupostos econômicos do desenvolvimento durável.

O Direito e as pessoas enfrentam tradeoffs. *Tradeoffs* quer dizer uma situação de escolha conflitante: uma ação que resolve um problema, mas que acarreta, inevitavelmente, outro problema. Um exemplo clássico e simples de se compreender esse princípio é o tempo: ao fazermos uma determinada coisa deixamos necessariamente de fazer outra.

O professor Juarez Freitas desenvolveu a seguinte conceituação para a dimensão econômica da sustentabilidade:

“Dimensão econômica, no sentido de que se faz essencial saber praticar a pertinente ponderação, o adequado “trade off” entre eficiência e equidade, ou seja, indispensável escolher e aplicar as grandes e pequenas políticas econômicas sustentáveis. O consumo e a produção precisam ser reestruturados, completamente, segundo essa diretriz. A natureza não pode mais ser vista como simples capital e a regulação estatal homeostática se faz impositiva, sem o desvio característico dos adeptos do fundamentalismo do mercado, que ignoram a complexidade do mundo natural. A par disso, a garantia de renda básica, numa equação custo-benefício, mostra-se imensamente vantajosa, quando assegurada para todos. O abandono da pobreza liberta para alçar voos maiores. Sem dúvida, novos indicadores são indispensáveis, tendo como mote inspirador o “Report by Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress” (Stiglitz-Sem-Fitoussi)”<sup>101</sup>.

No que se refere à dimensão ética da sustentabilidade, pode-se afirmar que “de fato, a atitude eticamente sustentável é aquela que consiste em agir de modo tal que possa ser universalizada a produção do bem-estar duradouro, no íntimo e na interação com a natureza<sup>102</sup>”.

Ainda nessa esteira da dimensão ética da sustentabilidade, Juarez Freitas faz uma observação importante no sentido de que as políticas públicas devem passar por um processo de reavaliação, realocando equitativamente os recursos do Poder Público em programas que tenham como objetivo a universalização do bem-estar físico, psíquico e espiritual da população.

Finalmente, a dimensão jurídico-política encara a sustentabilidade como verdadeiro dever constitucional que considera a democracia um processo intersubjetivo e cooperativo,

---

<sup>100</sup> **Ibid.**, p. 70-71.

<sup>101</sup> **Ibid.**

<sup>102</sup> **Ibid.**, p. 65.

em que os cidadãos participam ativamente da elaboração dos direitos e deveres fundamentais do conjunto da sociedade, de preferência de forma direta<sup>103</sup>.

Conforme toda a argumentação exposta, o princípio da sustentabilidade não está adstrito à questão ambiental. Ele se articula em quatro outras dimensões, quais sejam: a ética, a jurídico-política, a social e a econômica.

Feitas essas considerações sobre a natureza multidimensional da sustentabilidade, aprofundaremos as três principais: ambiental ou ecológica, econômica-financeira e social, sob a perspectiva da contratação pública.

A matriz de natureza econômico-social é a que impacta mais diretamente a contratação pública, principalmente o acesso às licitações e o julgamento das propostas, em razão da margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais e do tratamento favorecido a favor das pequenas empresas (MEs e EPPs), especialmente as sediadas local e regionalmente.

Cumpramos aqui fazer uma rápida ponderação sobre o tratamento favorecido às pequenas empresas, em razão da afirmação feita a propósito de tais pessoas. Com a edição da Lei Complementar nº 147/14, foi criada uma nova condição a ser observada nas licitações: o dever de assegurar preferência a favor da pequena empresa local ou regional. Tal condição impacta profundamente os atuais procedimentos adotados em relação ao planejamento e ao julgamento das propostas nas licitações. Com a aprovação da LC nº 147/14, houve uma mudança significativa em relação ao texto original da LC nº 123/06, pois antes havia apenas a faculdade de dar tratamento às pequenas empresas sediadas local e regionalmente; agora, o verbo poderá, que traduzia a faculdade, foi substituído pelo verbo deverá, que impõe uma obrigação ao administrador público.

Portanto, o tratamento preferencial instituído pela LC nº 123/06 e que antes beneficiava a pequena empresa, genericamente considerada, com a nova redação do art. 47 da LC nº 147/14, foi transformado numa preferência especial e preponderante em favor da pequena empresa local ou regional. Assim, essa especial preferência é uma condição geral aplicável amplamente a todas as licitações, e não apenas às denominadas licitações exclusivas ou com cotas reservadas reguladas pelo art. 48 da LC nº 123/06. O fundamento da preferência especial não é o § 3º do art. 48 da LC nº 123/06, mas o próprio art. 47.

Antes da Lei Complementar nº 123/2006, não era possível utilizar a licitação para assegurar preferência aos licitantes em razão de naturezas comercial, legal ou do local da sua

---

<sup>103</sup> **Ibid.**, p. 76.

sede. O que se admitia, antes dessa data, era o direito de preferência para aquisição de bens e serviços de informática e automação a favor das empresas brasileiras de capital nacional, o qual depois foi revisto, passando-se a conceder preferência aos bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e para bens e serviços desenvolvidos de acordo com o Processo Produtivo Básico. No entanto, a vedação da possibilidade de assegurar preferências, distinções e tratamento diferenciado aos licitantes, a qual decorria diretamente do § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93, sofreu profunda alteração a partir de 2006, com a aprovação da LC nº 123/06 e, posteriormente, da LC nº 147/14.

No tocante à dimensão ambiental, as construções sustentáveis, com o chamado *greenbuilding*<sup>104</sup> têm de ser fortemente incentivado e exigido pelas políticas públicas. Saber lidar inteligentemente com as inovações é um desafio dos novos tempos, devendo os órgãos de controle ter um olhar aberto, atento, prudente e ponderado entre o economicismo exagerado e o fundamentalismo ecológico.

A proteção do meio ambiente e a preservação dos recursos naturais, ponderada com a atividade econômica em prol da sociedade figuram entre os mais legítimos aspectos do interesse público primário.

Deve-se observar nas contratações públicas sim a questão ambiental (economia e reuso de água e energia, utilização de energias renováveis e materiais em que o descarte seja mais ecológico, utilização de produtos não poluentes, etc.), todavia os aspectos referentes às dimensões social (criação de emprego, contratação de empregados locais e regionais, respeito aos direitos trabalhistas, mobilidade urbana, fomento de atividades culturais, etc.) e econômica (proteção da livre concorrência, livre iniciativa, regulação dos mercados, equilíbrio orçamentário, fomento às contratações das micro e pequenas empresas etc.) devem ser implementados também. Uma das características mais importantes do princípio da sustentabilidade é sua capacidade de gerar sinergias entres as três dimensões com o objetivo de tentar chegar a um estado de homeostase.

Caso seja implementada determinada compra para resolver um problema apenas levando-se em conta uma das dimensões do princípio da sustentabilidade, não poderá ser considerada sustentável e, muito provavelmente, enfrentará problemas no futuro.

Uma compra sustentável deve vislumbrar o projeto como um todo e considerar tanto seus custos diretos como os indiretos. A contratação pública sustentável não se preocupa apenas com o presente, mas também estar com o olhar no futuro. De que adianta o Estado

---

<sup>104</sup> HENNE, Rebecca; HOFFMAN, Andrew. **Construction Green. The social structures of sustainability.** Cambridge: MIT, 2013.

comprar por um preço relativamente baixo um produto que tem um custo enorme de descarte ou alto índice de depreciação ou custo de manutenção? É sustentável comprar-se de uma empresa que vende seu produto a preços muito baixos, mas que emprega mão de obra escrava e desrespeita direitos trabalhistas mínimos? Qual é a vantagem de adquirir produtos de uma empresa que vende o produto, inicialmente, com preços muito baixos, mas que, por isso, acaba com a concorrência na região e, como fornecedora exclusiva, após a prática de concorrência desleal começa a cobrar preços muito altos por não ter nenhuma empresa que possa competir com ela?

Assim, conclui-se que o desenvolvimento sustentável deve considerar dinamicamente seus três eixos centrais: ambiental, econômico e social.

#### 2.7.4. O princípio do desenvolvimento sustentável ou sustentabilidade.

O art. 1º da Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, que foi o resultado da conversão em lei da Medida Provisória nº 495 de 19 de julho de 2010, introduziu no ordenamento jurídico pátrio, mais especificamente no art. 3º da Lei nº 8.666/93, o princípio do desenvolvimento sustentável como uma das finalidades da licitação, conforme redação abaixo:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e **a promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos<sup>105</sup>”. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (grifo nosso)”.

No plano doutrinário, Juarez Freitas defende um direito à administração pública sustentável, que supõe o dever de acatar e implementar o princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar, multidimensional, nos seguintes termos:

Trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado de da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável, 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<sup>106</sup>.

<sup>105</sup> **Ibid.**

<sup>106</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 12. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 43.

Como se pode extrair do texto, o conceito de sustentabilidade transcende a esfera do meramente ambiental e articula-se com outros aspectos, notadamente, o social, o ético, o jurídico-político e o econômico, além do ambiental.

Desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento capaz de suprir as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade de atender as necessidades das futuras gerações, como vimos.

Nessa senda, as contratações públicas objetivam a aquisição de bens, a execução de obras e a contratação de serviços necessários para a consecução da finalidade última da Administração, qual seja: o interesse público. Cada órgão governamental ostenta finalidades institucionais próprias e para que estas se realizem é necessário aparelhamento instrumental adequado e suficiente, o que se verifica, por exemplo, com a realização de concursos públicos para ingresso de servidores no quadro da instituição e também pelas contratações públicas de bens, serviços e obras.

Com efeito, a licitação também é instrumento para viabilizar políticas públicas e, neste sentido, insere-se a licitação sustentável. Neste ponto é importante registrar que a concepção da licitação como instrumento jurídico para a promoção do desenvolvimento sustentável será com mais familiaridade reconhecida e adotada pelos servidores públicos que atuam nos setores de licitações se os órgãos públicos adotarem medidas de sustentabilidade não apenas nas contratações, mas na gestão ambiental da unidade como um todo, em seus diversos setores, com a implementação de mecanismos de educação e conscientização ambiental dos seus servidores.

Referimo-nos à gestão pública socioambiental, que no Brasil tem como um de seus exemplos o programa de adesão voluntária da Agenda Ambiental na Administração Pública. A A3P integra as licitações sustentáveis como uma de suas linhas de ação, em atuação conjunta com os demais eixos temáticos: uso racional de recursos, gestão adequada dos resíduos, qualidade de vida no trabalho, sensibilização e capacitação de servidores.

A contextualização das contratações públicas sustentáveis como instrumento de gestão ambiental possibilita não só o seu fortalecimento e divulgação, mas também acarreta resultados mais efetivos, na medida em que há uma visão sistêmica e integrada das problemáticas socioambientais no setor público.

Parafraseando Santiago, licitação sustentável seria o procedimento administrativo que permite a introdução de critérios ambientais, sociais e econômicos nas aquisições de bens,

contratações de serviços e execução de obras, tendo por fim o desenvolvimento da sociedade em seu sentido amplo e a preservação de um meio ambiente equilibrado<sup>107</sup>.

A temática das licitações e contratações públicas sustentáveis insere-se como um dos possíveis instrumentos dessa mudança, afirmando-se a necessidade de superação da visão meramente instrumental das licitações para assunção de um papel indutor de políticas públicas.

Para Biderman:

A licitação sustentável 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. A licitação sustentável é também conhecida como compras públicas sustentáveis, ecoaquisição, compras verdes, compra ambientalmente amigável e licitação positiva<sup>108</sup>.

Como vimos, nossa Constituição, especialmente nos artigos 225 e 170, inc. VI incentivou e abriu caminho para a contratação sustentável. Depois disso, tivemos o advento da Lei nº 12.187/2009 que instituiu a Política Nacional sobre a Mudança do Clima.

Nosso Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 8.666/93 – em sua redação original assim dispunha:

“Art. 3º A licitação **destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”<sup>109</sup> (grifo nosso).

Com a inserção do princípio do desenvolvimento sustentável como uma de suas finalidades da licitação ao art. 3º, tivemos mais uma externalidade a ser perquirida pela Administração Pública. Referida alteração legislativa ocasionou uma revolução nos paradigmas existentes no Direito Administrativo Brasileiro, de modo que apenas agora, depois de seu advento e com novas alterações legislativas, como a Lei nº 12.462/2011 que tratou do Regime Diferenciado de Contratações; da Lei nº 13.303/2016, que tratou do Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, especialmente os arts. 28 a 30 e do Projeto de Lei nº 559/2013, já aprovado no Senado Federal, que institui a nova Lei de Licitações e Contratos

<sup>107</sup> SANTIAGO, Leonardo Ayres. **Aspectos das Licitações Sustentáveis**. Disponível em: <<http://www.licitacoessustentaveis.com/2009/08/apresentacao.html>> Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>108</sup> BIDERMAN, Rachel; MACEDO, Laura Silvia Valente de; MONZONI, Mario e MAZON, Rubens. Guia de compras públicas sustentáveis: Uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável, 2ª Edição, Editora FGV, Rio de Janeiro, 2008.

<sup>109</sup> BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm)> Acesso em: 15 dez. 2018.

Administrativos é que passamos a sentir valores outros, além do preço, no processo de seleção das propostas e julgamento nas contratações públicas.

Há alguns anos, o Brasil foi escolhido para sediar a Copa das Confederações FIFA de 2013, a Copa do Mundo FIFA de 2014 e as Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016, eventos já realizados e grandes arenas esportivas foram construídos e melhorias na mobilidade urbana feitas.

Em virtude de uma decisão política e com os objetivos de melhorar a eficiência, ampliar a competitividade, promover a troca de experiências e de tecnologias com o intuito de buscar uma melhor relação custo-benefício, incentivar a inovação tecnológica, assegurar tratamento isonômico e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, foi editada a Medida Provisória nº 527, de 18 de março de 2011 – posteriormente convertida na Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 –, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Segundo seu art. 3º, in verbis:

“Art. 3º As licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do **desenvolvimento nacional sustentável**, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo<sup>110</sup>”. (Grifo nosso).

Importante salientar outro diploma legal relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro e que contempla uma aplicação do princípio da sustentabilidade: a Lei nº 12.305/10, que versa sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Essa Lei cita o termo sustentável em três oportunidades. Na primeira delas, estabelece que a gestão integrada de resíduos sólidos deve observar, entre outros fatores, o princípio do desenvolvimento sustentável (art. 3º, inc. X), na segunda, assevera que o desenvolvimento sustentável é um dos princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos (art. 6º, inc. IV) e, na última delas, estimula a rotulagem e o consumo sustentável (art.7º, inc. XV).

Do exposto, nota-se que, nos últimos oito anos, desde a aprovação da Lei nº 12.349/2010 houve um avanço muito grande na legitimação, por via legislativa, do princípio da sustentabilidade (ou seus desdobramentos) na ordem jurídica nacional.

Esse marco normativo foi o ponto de inflexão da mentalidade do legislador brasileiro no que tange a explicitar de forma concreta e incisiva sua vontade de trazer o paradigma da sustentabilidade para a realidade da Administração Pública no Brasil.

---

<sup>110</sup> BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 ago. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm)> Acesso em: 02 jan. 2018.

Porém, o princípio do desenvolvimento nacional sustentável ainda se encontra em processo de consolidação no Brasil, os desdobramentos dessa instabilidade atingem normas que derivam dessa norma-princípio e que por vezes entra em rota de colisão com o princípio da igualdade, merecendo do administrador público e do intérprete do direito a ponderação necessária, visando transpor para a realidade concreta a tão almejada igualdade material, bem como avançar no processo de consolidação desse princípio supraconstitucional.

O cerne da questão gravita justamente em delimitar quando a Administração Pública atua de forma abusiva, impondo aos licitantes participantes discriminações excessivas e abusivas e quando atua legitimamente, perquirindo o interesse público primário e secundário, alcançando, por via de consequência, o desenvolvimento nacional sustentável.

Ante o exposto, é preciso concordar com o posicionamento do administrativista Juarez Freitas sobre como deve ser considerada a proposta mais vantajosa (o que se pode denominar também de vantajosidade sustentável, à luz da revisão a que se propõe essa dissertação) pela Administração Pública e de como devem ser avaliados custos diretos e indiretos nas contratações públicas:

“Nessa chave, nas licitações e contratações administrativas, força assumir que a proposta mais vantajosa será sempre aquela que, entre outros aspectos a serem contemplados, apresenta-se a mais apta a causar, direta ou indiretamente o menor impacto negativo e, simultaneamente, **os maiores benefícios econômicos, sociais e ambientais**. Por esse prisma, **o sistema de avaliação de custos, sob pena de violação flagrante do princípio constitucional em apreço, terá de ser reformulado e incluir os custos indiretos, no intuito de estimar os dispêndios futuros a serem efetuados em função dos previsíveis impactos sistêmicos das decisões administrativas tomadas e dos riscos assumidos**. Ou seja, antes de licitar, não se podem ignorar, candidamente, os custos ambientais, sociais e econômicos de cada escolha administrativa”<sup>111</sup> (grifo nosso).

Em suma, o que pretendemos demonstrar, com os argumentos expostos é que o princípio da vantajosidade deve ser repensado e ponderado à luz do princípio da sustentabilidade, ou seja, não há mais espaço no ordenamento jurídico brasileiro para pensar a vantajosidade ligada única e tão somente ao preço mais baixo, dentre as várias soluções existentes no mercado. Há que se levar em conta outras situações e dimensões que possam impactar nas contratações públicas, considerando, também, vantagens, principalmente, de ordens econômica, social e ambiental.

Nos termos do art. 2º do Decreto nº 7.746/12:

“a administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes poderão adquirir bens e contratar serviços e obras considerando

---

<sup>111</sup> **Ibid.**, p. 78.

critérios e práticas de sustentabilidade objetivamente definidos no instrumento convocatório, conforme o disposto neste Decreto”<sup>112</sup>.

O parágrafo único desse dispositivo previa, ainda, que "a adoção de critérios e práticas de sustentabilidade deverá ser justificada nos autos e preservar o caráter competitivo do certame”.

A expressão "poderão", utilizada no regulamento, levava a crer que a adoção de critérios de sustentabilidade constituiria mera faculdade, e não um dever.

Conforme definiu a Advocacia-Geral da União, por meio da Orientação Normativa Interna CJU/SP nº 13:

“as contratações da Administração Pública com características sustentáveis têm fundamento nos arts. 225, *caput*, e 170, inc. VI, da Constituição Federal, bem como nos compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, na Lei nº 8.666, de 1993, e legislação pertinente. Essa opção atende ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa, desde que observadas a razoabilidade e a proporcionalidade”<sup>113</sup>.

Se as contratações com previsão de critérios de sustentabilidade decorrem de previsão constitucional e legal, a conclusão de que a adoção de critérios dessa ordem constitui mera faculdade, e não um dever revela-se, no mínimo, contraditória, pois, para a Administração, o cumprimento da lei constitui um dever, e não uma faculdade.

Tanto é assim que o art. 2º do Decreto nº 7.746/12 foi alterado pelo Decreto nº 9.178/17, passando a ter a seguinte redação:

Art. 2º Na aquisição de bens e na contratação de serviços e obras, a administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes adotarão critérios e práticas sustentáveis nos instrumentos convocatórios, observado o disposto neste Decreto.

Parágrafo único. A adequação da especificação do objeto da contratação e das obrigações da contratada aos critérios e às práticas de sustentabilidade será justificada nos autos, resguardado o caráter competitivo do certame”<sup>114</sup>.

Assim, a melhor interpretação do art. 2º do Decreto nº 7.746/12 deve conduzir à conclusão de que cumpre à Administração (norma imperativa), em todo caso, avaliar a adoção de critérios e práticas de sustentabilidade objetivamente definidos no instrumento convocatório, desde que com isso não direcione ou comprometa a competitividade da licitação. É sob esse enfoque que deve ser observado o dever de atender ao teor da Instrução Normativa nº 1/10 do MPOG e o cumprimento do Decreto nº 7.746/12.

Ou seja, cabe à Administração Pública considerar a adoção de critérios de sustentabilidade em todas as suas contratações, lançando mão desses critérios quando, em face das práticas de mercado, não houver restrição à competição. Do contrário, ainda que o

<sup>112</sup> BRASIL. Decreto nº 7.746, de 05 de junho de 2012. Regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 06 jun. 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7746.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7746.htm)> Acesso em: 02 jan. 2018.

<sup>113</sup> BRASIL. Advocacia-Geral da União. Orientação Normativa Interna CJU/SP nº 13.

<sup>114</sup> **Ibid.**

mercado em que o objeto pretendido se insere ofereça opções/soluções relativas à sustentabilidade, não será devida a fixação de critérios dessa espécie se conduzirem à restrição indevida da competitividade, nos termos do referido decreto.

O desafio reside, justamente, em caracterizar a restrição indevida da competitividade, pois a fixação de critérios de aceitabilidade sempre restringe a competitividade. No caso, a restrição indevida restará configurada pela elevação dos custos ou restrição de acesso à licitação, sem a obtenção de contrapartida em atributos de eficiência ou economicidade de recursos naturais, revelando a ausência de razoabilidade e proporcionalidade entre o meio eleito (critério fixado) e o resultado obtido.

Tão complexo e contraditório é esse exercício que a Lei nº 12.462/2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, quando tratou da admissibilidade da contratação integrada assim dispôs:

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições:

I – inovação tecnológica ou técnica;

II – possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou

**III – possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado”<sup>115</sup> (grifo nosso).**

O aspecto polêmico em questão, diz respeito ao cotejamento dos princípios da igualdade de participação dos licitantes e da vantajosidade de um lado, e de outro o do desenvolvimento nacional sustentável. Contrariando a Orientação Normativa Interna CJU/SP nº 13 e o Decreto nº 7.746/12, art. 2º, parágrafo único, nas contratações integradas é permitida a utilização de práticas e critérios sustentáveis, desde que técnica e economicamente justificadas, ainda que a solução adotada pela Administração Pública seja com tecnologias de domínio restrito no mercado.

A Lei nº 12.462/2011 assim dispõe:

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

I - padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho e, quando for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas;

II - padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente;

**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;**

IV - condições de aquisição, de seguros, de garantias e de pagamento compatíveis com as condições do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração

---

<sup>115</sup> BRASIL, *Ibid.*

variável conforme desempenho, na forma do art. 10; (Redação dada pela Lei nº 12.980, de 2014)

V - utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que não se produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação;

VI - parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala; e

VII - ampla publicidade, em sítio eletrônico, de todas as fases e procedimentos do processo de licitação, assim como dos contratos, respeitado o art. 6º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.173, de 2015).

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

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

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

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

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

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

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

§ 2º O impacto negativo sobre os bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados deverá ser compensado por meio de medidas determinadas pela autoridade responsável, na forma da legislação aplicável” (grifo nosso)<sup>116</sup>.

Percebe-se uma clara preocupação do legislador com a sustentabilidade das contratações públicas e uma nítida alteração do princípio da vantajosidade, com sentido para além da vantagem econômica, devendo a Administração Pública avaliar valores outros, como os 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.

E a Lei prossegue, estipulando uma mudança completa de paradigma, tanto legislativa, como indubitavelmente necessária uma mudança de jurisprudência pelo TCU:

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

I - indicar marca ou modelo, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses:

a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;

b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor for a única capaz de atender às necessidades da entidade contratante; ou

c) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser melhor compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo aptos a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor qualidade”;

II - exigir amostra do bem no procedimento de pré-qualificação, na fase de julgamento das propostas ou de lances, desde que justificada a necessidade da sua apresentação;

<sup>116</sup> **Ibid.**

**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; e**

IV - solicitar, motivadamente, carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor<sup>117</sup>.

Porém, em pesquisa por nós empreendida, no sítio eletrônico do TCU, constatamos que a Corte de Contas continua, como uma balança de precisão do “Mercador de Veneza” a ter uma visão estreita, ortodoxa e contrária aos novéis dispositivos legais, bastando analisar recentes acórdãos proferidos:

## PLENÁRIO

**1. A indicação ou a preferência por marca só é admissível se restar comprovado que a escolha é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades da Administração. A licitação não tem por objetivo, necessariamente, a escolha do produto ou do serviço de melhor qualidade disponibilizado no mercado.**

Pedidos de reexame questionaram deliberação da Primeira Câmara, mediante a qual o colegiado, ao apreciar representação acerca de irregularidades em licitações promovidas pelo Núcleo de Hospital Universitário da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, aplicou aos recorrentes a multa do art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443/1992, face a exigência de características dos produtos (equipos para bomba de infusão) que direcionaram as aquisições a um único fornecedor. Em preliminar, lembrou o relator as circunstâncias que levaram a Administração a desfazer um dos certames, por suposto vício de legalidade, após provimento judicial da pretensão de uma das concorrentes, que teve sua proposta desclassificada junto com as demais participantes do certame, exceto a licitante vencedora. Nesse ponto, entendeu o relator que a CPL, “*ao anular o certame, não especificou onde estaria a suposta falha nem em que ela consistiria*”. Lembrou também a posterior anulação de outras licitações, nas quais a mesma empresa sagrou-se vencedora após a reprovação de amostras dos primeiros classificados. Prosseguindo, registrou informação da unidade instrutiva sobre possível superioridade qualitativa dos produtos ofertados pela empresa vencedora dos certames, ponderando, contudo, na forma salientada pelo relator *a quo*, que “*a licitação não tem por objetivo, necessariamente, a escolha do produto ou serviço de melhor qualidade disponibilizado no mercado*”. No caso concreto, “*nenhum dos processos licitatórios se fez acompanhar de justificativa técnica que demonstrasse que as exigências postas se faziam necessárias para suprir, de forma adequada e suficiente, a demanda do núcleo hospitalar. Não foram oferecidas razões que indicassem serem os produtos dos Laboratórios [...] os únicos capazes de atender satisfatoriamente à demanda do órgão licitante*”. Ademais, prossegiu, “*embora se tenha notícia da ocorrência, em outros hospitais, de possíveis falhas em equipamentos distintos dos oferecidos pela empresa Laboratórios [...], isso não permite concluir, forçosamente, que tecnologias diferentes das especificadas no edital seriam insuficientes para os fins pretendidos*”. Em conclusão, anotou o relator, “*ainda que se possa reconhecer a boa intenção em garantir a aquisição de aparelhos de melhor qualidade (fato certamente sopesado pelo relator a quo no momento da dosimetria das multas), a jurisprudência consolidada desta Corte é no sentido de que a indicação ou preferência por marca em procedimento licitatório só é admissível se restar comprovado que a alternativa adotada é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades do órgão ou entidade*”. Nesses termos, adotou o Plenário a proposta da relatoria para, entre outros comandos, negar provimento aos recursos conhecidos<sup>118</sup>.

<sup>117</sup> **Ibid.**

<sup>118</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 559. Procuradoria da República, Pedro Alcântara Soares Morel e outros. Relator: Ministro Benjamin Zymler. DJ, 29 mar. 2017. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=12490897&codPapelTramitavel=57098980>> Acesso em: 02 jan. 2019.

A decisão acima contraria o art. 7º, inc. I da Lei do RDC. Já a decisão abaixo restringe a interpretação do art. 9º, “caput” da Lei do RDC, especialmente quanto à locução “desde que técnica e economicamente justificada”, conforme entendimento firmado pelo TCU:

#### PLENÁRIO

##### **Contratação pública – Regime diferenciado de contratações (RDC) – Contratação integrada – Justificativas técnica e econômica – Obrigatoriedade – TCU**

O Tribunal examinou o cumprimento das determinações expedidas pelo Acórdão nº 2.547/2014, Plenário, para correção de irregularidades verificadas no edital de concorrência RDC presencial, com regime de execução por contratação integrada e critério de julgamento do tipo menor preço, para a execução das obras. Entre as irregularidades apontadas, destacara-se a "**adoção de regime de execução contratual inadequado ou antieconômico**", a qual motivara determinação ao órgão para que realizasse “estudo conclusivo acerca do regime de execução mais apropriado para o caso concreto, em especial justificando a vantagem econômica que a contratação integrada teria, em virtude do incremento de R\$ 123 milhões relativos à taxa de risco”. O órgão justificou a sua escolha com base em comparação entre o regime de empreitada por preço unitário e o regime de contratação integrada, destacando, entre outros aspectos, que a contratação integrada seria mais vantajosa “em virtude de o adicional de risco adotado (...) ser inferior ao percentual esperado de alterações contratuais, caso fosse adotada a empreitada por preço unitário”. Ressaltou, ainda, a “economia em função da menor possibilidade de aditivos”, em relação aos contratos celebrados por preço unitário. O relator, ao analisar a questão, considerou as justificativas apresentadas insatisfatórias quanto ao aspecto econômico, resgatando as suas considerações realizadas na análise preliminar dos autos: “O artigo 8º da Lei 12.462/2011 estabelece os possíveis regimes de execução para obras e serviços de engenharia e, conforme § 1º, elenca três regimes preferenciais: empreitada por preço global, empreitada integral e contratação integrada. Além disso, o *caput* do artigo 9º, em que pese confirmar a possibilidade da adoção da contratação integrada para obras de engenharia, condiciona tal opção à existência de justificativa técnica e econômica”. No caso concreto, “observo que o (*omissis*) não demonstrou a vantagem econômica que a escolha do regime de execução contratação integrada traz ao certame, em especial em relação ao regime de execução empreitada integral, também considerado regime preferencial pela Lei do RDC”. Além disso, continuou, “a mera comparação direta de possíveis aditivos contratuais da ordem de 25% com a taxa de risco de 10,98% não deve prosperar, em especial por partir de pressuposto de que o projeto executivo aprovado seria deficiente, bem como em virtude da possibilidade da deficiência dos projetos ser em desfavor da administração pública, onerando excessivamente a contratação”. Explicou o relator que “a motivação do uso da contratação integrada sob um prisma econômico, conforme estatuído pelo *caput* do art. 9º do RDC, deve preferencialmente demonstrar em termos monetários que os dispêndios totais realizados com a implantação do empreendimento sejam inferiores aos obtidos caso fossem utilizados os demais regimes de execução, não podendo a fundamentação apresentada se limitar a argumentos genéricos e subjetivos”. Destacou, ainda, que “também deve haver justificativa de cunho técnico para a utilização da contratação integrada, dada a redação do art. 9º, *caput*, da Lei 12.462/2011”. A despeito da

deficiência na motivação apresentada para a escolha da contratação integrada, o relator ponderou a importância do empreendimento e o fato de a licitação já ter sido concluída para considerar atendidas as determinações contidas no acórdão monitorado, tendo o colegiado acolhido a proposta.<sup>119</sup> (Grifamos.)

Em arremate, o princípio reinterpretado da vantajosidade, à luz do desenvolvimento nacional sustentável não ofende o princípio da isonomia desde que justificado técnica e economicamente, no caso concreto.

Do exposto, é lícito concluir que o princípio da igualdade não prega uma relação míope em que todos, independentemente de suas condições e características intrínsecas, sejam tratados da mesma maneira, pelo contrário, por exemplo, a título de ilustração o tratamento diferenciado das microempresas é um dos fundamentos do princípio da igualdade.

Tarefa, sem dúvida árdua, é elaborar instrumentos convocatórios com os novos dispositivos legais, sem que tais critérios de julgamento não sejam questionados como discriminatórios ou anti-isonômicos. As novas possibilidades/exigências legais estampadas nos arts. 3º, “caput”, §§5º a 15 da Lei nº 8.666/93 e art. 7º da Lei do RDC são diametralmente opostas à jurisprudência das Cortes de Contas. O artigo 2º, parágrafo único do Decreto nº 7.746/12 confronta-se em certo sentido com o art. 9º, inc. III da Lei nº 12.462/12.

Mesmo os recentes julgados, em que o TCU recomenda que à Administração Pública abstenha-se de adquirir bens, exclusivamente de fabricação nacional, não estão mais consentâneos com a alteração legislativa introduzida, por meio da Lei Complementar nº 147/2014, que acrescentou o §15, ao art. 3º da Lei nº 8.666/93, dentre outras alterações, estipulando preferência expressa de produtos e serviços nacionais, em detrimento dos estrangeiros.

Conclui-se que o desenvolvimento sustentável não se restringe à preservação dos recursos naturais, mas também deve considerar a formulação de políticas públicas que considerem o desenvolvimento humano, econômico e social.

---

<sup>119</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.850. Congresso Nacional, Ministério da Integração. Relator: Ministro Benjamin Zymler. DJ, 29 jul. 2015. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=921056> 1 Acesso em: 02 jun. 2019.

### **3. IMPLICAÇÕES E OBSTÁCULOS À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL**

#### **3.1. Limites e possibilidades à aplicação do princípio do desenvolvimento nacional sustentável**

Para uma melhor compreensão das implicações do princípio do desenvolvimento nacional sustentável e dos obstáculos à sua aplicação, adotou-se nesse trabalho a possibilidade de fixação de critérios de sustentabilidade nas licitações públicas em quatro situações: a) nas especificações técnicas; b) nos critérios de seleção/exclusão; c) nos critérios de adjudicação e; d) nas condições de execução do contrato.

Abordaremos e estudaremos individualmente cada uma delas, lançando propostas e enfrentando os principais obstáculos à concretização do princípio do desenvolvimento nacional sustentável.

Utilizaremos aos nossos propósitos do trabalho o texto base da Diretiva 2014/24/CE, conhecida como Diretiva do Setor Público e que dá grande ênfase ao fomento à inovação, notadamente a ecoinovação.

Prevê a aquisição de produtos, obras e serviços inovadores, desempenha um papel fundamental na melhoria da eficiência e da qualidade dos serviços públicos e contribui para a apropriação de maiores benefícios econômicos, ambientais e sociais, com a utilização de produtos e serviços inovadores e conseqüentemente a promoção de um crescimento econômico sustentável. (Considerando 47).

A nova Diretiva, embora preocupada com a eficiência nos gastos públicos, inova ao fomentar as autoridades adjudicantes a utilizar critérios qualitativos, ambientais, sociais e de inovação nas especificações técnicas, nos critérios de seleção, nos critérios de adjudicação e na execução dos contratos, em vez de recorrer unicamente ao critério de menor preço. Esse critério continua admissível, mas o legislador estimula que tal critério seja reduzido, seja pelos critérios retro-mencionados, seja pela equação de custo-eficácia.

Estudaremos de forma individualizada a possibilidade de fixação de critérios de sustentabilidade nas licitações públicas em quatro situações: a) nas especificações técnicas; b) nos critérios de seleção/exclusão; c) nos critérios de adjudicação e; d) nas condições de execução do contrato, lançando proposições, limites e possibilidades à aplicação do princípio do desenvolvimento nacional sustentável.

### 3.2. Especificações técnicas

As especificações técnicas do contrato podem referir-se às características das obras, bens ou serviços, como também ao método, processo produtivo ou qualquer outro estágio relacionado ao ciclo de vida, desde que estejam ligados ao objeto do contrato.

O art. 42 da Diretiva preconiza que “as especificações técnicas definem as características exigidas para as obras, bens e serviços”.

Essas características podem também incluir uma referência ao processo ou método específico de produção ou execução das obras, fornecimentos ou serviços solicitados ou a um processo específico para outra fase do seu ciclo de vida, mesmo que tais fatores não façam parte da sua substância material, desde que estejam ligados ao objeto do contrato e sejam proporcionais ao seu valor e aos seus objetivos.

Sempre que existam requisitos de acessibilidade obrigatórias adotadas por ato jurídico da União, as especificações técnicas devem ser definidas por referência a essas normas, no que respeita aos critérios de acessibilidade para as pessoas com deficiência.

Já o item 42.3 autoriza ao administrador público que, nas especificações técnicas sejam utilizados, em termos de desempenho ou de requisitos funcionais, características ambientais, desde que os parâmetros sejam suficientemente precisos para permitir que os proponentes determinem o objeto do contrato e que as autoridades adjudicantes procedam à respectiva adjudicação.

Só podem ser incluídos requisitos relacionados com o processo de fabrico do produto e que contribuam para a definição das suas propriedades, sem que estas tenham de ser necessariamente visíveis.

A entidade adjudicante poderá, por exemplo, especificar que a eletricidade deve ser produzida a partir de fontes de energia renováveis ou que os gêneros alimentícios devem ser produzidos com base em métodos de produção biológica, já que estes se encontram amplamente à disposição dos operadores econômicos em toda a União Europeia<sup>120</sup>.

Porém, é proibido referir-se a um processo produtivo que esteja associado a um único fornecedor ou a fornecedores de um país ou região, salvo se justificado por

---

<sup>120</sup> UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Comprar Ecológico! Manual de contratos públicos ecológicos, 2. ed., 2011, p.38. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_pt.pdf)> Acesso em: 07 jan 2019.

circunstâncias excepcionais do contrato e acompanhado da menção “ou equivalente”. (art. 42, nº 4).

Alguns exemplos concretos ajudam a ilustrar a utilização de critérios ambientais nas especificações técnicas.

Com efeito, a Administração Pública pode exigir que um computador, eletrodoméstico ou um eletro-eletrônico não consuma mais do que certa quantidade de energia por hora; o consumo de papel higiênico, as toalhas de mãos e resmas nas repartições públicas sejam feitas de papel reciclado ou que um veículo não emita mais do que certa quantidade de poluentes.

Em 2010, o Ministério do Ambiente da Estônia lançou uma licitação para serviços de limpeza urbana que incluiu os seguintes requisitos nas especificações técnicas:

- a) serviços de limpeza a executar de acordo com a norma ISO 14001 ou equivalente;
- b) todos os sacos plásticos deveriam ser biodegradáveis;
- c) proceder-se-á a triagem dos resíduos, por meio de coleta seletiva de embalagens, lixo orgânico, vidros, plásticos, dentre outros;

No Brasil, o Ministério do Meio Ambiente em 1999 lançou a A3P – Agenda Ambiental na Administração Pública, iniciativa que teve por finalidade estimular a incorporação de referenciais de gestão ambiental na atividade administrativa, por meio da adoção de ações que promovam o uso racional de recursos naturais e dos bens públicos, manejo adequado e diminuição do volume gerado de resíduos gerados, licitações sustentáveis ou ‘compras verdes’ – contratos públicos adaptados ao consumo sustentável – e educação ambiental.

A partir dessa época, o Poder Executivo procurou sensibilizar e implantar a sustentabilidade no exercício da função administrativa. Para tanto foi publicada a Portaria nº 61, de 15.05.2008 e em seu art. 2º fomentava a adoção das seguintes práticas:

- VI – a utilização de papel reciclado, no formato A4, 75g/m<sup>2</sup>;
- VII – o desenvolvimento e implantação de projetos de ilhas de impressão;
- VIII – a aquisição e utilização de impressoras duplex, respeitando-se o tempo de vida útil para aquelas que compõem o estoque de equipamentos deste Ministério entidades vinculadas;
- IX – a impressão frente e verso de documentos, incluindo correspondências oficiais;
- X – a impressão dupla por folha<sup>121</sup>.

<sup>121</sup> BRASIL. Portaria nº 61, de 15 de maio de 2008. Estabelecer práticas de sustentabilidade ambiental a serem observadas pelo Ministério do Meio Ambiente e suas entidades vinculadas quando das compras públicas sustentáveis e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/estruturas/a3p/\\_arquivos/36\\_09102008032817.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/a3p/_arquivos/36_09102008032817.pdf)> Acesso em: 02 jan. 2019.

Nessa linha de entendimento foi editada a Instrução Normativa nº 01/2010, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento — SLTI/MPOG que dispõe sobre o processo de contratação de bens e serviços pela Administração. De acordo com a Instrução Normativa, haveria a previsão obrigatória no edital de licitação de critérios objetivos de sustentabilidade ambiental, para avaliação e classificação das propostas.

Infelizmente, andamos em passos lentos, quando comparados à União Europeia e EUA. Apenas agora Estados e Municípios começam a proibir a comercialização de bebidas em copos plásticos e abolir a utilização de canudos; supermercados passam a abolir as sacolas plásticas e os órgãos de controle, a exemplo do TCU, ainda patinam na aceitabilidade de critérios ambientais nas especificações técnicas das obras, produtos e serviços a serem licitados pela Administração Pública. Exigências tais como: certificação (ISO 14001), atendimento de normas técnicas de ergonomia, resistência e durabilidade (Normas da ABNT e INMETRO), selos de desempenho/eficiência energética (PROCEL) e rótulos ecológicos não são vistos com bons olhos.

Dessa forma, impreterível avaliar detidamente as razões que condicionam a contratação ao atendimento de determinados requisitos. É com base na motivação técnica que a Administração poderá determinar quais condições devem ser preenchidas pelos interessados.

Sobre o assunto, Renato Geraldo Mendes ensina que:

Importante saber que toda exigência é potencialmente restritiva e se tornará concreta em relação a cada interessado que não possa atendê-la. O fato de uma condição ser restritiva não significa que ela seja ilegal. O que torna uma condição exigida na descrição do objeto ilegal não é o fato de que ela restringe a participação, mas a inexistência de fundamento de validade entre o que se exige e a necessidade que se quer satisfazer, isto é, deve haver nexo causal entre as duas coisas. Portanto, a ilegalidade está no fato de que a razão da discriminação não representa garantia para o atendimento da própria necessidade. Se não produz esse benefício, ela é, em princípio, ilegal (...) <sup>122</sup>.

Sobre a questão, veja-se o Acórdão nº 861/2013 - Plenário do TCU:

[Voto]

**10. Relativamente à exigência de laudos/certificados do Inmetro ou outro laboratório credenciado por ele, que garantem que os móveis atendem às normas específicas da ABNT, tratou-se de exigência de habilitação técnica, que passou a ser cobrada do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar. Objetivou garantir um padrão de qualidade e assegurar perfeito funcionamento do mobiliário, com comprovação de estabilidade, ergonomia, resistência e durabilidade dos itens a serem adquiridos. Cabe à administração exigir qualidade em seus fornecimentos, com vistas a evitar desperdício de dinheiro**

<sup>122</sup> MENDES, Renato Geraldo. **O processo de contratação públicas: fases, etapas e atos**. Curitiba: Zênite, 2012. p. 139.

público. Essa exigência atende ao interesse público e não se mostra desmedida ou desarrazoada.

11. Compartilho do entendimento técnico de que a certificação ISO 9001 não garante, por si só, a satisfação dos requisitos de qualidade objeto das normas da ABNT. A certificação ISO diz respeito à implantação de um modelo de gestão de qualidade para as organizações em geral, referindo-se mais especificamente aos processos de trabalhos. Não substitui, assim, os certificados e laudos exigidos. Garante que os produtos de uma mesma linha são absolutamente iguais, mas não que eles atendam às exigências da ABNT.

12. O argumento de que a simples apresentação das amostras substituiria os laudos e certificados também não procede. Não cabe à administração pública fazer teste de resistência e durabilidade nos móveis apresentados, não há nem laboratórios para isso nos prédios públicos. O exame da amostra restringe-se à comprovação do atendimento de normas e exigências da habilitação técnica, possíveis de serem identificadas num exame padrão de design, acabamento, medidas, etc.

13. Ressalto, que **a jurisprudência deste Tribunal tem se inclinado a aceitar a aplicação de determinada norma técnica como critério de qualificação técnica, desde que se faça acompanhar das razões que motivaram essa decisão, com base em parecer técnico devidamente justificado, que evidencie a necessidade de aplicação de norma que reduza a competitividade do certame (acórdãos do Plenário 1.608/2006, 2.392/2006, 555/2008, 1.846/2010).**

14. No caso concreto, não se constatou a existência desse parecer, o que não inviabiliza a pertinência das exigências efetuadas, mas justifica que se dê ciência do fato à entidade, com vistas a evitar a falha em futuros certames.

15. Assim, corroboro o entendimento de que não foi atendido o requisito do *fumus boni iuris* no que toca ao pedido formulado pela representante, o que afasta a concessão da cautelar pleiteada. Da mesma forma, considero que existem elementos no processo que permitem sua apreciação no mérito, razão pela qual manifesto-me pela improcedência da representação, sem prejuízo de que seja dada ciência acerca da falha constatada (item 14 deste voto), conforme proposto pela unidade técnica.

(...)

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, com pedido de medida cautelar, da empresa Arvy Indústria de Móveis Ltda. contra o pregão eletrônico 1/2013, promovido pela Superintendência de Administração da Advocacia-Geral da União no Rio de Janeiro, para registro de preço para aquisição de mobiliário de madeira, com valor médio estimado da contratação em R\$ 10.598.480,93.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pela relatora e com base nos arts. 235 e 237, inciso I, do Regimento Interno, em:

9.1. conhecer da representação e considerá-la improcedente;

9.2. indeferir o pedido de medida cautelar;

9.3. dar ciência à (...) de que **a exigência, à guisa de habilitação técnica, de apresentação de laudos/certificados que demonstrem conformidade de produtos às normas da ABNT, conforme requisitado no item 8.11.5 do Edital do Pregão Eletrônico 01/2013, deve ser acompanhada de justificativa plausível e fundamentada em parecer técnico no bojo do processo, não bastando o que constou no item 8.11.5.1 do instrumento convocatório, sob pena de infringir os princípios que norteiam o procedimento licitatório e de contrariar a jurisprudência deste Tribunal (acórdãos 2392/2006, 2378/2007, 555/2008 e 1846/2010-TCU-Plenário e 7737/2011-2ª Câmara)**<sup>123</sup>.

Essa também foi a orientação adotada pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 1.305/2013 – Plenário quando determinou à unidade jurisdicionada que passasse a

<sup>123</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 861. Arvy Indústria de Móveis Ltda., Advocacia Geral da União. Relator: Ministra Ana Arraes. DJ, 10 abr. 2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=5901237>> Acesso em: 03 jan. 2019.

descrever “os equipamentos a serem adquiridos com as características de eficiência energética pretendida, sem vinculá-los a certificações específicas, a exemplo do selo ‘PROCEL’”.

Caso o produto cotado tenha o selo em questão, comprova-se sua eficiência energética por esse instrumento. Do contrário, não se procederá a imediata desclassificação das propostas, impondo-se, todavia, para sua aceitação, a análise e aprovação de amostra em vista das especificações fixadas.

### **3.3. Critérios de seleção/exclusão**

A Diretiva 2014/24/CE não é tão explícita quanto à consagração de considerações ambientais nos critérios de seleção, como o faz relativamente às especificações técnicas, aos critérios de adjudicação e às condições de execução do contrato.

Ainda assim, é lícito sustentar que proporcionam ampla margem de discricionariedade para a inclusão de considerações ecológicas.

Com efeito, dentre os critérios de seleção previstos no art. 58 da Diretiva, vale destacar a capacidade técnica e profissional que deve estar ligada a ser proporcional ao objeto do contrato, bem como ser necessária ao seu cumprimento (art. 58 n° 1). Destina-se a assegurar que os candidatos disponham dos recursos humanos e técnicos e de experiência necessários para assegurar um nível de qualidade adequado na execução do contrato (art. 58 n° 4).

A capacidade técnica no domínio ambiental pode compreender as competências em matéria de minimização da criação de resíduos, prevenção de derrames/fugas de substâncias poluentes, redução do consumo de combustíveis ou minimização da perturbação de *habitats* naturais.

A experiência pode ser comprovada por referências adequadas de contratos executados no passado (art. 58 n° 4) com exigências ambientais similares e um instrumento útil para tanto é exigir-se a lista desses contratos (v. Anexo XII, parte II, alínea ‘a’ da Diretiva).

Noutras situações, os aspectos ambientais podem ser tratados por meio da análise das qualificações acadêmicas e profissionais do pessoal responsável pela execução do contrato (v. Anexo XII, parte II, alínea ‘f’). Esses requisitos são especialmente importantes no contexto de contratos que só podem atingir os respectivos objetivos ambientais mediante a formação adequada de pessoal. Ainda como meio de prova, podem ser indicadas as “medidas de gestão

ambiental que o operador econômico poderá aplicar quando da execução do contrato” (v. Anexo XII, parte II, alínea ‘g’).

As autoridades adjudicantes devem indicar no anúncio do concurso ou convite as condições de participação exigidas, que poderão ser expressas como níveis mínimos de capacidade juntamente com os meios de prova adequados (art. 58 n° 5).

Outra questão que merece ser analisada é a possibilidade de exclusão de licitantes não cumpram com as obrigações relativas ao ambiente. De fato, levando-se em consideração aos ‘Considerandos’ n° 39 e 40 e mediante uma combinação dos artigos 57 n° 4, alínea ‘a’, (motivos de exclusão) e art. 18 n° 2 (princípios da contratação) da Diretiva, infere-se que um operador econômico pode ser excluído da participação num procedimento de contratação caso seja demonstrado o descumprimento das obrigações aplicáveis em matéria ambiental estabelecidas pelo direito da União, por legislação nacional ou pelas disposições de direito internacional constantes do Anexo X.

No Brasil, como condição de habilitação dos licitantes deverá ser exigida a documentação relativa à qualificação técnica, prevista legalmente no art. 30 da Lei n° 8.666/93. A capacidade técnico-profissional diz respeito à experiência pessoal do profissional indicado como técnico responsável pela execução da obra ou do serviço e visa demonstrar que este, por já ter executado anteriormente obras ou serviços similares, possui condições de se responsabilizar pela execução do objeto pretendido. É demonstrada por meio da apresentação de atestados de desempenho anterior.

Diz a Lei que a comprovação de aptidão será feita por meio de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direitos público e privado. É importante notar que a indicação normativa não pode ser considerada taxativa, mas exemplificativa. A razão é simples: as pessoas físicas também podem emitir atestados em favor dos profissionais contratados, e, obviamente, as entidades não poderão recusar a respectiva anotação. Há situações também em que o emissor dos atestados não possui personalidade jurídica, como é o caso do condomínio. Se prevalecesse a interpretação literal do dispositivo, condomínios e pessoas físicas não poderiam emitir atestados comprovando que o licitante realizou objeto compatível com o da contratação, o que seria ilegal. Não aceitar os atestados emitidos por pessoa física ou condomínio é o mesmo que afirmar que obras e serviços de engenharia, por exemplo, executados para tais pessoas não estão sujeitos à fiscalização profissional do CREA ou não constituem negócio jurídico.

Não se coaduna com o sistema da Lei nº 8.666/93 a exigência editalícia que determina que os atestados de capacidade técnica para obras, serviços e compras venham acompanhados das respectivas notas fiscais. O atestado deve valer por si mesmo. É claro, isso não afasta a possibilidade de, em havendo indício de fraude, ser apurada a autenticidade do atestado junto ao CREA, por exemplo.

Assim, a Administração Pública deverá nas suas licitações exigir, como condição de habilitação, que os licitantes disponham dos recursos humanos e técnicos e de experiência necessários para assegurar um nível de qualidade adequado na execução do contrato, bem como possam ser excluídos dos certames, caso desatendam a exigências de processos ambientais, como podemos exemplificar a ausência de sistema de logística reversa, mediante apresentação de um plano de gerenciamento de resíduos sólidos, a exemplo dos arts. 21 e 33 da Lei nº 12.305/2010.

### **3.4. Critérios de Adjudicação**

O art. 67, nº 1 e 2, da Diretiva 2014/24/CE prescreve que:

“as autoridades adjudicantes devem adjudicar os contratos públicos com base no critério da proposta economicamente mais vantajosa (...) do ponto de vista da autoridade adjudicante deve ser identificada com base no preço ou custo, utilizando uma abordagem de custo-eficácia, como os custos do ciclo de vida em conformidade com o artigo 68º, e pode incluir a melhor relação qualidade/preço, que deve ser avaliada com base em critérios que incluam aspectos qualitativos, ambientais e/ou sociais ligados ao objeto do contrato público em causa”<sup>124</sup>.

Estes critérios qualificativos, ambientais e sociais podem compreender, por exemplo:

a) qualidade, a ser aferido por valor técnico, características estéticas e funcionais, acessibilidade, concepção para todos os utilizadores, características sociais, ambientais e inovadoras, negociação e respectivas condições; b) organização qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregado tenha impacto significativo no nível de execução do contrato; ou c) serviço e assistência técnica pós-venda, condições de entrega, tais como a data de entrega, processo de entrega o prazo de entrega ou de execução” (art. 67 nº 2.).

Para melhor compreensão dos novos critérios de adjudicação, é importante recorrermos à análise dos ‘Considerandos’ da Diretiva, desse modo, a expressão proposta economicamente mais vantajosa é um conceito primordial, já que todas as propostas

---

<sup>124</sup> UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/CE, de 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <[http://www.contratacao-publica.com.pt/xms/files/Legislacao/Comunitaria/Diretiva\\_Classica\\_2014\\_24.pdf](http://www.contratacao-publica.com.pt/xms/files/Legislacao/Comunitaria/Diretiva_Classica_2014_24.pdf)> Acesso em: 03 jan. 2019.

vencedoras deverão, em última análise, ser escolhidas, consoante o que a autoridade adjudicante considere ser a melhor solução, em termos económicos, dentre as apresentadas.

A fim de evitar qualquer confusão com o critério de adjudicação atualmente conhecido como a “proposta economicamente mais vantajosa” nas Diretivas de 2004, deverá utilizar-se uma terminologia diferente para abranger esse conceito, a saber, a “melhor relação qualidade/preço” (‘Considerando’ nº 89). A proposta economicamente mais vantajosa deverá ser avaliada com base na melhor relação qualidade/preço, que deverá sempre incluir um elemento de preço ou de custo.

Deverá igualmente ser especificado que essa avaliação proposta economicamente mais vantajosa também poderá ser efetuada apenas com base no preço ou na eficácia em termos de custos. A fim de incentivar uma maior orientação da contratação pública para a qualidade, os Estados-Membros deverão ser autorizados a proibir ou restringir a utilização exclusiva do preço ou do custo para avaliar a proposta economicamente mais vantajosa, quando o considerarem adequado (‘Considerando nº 90’). Os critérios qualitativos devem, por conseguinte, ser acompanhados de um critério de custos que poderá ser, à escolha da autoridade adjudicante, o preço ou uma abordagem custo-eficácia como cálculo dos custos do ciclo da vida (‘Considerando nº 92’).

Para Pedro Gonçalves:

A fórmula utilizada deixou de contrapor o critério do preço mais baixo ao critério da proposta economicamente mais vantajosa. Mas a adjudicação segundo o critério do preço mais baixo continuará a ser possível, salvo se outra for a opção do direito nacional, nos termos do último parágrafo do nº 2 do art. 67º.<sup>125</sup>

Podemos falar mesmo num novo critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa traduzido na melhor relação qualidade/preço, mais abrangente do que o anterior previsto nas Diretivas de 2004, como passamos a explicar abaixo.

Com efeito, podemos resumir as alterações nos critérios de adjudicação da seguinte forma: (i) agora existe um único critério de adjudicação que é o da proposta economicamente mais vantajosa, mas com uma nova conotação ou denominação que é o da melhor relação qualidade/preço (proposta que ofereça a melhor solução, inclusive em termos económicos), a qual deverá sempre incluir um elemento de preço ou de custo; (ii) este novo critério comporta três subcritérios, quais sejam: (a) proposta economicamente mais vantajosa apenas com base no preço, quando somente este seja determinante para a avaliação das propostas; (b) proposta economicamente mais vantajosa com base numa abordagem de custo-eficácia, como o cálculo

<sup>125</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. **Direito dos Contratos Públicos**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 323.

dos custos do ciclo de vida (o que engloba, obviamente, também o preço); e, finalmente (c) proposta economicamente mais vantajosa ampla, com base em critérios que incluam aspectos quantitativos (o preço e/ou o custo/eficácia), qualitativos, ambientais e/ou sociais ligados ao objeto do contrato público em causa e não só numa abordagem relacionada ao custo-eficácia.

Por qual motivo(s) o legislador fundiu os dois antigos critérios de adjudicação (preço mais baixo e proposta economicamente mais vantajosa) num único, modificando a sistemática do art. 53. 1, a) e b) da Diretiva 2004/18/CE? Por duas razões, em nosso entender.

A uma, a despeito de continuar admitindo julgamentos com base apenas no menor preço (ainda que estimulando uma abordagem de custo-eficácia), por passar a adotar uma compreensão ampla e integrada de proposta economicamente mais vantajosa a qual compreende, simultaneamente, aspectos quantitativos e qualitativos (incluindo os ambientais e sociais), isto é, uma melhor relação qualidade-preço.

A duas, por tentar socializar as exigências de sustentabilidade na medida do possível como critérios de adjudicação na identificação das propostas. É nítido o intuito geral do legislador comunitário de incentivar as entidades adjudicantes a incluir na ponderação aspectos qualitativos, ambientais e sociais no seio da proposta economicamente mais vantajosa. Trata-se de uma atividade típica de fomento do Estado.

Os critérios de adjudicação não devem contemplar questões que possam ser mais bem avaliadas na fase de seleção ou que já tenham sido avaliadas nesta fase. Estão excluídos, portanto, critérios de adjudicação relativos, por exemplo, à experiência anterior dos proponentes ou à sua capacidade técnica e financeira. Contudo, poder-se-á definir um nível mínimo de desempenho nas especificações técnicas e, subsequentemente, atribuir pontos suplementares para um desempenho ainda melhor na fase de adjudicação. Esta abordagem é utilizada com sucesso por uma série de entidades adjudicantes para manter a flexibilidade quando a implementação dos contratos.

O peso atribuído a cada critério de adjudicação determina as suas respectivas influências na avaliação final e pode refletir em que medida os aspectos ambientais são tratados nas especificações técnicas: se nas especificações estiverem definidos requisitos ambientais rigorosos, o seu peso poderá ser menor na avaliação e vice-versa. Não há um limite máximo definido para o peso a ser atribuído aos critérios ambientais na ponderação, para que seja adequada, importa ter em conta os objetivos ambientais para o contrato e adequada e outras considerações, como o custo, a qualidade em geral e as circunstâncias do caso concreto.

O art. 67 n° 3 da Diretiva estatui que:

Os critérios de adjudicação devem ser considerados em função do objeto do contrato público quando estiverem relacionados com as obras, produtos ou serviços a fornecer ao abrigo desse contrato, sob qualquer aspecto e em qualquer fase do seu ciclo de vida, incluindo fatores envolvidos: a) no processo específico de produção, fornecimento ou negociação das obras, produtos ou serviços; ou b) num processo específico em relação a outra fase do seu ciclo de vida, mesmo que estes fatores não façam parte da sua substância material<sup>126</sup>.

Vê-se claramente a incorporação pela Diretiva da exigência de os critérios de adjudicação estarem relacionados ao objeto do contrato, tal como formado pelo TJUE no caso *Concordia Bus*, com a referência adicional ao ciclo de vida das obras, fornecimentos ou serviços. O critério ambiental pode incluir, por exemplo, externalidades relacionadas ao consumo (v.g., poluição de veículos utilizados no transporte coletivo), externalidades ligadas à produção (v.g., energia proveniente de fontes renováveis) e custos referentes ao ciclo de vida (aquisição, uso, manutenção, deposição e pode também incluir outras externalidades).

Coloca-se aqui também a questão sobre a possibilidade de os critérios de adjudicação favorecem propostas que contemplem a fabricação de produtos a partir da energia proveniente de fontes renováveis, hipótese que não foi ainda apreciada pelo TJUE. Partindo da mesma lógica dos *cases Concordia Bus e Wienstrom*, parece-nos que seria admissível. Outra abordagem seria no sentido de que a energia é apenas um objeto intermediário para a produção de outro produto final (e o seu fornecimento não é objeto do contrato em si); logo, poderia ser argumentado que o método de produção não estivesse suficientemente ligado ao objeto do contrato, eis que relacionado apenas à produção de um produto intermediário (energia) o qual é, por sua vez, usado para fabricação do produto final, mas não faz parte dele.

Por fim, socorremo-nos de alguns exemplos práticos. Um concurso lançado em 2010 em Munique para produtos de TI incluía uma série de critérios ambientais relativos ao desempenho energético, à utilização de substâncias nocivas e às emissões sonoras com base no rótulo ecológico Anjo Azul e o programa Energy Star<sup>127</sup>. Alguns critérios foram incluídos como especificações mínimas, obtendo o melhor desempenho pontos suplementares na fase da adjudicação. O total de pontos atribuídos ao desempenho em termos ambientais e de qualidade foi dividido pelo preço, a fim de chegar a uma nota final de avaliação para determinar a melhor relação qualidade/preço. O concurso também foi dividido em vários lotes, a fim de dar às pequenas e médias empresas uma maior possibilidade de ganhar partes do contrato.

<sup>126</sup> UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/CE.

<sup>127</sup> A Certificação EPA Energy Star é um padrão internacional para o consumo eficiente de energia, criado pelo governo norte-americano na década de 1990. No Brasil, não há nenhuma norma impondo o registro de produtos de informática nesse sistema de avaliação.

Noutro concurso para serviços de limpeza, a Agência de Proteção Ambiental de Toscana (ARPAT) avaliou as propostas em função do critério da proposta mais vantajosa do ponto de vista econômico e ambiental, tendo sido atribuídos 40 pontos ao preço e 60 pontos a qualidade, entre os critérios de qualidade incluíam-se a utilização de técnicas de limpeza ecológicas, a redução das embalagens, o desempenho ambiental dos produtos (percentagem de produtos conforme com os rótulos ISO tipo I ou equivalentes) e a qualidade dos programas de formação ambiental.

No Brasil, por ocasião da licitação, a Administração somente pode fixar exigências mínimas necessárias para assegurar a satisfação da sua demanda, sendo vedado o estabelecimento de quaisquer condições impertinentes ou irrelevantes para esse fim.

Nesse contexto, a eleição de critérios sustentáveis para aquisição de bens ou contratação de obras e serviços é admitida, de forma a concretizar a defesa do meio ambiente prevista no art. 170, inc. VI, da Constituição da República e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, constante do art. 3º da Lei de Licitações. No âmbito da Administração Pública federal, inclusive, a IN nº 01 da SLTI/MPOG regulamenta a adoção de exigências de natureza ambiental nessas contratações. O §1º do art. 5º desse normativo prevê que a comprovação dos critérios de sustentabilidade "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"<sup>128</sup>.

Portanto, ainda que se admitam exigências ambientais em certames licitatórios, a verificação quanto ao seu atendimento deve ocorrer de forma ampla, não cabendo à Administração restringir a comprovação a um único documento, certificação ou sistema de avaliação.

Por conta disso, o TCU entendeu recentemente que a exigência de comprovação de responsabilidade ambiental exclusivamente por certificado EPA restringe a competitividade do certame. Nos termos do Voto do Acórdão nº 231/2013, 2ª Câmara:

Quanto à previsão de que as licitantes deveriam apresentar certificado de responsabilidade ambiental referente a seus produtos, a princípio, não haveria óbices, tendo em vista o disposto no art. 3º, inciso II, do Decreto 7.174/2010, que regulamenta a contratação de bens e serviços de informática e automação pela administração pública federal. Todavia, como bem acentuou a unidade instrutiva, o caráter restritivo da exigência restou patente por essa comprovação ter sido

---

<sup>128</sup> BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Instrução Normativa n. 01, de 19 de janeiro de 2010. Dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.governodigital.gov.br/documentos-e-arquivos/legislacao/INSTRUCAO%20NORMATIVA%20N.%2001%20de%202010%20-%20Compras%20Sustentav.pdf/view>> Acesso em 03 jan. 2019.

restringida aos certificados EPA, em prejuízo de outros sistemas de avaliação e classificação ambiental utilizado pelo mercado de computadores<sup>129</sup>.

Logo, conforme orientação do TCU, a exigência de comprovação de responsabilidade ambiental exclusivamente por meio da apresentação de Certificado EPA Energy Star em procedimentos licitatórios destinados à contratação de bens e serviços de informática é excessiva e prejudica a competição. Para o atendimento dos critérios de sustentabilidade ambiental previstos no edital, a Administração deve aceitar qualquer meio de prova utilizado no mercado fornecedor, a exemplo de laudo técnico emitido por entidade credenciada ao INMETRO, que ateste a compatibilidade do produto cotado com os critérios definidos pela Certificação EPA.

Percebe-se que aqui, o TCU adota entendimento diametralmente oposto as posições adotadas pela Comunidade Europeia a respeito dos critérios de adjudicação, gerando inibição por parte do administrador, confusão e insegurança jurídica.

### **3.5. Condições de execução do contrato**

O art. 70 da Diretiva admite a inclusão de considerações ambientais nas condições de execução do contrato mediante cláusulas de desempenho, desde que estas estejam relacionadas com o objeto do contrato na acepção do art. 67 n° 3 e sejam indicadas no anúncio ou nos documentos do concurso. Em termos desta relação com o objeto do contrato (art. 67 n° 3), isso quer dizer em qualquer aspecto e em qualquer fase do ciclo da vida das obras, produtos ou serviços a fornecer.

As cláusulas de execução do contrato servem para especificar o modo como um contrato deve ser executado. A entidade adjudicante pode especificar que os produtos devem ser fornecidos ou os serviços/obras executados de uma forma que minimize o impacto ambiental, podendo o desempenho ambiental estar ligado à penalização (para desencorajar o descumprimento dos compromissos ambientais) ou bonificações previstas no contrato. Contudo as cláusulas de execução do contrato não devem ter o caráter de especificações técnicas, critérios de seleção ou critérios de adjudicação disfarçados.

A principal diferença entre a inclusão de considerações ambientais nas especificações técnicas e nas condições de desempenho é que, diferentemente da primeira, a

---

<sup>129</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n° 231. Erik Miguel Chee John, Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná. Relator: Ministro José Jorge. DOU, 31 jan. 2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=5550558&codPapelTramitavel=49470804>> Acesso em: 04 jan. 2019.

segunda não permite a exclusão dos candidatos com base na não conformidade antecipada, razão pela qual as especificações técnicas são o palco preferido para levar em conta a sustentabilidade. Outro problema das condições de desempenho é que os proponentes prometem desempenhar certas tarefas mediante uma simples declaração e, assim, não há nenhuma maneira eficaz de assegurar que as implicações atuais são devidamente avaliadas.

Assim, podem ocorrer situações em que a entrega do contrato pode restar comprometida por conta do custo do cumprimento superar a margem de lucro alcançada pelo proponente vencedor.

Nesse sentido, os proponentes não podem ser excluídos previamente pela falta de capacidade de observar os termos e condições especiais de execução do contrato, salvo se as propostas não aceitarem as condições impostas; e a proposta vencedora que falhar em honrar essas condições estará descumprindo o contrato.

Aqui também alguns exemplos são válidos para ilustrar o raciocínio. As condições de desempenho ambientais podem incluir a entrega de produtos de uma forma ambientalmente amigável (v.g., fora do pico de tráfego) ou a recuperação de produtos utilizados.

Entre 2007 e 2010, o *Office of Public Works* (OPW), na Irlanda, concluiu mais de 200 contratos de fornecimento de mobiliário de escritório num valor até 10 milhões de euros por ano. Nos termos das cláusulas contratuais, os contratantes devem adotar boas práticas ambientais no local em matéria de redução e recuperação de resíduos, minimização de embalagens, utilização de materiais de embalagem recuperáveis, controle das emissões ambientais e utilização eficiente dos materiais e do transporte.

Um fornecedor começou a entregar os produtos envolvidos em mantas, em vez de acondicioná-los com materiais à base de plástico. A utilização desse tipo de materiais e do transporte. A utilização desse tipo de materiais de embalagem recuperáveis é agora prática habitual para os fornecedores da divisão de mobiliário. Outra empresa destrói os seus resíduos de madeiras duras para utilização no seu sistema de aquecimento.

Aqui no Brasil, a utilização da remuneração variável se constitui em importante ferramenta para fomentar ou desestimular a prática sustentável e poluidora, respectivamente.

### 3.6. Da utilização da técnica da ponderação como resolução de conflitos entre os princípios/finalidades da licitação

Durante anos se entendeu que o princípio licitatório da vantajosidade se resumia a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e que esta, como regra geral, quando licita selecionaria o menor preço. Até os dias atuais, os órgãos de controle, a exemplo dos Tribunais de Contas, Controladorias e Ministério Públicos fazem forte fiscalização e acabam por privilegiar tal critério de julgamento.

Indagamos se, após o novel princípio do desenvolvimento nacional sustentável houve modificação, com um novo fundamento de validade e/ou ponderação ao princípio da vantajosidade? E a isonomia ou igualdade de participação aos licitantes, foi também modificado?

Entendemos que, além de se destinar a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, a licitação será destinada também à promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Essa nova forma de uso das licitações certamente determinará radicais mudanças na maneira de agir dos agentes públicos.

Sobre a adoção de boas práticas licitatórias, de otimização e de recursos, redução de desperdícios e menor poluição, é percuciente a avaliação de Vânia Pereira da Silva:

Tal obrigação indica a necessidade de criar uma nova consciência coletiva, no que tange à sustentabilidade, adotando-se meios de instrução dos agentes públicos e de introdução do novo conceito, que surge desde a simples adoção de posturas ecologicamente aceitáveis até a definição do objeto da licitação. Observa-se que para a efetiva implementação das ações (...) necessita-se de elaboração de novas normas internas que regulamentem, por exemplo, a utilização racional da água e da energia, (...) e aquisição de lâmpadas de maior eficiência e de processo produtivo sustentável, procedimentos de descarte dos materiais eletrônicos de pequena dimensão, implementação da reciclagem, dentre outros. Além disso, disponibilizar os meios para que a empresa contratada possa executar a seleção do lixo coletado, treinar os agentes públicos para que gerenciem os contratos celebrados, desde a simples execução do objeto propriamente dito, até o acompanhamento das ações finais de descarte de materiais<sup>130</sup>.

Assim também percebeu Daniel Ferreira:

(...) pelo fato de a promoção do desenvolvimento nacional ter assumido status de finalidade, *pari passu* com a de garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa, a ordem legal vigente passa a exigir dos agentes públicos uma nova postura, pela evidente quebra de paradigma e exigência de fiel cumprimento da lei, não apenas como forma de resguardá-los de uma resposta sancionadora disciplinar por seu eventual descumprimento, como, em especial, para garantir a própria validade do certame e da consequente contratação.

<sup>130</sup> SILVA, Vânia Pereira da. O dinamismo das normas administrativas nas contratações públicas: impedâncias na implementação de novos procedimentos. **Revista Obras Civis**, ano 2, n. 2, p. 60, dez. 2010.

Destarte, o que antes se aludiu como um fim remoto, indireto, mediato da licitação (a promoção do desenvolvimento nacional, (...) “apenas” com lastro na Constituição) não mais assim se revela, passando ele a integrar o “novo” e cada vez “mais complexo” interesse público objetiva e primariamente perseguido pela licitação<sup>131</sup>.

A verificação e delimitação do princípio da vantajosidade merece ser estudada mais detidamente, com a alteração e ponderação à luz do princípio do desenvolvimento nacional sustentável.

O grande desafio consiste em encontrar a justa medida em compatibilizar os três princípios/finalidades da licitação e delimitar quando a Administração Pública atua de forma abusiva, impondo aos licitantes participantes discriminações excessivas e abusivas e quando atua legitimamente, perquirindo o interesse público primário e secundário, alcançando, por via de consequência, o desenvolvimento nacional sustentável. De igual modo, como atender ao desenvolvimento nacional sustentável sem renunciar ao princípio da vantajosidade?

Para isso, devemos adotar a máxima da ponderação entre os princípios em questão. A ponderação é construída para a resolução de casos concretos e difíceis, nos quais há tensão entre princípios jurídicos. Sobre o conceito de ponderação, Barcellos nos ensina:

[...] a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para *casos difíceis* (do inglês *'hard cases'*), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A estrutura geral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre premissa menor – fatos – e produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso.<sup>132</sup>

Em que pese existirem críticas à técnica da ponderação, sob o fundamento de que seus métodos conduziram ao arbítrio e subjetivismo, diante da ausência de parâmetros pré-definidos na adoção de referida técnica, inegável que os outros métodos e técnicas de interpretação que estão disponíveis ao intérprete não estão imunes a equívocos e falhas. Seus críticos, a exemplo de Eros Roberto Grau quando diz que “a ponderação entre princípios é pura expressão de subjetivismo de quem a opera, optando por um ou outro, escapando ao

<sup>131</sup> FERREIRA, Daniel. **Função social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável (no e do Brasil, antes e depois da MP nº 495/2010)**. Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 107, nov. 2010. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidCont>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

<sup>132</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 55.

âmbito dos juízos de legalidade<sup>133</sup>” e Humberto Ávila para quem “o paradigma da ponderação conduz a um subjetivismo e, com isso, à eliminação ou severa redução do caráter heterolimitador do Direito<sup>134</sup>”, apontam para um pretensão subjetivismo, mas não sugerem solução melhor que a existente.

Em que pese o entendimento dos autores de elevada aceitação e que acabam por pautar todo o modo de pensar dos aplicadores do direito, ousamos discordar entendendo que a técnica da ponderação constitui sim numa importante ferramenta de solução de conflitos em problemas normativos, desde que cientificamente empregado. O grande problema, quando se fala em incorporação de institutos e modelos estrangeiros se torna justamente a falta de filtragem do modelo a ser incorporado no país, analisando-se as consequências, ou querendo se utilizar de parte da doutrina. Assim o que fazemos rotineiramente? Utilizamos a técnica apenas como um discurso retórico para rebuscar uma decisão desprovida de fundamentação. E nesses termos, uma vez aplicada desta maneira, concordarmos com a crítica à técnica da ponderação de parte expressiva da doutrina ao concluir por decisões especialmente, judiciais subjetivas e voluntaristas.

A chamada “lei de colisão” criada por Alexy é um dos fundamentos da teoria por ele defendida e pode ser assim descrita: “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa à consequência jurídica do princípio que têm precedência<sup>135</sup>”. Não há, portanto, uma relação absoluta de precedência.

Para Sarmento e Souza Neto, a ponderação “pode ocorrer também fora da seara constitucional na resolução de colisões entre normas e interesses de estatura infraconstitucional<sup>136</sup>”.

Na técnica da ponderação, “o principal critério a ser empregado para sua realização é o princípio da proporcionalidade com os seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)<sup>137</sup>”.

---

<sup>133</sup> GRAU, Eros Roberto. **O perigoso artifício da ponderação entre princípios**. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2009/07/o-perigoso-artificio-da-ponderacao-entre-principios>>. Acesso em: 02 jan 2018.

<sup>134</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, n. 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso 02 jan. 2018.

<sup>135</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 99.

<sup>136</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 512.

Em síntese apertada, a aplicação da máxima da ponderação se estrutura em três etapas, sendo que o primeiro passo se constitui na identificação dos comandos normativos ou as normas relevantes colidentes. Já na segunda etapa, o intérprete deverá proceder à análise dos fatos e premissas do caso concreto, para os quais não é possível o juízo de subsunção, tendo em conta o confronto das normas. Por fim, como última fase da técnica da ponderação, cabe ao intérprete valorar a importância dos bens jurídicos em confronto, mediante as variáveis do peso abstrato e do peso concreto.

No confronto entre bens jurídicos constitucionais com peso abstrato diferente, há uma tendência de aquele tido como mais elevado prevalecer. Trata-se, porém, de uma prevalência, *prima facie*, que pode ser eventualmente superada.

Analisa-se, em seguida, o grau de restrição ao bem jurídico atingido pela medida, cotejando-o com o nível de realização do interesse constitucional contraposto (*peso concreto*). Uma restrição leve a um bem jurídico mais importante sob o prisma constitucional pode ser justificada pela realização, em grau mais elevado, de outro interesse não tão relevante. E uma limitação muito severa a um bem jurídico menos essencial pode não ser admissível, ainda que vise à promoção, em nível mais modesto, de outro tido como mais relevante<sup>138</sup>.

A ponderação em abstrato, que equivale ao estabelecimento de precedência entre princípios sem levar em consideração as condições do caso concreto, é criticada por Alexy, para o autor:

Se existem princípios absolutos, então, a definição de princípios deve ser modificada, pois se um princípio tem precedência em relação a todos os outros em casos de colusão, até mesmo em relação ao princípio que estabelece que as regras devem ser seguidas, nesse caso, isso significa que sua realização não conhece nenhum limite jurídico, apenas limites fáticos. Diante disso, o teorema da colisão não seria aplicável<sup>139</sup>.

Passamos agora a analisar a problemática da obrigatória observância dos três princípios/finalidades da licitação.

O novel princípio tem impactos diretos e profundos na aplicabilidade e interpretação do princípio da vantajosidade. Como integrar as considerações ambientais e sociais na contratação pública? Pense-se num exemplo singelo: um contrato de empreitada de obra pública pode – ou melhor, deve – ser encarada como um meio não apenas de obtenção da obra pública em si mesma (permitindo a realização direta de determinado fim de interesse público como um equipamento público, a exemplo de uma escola ou uma delegacia de polícia), mas também um instrumento de prossecução de políticas ambientais, exigindo-se do empreiteiro a utilização de materiais ambientalmente limpos, com poucos resíduos, evitando-se com isso o desperdício, novas diretivas e políticas de acessibilidade e utilização de luminosidade natural, uso e reuso de água, e de políticas públicas sociais, impondo-se ao empreiteiro a contratação

<sup>137</sup> **Ibim**, p. 518.

<sup>138</sup> **Ibid**, p. 519.

<sup>139</sup> ALEXY, **Op. cit.**, p. 111.

de determinada porcentagem de trabalhadores desempregados ou a utilização de mão de obra local, visando fomentar a criação de emprego local.

Novamente, no plano dogmático, Juarez Freitas faz três indagações e lança algumas diretrizes para tentar solucionar o complexo problema de compatibilizar os três princípios/finalidades da licitação, fugindo de subjetivismos, preferências ou argumentos meramente retóricos.

Uma primeira questão relacionada ao direito à administração sustentável concerne aos antecedentes e à finalidade mesma da conduta administrativa. Nesse momento, imprescindível responder às indagações preliminares de sustentabilidade, segundo o autor. É a conduta realmente necessária? Apresenta benefícios diretos e indiretos que superem os custos diretos e indiretos? Mais: o administrador público considerou, com esmero e capacidade de cálculo (no sentido amplo do termo), a hipótese de resolver a demanda com medidas de racionalização ou com o emprego daquilo que está disponível e ocioso? A decisão administrativa de licitar, por exemplo, favorece a prosperidade sistêmica e duradoura ou só contribui para a formação de gargalos setoriais que embaraçam a vida de todos? Induz novos padrões de consumo e de estilo de vida mais saudáveis? É o empreendimento útil ou é obra (estádio, por exemplo) que permanecerá ociosa após evento efêmero, como no caso de alguns estádios da Copa?

O dever de motivação, exercido nessa fase, terá de enfrentar, coerente e consistentemente, o mérito dessas questões em conjunto, no objetivo de que a costumeira conduta administrativa lesiva (por ação ou por omissão) não seja mais tolerada com indefensável conviência.

Prosseguindo no teste, o autor lança mais uma leva de indagações: a segunda série de questões típicas do direito à administração sustentável envolve a implementação propriamente dita da decisão administrativa. Aqui é a etapa de indagar o que segue: a quais políticas públicas, de estatura constitucional, a decisão específica deve atender prioritariamente? Isto é, superada a primeira fase decisória, é chegado o momento de definir, com precisão, o objeto e os requisitos entrelaçados de sustentabilidade ambiental, econômica e social. Requisitos que transcendem - sem excluir - o exame, necessário, mas insuficiente, da legalidade e das formas.

A par disso, importa que constem estimativas dos custos diretos e indiretos, esses últimos relacionados às externalidades negativas. Não faz sentido, por exemplo, considerar, hipertrofiada e exclusivamente, o custo econômico imediato para a construção de um prédio, sem pensar no custo de sua manutenção e de sua operação, os desperdícios de materiais, à

vista das soluções adotadas. Tampouco faz sentido que se considere, de forma isolada, o menor preço, o qual pode ser o pior preço, em especial quando considerados parametricamente os custos indiretos, tais como o ciclo de vida do bem, o custo de manutenção.

Por derradeiro, a terceira questão do teste de Administração Pública sustentável é aquela relativa à fase de execução da decisão administrativa. Nessa fase, que não pode ser separada logicamente das anteriores, conferir-se-á, fiscalizatoriamente, se a estimativa dos custos diretos e indiretos resulta bem sucedida na execução, consoante reavaliação permanente de aspectos comensuráveis e incomensuráveis, sempre com proporcionalidade.

Aqui, por exemplo, impõem-se os cuidados de fiscalização do pós-licenciamento ambiental, verificando o cumprimento exato de seus condicionantes.

As três fases, que compõem o teste de sustentabilidade das decisões administrativas, em conformidade com o direito fundamental à boa Administração Pública, são indissociáveis para o olhar que não se deixa confinar pela vista curta. De fato, só as lentes da sustentabilidade permitem enxergar dinamicamente os elementos enquadrados na representação do futuro. Não são, está claro, elementos facultativos, mas decisivos e cruciais num planejamento sustentável, isto é, capazes de transcender as expectativas do plano imediato.

Nesses moldes, os critérios de sustentabilidade passam a ser concebidos como instrumentos redefinidores do estilo da Administração Pública, seja pelo redesenho do bloco de sindicabilidade, pela ressignificação dos elementos vinculados, ou, enfim, por sua operacionalização. Com efeito, em seu caráter vinculante, o princípio constitucional da sustentabilidade proíbe, simultaneamente, a ineficiência e a ineficácia nas decisões públicas (finalidade inibitória). Obriga a prevenção e a antecipação, com planejamento estratégico e antevisão dos resultados (externalidades positivas e negativas) de obras, serviços e utilização dos bens (finalidade antecipatória e prospectiva). Estimula e induz comportamentos intertemporalmente responsáveis e de produção e consumo saudáveis (finalidade indutora).

Vale dizer, a decisão administrativa, uma vez guiada pelo direito fundamental à boa administração e pelo mandamento constitucional da sustentabilidade (com o cumprimento das regras correspondentes), serve como poderoso instrumento das políticas voltadas à equidade de longo alcance, com destaque para a saúde e para a internalização das externalidades negativas.

Quando manejados devidamente, os novos critérios se entrelaçam e evoluem para operar como autênticos critérios de juridicidade. Sob esse prisma, o exame de razoabilidade dos custos e benefícios (diretos e indiretos) incorpora, juridicamente, um inédito (e perfeitamente viável) escrutínio.

Por todo o exposto, o controle dos atos, contratos e procedimentos administrativos terá de incorporar os seguintes elementos nucleares:

a) análise prospectiva dos custos e benefícios diretos e indiretos (sociais, ambientais e econômicos), sem sucumbir aos reducionismos monetaristas e utilitaristas, muito comuns no tradicional método de avaliação marginal de custo-benefício.

b) exame de benefícios à base de parâmetros inegociáveis da sustentabilidade e da recomposição salutar dos serviços ecossistêmicos.

c) aprovação no proposto teste tríplice, o qual funciona como versão ampliada do princípio da proporcionalidade, como visto acima.

Inegável que mudanças positivas de hábitos e valores podem ser largamente favorecidas e encorajadas por opções administrativas, desde que se deixem guiar pelo direito fundamental à boa administração e pelo princípio do desenvolvimento sustentável. Não se trata, bem de ver, de pleitear uma obediência exclusiva ao longo prazo (porque o gestor consequente não pode descurar do curto prazo). Trata-se, mais propriamente, de reconhecer a relevância estratégica do Estado Constitucional, no sentido de contribuir para reordenar a sua cadeia de suprimentos, a logística e o comportamento do seu pessoal - da base à cúpula - mediante práticas inovadoras e exemplarmente indutoras.

## 4. ESTUDOS DE CASO

### 4.1. Do impacto das compras governamentais na economia nacional

O poder de compra do Estado é indiscutível. Estima-se que pelo menos 15% do Produto Interno Bruto-PIB brasileiro pode ser imputado às contratações públicas, o que, a nosso ver, coloca importante missão estatal tanto no que diz respeito a ser um consumidor consciente quanto a incentivar a implementação de políticas de responsabilidade socioambiental no setor privado.

Em ordem de grandeza, no Brasil, no ano de 2017, em pleno período de recessão econômica, as compras governamentais federais movimentaram R\$ 46.927.542.272,13 (quarenta e seis bilhões, novecentos e vinte e sete milhões, quinhentos e quarenta e dois mil duzentos e setenta e dois reais e treze centavos) na aquisição de bens e serviços por meio de aproximadamente, 98 mil e quinhentos processos, levando-se em consideração todas as modalidades de licitação.

Já no ano de 2018, as compras governamentais federais movimentaram R\$ 48.077.079.945,07 (quarenta e oito bilhões, setenta e sete milhões, setenta e nove mil, novecentos e quarenta e cinco reais e sete centavos) na aquisição de bens e serviços por meio de aproximadamente, 103 mil processos, levando-se em consideração todas as modalidades de licitação.

### 4.2. Do impacto das compras governamentais na economia de Alagoas.

Em Alagoas, no ano de 2017 a Agência de Modernização da Gestão de Processos - AMGESP, através de sua Superintendência de Licitações e Controle de Registro de Preço, realizou mais de mil pregões eletrônicos, gerando uma economia de R\$ 232.008.263,27 (duzentos e trinta e dois milhões oito mil duzentos e sessenta e três reais e vinte e sete centavos) para o Estado de Alagoas<sup>140</sup>.

Já no ano de 2018, o Estado de Alagoas economizou mais de R\$ 208 milhões (duzentos e oito milhões de reais) em licitações de compras governamentais e serviços para a administração pública. Os itens licitados pela Agência de Modernização da Gestão de Processos - AMGESP foram homologados com valores menores do que os estipulados pelos

---

<sup>140</sup> Amgesp, no ano de 2017, alcança uma economia superior a R\$ 232 milhões de reais, **Site AMGESP**, 08 jan. 2018. Disponível em: <<http://www.amgesp.al.gov.br/sala-de-imprensa/noticias/amgesp-no-ano-de-2017-alcanca-uma-economia-superior-a-r-232-milhoes-de-reais>>. Acesso: 30 dez. 2018.

orçamentos iniciais. A Agência também conseguiu reduzir em mais de R\$ 5 milhões os custos com telefonia, energia elétrica e água. No total, a economia gerada chega a quase R\$ 214 milhões<sup>141</sup>.

Por meio das aquisições públicas, a Administração Pública desempenha o importante papel de induzir transformações estruturais nos setores produtivos e econômicos, na economia local, além de ser um grande consumidor. Seja consumindo e movimentando a economia local, regional e nacional, seja induzindo o mercado, o Estado cumpre importante papel na economia, além de não descurar de uma das finalidades da licitação: selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Podemos citar a utilização do Sistema de Registro de Preços, instrumento em que o Estado consolida toda a sua demanda de determinado objeto e ao final, concluída a licitação acaba por economizar, com a economia de escala, devido à diminuição do preço em razão da quantidade a ser adquirida. Em regra, quanto maior a quantidade produzida menor devem ser o custo de produção e o preço final.

Além da preocupação com a eficiência do gasto público, o poder de compra do Estado pode fomentar valores outros que o preço dos produtos. Incentivar a inovação tecnológica, fomentar a criação de emprego local, dinamizando a economia local, criando valores novos à licitação.

Nesse sentido, entende-se que as compras governamentais podem induzir a introdução de padrões de critérios ambientais, econômicos e sociais, bem como gerar emprego e renda.

As contratações públicas devem servir como instrumento para a realização de políticas públicas voltadas à promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Para isso, é fundamental compreender a alteração do paradigma que envolve a vantajosidade a ser aferida na licitação. Anteriormente, essa vantajosidade consistia na seleção da proposta de menor preço, apenas. Atualmente, deve-se selecionar proposta capaz de viabilizar a celebração de uma contratação sustentável, assim entendida como aquela que assegura o consumo equilibrado e induz a transformações positivas no mercado.

---

<sup>141</sup> Estado de Alagoas economiza R\$208 milhões nas licitações de compras públicas em 2018, **Site AMGESP**, 29 dez. 2018. Disponível em:<<http://www.amgesp.al.gov.br/sala-de-imprensa/noticias/estado-de-alagoas-economiza-r-208-milhoes-nas-licitacoes-de-compras-publicas-em-2018>>. Acesso: 30 dez. 2018.

#### **4.3. O emprego do princípio do desenvolvimento nacional sustentável em Alagoas.**

Aqui em Alagoas, temos quatro casos exitosos e bem sucedidos, do emprego do princípio do desenvolvimento nacional sustentável nas licitações e compras governamentais.

Três em obras públicas, sendo duas na área de segurança pública, a saber: a construção do complexo de delegacias de Homicídios e Repressão a Narcóticos – DHPP/DRN; a construção dos 21 (vinte e um) Centros Integrados de Segurança Pública, equipamento público que alberga uma delegacia de polícia, juntamente com um grupamento da polícia militar, gerando uma integração e sinergia não apenas institucional, mas física entre as instituições e construído num novo método construtivo pré-moldado, em que se garante baixo descarte de material, agilidade na construção e entrega da obra, tendo em vista que, tal método utiliza módulos, à semelhança de um jogo de lego, em que os módulos são montados e juntados uns aos outros e não pelo método construtivo tradicional de alvenaria, onde cada tijolo para se fixar a outro recebe cimento e posteriormente, com a conclusão da parte estrutural da edificação, necessário realizar todo o acabamento como massa, piso, rejunte, pintura de paredes, o que gera desperdício significativo de material, além de um tempo maior de construção, entrega e funcionamento do equipamento público.

E o outro exemplo, na área de saúde, temos a construção de duas Unidades de Pronto Atendimento, construído num novo método construtivo pré-moldado, em que se garante também baixo descarte de material, agilidade na construção e entrega da obra, tendo em vista que, tal método utiliza placas pré-fabricadas e montadas por meio de soldas.

Por fim, a aquisição de transceptores de unidades móveis do sistema de rádio comunicação digital para a utilização das forças de segurança pública de forma segura.

#### **4.4. Da DHPP/DRN e dos CISP's.**

A construção do complexo de delegacias de Homicídios e Repressão a Narcóticos – DHPP/DRN e os Centros Integrados de Segurança Pública foram construídos num novo método construtivo pré-moldado, em que se garante baixo descarte de material, agilidade na construção e entrega da obra, tendo em vista que, tal método utiliza módulos pré-fabricados.

No instrumento convocatório foi estipulado um percentual de 30% (trinta por cento) do valor do contrato a ser utilizado em materiais e mão de obra local, mediante autorização de

subcontratação expressa, além de na licitação permitir-se a formação de consórcio, inclusive com participação de micro e pequenas empresas.

Onde entra a polêmica na licitação, no caso concreto: no confronto entre os princípios da isonomia e vantajosidade de um lado e de outro o do desenvolvimento nacional sustentável?

A execução das referidas obras custa em torno de 20(vinte) a 30% (trinta por cento) mais caro que o método construtivo tradicional de alvenaria. E como sustentar perante os órgãos de controle referida contratação?

Aqui entra a justificativa de ordem técnica e com base nela, enfrentamos o problema proposto, que é a obrigatoriedade de critérios de sustentabilidade nas contratações, a despeito da necessária observância também dos princípios da isonomia e da vantajosidade.

Os Centros Integrados – CISPS e a Delegacia de Homicídios e Repressão a Narcóticos – DHPP/DRN foram licitados pela modalidade de licitação Regime de Contratação Diferenciado – RDC e cujo regime de execução foi a contratação integrada. Nesse modelo, a Administração disponibiliza apenas um anteprojeto e não um projeto básico, devendo o licitante vencedor entregar à Administração o projeto executivo da obra a ser executada, assumindo os riscos por eventuais erros no momento da execução da obra. Inibe-se, portanto, os infundáveis aditivos de acréscimos, além de já remunerar o projeto básico e executivo da obra, o que particularmente aqui em Alagoas, o empreiteiro vencedor da licitação, salvo raríssimas exceções, já sabe que possui uma margem de até 25% (vinte e cinco por cento) para acrescer ao valor inicial do contrato celebrado.

Segue abaixo, a justificativa técnica elaborada por engenheiro<sup>142</sup> dos quadros do Estado de Alagoas e endereçada a Secretaria de Segurança Pública à época em que exercia o cargo de Secretário Executivo da Segurança Pública, que prestigia a inovação tecnológica e a sustentabilidade e ao final opina pela adoção do respectivo modelo de contratação, justificando técnica e economicamente:

#### **JUSTIFICATIVA TÉCNICA**

Ao Secretário Executivo da SSP,

Como dito na inicial a Secretaria de Segurança Pública tem estabelecido diversas ações de políticas organizacionais buscando o alinhamento do planejamento e coordenação operacional das organizações da SSP, neste contexto o Plano de Segurança do atual Governo

---

<sup>142</sup> JAMERSON CAVALCANTE DE LIMA, Engenheiro Civil, parecerista.

tem dentre suas ações, a prioridade da construção e disponibilização do Complexo DHPP e DRN, como forma de conter e gerir a crescente onda de violência em nosso Estado.

A contratação integrada consiste na dispensa de projeto básico, como componente do instrumento convocatório, para a contratação de serviço de elaboração de projeto executivo. Isso possibilitará a obtenção de ganhos de eficiência na execução do contrato, além de transferir os riscos do empreendimento, pois os “erros ou omissões do contratado” não justificarão a celebração de termos aditivos para alteração de preços.

Modernização é a palavra chave na busca pela eficiência e economicidade nos órgãos estatais, e, quando a norma permanece imutável a única possibilidade de avanço institucional é a evolução do intérprete.

Tornar a Administração Pública eficiente e ágil requer interpretação criteriosa dos lúdicos princípios jurídicos com base, mormente na conjunção da mais ampla eficiência da operacionalidade com a economicidade. Então, mesmo sabendo-se que não é simples decidir, há que se buscar amparo justo e certo de que a capilaridade do benefício ventilado na aplicação da contratação integrada justifica por si a sua aceitabilidade.

Com isso a intenção do legislador com a contratação integrada foi justamente eliminar uma das fases mais burocráticas da licitação: o planejamento da contratação. Com a adoção deste critério, o Poder Público passa este ônus a um mesmo particular, que terá de elaborar o projeto base e, após, executá-lo. Este regime serve, assim, especialmente para obras, que, muitas vezes, acabam não sendo concluído por conta de um planejamento incompleto ou desvirtuado.

Um problema corriqueiro pode evidenciar essa perspectiva. Nota-se que, muitas vezes, o projeto básico prevê a inserção de certa espécie de material, mas, na hora da execução, percebe-se que é muito mais racional a adoção de outro tipo de matéria-prima.

Estas situações geram toda a espécie de custo adicional, inseridos em aditivo contratual prática visualizada não raramente nos contratos administrativos. Assim, o legislador detectou esta falha nas contratações que vinham ocorrendo, e quis repassar esta responsabilidade ao particular. O planejamento do Poder Público será mais “diminuto” e feito pelo anteprojeto de engenharia – art. 9º, § 2º, inciso I, da Lei nº 12.462/11.

Diante da necessidade de agir de forma rápida e eficaz para solucionar o processo da Construção do Complexo de Delegacias que compreende o Departamento de Homicídios e Proteção a Pessoa – DHPP e a Delegacia de Repressão ao Narcotráfico - DRN, ciente da existência de novas tecnologias e sistemas construtivos industrializados, com construções

implantadas de forma modular, vislumbramos a possibilidade de alcançar essas tecnologias, caracterizadas pela *racionalização de custos, conformidade técnica, rapidez, desempenho, portabilidade e durabilidade*, atendendo a urgência que o caso requer.

Desta forma, visando atender a esta demanda, a Secretaria de Infraestrutura do Estado de Alagoas - SEINFRA, na intenção de dar celeridade à implementação desses Centros Integrados, *desenvolveu o anteprojeto em anexo, com todos os elementos mínimos e necessários para contratação imediata do complexo de Delegacias, anteprojeto este que permite modulação para adoção de novas tecnologias construtivas industrializadas. No mesmo ato, sugerindo ao Secretário de Segurança Pública adoção de forma de contratação nos moldes do Regime Diferenciado de Contratação - RDC, do tipo de licitação menor preço global, com orçamento fechado e no Regime de Contratação Integrada*, com intuito de atingir os objetivos traçados pelo Plano de Segurança do Governo, garantindo a sociedade alagoana rapidez na implantação de tais Centros, e assegurando, na sequência, o seu imediato funcionamento.

Vale ressaltar que conforme, a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, em seu Art. 9º assim dispõe:

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições:

I – inovação tecnológica ou técnica;

II – possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou

**III – possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.**

Sendo assim, recomendamos e orientamos a essa SSP, na utilização de produtos pré-fabricados e/ou industrializados, que viabilizam a mobilidade da estrutura, buscando uma construção rápida e de qualidade, respeitados os benefícios da construção limpa, sendo apontadas algumas vantagens construtivas, a saber:

- Padronização das edificações;
- Melhoria na qualidade da gestão do projeto, levando-se em conta a execução de instalações em diferentes endereços no mesmo período de tempo;
- Garantia de rapidez à obra;
- Redução e eliminação de diversos custos indiretos ou de difícil contabilização, como os casos de reiterados aditivos contratuais;
- Maior confiabilidade no cumprimento do cronograma executivo em função da previsibilidade das atividades de montagem e instalações;
- Obra sem desperdício, ociosidade e risco de desvios de materiais;
- Menor estrutura administrativa, fiscalização, laboratório e controle;

- Obra menos suscetível a variações climáticas;
- Redução das horas do pessoal exposto aos riscos inerentes à construção civil;
- Garantia de qualidade, comprovada pela atestação de entidades habilitadas;
- Obra limpa e menor dano possível ao meio ambiente;
- Mobilidade da estrutura capaz de atender diferentes necessidades da administração pública.

Lembramos que a solução a ser contratada deve garantir rapidez e facilidade de manutenção, possibilidade de expansão, além de acentuada versatilidade. Estas qualidades já são reconhecidas em empreendimentos privados e públicos tais como: shopping centers, edifícios, hotéis, indústrias, presídios entre outros, que precisam oferecer rápido retorno e a melhor relação custo/benefício ao investidor. A viabilização da mobilidade do sistema, que representa um ganho econômico futuro são também fatores essenciais para a definição da contratação mais adequada para o interesse público.

Para tal, *recomendamos a utilização dos anteprojetos, com plantas e memoriais descritivos, especificações e planilhas de custo global aferida mediante orçamento por metodologia paramétrica*, tomando como base o que preconiza na Lei do RDC (Lei nº 12.462/2011), em seu Art 9º:

§ 2º No caso de contratação integrada:

I - o instrumento convocatório deverá conter **anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço**, incluindo:

- a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;
- b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no caput e no § 1º do art. 6º desta Lei;
- c) a estética do projeto arquitetônico; e
- d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade;

II - o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou **na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedida ou paramétrica**. (Redação dada pela Lei nº 12.980, de 2014).

Ao final assina o engenheiro signatário do parecer técnico.

#### 4.5. Das UPA's

Já a construção das duas Unidades de Pronto Atendimento adotou-se outro método construtivo pré-moldado, em que se garante também baixo descarte de material, agilidade na construção e entrega da obra, tendo em vista que, tal método utiliza placas pré-fabricadas e

montadas por meio de soldas. Para se ter uma ideia da celeridade da obra, no método tradicional de alvenaria o cronograma físico-financeiro da obra demandaria 13 meses, ao passo que com o método escolhido esse tempo de construção diminuiu para apenas meses.

No caso das Unidades de Pronto Atendimento - UPA's, após denúncia anônima junto ao Ministério Público Estadual foi aberta investigação preliminar para apurar eventuais irregularidades, tendo o órgão de controle feito em breve resumo indagações sobre: a) qual motivo de não haver consultado o custo para realização da referida obra, através da forma tradicional de edificação em alvenaria; b) por que foi aceito um valor de metro quadrado tão superior ao valor referencial informado pelo TCU e estimado pela Portaria nº 10 de, 03/01/2017 do Ministério da Saúde, que fixa o valor referencial da tipologia das UPAS e c) por que foi utilizado o novo método para a construção da UPA no tipo III, considerando que referido método restringe essa participação?

Utilizaremos neste momento a técnica da ponderação, no caso concreto para demonstrar o acerto da escolha e justificar a contratação em tela.

Como dito anteriormente, a aplicação da máxima da ponderação se estrutura em três etapas, sendo que o primeiro passo se constitui na identificação dos comandos normativos ou as normas relevantes colidentes. Em abstrato, os princípios – normas – colidentes no contexto do presente trabalho são justamente as finalidades de toda e qualquer licitação: isonomia ou igualdade de participação dos licitantes; a vantajosidade, entendida como a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e o novel princípio do desenvolvimento nacional.

Já na segunda etapa, devemos proceder à análise dos fatos e premissas do caso concreto, para os quais não é possível o juízo de subsunção, tendo em conta o confronto das normas.

Foram respondidas todas as indagações formuladas pelo órgão de controle em documento elaborado pela Secretaria de Estado da Saúde (Apêndice 01). Os estudos de custos, prazos e metodologias construtivas foram avaliados, e antecederam a abertura do processo licitatório, por se tratar de estudos preliminares. A adoção de metodologias construtivas não convencionais deveu-se a modernização da área de arquitetura e engenharia, no tocante a adequabilidade aos normativos legais e avanços tecnológicos na utilização de novos materiais que produzam menor impacto no meio ambiente, extração dos recursos naturais e menor produção de resíduos, algo que a tecnologia adotada para execução das obras das UPA's já vem demonstrando.

A metodologia construtiva convencional (em alvenaria) é considerada, dentre outras tecnologias de mercado, a que mais produz resíduos, tanto na fase de construção, como na fase de operação e manutenção, ou seja, está na contramão do apelo mundial de sustentabilidade ambiental.

O consumo de recursos naturais na construção civil é variável de acordo com cada região, isso dependendo de fatores como:

- taxa de resíduos gerados;
- vida útil ou taxa de reposição das estruturas construídas;
- necessidades de manutenção, inclusive as que visam corrigir falhas construtivas;
- perdas incorporadas nos edifícios; e
- tecnologia empregada.

Portanto, esclarecemos que o questionamento realizado pela Promotoria Pública, desconsiderou a existência dessas novas tecnologias que buscam atender o apelo nacional e internacional de sustentabilidade ambiental, preservação dos recursos naturais e menor geração de resíduos. Mas mesmo assim, afirmamos que tais estudos comparativos foram realizados na fase de estudos preliminares, conforme documentação entregue a essa Promotoria.

Foram feitos estudos preliminares e concluiu-se que o método construtivo tradicional é, via de regra menos oneroso, no curto prazo, porém ambientalmente infinitamente pior. Sem querer adentrar em questões de engenharia, mas traduzindo didaticamente para que todos indistintamente possam compreender o método de alvenaria tanto na construção, quanto no uso já é obsoleto. Na construção, temos um índice altíssimo de desperdício dos materiais utilizados, tais como cimento, argamassa, rejunte, piso, maior erro e tempo de execução. No uso, a alvenaria uma vez entregue já nasce com patologias que exigem do Poder Público maiores cuidados com manutenção predial.

Ao passo que os métodos escolhidos na construção Doda DHPP/DRN, dos Centros Integrados e das Unidades de Pronto Atendimento foram utilizadas trocas de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público, bem como o incentivo a inovação tecnológica com a utilização de produtos pré-fabricados e/ou industrializados, que viabilizam a mobilidade da estrutura, buscando uma construção rápida e de qualidade, respeitados os benefícios da construção limpa.

Mas sem descurar da economia para o erário público, afinal, mesmo sendo digna de aplausos à introdução de critérios ambientais nas compras públicas, não se pode perder de vista que o Estado precisa manter o equilíbrio de suas finanças públicas. Ademais, o que deve

nortear a Administração como forma de compatibilizar as dimensões ambiental e econômico-financeira da sustentabilidade é a relação custo-benefício ou qualidade-preço, a fim de aumentar a eficiência da despesa pública.

No caso em tela, demonstramos ao Ministério Público que a economia para o erário não aconteceu apenas no custo do investimento (que contemplou não apenas a execução da obra, mas demolição do antigo prédio, a instalação de aparelhos de condicionadores de ar, grupo gerador), pois comparando a metodologia construtiva em EPS revestido de metal, o cronograma físico de execução das obras, reduziu de 13 (treze) meses para construção em alvenaria para apenas 04 (quatro) meses para construção em EPS. Com isso, a sociedade, carente de assistência médica, seria atendida num prazo menor, com a entrega efetiva do equipamento público.

No tocante ao argumento, de que tal método construtivo restringiria a competitividade, demonstramos que a licitação processou-se, mediante ampla publicidade, tendo sido divulgado aviso de licitação no DOU, DOE, em jornal de circulação local e ainda se permitiu a participação de consórcio entre empresas, conforme o art. 14, parágrafo único, inc. I da Lei nº 12.462/2011 (RDC).

Corroborando tal entendimento, verifica-se a primorosa lição de Marçal Justen Filho sobre a permissão de consórcio na licitação. Se num primeiro momento a associação de empresas em consórcio pode gerar a diminuição da competitividade, em outras circunstâncias, como a do presente caso, pode ser um elemento que a garanta, senão vejamos:

Mas o consórcio também pode prestar-se a resultados positivos e compatíveis com a ordem jurídica. **Há hipóteses em que as circunstâncias do mercado e (ou) complexidade do objeto tornam problemática a competição.** Isso se passa quando grande quantidade de empresas, isoladamente, não dispuser de condições para participar da licitação. **Nesse caso, o instituto do consórcio é via adequada para propiciar ampliação do universo de licitantes.** É usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares. São as hipóteses em que **apenas poucas empresas estariam aptas a preencher as condições especiais exigidas para a licitação**<sup>143</sup>. **(grifo nosso).**

Com espantosa precisão, o entendimento de Marçal Justen Filho subsuma-se perfeitamente ao caso em questão. O mercado é naturalmente restrito e o objeto da licitação complexo a ponto de reduzir a participação de empresas, sendo a competitividade reduzida por essas características.

Nesse sentido, cumpre trazer os seguintes entendimentos do TCU acerca da matéria:

---

<sup>143</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 369/370.

No entender da Unidade Técnica, não obstante constituir faculdade da Administração permitir ou não a participação de empresas em consórcio nas aludidas convocações, no presente caso, a vedação teria ocorrido sem a adequada motivação, o que teria inviabilizado a participação de mais licitantes, em prejuízo do princípio da ampla competição.” (Acórdão 59/2006 - Plenário).

“Não prospera também o argumento de que a possibilidade de formação de consórcio no Edital afastaria eventual restrição à competitividade da licitação. **A constituição de consórcio visa, em última instância, a junção de 2 (duas) ou mais empresas para realização de determinado empreendimento, objetivando, sob a ótica da Administração Pública, proporcionar a participação de um maior número de empresas na competição, quando constatado que grande parte delas não teria condições de participar isoladamente do certame. (...)**” (Acórdão nº 1.591/2005, Plenário, rel. Ministro Guilherme Palmeira) (grifo nosso).

A participação de consórcio na respectiva licitação mostra o cuidado que a Comissão de Licitação teve, em não afastar qualquer licitante, mesmo o objeto não sendo de extrema complexidade, pois o mesmo objeto desta metodologia construtiva, já tinha sido feito em UPA's construídas no Estado de Alagoas.

O desafio reside, justamente, em caracterizar a restrição indevida da competitividade, pois a fixação de critérios de aceitabilidade sempre restringe a competitividade. No caso, a restrição indevida restará configurada pela elevação dos custos, o que não restou configurado, ou restrição de acesso à licitação, também não configurado devido à possibilidade de participação de consórcio, sem a obtenção de contrapartida em atributos de eficiência ou economicidade de recursos naturais, revelando a ausência de razoabilidade e proporcionalidade entre o meio eleito (critério fixado) e o resultado obtido.

#### **4.6. A aquisição dos rádios de comunicação digital**

Um último caso a ser citado e exemplificado, com a utilização em licitação e contratações públicas do princípio do desenvolvimento nacional sustentável em Alagoas foi no tocante à aquisição de aparelhos de rádio comunicação digital, que permitirá aos órgãos de Segurança Pública a comunicação exclusiva entre seus interlocutores e que utilizou critérios de seleção/exclusão e adjudicação como critérios de sustentabilidade.

No instrumento convocatório foi fixada a exigência de logística reversa, conforme preconiza o art. 33 da Lei nº 12.305/2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, a saber:

Art. 33. São obrigados a estruturar e implementar **sistemas de logística reversa**, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de:

(...)

II - pilhas e baterias;

(...)

VI - produtos eletroeletrônicos e seus componentes.

O Edital nas cláusulas 7.2 a 7.4 dispôs:

## **7.2. DAS NORMAS AMBIENTAIS**

**7.2.1.** A Contratada é obrigada a efetuar o recolhimento dos equipamentos objeto da contratação, para fins de destinação final ambientalmente adequada, a cargo dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, em conformidade com a Lei nº 12.305/2010 – Política Nacional de Resíduos Sólidos: É instituída a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, a ser implementada de forma individualizada e encadeada, abrangendo os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, os consumidores e os titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, em conformidade com o:

Art. 33. São obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de:

I - .....,

II – pilhas e baterias;

III - .....

IV - .....

V - .....

VI – produtos eletroeletrônicos e seus componentes. “

**7.2.2.** Diz “*in verbis*” o Decreto nº 9.178, DE 23 DE OUTUBRO DE 2017 Altera o Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012, que regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública - CISAP. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, caput, incisos IV e VI, alínea "a", da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, DECRETA: Art. 1º A ementa do Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012, passa a vigorar com as seguintes alterações: "Regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios e práticas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública - CISAP." (NR) Art. 2º O Decreto nº 7.746, de 2012, passa a vigorar com as seguintes alterações: "Art. 1º Este Decreto regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, “para estabelecer critérios e práticas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável por meio das contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes”, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública - CISAP." (NR) "Art. 2º Na aquisição de bens e na contratação de serviços e obras, a administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes adotarão critérios e práticas sustentáveis nos instrumentos convocatórios, observado o disposto neste Decreto. Parágrafo único. A adequação da especificação do objeto da contratação e das obrigações da contratada aos critérios e às práticas de sustentabilidade será justificada nos autos, resguardado o caráter competitivo do certame." (NR) "Art. 3º Os critérios e as práticas de sustentabilidade de que trata o art. 2º serão publicados como especificação técnica do objeto, obrigação da contratada ou requisito previsto em lei especial, de acordo com o disposto no inciso IV do caput do art. 30 da Lei nº 8.666, de 1993." (NR)

**7.2.3.** Diz “*in verbis*” o Decreto nº 7.404/2010: O sistema de logística reversa pressupõe o retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos.

Por padrão, envolve as seguintes fases: os consumidores deverão efetuar a devolução, após o uso, aos comerciantes ou distribuidores; estes deverão repassá-

los aos fabricantes ou aos importadores; a estes, finalmente, cabe dar a destinação ambientalmente adequada aos produtos e às embalagens reunidos ou devolvidos, bem como aos respectivos rejeitos.

Na implementação e operacionalização do sistema de logística reversa poderão ser adotados procedimentos de compra de produtos ou embalagens usadas e instituídos postos de entrega de resíduos reutilizáveis e recicláveis, devendo ser priorizada, especialmente no caso de embalagens pós-consumo, a participação de cooperativas ou outras formas de associações de catadores de materiais recicláveis ou reutilizáveis.

São obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de:

I - .....;

II – pilhas e baterias;

III - .....;

IV - .....;

V - .....;

VI – produtos eletroeletrônicos e seus componentes.

Conforme disposto em regulamento ou em acordos setoriais e termos de compromisso firmados entre o poder público e o setor empresarial, o sistema poderá ser estendido a produtos comercializados em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro, e aos demais produtos e embalagens, considerando, prioritariamente, o grau e a extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente dos resíduos gerados.

Para os produtos já abrangidos por logística reversa por força de outros diplomas (leis, regulamentos ou normas do CONAMA, por exemplo) – agrotóxicos, pilhas e baterias, pneus e óleo lubrificante, permanecem válidas tais exigências.

Para os demais produtos, os sistemas de logística reversa serão implementados e operacionalizados por meio de acordos setoriais, regulamentos expedidos pelo Poder Público ou termos de compromisso.

**7.2.4.** Apresentar documentação comprovando que o fabricante dos equipamentos atende **“A legislação brasileira e a logística reversa de resíduos eletrônicos”** e dispõe de serviço de coleta.

**7.3.** Apresentar o Certificados ISO 14001 do fabricante dos equipamentos.

**7.3.1.** Serão aceitos os certificados, declarações ou atestados emitidos pela internet desde que possam ser verificados no sítio oficial do organismo padronizador nacional e/ou internacional, ou de sua associação oficial.

#### **7.4. DA CERTIFICAÇÃO ANATEL**

**7.4.1.** Apresentar junto à proposta de preços em nome do fabricante: o Certificado de Conformidade com as normas da ANATEL, para o modelo especificado no edital que comprove que o equipamento é correspondente ao Certificado e atende as especificações do Edital.

A empresa que ficou segundo lugar entrou com recurso, alegando em síntese:

#### **III.3 NÃO COMPROVAÇÃO DO ATENDIMENTO DO ITEM 7.2 DO EDITAL - NORMAS AMBIENTAIS**

O edital no item 7.2 determina que os Licitantes cumpram com os requisitos e exigência da Política Nacional de Resíduos Sólidos, conforme Lei 12.305/2010.

Ocorre que novamente, o licitante falhou neste aspecto e não demonstrou a existência de um programa efetivo e funcional de logística reversa.

O licitante apresentou o Certificado de Técnico Federal - Certificado de Regularidade junto ao IBAMA da empresa Hytera e Teltronic, mas que mostra apenas que não existe nenhuma pendência em relação ao Ibama conforme texto da própria declaração abaixo:

Conforme dados disponíveis na presente data, CERTIFICA-SE que a pessoa jurídica está em conformidade com as obrigações cadastrais e de prestação de informações ambientais sobre as atividades desenvolvidas sob controle e fiscalização do Ibama, por meio do CTF/APP.

O Certificado de Regularidade emitido pelo CTF/APP não desobriga a pessoa inscrita de obter licenças, autorizações, permissões, concessões, alvarás e demais documentos exigíveis por instituições federais, estaduais, distritais ou municipais para o exercício de suas atividades.

O Certificado de Regularidade emitido pelo CTF/APP não habilita o transporte e produtos e subprodutos florestais e faunísticos.

Claramente, pode-se verificar que em nenhum momento foi demonstrado no certificado a operação de logística reversa, apenas um cadastro junto ao IBAMA. Por sua vez, o licitante ainda apresentou uma declaração de reciclagem de apenas 52 quilogramas de sucata de material eletrônico da empresa GAG Reciclagem de Eletrônicos LTDA – ME em relação a empresa geradora Hytera.

Novamente, verifica-se que não existe um sistema estruturado para a logística reversa.

Primeiro, a empresa não apresentou nenhum indício ou informações sobre forma de contato com a empresa para coleta dos produtos, informações presentes em sítios da internet, manuais ou caixas de produtos ou mesmo contato com um call center para suporte e realização da retirada e reciclagem dos produtos.

Segundo, a declaração apresentada apenas afirma que um pequeno volume de material foi reciclado em 26 de novembro de 2018, não a existência de um programa recorrente, efetivo e operacional.

Desta forma, fica patente que o licitante não possui um sistema de logística reversa estruturado e por esta razão não pode ser habilitado para o pregão em questão.

A empresa vencedora ao apresentar suas contra-razões alegou que:

### 1.3. ATENDIMENTO DO ITEM 7.2 – NORMAS AMBIENTAIS

No terceiro ponto das razões recursais, a MOTOROLA sustenta que TELTRONIC não comprova a exigência do item 7.2 do Termo de Referência, o qual aduz:

#### 7.2. DAS NORMAS AMBIENTAIS

7.2.1. A Contratada é obrigada a efetuar o recolhimento dos equipamentos objeto da contratação, para fins de destinação final ambientalmente adequada, a cargo dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, em conformidade com a Lei nº 12.305/2010 – Política Nacional de Resíduos Sólidos: É instituída a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, a ser implementada de forma individualizada e encadeada, abrangendo os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, os consumidores e os titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, em conformidade com o: “Art. 33. São obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de:

I - .....,

II – pilhas e baterias;

III - .....

IV - .....

V - .....

VI – produtos eletroeletrônicos e seus componentes.

“7.2.2. Diz “in verbis” o Decreto nº 9.178, DE 23 DE OUTUBRO DE 2017 Altera o Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012, que regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública CISAP. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, caput, incisos IV e VI, alínea "a", da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, DECRETA: Art. 1º A ementa do Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012, passa a vigorar com as seguintes alterações: "Regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios e práticas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais

dependentes, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública - CISAP." (NR) Art. 2º O Decreto nº 7.746, de 2012, passa a vigorar com as seguintes alterações: "Art. 1º Este Decreto regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, "para estabelecer critérios e práticas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável por meio das contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes", e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública - CISAP." (NR) "Art. 2º Na aquisição de bens e na contratação de serviços e obras, a administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes adotarão critérios e práticas sustentáveis nos instrumentos convocatórios, observado o disposto neste Decreto. Parágrafo único. A adequação da especificação do objeto da contratação e das obrigações da contratada aos critérios e às práticas de sustentabilidade será justificada nos autos, resguardado o caráter competitivo do certame." (NR) "Art. 3º Os critérios e as práticas de sustentabilidade de que trata o art. 2º serão publicados como especificação técnica do objeto, obrigação da contratada ou requisito previsto em lei especial, de acordo com o disposto no inciso IV do caput do art. 30 da Lei nº 8.666, de 1993." (NR)

7.2.3. Diz "in verbis" o Decreto nº 7.404/2010: O sistema de logística reversa pressupõe o retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos. Por padrão, envolve as seguintes fases: os consumidores deverão efetuar a devolução, após o uso, aos comerciantes ou distribuidores; estes deverão repassá-los aos fabricantes ou aos importadores; a estes, finalmente, cabe dar a destinação ambientalmente adequada aos produtos e às embalagens reunidos ou devolvidos, bem como aos respectivos rejeitos. Na implementação e operacionalização do sistema de logística reversa poderão ser adotados procedimentos de compra de produtos ou embalagens usadas e instituídos postos de entrega de resíduos reutilizáveis e recicláveis, devendo ser priorizada, especialmente no caso de embalagens pós-consumo, a participação de cooperativas ou outras formas de associações de catadores de materiais recicláveis ou reutilizáveis. São obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de:

- I - .....
- II – pilhas e baterias;
- III - .....
- IV - .....
- V - .....
- VI – produtos eletroeletrônicos e seus componentes.

Conforme disposto em regulamento ou em acordos setoriais e termos de compromisso firmados entre o poder público e o setor empresarial, o sistema poderá ser entendido a produtos comercializados em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro, e aos demais produtos e embalagens, considerando, prioritariamente, o grau e a extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente dos resíduos gerados. Para os produtos já abrangidos por logística reversa por força de outros diplomas (leis, regulamentos ou normas do CONAMA, por exemplo) – agrotóxicos, pilhas e baterias, pneus e óleo lubrificante, permanecem válidas tais exigências. Para os demais produtos, os sistemas de logística reversa serão implementados e operacionalizados por meio de acordos setoriais, regulamentos expedidos pelo Poder Público ou termos de compromisso.

7.2.4. Apresentar documentação comprovando que o fabricante dos equipamentos atende "A legislação brasileira e a logística reversa de resíduos eletrônicos" e dispõe de serviço de coleta.

7.3. Apresentar o Certificados ISO 14001 do fabricante dos equipamentos.

7.3.1. Serão aceitos os certificados, declarações ou atestados emitidos pela internet desde que possam ser verificados no sítio oficial do organismo padronizador nacional e/ou internacional, ou de sua associação oficial.

Assim como ocorreu nos temas anteriores, a MOTOROLA pauta suas razões recursais em fundamentos falaciosos, visando tão somente induzir a administração ao erro.

De início, sobreleva notar que as normas ambientais descritas no item 7.2 são voltadas para a execução contratual, ou seja, para a prestação dos serviços. Tanto isso é verdade que a redação do item 7.2 utilizada o termo “Contratada”, demonstrando que a finalidade do item é constituir uma obrigação contratual, e não um item a ser comprovado para fins de licitação.

Até porque exigir que a empresa já possua uma cadeia de logística reversa instalada no local de execução do objeto licitado afrontaria o art. 30, §§5º e 6º, da Lei nº. 8.666/93, os quais vedam a exigência de que o licitante incorra em custos antes da assinatura do contrato:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

[...]

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

Nesse sentido é a Súmula 272 do Tribunal de Contas da União:

SÚMULA TCU 272: No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.

Mesmo sendo o item 7.2 voltado ao cumprimento de uma obrigação contratual, devendo os documentos exigidos serem apresentados apenas para a prestação dos serviços, após a assinatura do contrato, a TELTRONIC apresentou o seu Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais, emitido pelo IBAMA (Instrução Normativa IBAMA nº 06, de 15/03/2013), bem como o mesmo documento do fabricante dos produtos, qual seja a HYTERA. O Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais está prevista no artigo 17, II, da Lei nº. 6.938/1981, sendo condição essencial para execução do objeto licitado, pois é exigida de “pessoas físicas ou jurídicas que se dedicam a atividades potencialmente poluidoras e/ou à extração, produção, transporte e comercialização de produtos potencialmente perigosos ao meio ambiente, assim como de produtos e subprodutos da fauna e flora”:

Art. 17. Fica instituído, sob a administração do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA:

[...]

II - Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais, para registro obrigatório de pessoas físicas ou jurídicas que se dedicam a atividades potencialmente poluidoras e/ou à extração, produção, transporte e comercialização de produtos potencialmente perigosos ao meio ambiente, assim como de produtos e subprodutos da fauna e flora.

Ademais, a Recorrida apresentou CERTIFICADO DE PROCESSAMENTO E DESTINAÇÃO FINAL DE RESÍDUOS emitido pela empresa GAG Reciclagem de Eletrônicos LTDA-ME, destino final e tratamento dos resíduos sólidos produzidos em uma operação anterior, evidenciado que atende e aplica em suas operações os processos de logística reversa, sempre observando as normas ambientais.

Para reforçar a comprovação do cumprimento das normas ambientais e execução da logística reversa, a título de diligência (esclarecimento e complemento de informação), a TELTRONIC apresenta o Certificado emitido pela empresa ECO TI LOGÍSTICA REVERSA, evidenciando a coleta, transporte, destinação final e tratamento de mais de 520 Kg de resíduos eletrônicos, sendo 359,5 Kg apenas de baterias e pilhas, como anexo I a esta petição.

Conforme demanda o Edital, a TELTRONIC exerceu seu dever de declarar formalmente o compromisso de cumprir o item 7.2, o que por si só já atende a

finalidade do Edital, apresentando, ainda, toda a documentação capaz de evidenciar que a licitante e o fabricante atendem à legislação brasileira e a logística reversa de resíduos eletrônicos.

O pregoeiro<sup>144</sup> analisando o recurso e as contra razões das empresas julgou da seguinte forma:

#### **ASSUNTO: JULGAMENTO DE RECURSO E CONTRARRAZÕES**

Pela presente o Pregoeiro do Pregão Eletrônico em âmbito Internacional nº 020/2018, realizou a análise das razões de recurso e contrarrazões apresentados pelas empresas MOTOROLA SOLUTIONS LTDA. (“MOTOROLA”) e TELTRONIC BRASIL LTDA, respectivamente:

#### **A TELTRONIC argumenta em síntese quanto ao NÃO ATENDIMENTO DO ITEM 7.2 DAS NORMAS AMBIENTAIS**

Constata-se que a empresa, na apresentação da contrarrazão alega “*in verbis*”:

De início, sobreleva notar que as normas ambientais descritas no item 7.2 são voltadas para a execução contratual, ou seja, para a prestação dos serviços. Tanto isso é verdade que a redação do item 7.2 utilizada o termo “Contratada”, demonstrando que a finalidade do item é constituir uma obrigação contratual, e não um item a ser comprovado para fins de licitação.

Até porque exigir que a empresa já possua uma cadeia de logística reversa instalada no local de execução do objeto licitado afrontaria o art. 30, §§5º e 6º, da Lei nº. 8.666/93, os quais vedam a exigência de que o licitante incorra em custos antes da assinatura do contrato:

As alegações da TELTRONIC BRASIL LTDA., não encontram amparo legal as determinações do Decreto nº 9.178, de 23 de outubro de 2017, conforme segue *in verbis*:

[...]

“Art. 2º Na aquisição de bens e na contratação de serviços e obras, a administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes **adotarão** critérios e práticas sustentáveis nos instrumentos convocatórios, observado o disposto neste Decreto. **“grifo nosso”**

Ressalte-se que o decreto alterou o texto anterior:

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

Como se pode observar, a nova norma utiliza o comando “**adotarão**”, enquanto no texto anterior era “**poderão**”; ou seja o que seria facultativo passou a ser obrigatório.

“Art. 3º Os critérios e as práticas de sustentabilidade de que trata o art. 2º serão publicados **como especificação técnica do objeto**, obrigação da contratada ou requisito previsto em lei especial, de acordo com o disposto no **inciso IV do caput do art. 30 da Lei nº 8.666, de 1993.**” (NR) **“grifo nosso”**

[...]

<sup>144</sup> Washington Luiz Costa Júnior, presidente da Comissão de Licitação da Secretaria de Estado da Segurança Pública – SSP de Alagoas.

Não resta dúvidas quanto as exigências de atendimento as NORMAS AMBIENTAIS, serem parte das especificações técnicas, e não condicionante a **contratação**.

O Edital é claro quanto a obrigatoriedade da apresentação dos documentos para o atendimento das NORMAS AMBIENTAIS, conforme segue “*in verbis*”;

7.2.4. Apresentar documentação comprovando que o fabricante dos equipamentos atende “A legislação brasileira e a logística reversa de resíduos eletrônicos” e dispõe de serviço de coleta.

A TELTRONIC BRASIL LTDA. e HYTERA COMUNICAÇÕES DO BRASIL LTDA. não apresentarem junto com a Proposta:

a) CTF do IBAMA do fabricante dos rádios comunicação – COD. 5-2 “- a fabricação de aparelhos de tele impressão, radiocomunicação, radiotelefonia (mesmo para equipamentos de transporte)”;

b) CTF do IBAMA da Fabricante HYTERA, TELTRONIC BRASIL LTDA. e HYTERA COMUNICAÇÕES DO BRASIL LTDA. referente ao COD. 17-62 “ou da empresa terceirizada:

- o tratamento de resíduos de pilhas e de baterias;

- a destinação final de resíduos de pilhas e de baterias;

- o depósito de resíduos de pilhas e de baterias em unidade de tratamento ou de destinação final.”,

c) Documentação exigida como determina o Art. 21 da Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, comprovando o Plano de Gestão de Resíduos Sólidos, conforme abaixo “*in verbis*”:

Art. 21. O plano de gerenciamento de resíduos sólidos tem o seguinte conteúdo mínimo:

I - descrição do empreendimento ou atividade;

II - diagnóstico dos resíduos sólidos gerados ou administrados, contendo a origem, o volume e a caracterização dos resíduos, incluindo os passivos ambientais a eles relacionados

III - observadas as normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama, do SNVS e do Suasa e, se houver, o plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos:

a) explicitação dos responsáveis por cada etapa do gerenciamento de resíduos sólidos;

b) definição dos procedimentos operacionais relativos às etapas do gerenciamento de resíduos sólidos sob responsabilidade do gerador;

IV - identificação das soluções consorciadas ou compartilhadas com outros geradores;

V - ações preventivas e corretivas a serem executadas em situações de gerenciamento incorreto ou acidentes;

VI - metas e procedimentos relacionados à minimização da geração de resíduos sólidos e observadas as normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama, do SNVS e do Suasa, à reutilização e reciclagem;

VII - se couber, ações relativas à responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, na forma do art. 31;

VIII - medidas saneadoras dos passivos ambientais relacionados aos resíduos sólidos;

IX – periodicidade de sua revisão, observado, se couber, o prazo de vigência da respectiva licença de operação a cargo dos órgãos do Sisnama.

§ 1º O plano de gerenciamento de resíduos sólidos atenderá ao disposto no plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos do respectivo Município, sem prejuízo das normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama, do SNVS e do Suasa.

§ 2º A inexistência do plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos não obsta a elaboração, a implementação ou a operacionalização do plano de gerenciamento de resíduos sólidos.

§ 3º Serão estabelecidos em regulamento:

I - normas sobre a exigibilidade e o conteúdo do plano de gerenciamento de resíduos sólidos relativo à atuação de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis;

II - critérios e procedimentos simplificados para apresentação dos planos de gerenciamento de resíduos sólidos para microempresas e empresas de pequeno porte, assim consideradas as definidas nos incisos I e II do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, desde que as atividades por elas desenvolvidas não gerem resíduos perigosos.

Os CFT do IBAMA apresentados pela TELTRONIC BRASIL LTDA. e HYTERA COMUNICAÇÕES DO BRASIL LTDA, comprovam a atividade: "*in verbis*":

Código 18-81; Comércio de produtos químicos e produtos perigosos - Resolução CONAMA nº 401/2008 (importação, pilhas, baterias)

Quanto aos Certificados apresentados pela TELTRONIC BRASIL LTDA. e HYTERA COMUNICAÇÕES DO BRASIL LTDA., trata-se de uma declaração de que os resíduos foram entregues as empresas de tratamento de resíduos; não se trata de **TERMO DE COMPROMISSO**, com as empresas GAG – RECICLAGEM DE ELETRONICOS LTDA. e ECO TI LOGÍSTICA REVERSA, pela Destinação Final do Resíduos Eletrônicos do objeto deste Pregão, nem tampouco anexou o Plano de Gestão da Política Reversa de Resíduos Eletrônicos, portanto não atendem o exigido no Art. 21;

Cabe ressaltar que em conformidade com a IN nº 6, de 15/03/2013 do IBAMA, alterada pela IN nº 11 de 13/04/2018; IN nº 12 de 13/04/2018 e Orientações sobre a obrigatoriedade do CTF/APP para participação em licitações públicas, publicado em 03/12/2018; para fins de fabricação, comercialização e manutenção de vários segmentos, entretanto são substituí a **“O plano de gerenciamento de resíduos sólidos”**, conforme consta nos certificados apresentados "*in verbis*":

O Certificado de Regularidade emitido pelo CTF/APP **não desobriga** a pessoa inscrita de obter licenças, autorizações, permissões, concessões, alvarás e demais documentos exigíveis por instituições federais, estaduais, distritais ou municipais para o exercício de suas atividades. **“grifo nosso”**

A ABDI – Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial na sua edição 2013 – LOGISTICA REVERSA DE EQUIPAMENTOS ELETRONICOS – Análise de Viabilidade Técnica e Econômica, diz "*in verbis*":

1.2.2 O resíduo eletroeletrônico de equipamentos eletroeletrônicos são todos aqueles produtos cujo funcionamento depende do uso de corrente elétrica ou de campos eletromagnéticos. Eles podem ser divididos em quatro categorias amplas:

» Linha Verde: computadores desktop e laptops, acessórios de informática, tablets e telefones celulares. Ao fim de sua vida útil, esses produtos passam a ser considerados resíduos de equipamentos eletroeletrônicos (REEE). Idealmente, só chegam a esse ponto, uma vez esgotadas todas as possibilidades de reparo, atualização ou reuso. Alguns deles, notadamente os equipamentos de telecomunicações, têm um ciclo de obsolescência mais curto. Em outras palavras, devido à introdução de novas tecnologias ou à indisponibilidade de peças de reposição, eles são substituídos e, portanto, descartados mais rapidamente.

Os REEE são compostos por materiais diversos: plásticos, vidros, componentes eletrônicos, mais de vinte tipos de metais pesados e outros. Estes materiais estão frequentemente dispostos em camadas e subcomponentes afixados por solda ou cola.

Alguns equipamentos ainda recebem jatos de substâncias químicas específicas para finalidades diversas como proteção contra corrosão ou retardamento de chamas. A concentração de cada material pode ser microscópica ou de grande escala. A extração de cada um deles exige um procedimento diferenciado. Deste modo, sua separação para processamento e eventual reciclagem tem uma complexidade, um custo e um impacto muito maiores do que aqueles exemplos mais conhecidos de recolhimento e tratamento de resíduos, como é o caso das latas de alumínio, garrafas de vidro e outros.

Além disso, algumas características próprias dos REEE justificam a exigência de processos específicos de gerenciamento. Alguns dos materiais encontrados neles são metais pesados como alumínio, arsênio, cádmio, bário, cobre, chumbo, mercúrio, cromo, entre outros (da Silva; Martins e de Oliveira, 2007). Todos esses elementos são potencialmente tóxicos e resultam em dois tipos de riscos:

» Contaminação das pessoas que manipulam os REEE. Tanto o consumidor que mantém e utiliza em casa equipamentos antigos, quanto aquelas pessoas envolvidas com a coleta, triagem, descaracterização e reciclagem dos equipamentos estão potencialmente expostas ao risco de contaminação por metais pesados ou outros elementos. Os efeitos no organismo podem ser graves (ver quadro abaixo). Para reduzir o risco de contaminação, toda a manipulação e processamento devem ser realizados com os devidos equipamentos de proteção pessoal.

» Contaminação do meio ambiente. Os REEE não devem em nenhuma hipótese ser depositados diretamente na natureza ou junto a rejeitos orgânicos. Mesmo em aterros sanitários, o mero contato dos metais pesados com a água incorre em imediata contaminação do chorume, multiplicando o impacto decorrente de qualquer eventual vazamento. Penetrando no solo, esse material pode contaminar lençóis subterrâneos ou acumular-se em seres vivos, com consequências negativas para o ambiente como um todo. Todas as etapas da logística reversa devem levar em conta esses riscos e implementar formas de evitá-los.

### CONCLUSÃO

Após análise referente às contrarrazões da TELTRONIC BRASIL LTDA., referente ao Pregão Eletrônico nº 20/2018, no que se refere ao Item 7.2 “Normas Ambientais”, julgamos a mesma **ser improcedente** conforme transcrito abaixo:

“ou seja, **que seja apresentado junto com a proposta o compromisso do fabricante ou terceirizada com o PNRS – Política Nacional de Resíduos Sólidos, expressa na Lei 12.305/2010**, visando propiciar, a responsabilidade compartilhada para o ciclo de vida do produto (objeto do pregão), a garantia da sua destinação final ambientalmente adequada, um alto valor de imagem institucional ligada a sustentabilidade/responsabilidade ambiental, como também proporcionar ao gestor público uma perspectiva positiva sobre o consumo de bens, sem geração de lixo ao fim do ciclo de vida útil, ou seja, um consumo inteligente com a possibilidade de 100% de aproveitamento dos resíduos eletrônicos”.

A ABINNE – Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica, uma organização sem fins lucrativos criou a GREEN ELETRON, para gestão da logística reversa de eletrônicos, para que as empresas atendam às legislações ambientais, com a destinação ambientalmente adequada dos produtos sem uso, descartado pelos consumidores de bens eletrônicos, atualmente grandes empresas do ramo eletrônico já utilizam os serviços de destinação final dos resíduos eletrônicos.

Considerando que a proteção ao meio ambiente é diretriz com sede constitucional (artigo 225 da Constituição Federal de 1988), prevista inclusive como dever da União (artigo 23, inciso VI, da CF/88) e de todos aqueles que exercem atividade econômica (artigo 170, inciso VI, da CF/88), deve ser cada vez mais constante e

consistente o esforço, por parte da Administração Pública, de assegurar a prevalência de tal princípio em todos os ramos e momentos de sua atuação.

Neste contexto, uma das oportunidades mais significativas para a implementação de medidas de defesa ao meio ambiente é justamente através das licitações e contratações públicas. A Administração Pública, ao exigir que a empresa que pretende com ela contratar **cumpra parâmetros mínimos de sustentabilidade ambiental na fabricação ou comercialização de seus produtos ou na prestação de seus serviços**, estará contribuindo de forma decisiva na consecução de seu dever constitucional.

Por tudo que foi exposto e mencionado, conclui-se que a proposta da TELTRONIC BRASIL LTDA., **não atende** as exigências do Edital, no que se refere as NORMAS AMBIENTAIS.

Percebe-se, que agiu acertadamente o pregoeiro. A um, porque era exigência do edital. A dois, porque os próprios órgãos de controle já possuem entendimento no sentido de que a Lei nº 12.305/2010 é norma imperativa e de observância obrigatória.

Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Contas de Minas Gerais:

Em sede de denúncia acerca de supostas irregularidades em licitação para a aquisição de pneus, o TCE/MG avaliou, entre outros aspectos, a efetividade ambiental da contratação. O relator, ao apreciar essa questão, esclareceu que “a vantajosidade envolve tanto o custo a ser arcado pela Administração quanto a prestação a ser executada pelo particular, numa relação de custo-benefício. Assim, ela deve ser examinada segundo diversos aspectos além do econômico”. Nesse sentido, consignou o julgador que “não se faz a licitação que se quer, mas aquela indicada na lei como mais favorável ao interesse da sociedade, e que, a teor do ordenamento vigente, só pode ser a que propicie sustentabilidade também no serviço público, cabendo à autoridade gestora estimar os custos direto e indireto do bem ou atividade objeto do contrato; levar em consideração, por exemplo, a poluição ambiental por ele gerada; o consumo de energia por ele demandado; a despesa com a manutenção; a matéria prima por ele incorporada na linha de produção, que não deve ser perigosa ou nociva à saúde; os resíduos poluentes por ele gerados no decorrer de sua vida útil e no seu descarte; que não se utilize de mão de obra informal, escrava, infantil ou condições de trabalho legalmente indesejáveis; se incorpora tecnologia que reduz impacto ambiental etc.”. Com base nessa diretriz, asseverou que “tão importante quanto atender à específica necessidade da Administração que venha a motivar a abertura de procedimento licitatório é, com o advento da Lei nº 12.349/10, buscar sustentabilidade nas contratações de governo, esta voltada para a geração de emprego, aumento da renda, e, sobretudo, redução de impactos negativos com o fim de preservar o meio ambiente”. Concluiu, portanto, que “é dever legal do gestor público dar efetividade ambiental (art. 3º da Lei nº 8.666/93) às contratações públicas, em respeito ao princípio da proteção ao meio ambiente, inserto no art. 225 da Constituição do Brasil. Portanto, privilegiar bens fabricados e serviços prestados com base em parâmetros que minimizem danos ambientais, exigindo, por exemplo, a logística reversa prevista no inciso III do art. 33 da Lei nº 12.305/10, é respeitar a Constituição, as normas internacionais ratificadas e demais leis de proteção ambiental, contemplando, dessa forma, interesse público primário”. Nesses termos, acolhendo a proposta do relator, o Tribunal decidiu “recomendar aos denunciados que, nos próximos certames licitatórios, para a escolha da melhor forma de contratação, dentro dos limites legais, resguardem a isonomia entre os licitantes, a vantajosidade para a Administração e a sustentabilidade, a fim de cumprir o dever constitucional de preservação do meio ambiente, nos termos do art. 225 da Constituição da República e do art. 3º da Lei nº 8.666/93”. (Grifamos.) (TCE/MG, Denúncia nº 924201, Rel. Cons. Hamilton Coelho, j. em 21.06.2016.)

Por fim, como última fase da técnica da ponderação, devemos valorar a importância dos bens jurídicos em confronto, mediante as variáveis do peso abstrato e do peso concreto.

Partimos, porém da crítica de Alexy ao afastar o peso abstrato da necessária aplicação de todas as finalidades/princípios da licitação. Tal ponderação em abstrato, que equivale ao estabelecimento de precedência entre princípios sem levar em consideração as condições do caso concreto levaria a uma situação inexistente, qual seja: a relação de hierarquia entre os princípios da isonomia, vantajosidade e desenvolvimento nacional sustentável.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, “não é possível formular, em abstrato, uma relação de precedência entre eles [os princípios da liberdade de imprensa e o direito de privacidade ou direito à honra das pessoas]. Essa relação é sempre condicionada à situação concreta<sup>145</sup>”.

Não é possível afirmar qual princípio deve prevalecer, em situações abstratas, de forma definitiva, mas apenas *prima facie*. “Essa [resposta] somente poderá ser dada a partir de um sopesamento que leve em consideração as variáveis de uma situação concreta”. “É possível que as circunstâncias do caso concreto sejam decisivas para tanto”.

No caso concreto, analisando a proporcionalidade em sentido estrito percebemos que a escolha da Administração prestigiou o princípio do desenvolvimento nacional sustentável, afastando incidentalmente e relativizando os princípios da igualdade e vantajosidade. Explica-se: A aplicação da fórmula do sopesamento de Alexy pressupõe a valoração de determinados interesses.

A licitação sustentável é um meio viável e legal para a redução do impacto ambiental gerado com a aquisição de bens e serviços por parte dos entes públicos.

Essas premissas aliadas a critérios ambientais exigidos nos editais de licitação para a aquisição de produtos, contratação de serviços ou execução de obras tornam-se mecanismos eficientes para a sustentabilidade ambiental.

Os critérios devem estar relacionados a menor utilização de recursos naturais em seus processos produtivos, menor presença de materiais perigosos ou tóxicos, maior vida útil, possibilidade de reutilização ou reciclagem, geração de menor volume de resíduos. Trata-se de selecionar fornecedores não só pelos requisitos convencionais, previstos na legislação

---

<sup>145</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

específica, mas também por critérios que privilegiam produtos ou serviços que geram menos impactos negativos ao meio ambiente, tendo em vista todo o seu ciclo de vida.

Nos casos estudados, a obra possui baixo material de descarte e resíduos, durabilidade e fácil manutenção, além da possibilidade de ampliação de área e novas configurações de área e o bem a ser adquirido pela Administração Pública gera resíduos nocivos à saúde dos cidadãos em geral (baterias), que devem ter uma logística reversa, de modo à preservação e sustentabilidade ambientais.

Em arremate, o princípio reinterpretado da vantajosidade, à luz do desenvolvimento nacional sustentável não ofende o princípio da isonomia desde que justificado técnica e economicamente, no caso concreto, após conclusão da análise da proporcionalidade em sentido estrito.

## CONCLUSÃO

Com o novel princípio do desenvolvimento sustentável, o princípio da vantajosidade, enquanto seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública passou a ter um olhar novo, com perspectiva diferente do até então perquirido pelo Estado: a busca do menor preço. Com a implementação do princípio do desenvolvimento sustentável, surgem novas variáveis a ser consideradas pela Administração Pública. Produtos, serviços e obras ambientalmente limpos, não poluintes ou conhecidos pela doutrina ambientalista como “verdes”, 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 passaram a ser considerados pela Administração Pública.

O princípio da vantajosidade – seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública – passou por profunda modificação, não se concebendo que a Administração leve apenas em consideração o fator preço nas suas compras. Questões como o empato ficto entre as microempresas e empresas de pequeno porte e as demais empresas, a desburocratização e flexibilização da regularidade fiscal das mesmas, a margem de preferência são instrumentos que materializam a igualdade material e expande ressignificando o princípio da vantajosidade.

A 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 passaram a ser considerados pela Administração Pública.

Em que pese o discurso de um novo modelo de desenvolvimento consubstanciado no consumo ambientalmente consciente ter sido bastante difundido na sociedade, além de terem sido elaborados dispositivos legais e regras administrativas visando a sua concretização, como as (i) Instruções Normativas (IN) nº. 01/2010 e 10/2012, ambas da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento; a (ii) Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P); e o (iii) Plano de Gestão de Logística Sustentável (PLS), muito ainda precisa ser feito pela estrutura interna da Administração para a valorização do tema.

Mesmo diante de benefícios inquestionáveis, ainda persiste em diversos setores da Administração Pública a ideia equivocada de que existe um embate entre a observância de licitações sustentáveis e o princípio da economicidade ou da vantajosidade associada exclusivamente ao preço. Muitos autores ainda divulgam o preconceito de que produtos ecológicos são mais caros, afastando a prática sustentável, como se a proposta mais vantajosa para o poder estatal sempre fosse sinônimo de menor preço. Para aqueles que se filiam a esta corrente, as práticas empresariais de ecoeficiência encarecem o produto e/ou serviço a ser contratado, pois o preenchimento do ciclo de produção consciente requer a observância de padrões muito mais severos, ocasionando o incremento nos custos. Estes atestam que a preocupação com a sustentabilidade acarreta o aumento das despesas públicas, encarecendo as contratações e afastando a eficiência dos certames. Todavia, o presente trabalho demonstrou que o administrador não deve restringir a sua análise aos resultados obtidos exclusivamente em curto prazo.

Cabe tanto ao gestor quanto ao responsável por realizar o controle externo da Administração Pública pensar de forma complexa e prospectiva ao analisar os resultados alcançados com a concretização do desenvolvimento sustentável em médio e longo prazo. A chave deste raciocínio é compreender que, por mais que o Estado-Administração eventualmente pague uma quantia mais elevada em oportunidades pontuais, o custo monetário para o Estado não é capaz de superar os benefícios usufruídos no decorrer dos anos, tendo em vista que a sociedade restará desonerada de arcar com as externalidades negativas originadas pela aquisição de produtos e/ou serviços inadequados para o desenvolvimento.

A vantajosidade para a Administração não pode ser considerada apenas sob o ponto de vista econômico, sendo relevante também o aspecto ambiental e social. Diante do exposto, a elaboração de licitações sustentáveis por parte do Poder Público é cogente e não uma mera opção política do administrador. O seu caráter imperativo decorre, em primeiro lugar, da Constituição, que consagra o princípio do desenvolvimento sustentável em suas três dimensões – econômica, social e ambiental – e, em segundo plano, dos dispositivos infraconstitucionais, a exemplo da Lei Geral de Licitações, que estabelece como uma das finalidades do certame a realização do desenvolvimento nacional sustentável.

Ocorre que, mesmo sendo um dever do Poder Público promover o desenvolvimento nacional sustentável através das compras públicas ecoeficientes, os esforços para disseminar esta prática em todos os âmbitos da Administração Pública ainda não podem ser considerados satisfatórios. Ainda tem-se muito a ser feito e os Tribunais de Contas, como órgãos de

controle externo, podem e devem auxiliar diretamente no trabalho de incentivo e aperfeiçoamento da realização de processos licitatórios sustentáveis junto aos órgãos e entidades fiscalizados.

Porém, o que encontramos são vários entendimentos e decisões do TCU que colidem frontalmente com o novel princípio licitatório e regras dele decorrentes, tais como: proibições de indicação de marca; 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; carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor, certificações e rótulos de desempenho ecológico ou energético, todos proibidos pelo órgão de controle externo.

Tais entendimentos geram uma inibição no modo de atuar da Administração, instabilidade e insegurança jurídica enorme para o administrador público na aplicação das leis.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

Amgesp, no ano de 2017, alcança uma economia superior a R\$ 232 milhões de reais, **Site AMGESP**, 08 jan. 2018. Disponível em: <<http://www.amgesp.al.gov.br/sala-de-imprensa/noticias/amgesp-no-ano-de-2017-alcanca-uma-economia-superior-a-r-232-milhoes-de-reais>>. Acesso: 30 dez. 2018.

ARROWSMITH, Sue; KUNZLIK, Peter. **Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles**, in Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and new Directions. Cambridge: Cambridge, 2009.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, n. 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso 02 jan. 2018.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. atual. por Mizabel Abreu de Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. A resignificação do princípio da finalidade da licitação à luz do desenvolvimento nacional sustentável. **Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**. Curitiba, n. 238, p. 1245-1254, dez. 2013.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Orientação Normativa Interna CJU/SP nº 13.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/douconstituicao88.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/douconstituicao88.pdf)> Acesso em: 01 dez. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-lei/De10200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/De10200.htm)> Acesso em: 02 jan. 2019.

BRASIL. Decreto nº 7.746, de 05 de junho de 2012. Regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 06 jun. 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7746.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7746.htm)> Acesso em: 02 jan. 2018.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm)> Acesso em: 15 dez. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 ago. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm)> Acesso em: 02 jan. 2018.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Instrução Normativa n. 01, de 19 de janeiro de 2010. Dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.governodigital.gov.br/documentos-e-arquivos/legislacao/INSTRUCAO%20NORMATIVA%20N.%202001%20de%202010%20-%20Compras%20Sustentav.pdf/view>> Acesso em 03 jan. 2019.

BRASIL. Portaria nº 61, de 15 de maio de 2008. Estabelecer práticas de sustentabilidade ambiental a serem observadas pelo Ministério do Meio Ambiente e suas entidades vinculadas quando das compras públicas sustentáveis e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.mma.gov.br/estruturas/a3p/\\_arquivos/36\\_09102008032817.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/a3p/_arquivos/36_09102008032817.pdf)> Acesso em: 02 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.747, ADI nº 4.756, ADI nº 4.923 e ADI nº 4.679. Associação Brasileira de Televisão por Assinatura em UHF – ABTVU, Presidente da República. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ, 08 nov. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14595775>> Acesso em: 01 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5.617. Congresso Nacional e outros, Presidente da República. Relator: Ministro Edson Fachin. DJ, 15 mar. 2018. Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748354101>> Acesso em: 01. Jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção/DF nº 58. Airton de Oliveira e outros, Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 14 dez. 1990. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14710528/mandado-de-injuncao-mi-58-df>> Acesso em: 05 dez. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 231. Erik Miguel Chee John, Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná. Relator: Ministro José Jorge. DOU, 31 jan. 2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=5550558&codPapelTramitavel=49470804>> Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 539. Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa. DOU, 10 abr. 2007. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2007-04-04;539>> Acesso em: 04. Jan. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 559. Procuradoria da República, Pedro Alcântara Soares Morel e outros. Relator: Ministro Benjamin Zymler. DJ, 29 mar. 2017. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=12490897&codPapelTramitavel=57098980>> Acesso em: 02 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 861. Arvy Indústria de Móveis Ltda., Advocacia Geral da União. Relator: Ministra Ana Arraes. DJ, 10 abr. 2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=5901237>> Acesso em: 03 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.085. Centrais Elétricas do Norte Brasil S.A. Relator: Ministro José Múcio. DOU, de 05 mai. 2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=2163638>> Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.850. Congresso Nacional, Ministério da Integração. Relator: Ministro Benjamin Zymler. DJ, 29 jul. 2015. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=9210561> Acesso em: 02 jun. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura. v.1. A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MUDANÇAS CLIMÁTICAS, 2015, Paris. Paris: ONU, 2015. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/acordodeparis/>> Acesso em: 30 dez. 2018.

CONTI, José Maurício. **Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade**. São Paulo: Dialética, 1996.

COSTA, Carlos Eduardo Lustosa da. **As licitações sustentáveis na ótica do controle externo**. Brasília: 2011. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2435919.PDF>>. Acesso em: 3 jan 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Estado de Alagoas economiza R\$208 milhões nas licitações de compras públicas em 2018, **Site AMGESP**, 29 dez. 2018. Disponível em:<<http://www.amgesp.al.gov.br/sala-de-imprensa/noticias/estado-de-alagoas-economiza-r-208-milhoes-nas-licitacoes-de-compras-publicas-em-2018>>. Acesso: 30 dez. 2018.

ESTORNINHO, Maria João, **Curso de Direito dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável**. Coimbra: Almedina. 2014.

\_\_\_\_\_. **Direito Europeu dos Contratos Públicos**. Coimbra: Almedina, 2014.

FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**. n. 21, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luciano-ferraz/funcao-regulatoria-da-licitacao>> Acesso em: 02 dez. 2018.

FERREIRA, Daniel. **Função social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável (no e do Brasil, antes e depois da MP nº 495/2010)**. Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 107, nov. 2010. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidCont>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 12. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GABARDO, Emerson. A eficiência no desenvolvimento do Estado brasileiro. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2011

GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GAMA, Vasco Pereira da. Apud MACHETE, Pedro. **Estado de Direito Democrático e Administração paritária**. Coimbra: Almedina, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GONÇALVES, Pedro Costa. **Direito dos Contratos Públicos**. Coimbra: Almedida, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **O perigoso artifício da ponderação entre princípios**. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2009/07/o-perigoso-artificio-da-ponderacao-entre-principios>>. Acesso em 02 jan 2018.

HENNE, Rebecca; HOFFMAN, Andrew. **Construction Green. The social structures of sustainability**. Cambridge: MIT, 2013

JAPUR, José Paulo Dorneles. **O Desenvolvimento Nacional Sustentável e as Licitações Públicas** –

**Comentários às alterações da Lei nº 8.666, de 1993, promovidas pela Lei nº 12.349, de 2010.** Disponível em: < <http://japuradvogados.com.br/wp-content/uploads/2016/04/b202d53bc65c4f44bb8c722aa75efe3c.pdf>> Acesso em: 02 dez. 2018.

JUNGSTEDT, Luiz Oliveira de Castro. **Licitação: doutrina, perguntas e respostas, jurisprudência.** Rio de Janeiro: Thex Editora, 1999.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares: Algumas Considerações.** Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra, 1995.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo.** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Renato Geraldo. **O processo de contratação públicas: fases, etapas e atos.** Curitiba: Zênite, 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública.** São Paulo: Malheiros, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Administração Pública Gerencial.** Disponível em: <[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc1998/revdireito1998B/est\\_adm\\_inpublica.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc1998/revdireito1998B/est_adm_inpublica.pdf)> Acesso em 20 ago. 2018.

MUNIZ, Cibele Cristina Baldassa. O princípio da eficiência na administração pública brasileira. **Revista Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 6, 2007.

NABAIS, José Casalta. A crise do Estado Fiscal. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). **Trajectórias de Sustentabilidade, tributação e investimento**. Coimbra: Instituto Jurídico, 2014.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Crítica à utilização das licitações públicas como instrumentos de políticas públicas. **Revista Zênite** – Informativo de Licitações e Contratos (ILC). Curitiba, n. 272, p. 983-988, out. 2016.

\_\_\_\_\_. Margem de preferência para a produção nacional em licitação pública – Repercussões da Medida Provisória nº 495/2010. **Revista Zênite de Licitações e Contratos**, a. XVII, n. 198, p. 777-778, 2010.

\_\_\_\_\_. **Pregão presencial e eletrônico**. 4. ed. rev. atual. ampl. Curitiba: Zênite, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Método, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas. Relatório Brundtland - Nosso Futuro Comum. 1987.

SANDRÔNİ, Paulo. **Novíssimo dicionário de economia**. 9. ed. São Paulo: Best Seller, 2002.

SANTIAGO, Leonardo Ayres. **Aspectos das Licitações Sustentáveis**. Disponível em: <<http://www.licitacoessustentaveis.com/2009/08/apresentacao.html>> Acesso em: 10 jun. 2018.

SANTOS, Alba Conceição Marquez dos. **A Administração Pública Gerencial**. Disponível em: < [http://www.aboprs.com.br/estudos/administracao\\_publica\\_gerencial.pdf](http://www.aboprs.com.br/estudos/administracao_publica_gerencial.pdf) > Acesso em: 20 ago. 2018.

SANTOS, André Luiz Lopes; CARAÇATO, Gilson. **A consensualidade e os canais de democratização**. In CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. (Org.) Curso de Direito Administrativo Econômico. I. vol. São Paulo: Malheiros, 2006.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.462/2011)**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, nº 5, out. 2011.

SILVA, Renato Cader da. **Compras compartilhadas sustentáveis**. Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/paginas/artigos/compras-compartilhadas-sustentaveis>> Acesso em: 17 abr.2019.

SILVA, Erivam. **O uso do poder de compra do Estado como instrumento de política pública: a Lei Complementar nº 123/2006, sua implementação**.

SILVA, Vânia Pereira da. O dinamismo das normas administrativas nas contratações públicas: impedências na implementação de novos procedimentos. **Revista Obras Civis**, ano 2, n. 2, p. 60, dez. 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TORRES, Rafael Lopes. *Licitações sustentáveis: sua importância e seu amparo constitucional e legal*. **Revista Interesse Público – IP**. Belo Horizonte, ano 14, n. 71, jan./fev, 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=77812>>. Acesso em: 3 jan 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Comprar Ecológico! Manual de contratos públicos ecológicos*, 2. ed., 2011, p.38. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_pt.pdf)> Acesso em: 07 jan 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *O Semestre Europeu*. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-a-nutshell/index\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-a-nutshell/index_pt.htm)>. Acesso em: ago. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/CE, de 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <[http://www.contratacaopublica.com.pt/xms/files/Legislacao/Comunitaria/Diretiva\\_Classica\\_2014\\_24.pdf](http://www.contratacaopublica.com.pt/xms/files/Legislacao/Comunitaria/Diretiva_Classica_2014_24.pdf)> Acesso em: 03 jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Rede Europeia Anti-pobreza. *A Estratégia Europa 2020*. Bruxelas, jun. 2011. Disponível em: <[https://www.eapn.pt/iefp/docs/Estrategia\\_Europa\\_2020.pdf](https://www.eapn.pt/iefp/docs/Estrategia_Europa_2020.pdf)>. Acesso em: 12. Ago. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Acórdão do proc. C-513/99. *Concordia Bus Finlândia Oy Ab* x Cidade de Helsinque e empresa *HKL-Bussiliikenne*.DJ, 17 set. 2002. Disponível em: <  
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d54fe72d8934a54ea7aaccd50359b6a539.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuObNr0?docid=47670&pageIndex=0&doclang=PT&dir=&occ=first&part=1&cid=532634>> Acesso em: 10 dez. 2018.

VOLTOLINI, Ricardo. **Conversas com Líderes Sustentáveis**. São Paulo: SENAC, 2011.