



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

LICITAÇÃO SUSTENTAVEL: A SUSTENTABILIDADE EM CONFLITO COM A
ISONOMIA E COMPETITIVIDADE

Jefferson Lopes Gonçalves

Rio de Janeiro
2020

JEFFERSON LOPES GONÇALVES

LICITAÇÃO SUSTENTAVEL: A SUSTENTABILIDADE EM CONFLITO COM A
ISONOMIA E COMPETITIVIDADE

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* em Dir. Administrativo da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Maria Carolina Cancellata de Amorim

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro
2020

LICITAÇÃO SUSTENTAVEL: A SUSTENTABILIDADE EM CONFLITO COM A ISONOMIA E COMPETITIVIDADE

Jefferson Lopes Gonçalves
Graduado em Direito pela Universidade
Iguaçu. Advogado.

Resumo – O Direito Administrativo, como todas as demais áreas do direito, observa e acompanha a evolução da sociedade e assim vive em constante mudança. Neste sentido com a necessidade social de se aumentar a produtividade e reduzir os danos ambientais causados por esse fomento, o termo sustentabilidade passou a receber atenção especial, refletindo também no âmbito da administração pública. Assim surge a licitação sustentável e a necessidade de analisar os seus efeitos e possíveis conflitos com os demais princípios do procedimento licitatório. A essência do trabalho é abordar essas alterações trazidas pela sustentabilidade nas licitações e verificar seus efeitos e possíveis conflitos com os demais princípios licitatórios, a fim de apontar possíveis falhas bem como as formas de se alcançar uma licitação sustentável e legal.

Palavras-Chave – Direito Administrativo. Licitação. Sustentabilidade.

Sumário – Introdução. 1. A relevância da Isonomia para a regularidade das licitações. 2. O fomento à sustentabilidade no serviço público, por meio de sua aplicabilidade às licitações. 3. Prevalência do Princípio da Licitação Sustentável e sua aplicação em observância aos Demais Princípios Licitatórios. Conclusão. Referencias.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar o princípio da licitação sustentável em face dos demais princípios licitatórios, em especial o princípio da isonomia, neste contexto procura-se apreciar as alterações implementadas pelo princípio da licitação sustentável bem como discutir possíveis conflitos deste princípio com os demais princípios licitatórios.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de maneira a conseguir discutir se o princípio da licitação sustentável é constitucional e que o mesmo não fere a ampla concorrência e a isonomia dos licitantes.

A Constituição Federal estabelece a igualdade entre os licitantes e veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em prejuízo a outros. Tal princípio é encontrado também na lei geral de licitação (Lei nº8666/93) quando estabelece a competitividade como princípios licitatório, decorrente da isonomia. Neste sentido, seria possível uma licitação isonômica, competitiva e ao mesmo tempo observar o princípio da sustentabilidade?

O tema é controvertido e merece atenção, uma vez que sempre é delicada a permissão de exigências que possam abrir margem para seleção de determinados grupos, a fim de direcionarem o processo licitatório.

Para melhor estudo e compreensão do tema, busca-se apresentar e conceituar os princípios licitatórios em sua completude e compreender a concorrência entre eles, bem como a amplitude das alterações causadas por conta do princípio da licitação sustentável.

Visto que partir do surgimento da licitação sustentável, surgiram diversas leis e atos normativos a fim de regular as licitações, sendo autorizadas com base neste princípio exigências e previsões que podem ser vistas como discriminatórias, todavia o entendimento majoritários da doutrina converge para que tais exigências se harmonizam com o princípio da isonomia.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando os princípios licitatórios em discussão no presente artigo.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, as alterações trazidas pelo princípio da licitação sustentável na lei geral de licitação e em todo o procedimento licitatório, analisando até que ponto as exigências apontadas pelo edital não fere a competitividade e a isonomia dos licitantes.

O terceiro capítulo da pesquisa confronta as alterações introduzidas pelo princípio da sustentabilidade com os demais princípios licitatórios, tendo em vista que são previstos nas leis de licitação e na constituição federal. Devendo ter sua aplicabilidade observada caso a caso, visando a prevenção de fraudes e privilégios no procedimento licitatório.

Não se pode negar a evolução continuada das Leis, Jurisprudências e entendimentos doutrinários, sendo necessário delimitar o tema bem como o sistema de análise a fim de garantir que a pesquisa desenvolvida traga contribuições sólidas a comunidade jurídica e científica.

Nesse sentido, será utilizada no presente artigo a metodologia de pesquisa bibliográfica, com base nas legislações pertinentes, conceitos e teses doutrinárias, bem como a análise e observância das jurisprudências contemporâneas firmadas pelos tribunais superiores, para sustenta a presente tese.

1. A RELEVÂNCIA DA ISONOMIA PARA A REGULARIDADE DAS LICITAÇÕES

Quando se trata de princípios licitatórios, faz-se necessário o destaque de que não há uniformidade entre os doutrinadores quanto a quais são os princípios informativos da

licitação, para José Roberto Dromi¹ os princípios são: o da livre concorrência e o da igualdade entre os concorrentes, Adilson Abreu Dallari² fala em três princípios norteadores, que são: os da igualdade, publicidade, e rigorosa observância do edital, já Celso Antônio Bandeira de Mello³ acrescenta aos três indicados por Dallari, o princípio da possibilidade do disputante fiscalizar o atendimento dos princípios anteriores.

Para Hely Lopes Meirelles⁴, devem ser observados um numero muito maior de princípios e lista os seguintes: procedimento formal, publicidade, igualdade entre os licitantes, sigilo das propostas, vinculação aos termos do instrumento convocatório, julgamento objetivo e adjudicação compulsória.

O art. 37 da Constituição da Republica Federativa do Brasil (CRFB/88) trás em seu Caput um rol de princípios a serem seguidos pela administração em seus atos e são eles os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, bem como o art. 3º da Lei 8.666/93 que teve sua redação alterada pela lei 12.349/10 acrescenta o princípio da licitação sustentável.

Neste capítulo, será abordado especialmente o princípio da isonomia, principio que constitui um dos alicerces da licitação, assim como é um dos pilares do Estado de Direito, uma vez que permite que além da escolha da melhor proposta pela Administração, devesse também assegurar a igualdade de direitos a todos os interessados.

O princípio da isonomia ou da igualdade tem a função de assegurar a todos que queiram contratar como a Administração, o direito de competir nas licitações públicas. Conforme assegurado no art. 37, inciso XXI da CRFB/88.

Este princípio constitucional veda que se estabeleçam condições que impliquem em preferências em favor determinados concorrentes em detrimentos dos demais, ficando clara na parte final do inciso XXI do art. 37 da CRFB/88, que só será permitido exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), a isonomia ou igualdade entre os licitantes é mencionada por duas vezes, sendo na primeira como um dos objetivos da licitação e na segunda como um dos princípios previstos de forma expressa.

Em decorrência do princípio da isonomia, acabam surgindo outros princípios como o da competitividade, previsto no §1º do inciso I do art. 3º da Lei 8.666/93, que exprime ser vedado aos agentes públicos:

¹ DROMI, José Roberto. *La licitación pública*. Buenos Aires: Astre, 1975. p. 134.

² DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. São Paulo: Juriscredi, 1973. p. 33.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 2.

⁴ MAIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 265.

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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, ressalvando o disposto nos §§5º a 12 deste artigo e no artigo 3º da Lei 8.248, de 23-10-1991.

No mesmo §1º em seu inciso II, há ainda diferente aplicação do princípio da isonomia trazendo a seguinte vedação aos agentes públicos:

II – Estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei n. 8.248, de 23 de outubro de 1991.

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵ sintetiza bem todos os outros aspectos em que a Lei 8.666/93 aplica o princípio da isonomia, senão vejamos:

A preocupação com a isonomia e a competitividade ainda se revelam em outros dispositivos da Lei nº 8.666/93; no artigo 30, § 5º, é vedada, para fins de habilitação, a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta lei, que inibam a participação na licitação; no artigo 42, referente às concorrências de âmbito internacional, em que se procura estabelecer igualdade entre brasileiros e estrangeiros: pelo §1º, ‘quando for permitido a licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, igualmente o poderá fazer o licitante brasileiro’; pelo §3º do art. 42, ‘as garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes aquelas oferecidas ao licitante estrangeiro’; pelo §4º, ‘para fins de julgamento de licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto a operação final da venda’; e pelo §6º, ‘as cotações de todos os licitantes serão para entrega no mesmo local e destino’; o artigo 90 define como crime o fato de frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, com intuito de obter, pra si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

Todavia, além de todas as vezes em que o princípio da isonomia aparece para ser observado, existem casos em que a aplicabilidade desse princípio é mitigada. Conforme podemos observar no §1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93, os seus incisos, depois de colocarem normas que determinam a aplicação do princípio da isonomia, preveem, no final, ressalvas, em que se permite tratamento diferenciado. Di Pietro lista pelo menos quatro hipóteses que são elas: ”(a) quando a exigência discriminatória for pertinente ou relevante para o específico objeto do contrato; (b) para garantir margem de preferência estabelecida pelos §§5º a 12 do

⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 31. ed. rev. Atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 412.

art. 3º; (c) para as hipóteses previstas no art. 3º da Lei nº 8.248/91; e (d) para definir os critérios de desempate.”

Além das exceções trazidas pela própria Lei nº 8.666/93, a Lei complementar nº 123 de 2006, trouxe benefícios às microempresas e empresas de pequeno porte, estendidos também a cooperativas pela Lei nº 11.488/07.

Por fim, a Lei nº 12.349/10 alterou o caput do art. 3º da Lei nº 8.666/93, a fim de que fosse incluído o desenvolvimento sustentável como um dos objetos da licitação, dando margem ao surgimento da chama licitação sustentável que autoriza exigências que favoreçam a proteção do meio ambiente nos instrumentos convocatórios.

Antes de ser analisado a fundo o princípio da licitação sustentável, o que será feito nos próximos capítulos, devemos buscar os fundamentos constitucionais que permite o surgimento das exceções ao princípio da isonomia.

As exceções apresentadas a cima encontram eco no princípio da razoabilidade e proporcionalidade, neste sentido Celso Antônio de Mello⁶, ao analisar a profundidade do princípio da igualdade afirma:

as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida, por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida.

Assim, com relação aos atos administrativos, a razoabilidade exige proporcionalidade correlação ou adequação entre os meios e os fins e é sempre levando em conta o princípio da razoabilidade que devem ser analisadas as exceções à isonomia prevista na Lei nº 8.666/93 e em outras leis especiais.

Nos demais capítulos serão apresentadas as exceções ao princípio da isonomia em razão do princípio da licitação sustentável e os possíveis conflitos existente.

2. O FOMENTO À SUSTENTABILIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO, POR MEIO DE SUA APLICABILIDADE ÀS LICITAÇÕES.

Com a evolução da sociedade e a necessidade de se aumentar a produtividade e ao mesmo tempo reduzir os danos ambientais causados por esse fomento nas atividades industriais e comerciais, o termo desenvolvimento sustentável passou a receber uma atenção especial e a possuir grande relevância no cenário mundial.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: 1978. p. 24.

Assim, nada mais natural de que o reflexo dessa preocupação chegasse ao âmbito da administração pública brasileira.

A ideia de sustentabilidade na administração pública brasileira teve seu marco inicial na Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, apoiada na constituição federal em seu art. 170, inciso VI bem como no art. 225 também da CRFB/88, essa ideia foi crescendo e a legislação brasileira se adaptando e avançando nesse sentido, exemplos desse avanço são: a emenda constitucional 42/03 e as leis de nº 122.187/09 e 12.305/10.

Por sua vez, a Lei nº 8.666 de 1993 já previa em sua redação original, o impacto ambiental como requisito a ser observado na elaboração de projetos básicos, todavia no ano de 2010, através da Lei nº 12.349/10, a lei geral de licitação teve seu artigo 3º alterado, a fim de que fosse inserida entre os objetivos da licitação, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Tal dispositivo foi regulado pelo Decreto nº 7.746 do ano de 2012 e alterado pelo Decreto nº 9.178 do ano de 2017.

Neste passo, as licitações pararam de serem definidas como procedimentos voltados a aquisição de produtos, serviços e obras. Mas sim, dotadas também de uma função de regular e direcionar o mercado, como instrumento de implementação de políticas públicas.

Sob essa ótica, a proposta mais vantajosa deixa de se referir a obtenção do menor preço, elevando a licitação a servir de um meio para se concretizar valores protegidos pela constituição, acarretando um dever do administrador de avaliar e ponderar em relação aos custos e benefícios, que o produto, serviço ou obra trará ao meio ambiente.

Assim pode se conceituar licitação sustentável como a que considera aspectos ambientais e os impactos sociais e econômicos em todos os passos do processo de contratação, que inserem práticas que valorizam o meio ambiente nas contratações a fim de fomentar ofertas de produtos e serviços que ocasionem menos impacto ao meio ambiente por parte dos fornecedores.

A partir da definição conceitual de licitação sustentável, pergunta a ser feita é: o que vem a ser na prática a promoção do desenvolvimento nacional sustentável? O decreto nº 7.746 de 2012 trás em seu art. 4º alguns dos critérios e práticas as serem observadas, para que o princípio da sustentabilidade ganhe forma, sendo eles:

Art. 4º Para os fins do disposto no art. 2º são considerados critérios e práticas sustentáveis, entre outras:

I - baixo impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água;

II – preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local;

- III – maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia;
- IV – maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local;
- V – maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra;
- VI - uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais;
- VII - origem sustentável dos recursos naturais utilizados nos bens, nos serviços e nas obras; e
- VIII - utilização de produtos florestais madeireiros e não madeireiros originários de manejo florestal sustentável ou de reflorestamento.⁷

A partir desses critérios e praticas elencados no referido texto legal, se faz necessário através de um planejamento prévio de uma avaliação minuciosa encontrar os espaços em que se possa aplicar os princípios da sustentabilidade na licitação, podendo serem aplicados na definição do objeto a ser licitado, na fase de habilitação dos licitantes, na fase de julgamento das propostas ou que os critérios sustentáveis sejam cobrados como obrigações do contratado.

Na fase de definição do objeto o administrador público delimita a compra o serviço ou a obra a ser contratada para suprir determinada demanda. Assim poderá, fundamentando tecnicamente, definir critérios ambientais na escolha do objeto da contratação.

Definir critérios ambientais na definição do objeto é a forma de se alcançar o sucesso na licitação pública sustentável, destacando que a descrição do objeto deve ser motivada e observe o principio da razoabilidade.

Um exemplo de delimitação do objeto da contratação é a possibilidade de se exigir certificação de qualidade do produto ou de sua fabricação, por instituições oficiais competentes ou por entidades credenciadas.

Tal previsão está amparada pela Lei de nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que inseriu o RDC e consagrou de forma expressa a possibilidade de tal exigência em seu artigo 7º, inciso III:

- Art. 7º - No caso de licitação para aquisição de bens, a administração pública poderá:
(...)
III – solicitar a certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusiva sob o aspecto ambiental, por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada;

Essa previsão de certificados ambientais, tem a virtude de induzir que o agentes econômicos se reformulem sua forma de trabalhar a fim de possa estar de acordo com as normas ambientais para se tornar apto a contratar com a administração trazendo assim certa efetividade a politica pública de preservação e sustentabilidade.

⁷ BRASIL .Decreto nº 7.746, de 05 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7746.htm>. Acesso em 10. jun. 2019

Todavia merece o destaque que as delimitações do objeto tratadas até aqui devem ser precedidas de estudos e avaliações, amparadas por um planejamento que contemple estudos técnicos e possibilidades de compras e serviços.

No passo em que a sustentabilidade pode figurar na definição do objeto, quando tratamos da habilitação dos agentes econômicos no certame, o TCU⁸, STF e a doutrina entendem pelo não cabimento de exigências, tendo em vista o rol taxativo de exigências para licitar fixadas na Lei nº 8.666/1993, o que limita a discricionariedade do gesto, estando essas exigências ligadas a garantia do cumprimento das obrigações, conforme o art. 37, inciso XXI da referida lei.

Nestes casos não se admite exigências de certificações ambientais para a habilitação no certame.

A exceção a essa vedação estão previstas no art. 28, inciso V e art.30, inciso IV da lei 8.666/93.

Existem ainda a possibilidade em admitir preferências às propostas, de acordo com fatores diferenciados de pontuação técnica, para o caso de licitações por melhor técnica ou melhor técnica e preço, observando a produção dos maiores benefícios ambientais estimulando a sustentabilidade.

Nesses casos são indispensáveis que os critérios sustentáveis adotados estejam definidos de forma objetiva, para evitar o risco de privilégios e de ferir a competitividade.

Tal previsão encontra lastro no §1º do art. 19 da Lei nº 12.462 de 4 de agosto de 2011, que prevê:

§1º - os custos, indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental, entre outros fatores, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme dispuser o regulamento.⁹

Neste momento da licitação é ampla a possibilidade de exigências de certificados ambientais para demonstração de capacidade e excelência técnica, observando a sustentabilidade.

Por fim, mas não menos importante a sustentabilidade por aparecer no plano do contrato administrativo, podendo as exigências ambientais serem postas como uma das

⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº381/2009. Plenário. Min. rel.Benjamin Zymler. Sessão: 11.mar. 2009.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 04 de agosto 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019

obrigações assumidas pelo futuro contratado, sendo tais exigências incluídas no objeto do contrato.

Nesse plano a Lei nº 12.462 de agosto de 2011, inova e trás a possibilidade de remuneração variável de acordo com critérios de sustentabilidade ambiental, tal possibilidade é prevista expressamente no art. 10 da referida lei.

Diante de todo exposto, fica claro que a sustentabilidade é um desafio que vem sido enfrentado por todo o planeta, não sendo diferente no âmbito da administração pública brasileira, visto que o interesse público envolvido na questão encontra-se tutelado por nossa constituição e que para a melhor tutela deste bem, se faz necessário a influencia dos entes da federação no mercado para induzir um comportamento mais sustentável dos agentes financeiros.

Todavia se observará a seguir que o uso imponderado do principio da sustentabilidade pelo administrador, pode ocasionar graves dano as competitividade e isonomia do certame, abrindo inclusive discussão quando ao direcionamento de licitações a determinado grupo de fornecedor tendo em vista o momento delicado de desconfiança quanto a boa fé dos administradores públicos brasileiros.

3. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO SUSTENTÁVEL E SUA APLICAÇÃO EM OBSERVÂNCIA AOS DEMAIS PRINCÍPIOS LICITATÓRIOS

Conforme já destacado, a Lei 12.349/2010 alterou o art. 3º da Lei 8.666/93, para incluir a “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” como um dos princípios norteadores das licitações públicas, todavia não se pode limitar a “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” apenas como uma finalidade da licitação, mas sim como finalidade da contratação pública.

Sendo assim, é evidente que a alteração imposta pela lei 12.349/2010 afeta também a licitação, mas não por instituir nova finalidade a ela e sim porque a vantagem que passa a ser buscada adquire novos parâmetros. A licitação a princípio, tem como finalidade proporcionar a maior vantagem contratual para a administração pública, observando a isonomia entre os interessados, porem a obtenção desta vantagem não é alcançada de qualquer forma, uma vez que devem ser observados também o princípio da legalidade e os demais princípios da licitação.

Neste sentido, apesar do viés financeiro-econômico, que as contratações públicas possuem o legislador tem incluído elementos de natureza extraeconômica nas licitações, desta feita, além de garantir a isonomia e competitividade entre os licitantes, deve ser observado mais uma finalidade da licitação, qual seja a “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”

Tal afirmação traz alguns questionamentos, uma vez que a inserção de cláusulas com exigências ambientais atentariam contra o princípio da competitividade e da isonomia, todavia para Justen Filho, a vedação prevista no parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 8.666/93 é no sentido de “adoção de exigências desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns interesses particulares”. Isso significa, segundo o autor, que não haverá irregularidade se a “restrição for para atender ao interesse coletivo”¹⁰

Pensando nisso, o TCU tem se direcionado no sentido de que a aplicação de critérios ambientais nas licitações públicas deve ser efetivada de modo gradual, para não frustrar a competitividade do certame.

Assim, se faz necessário a análise do momento e do estágio do procedimento licitatório onde cabe a aplicação do princípio da licitação sustentável, quanto a esse ponto, surgem vários questionamentos, a saber: é possível a inserção de critérios sustentáveis na fase de habilitação? Pode a Administração estabelecer critérios socioambientais na especificação técnica do objeto?

Quanto ao primeiro questionamento, deve-se registrar que o Tribunal de Contas da União (TCU), em diversas oportunidades, abalizou restrição à competitividade em virtude de exigências indevidas na fase de habilitação. Nesse sentido, o ministro José Jorge deixou claro que “as exigências de habilitação devem se limitar ao estritamente indispensável à garantia do cumprimento das obrigações, de modo a atender o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal c/c os arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993” (Sessão de 11/04/2012, Processo AC-0847-12/12-P).

Avaliando decisões do TCU, Costa¹¹ concluiu que “a inserção de critérios sustentáveis nos certames da Administração Pública na fase de habilitação pode levar a

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*, p. 80.

¹¹ COSTA, Carlos Eduardo Lustosa da. *As licitações sustentáveis na ótica do controle externo*. 2011. 56 f. Artigo apresentado como requisito parcial (Especialização em Auditoria e Controle Governamental) — Instituto Serzedello Corrêa – ISC/TCU, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0B1F40921CE>

anulação ou retificação dos instrumentos convocatórios, não sendo aceita pelo TCU tal inserção”.

No mesmo sentido, Terra, Csipai e Uchida¹² (p. 233-235) ensinam o seguinte:

Nas licitações sustentáveis, por óbvio, a premissa se mantém: deve ser demandado o cumprimento apenas dos requisitos de habilitação necessários para assegurar que o licitante disponha de capacidade efetiva adequada, sob o ângulo dos parâmetros de proteção ao meio ambiente, para a plena execução contratual.

As mesmas autoras aclaram, contudo, que é dever dos licitantes, nos termos do art. 30, IV, da Lei nº 8.666/93, atender a todos os requisitos previstos em leis especiais, que se refiram ao objeto da licitação, com a intenção de satisfazerem a qualificação técnica necessária para a habilitação no certame.¹³ Assim, se existir regulamentação legal específica quanto a determinado bem ou serviço, é dever do licitante demonstrar o seu cumprimento já na fase de habilitação.

De forma geral, a exigência de critérios ambientais como requisito de habilitação deve ser analisado com certas reservas, observando que diversas decisões do TCU e o posicionamento majoritário da doutrina administrativista a respeito do tema. No entanto, é sempre importante lembrar a ressalva feita por Terra, Csipai e Uchida (2011, p. 236) sobre o dever da Administração de exigir, na habilitação, o cumprimento de requisitos ambientais expressamente previstos na legislação especial.

O segundo ponto, é em relação a forma como a Administração irá fazer licitações sustentáveis se refere à possibilidade de inserção de critérios ambientais na especificação técnica do objeto do certame.

Em nível federal, o art. 3º do Decreto nº 7.746/12 foi claro ao prever que “os critérios e práticas de sustentabilidade de que trata o artigo 2º serão atrelados como especificação técnica do objeto ou como obrigação da contratada”.

Quanto a esse ponto, pondera Costa¹⁴:

¹² TERRA, Luciana Maria Junqueira; CSIPAI, Luciana Pires; UCHIDA, Mara Tiekko. *Formas práticas de implementação das licitações sustentáveis: três passos para a inserção de critérios socioambientais nas contratações públicas*. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011 p. 233-235

¹³ *Ibidem* – p.236

¹⁴ COSTA, Carlos Eduardo Lustosa da. *As licitações sustentáveis na ótica do controle externo*. 2011. 56 f. Artigo apresentado como requisito parcial (Especialização em Auditoria e Controle Governamental) — Instituto Serzedello Corrêa – ISC/TCU, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0B1F40921CE>

Uma saída para este impasse pode estar na correta e adequada especificação do objeto. Poder-se-ia alegar que estaria havendo uma restrição da competitividade. Ora, especificar de forma precisa o objeto a ser contratado é obrigação do gestor. E ao escolher, já foi feita uma restrição. O que a Corte de Contas não aceita é a restrição descabida e desarrazoada. Escolher pressupõe discriminar. Essa medida afasta por completo a noção equivocada do dever de tratar igualmente todos os licitantes nos procedimentos licitatórios. Isonomia não significa, necessariamente, possibilitar o tratamento igual a situações diferentes.

No mesmo sentido de entendimento de Costa (2011), Barcessat (2011, p. 75) destaca que “o que a lei proíbe são exigências que não se sustentam juridicamente, que não guardem consonância com o objeto e objetivos da licitação”.

Não há dúvidas de que a especificação adequada do objeto, tomando como base critérios sustentáveis, demanda um maior estudo e um melhor planejamento da Administração. A mudança ideológica e cultural da licitação tradicional para a licitação sustentável não é uma tarefa simples e exige do administrador uma análise mais apurada das necessidades públicas e da forma mais adequada para supri-las.

Somente assim, será possível identificar as características do bem ou serviço que melhor agreguem fatores econômicos, sociais e ambientais no valor da proposta. Vale lembrar que, classicamente, as compras públicas avaliavam apenas os fatores econômicos e não se atentavam para os custos implícitos da contratação (danos ambientais e repercussões sociais, por exemplo).

A inclusão de critérios de sustentabilidade também afeta outros princípios licitatórios como o da economicidade, tendo em vista a alegação de que os produtos ou bens sustentáveis custariam preços mais elevados.

Porem, para Vieira¹⁵, o princípio da economicidade nem sempre significa a busca do menor preço ou do menor dispêndio financeiro para a Administração, mas sim, a perseguição pelo melhor preço, traduzido pela relação custo-benefício, significando o alcance do preço do produto ou serviço mais vantajoso para a Administração Pública no atendimento ao interesse da coletividade.

É necessário destacar ainda a incidência do princípio da eficiência, uma vez que possui estreita relação com o princípio da economicidade, tendo em vista que ambos em

¹⁵ VIEIRA, André Luis. *Contratações públicas sustentáveis*. Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=66640>>. Acesso em: 22 nov. 2011.

conjunto visam alcançar o melhor resultado no atendimento da finalidade pública, nesse caso observando a sustentabilidade, com o menor custo possível.

Assim, não há o que se falar em aplicação de princípios isolados, devendo haver a utilização do princípio da proporcionalidade/razoabilidade, quando se for sopesar os demais princípios licitatórios.

Neste sentido Justen Filho afirma, “em primeiro lugar é descabido reputar que um dos fins a serem buscados deva prevalecer sobre os demais. Não existe hierarquia entre “isonomia”, “economicidade” e “desenvolvimento nacional sustentável”. Isso significa que não será válida decisão administrativa fundada exclusivamente em um dos referidos critérios.”¹⁶

Na prática, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, deve ser interpretada a luz do princípio da proporcionalidade, tendo em vista a pluralidade de finalidades buscadas pela licitação, uma vez que se faz necessário escolher a solução apta a produzir o resultado mais satisfatório possível tendo em vista diversos valores em conflito.

Logo, a licitação não pode ignorar de modo absoluto a proposta no que se referem ao meio ambiente, como também não poderá produzir elevação insuportável dos custos para a execução da prestação, bem como não pode criar um abismo entre os fornecedores e prestadores de serviços com as imposições visando a sustentabilidade podendo gerar um direcionamento ou privilégio a determinado concorrente, ferindo assim os princípios da isonomia e competitividade.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito de graves proporções jurídicas e sociais entre os princípios licitatórios. O embate materializa-se pelo confronto aparente entre o princípio da licitação sustentável e os demais princípios licitatórios, tendo esses princípios fundamentos apresentados na Constituição da República.

De um lado, a preocupação da administração pública com a redução dos danos ambientais causados pelo fomento das atividades econômicas; de outro, os princípios licitatórios como o da competitividade que visa a equidade nos pleitos e o preconceito quanto ao discurso sustentável.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*, p. 76

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que as reiteradas decisões judiciais sobre tais conflitos caminham no sentido de que se deve ter sempre em voga o princípio da proporcionalidade para sopesar o conflitos dos demais parâmetros em razão das diversas finalidades buscadas pela licitação.

Na prática, se faz necessário optar por soluções que atendam os anseios sociais e leve a licitação a alcançar seus objetivos de forma satisfatória sopesando os valores e princípios em conflito.

O entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que não há ilegalidade ou inconstitucionalidade na aplicação do princípio da licitação sustentável. Em outras palavras, não há dano direto ao princípio da competitividade ou aos demais princípios licitatórios que possa impedir a sua aplicação.

Quanto à questão que se descortinou ao longo do segundo capítulo, a de se verificar as hipóteses de aplicação e em que fases do processo licitatório pode-se aplicar o princípio da licitação sustentável, a pesquisa chegou ao entendimento de que é possível a aplicação de critérios ambientais na definição do objeto a ser licitado, na fase de habilitação dos licitantes, na fase de julgamento das propostas ou que os critérios sustentáveis sejam cobrados como obrigações contratuais.

No que tange a habilitação dos agentes econômicos no certame, o TCU, STF e a doutrina majoritária se manifestaram contrários ao cabimento de exigências, tendo em vista o rol taxativos de exigências para licitar previstas em lei, possuindo apenas uma exceção a esta vedação, possibilitando admitir preferências às propostas de acordo com fatores diferenciados de pontuação técnica, sendo nestes casos, indispensáveis critérios definidos de forma objetiva, para evitar o risco de privilégios e de ferir o princípio da competitividade.

Se o objetivo fundamental da Licitação consiste em proporcionar a maior vantagem contratual para a administração pública, observando a isonomia entre os interessado, deve-se destacar ainda que esta vantagem buscada não é alcançada de qualquer forma não podendo se distanciar da legalidade e dos demais princípios licitatórios.

Assim, foi apontado no terceiro capítulo deste artigo, apesar do viés econômico das contratações públicas o legislador vem incluindo nas licitações elementos de origem

extraeconômicos, a fim de que se destaque a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que a inclusão de elementos extraeconômicos e de que a inserção de cláusulas com exigências ambientais na licitação não fere o princípio da competitividade e da isonomia, quando essa inserção observa a proporcionalidade em suas exigências, cuja previsão seja visando proteger o interesse coletivo, tomando os devidos cuidados para que não beneficie interesses particulares.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta do autor consiste na tese de que não há outro caminho para legitimar a aplicação do princípio da licitação sustentável senão sob argumentos fundados nos demais princípios licitatórios e no interesse coletivo. Ainda mais: o administrador precisa buscar quanto possível o equilíbrio dos princípios, de maneira a alcançar o resultado propício à interpretação do direito que vê na proteção do interesse coletivo seu fim maior.

Na prática, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, deve ser interpretada a luz do princípio da proporcionalidade, tendo em vista a pluralidade de finalidades buscadas pela licitação, não podendo ignorar de modo absoluto a proposta no que se referem ao meio ambiente, bem como não pode criar um abismo entre os fornecedores e prestadores de serviços com as imposições visando a sustentabilidade sob pena de gerar um direcionamento ou privilégio a determinado concorrente, ferindo assim os demais princípios licitatórios.

REFERÊNCIAS

Brasil. Decreto nº 7.746, de 05 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7746.htm>. Acesso em 10. jun. 2019

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº381/2009. Plenário. Min. rel. Benjamin Zymler. Sessão: 11.mar. 2009.

_____. Lei nº 12.462, de 04 de agosto 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019

COSTA, C, E, L. *As licitações sustentáveis na ótica do controle externo*. 2011. 56 f. Artigo apresentado como requisito parcial (Especialização em Auditoria e Controle Governamental) — Instituto Serzedello Corrêa – ISC/TCU, Brasília, DF, 2011. Disponível em:<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0B1F40921CE7>

DROMI, J, R.. *La licitación pública*. Buenos Aires: Astre, 1975

DALLARI, A, A. *Aspectos jurídicos da licitação*. São Paulo: Juriscredi, 1973.

JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*.

MELLO, C, A, B. de. *Licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MAIRELES, H, L. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, C, A, B, de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: 1978.

DI PIETRO, M, S, Z. *Direito administrativo*. 31. ed. rev. Atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TERRA, L, M, J. CSIPAI, L, P.; UCHIDA, M, T. *Formas práticas de implementação das licitações sustentáveis: três passos para a inserção de critérios socioambientais nas contratações públicas*. In: SANTOS, M, G.; BARKI, T, V, P. (Coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VIEIRA, A, L. *Contratações públicas sustentáveis*. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=66640>>. Acesso em: 22 nov. 2011.