Licitações públicas sustentáveis: vinculação ou discricionariedade do administrador?*

Sustainable public biddings processes: binding or discretion?

*Josué Mastrodi***
*Beatriz Duarte Correa de Brito****

RESUMO

Neste trabalho buscamos analisar, a partir do ordenamento jurídico brasileiro vigente, a possibilidade de se realizarem licitações públicas sustentáveis em todos os níveis da administração pública. Para isso, foram sistematicamente examinadas a Constituição Federal, as Leis nº 8.666/1993 e nº 12.305/2010, bem como o contexto histórico da preocupação mundial

* Artigo recebido em 20 de fevereiro de 2015 e aprovado em 12 de março de 2015. DOI: http://dx.doi.org/10.12660/rda.v274.2017.68743.

** Universidade Católica de Campinas, Campinas, São Paulo, Brasil. E-mail: mastrodi@puc-campinas.edu.br.
Doutor em filosofia e teoria geral do direito pela Universidade de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito e do programa de pós-graduação *stricto sensu* em sustentabilidade da Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

*** Universidade Católica de Campinas, Campinas, São Paulo, Brasil. E-mail: beatriz.brito@mail.com.
Mestranda do programa de pós-graduação *stricto sensu* em sustentabilidade da Pontifícia Universidade Católica de Campinas e bolsista Capes, graduada em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas e técnica em meio ambiente pelo Colégio Técnico de Campinas.

com o chamado desenvolvimento sustentável. Assumindo que o princípio da sustentabilidade deve nortear as ações da administração pública, visto que se impõe ao poder público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A sustentabilidade ambiental deve ser elemento de qualificação de toda e qualquer proposta recebida pela administração em licitações públicas, de modo que a proposta mais vantajosa homologada pelos processos licitatórios somente seja aquela que respeitar as normas de preservação ambiental.

PALAVRAS-CHAVE

Licitação sustentável — princípio da sustentabilidade — dever do administrador — proteção ambiental — custos diretos e indiretos

ABSTRACT

In this paper we aim at analyzing, from the current Brazilian law, the possibility of conducting sustainable public bids at all levels of public administration. For this, were systematically examined the Federal Constitution, the Laws nº 8.666/1993 and nº 12.305/2010, as well as the historical context of the global preoccupation with the so-called sustainable development. Assuming that the principle of sustainability should guide the actions of the government, since it imposes upon the government and the society the duty to defend and preserve an ecologically balanced environment, environmental sustainability must be an element of qualification of any proposal received by the administration in public bids, so that the most advantageous proposal approved by the bidding process is only one that meets the standards for preserving the environment.

KEYWORDS

Sustainable bidding processes — principle of sustainability — duty of administrator — environmental protection — direct and indirect costs

1. Introdução

A preocupação ambiental vem crescendo a cada dia. O aquecimento global, a irregularidade de chuvas, a poluição do ar e das águas, o desmatamento acelerado e todos os infortúnios causados por esses fenômenos, como

inundações, deslizamentos de terras, racionamento de água e energia, doenças respiratórias e temperaturas extremas, têm tomado conta dos noticiários em todo o planeta e trazido à tona a discussão sobre os problemas ambientais atuais, principalmente quanto às formas de produção e consumo.

Desde a Revolução Industrial na Inglaterra, no século XVIII, quando o modo de produção mudou radicalmente, a natureza está sofrendo com a intensificação da degradação. Até então, a produção era manufaturada e em pequena escala, por isso havia menos extração de matéria-prima da natureza e o consumo era limitado.

Após a Revolução, a produção industrial se intensificou e, com ela, a degradação ambiental, já que os recursos naturais eram cada vez mais utilizados e os resíduos eram devolvidos para a natureza sem o devido tratamento, poluindo e contaminando, assim, ar, água e solo. Com o passar do tempo, outros países se desenvolveram e passaram a produzir em escala industrial; logo, os danos ambientais aumentaram.

Para piorar, após a quebra da Bolsa de Nova York, em 1929, os Estados Unidos da América precisavam recuperar sua economia; por isso, o governo incentivou o consumo com base no *slogan* do modo americano de se viver (*American way of life*): consumir bastante para ser feliz. Isso, de fato, ajudou a movimentar a economia, pois havia uma maior demanda por produtos, o que levou as indústrias a contratarem mais funcionários para produzirem mais, atendendo, assim, a necessidade dos consumidores e gerando mais renda para a população.

Com a globalização, esse modelo de vida, de consumo e desperdício em excesso disseminou-se pelos países desenvolvidos e trouxe mais prejuízos ambientais. Cada vez mais, extraía-se matéria-prima da natureza sem que esta tivesse tempo hábil para se regenerar. Além disso, muitos recursos naturais tornaram-se inutilizados devido à poluição e à degradação.

Ao longo dos anos, o dano ambiental foi aumentando e, para tentar mudar esse cenário, especialistas intensificaram os alertas sobre as consequências negativas dessa destruição, como aquecimento global e falta de água. Assim, em 1972, foi realizada em Estocolmo, na Suécia, a primeira conferência mundial sobre meio ambiente, com o intuito de mostrar que a natureza não era uma fonte inesgotável de recursos e que a mudança de comportamento deveria se dar em nível mundial.

Foi então que surgiu o termo sustentabilidade, bem definido no Princípio 2º da Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano:

> Os recursos naturais da Terra, incluindo o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e, especialmente as amostras representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, através de planejamento ou gestão cuidadosa, como apropriado.[1]

Considerando que o ritmo de destruição continuava acelerado, na década de 1980 foi criada a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, chefiada pela médica e ex-primeira-ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland, com a função de analisar os riscos ambientais e o crescimento econômico.[2] O resultado desse trabalho foi o documento *Nosso futuro comum*, que alertou para a necessidade de se levar a sério "o risco ambiental do crescimento econômico".[3]

Em decorrência dos alertas emitidos pelos ambientalistas até então, em 1992, o Rio de Janeiro sediou a Cúpula da Terra, conferência da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre meio ambiente e desenvolvimento, conhecida como ECO-92. Entre os diversos documentos originados desse evento, destaca-se a *Agenda 21*, que tinha como principal objetivo: "capacitar todas as pessoas a atingir meios sustentáveis de subsistência, devendo ser um fator de integração que permita às políticas abordar simultaneamente questões de desenvolvimento, de manejo sustentável dos recursos e de erradicação da pobreza", tornando a sociedade mais justa ambiental e socialmente.[4]

Apesar de todas as conferências da ONU, como as citadas, e dos relatórios divulgados por organizações não governamentais sobre o tema, a degradação continuou acelerada, principalmente devido ao consumo desenfreado, grave consequência do planejamento estratégico das empresas que, para sobreviver no sistema, buscam o lucro a qualquer custo, produzindo em ritmo muitas vezes superior à capacidade de regeneração dos recursos naturais utilizados como matéria-prima. Nessa linha, a escritora sul-africana Nadine Gordimer foi muito clara e objetiva ao descrever, em sua carta para as futuras gerações, as consequências ambientais e sociais do consumo descomedido:

---

1 ONU. *Princípio 2º da Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano*.

2 ONU. *A ONU e o meio ambiente*. Disponível em: <www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-meio-ambiente/>. Acesso em: 10 jul. 2014.

3 ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Desenvolvimento sustentável: uma perspectiva econômico-ecológica. *Revista Estudos Avançados*, v. 26, n. 74, p. 65-92, 2012. p.70.

4 ONU. *Agenda 21*. Item 3.4. Disponível em: <www.onu.org.br /rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2014.

> O consumo descontrolado no mundo desenvolvido erodiu os recursos renováveis, a exemplo dos combustíveis fósseis, florestas e áreas de pesca, poluiu o ambiente local e global e se curvou à promoção da necessidade de exibir conspicuamente o que se tem, em lugar de atender às necessidades legítimas da vida. Enquanto aqueles de nós que fizeram parte dessas imensas gerações de consumidores precisam consumir menos, para mais de 1 bilhão das pessoas consumir mais é uma questão de vida ou morte e um direito básico — o direito de ser livre da carestia. [tradução livre][5]

Atualmente, um dos temas mais discutidos pelo mundo todo é o desenvolvimento sustentável, que alia o desenvolvimento econômico à preservação ambiental. Contudo, como "uma economia de base industrial estará sempre beirando a insustentabilidade",[6] aliar desenvolvimento econômico à preservação ambiental é uma tarefa difícil, principalmente porque há países em desenvolvimento que visam crescer a qualquer custo. Por isso, as várias conferências internacionais sobre meio ambiente e desenvolvimento tentam conciliar os interesses de países desenvolvidos, países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento e ambientalistas.

1.1 Problema

Apesar de o Brasil ter sediado a Rio-92, a preocupação ambiental começou a ter destaque nas políticas públicas nacionais apenas em 2003, com a I Conferência Nacional de Meio Ambiente, que reuniu diversas representações da sociedade brasileira para discutir as políticas ambientais e, em 2005, quando a segunda edição da Conferência deu ênfase aos resíduos sólidos.[7]

Considerando que a preservação dos recursos naturais e a saúde pública estão intimamente associadas aos resíduos sólidos e que a gestão integrada

---

5 GORDIMER, Nadine. A face humana da globalização. In: MAYOR, Federico (Sel. e comp.). *Letters to future generations*. Paris: Unesco, 1999. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001185/118573e.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2014.

6 CAVALCANTI, Clóvis. Sustentabilidade: mantra ou escolha moral? Uma abordagem ecológico-econômica. *Revista Estudos Avançados*, São Paulo, v. 26, n. 74, p. 35-50, 2012.

7 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Exposição de motivos nº 58/MMA/2007*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/MMA/2007/58.htm>. Acesso em: 3 ago. 2014.

desses e os "processos de tecnologia limpa seriam caminhos ambientalmente saudáveis, economicamente viáveis e cada vez mais demandados pela sociedade",[8] em 2010, foi promulgada a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS, Lei nº 12.305/2010), que integra a Política Nacional de Meio Ambiente e dispõe sobre a gestão integrada e o gerenciamento de resíduos sólidos, bem como as responsabilidades dos geradores e do poder público.[9]

São objetivos da PNRS, entre outros, o estímulo à adoção de padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços; a adoção, o desenvolvimento e o aprimoramento de tecnologias limpas, como forma de minimizar impactos ambientais; e, principalmente, a prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para produtos reciclados e recicláveis e bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis.[10]

Para facilitar a compreensão desses objetivos, o Ministério do Meio Ambiente definiu o que é consumo social e ambientalmente sustentável:

> O Consumo Sustentável envolve a escolha de produtos que utilizaram menos recursos naturais em sua produção, que garantiram o emprego decente aos que os produziram, e que serão facilmente reaproveitados ou reciclados. Significa comprar aquilo que é realmente necessário, estendendo a vida útil dos produtos tanto quanto possível. Consumimos de maneira sustentável quando nossas escolhas de compra são conscientes, responsáveis, com a compreensão de que terão consequências ambientais e sociais — positivas ou negativas.[11]

Esses objetivos podem ser atingidos por meio de incentivos fiscais a produtos sustentáveis e cessação de subsídios a combustíveis fósseis; aplicação de penas mais rigorosas para poluidores e desmatadores; subsídio a pesquisas para desenvolvimento e aprimoramento de energias mais limpas; entre outros.

Porém, um dos meios mais eficazes de se atingir esses objetivos é a utilização de Licitações Sustentáveis — objeto de estudo do presente trabalho —,

---

8 Ibid.

9 Nos termos do artigo 1º da Lei nº 12.305/2010.

10 Nos termos do artigo 7º da Lei nº 12.305/2010.

11 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *O que é consumo sustentável?* Disponível em: <www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/producao-e-consumo-sustentavel/conceitos/consumo-sustentavel>. Acesso em: 20 ago. 2014.

já que a administração é a principal contratante interna, embora o mercado seja muito maior, e pode estimular empresários a alterarem o modo de produção para atenderem aos parâmetros mínimos de sustentabilidade previstos em um edital, visando a contratarem junto ao poder público.

Nesse ponto, Rogério Corrêa foi bem enfático quanto ao papel indutor da administração pública no consumo sustentável:

> De acordo com a Diretoria de Economia e Meio Ambiente do Ministério do Meio Ambiente, com as contratações públicas sustentáveis o Estado atua no mercado tanto como consumidor, quanto como regulador, utilizando seu poder de compra como instrumento de justiça social.
>
> Desta forma, passa a incentivar a produção de bens, serviços e obras sustentáveis, de modo que as Compras Públicas tornam-se instrumentos de fomento de novos mercados, gerando emprego e renda e fortalecendo a economia interna para competir internacionalmente, em uma área já considerada estratégica no novo cenário econômico mundial. [12]

De início pode haver certa resistência, pois participar de uma licitação não garante que o empresário contratará junto à administração, e alterar todo o modo de produção, muitas vezes encarecendo o processo, para tentar contratar com um único cliente — a administração pública — pode não parecer vantajoso para o empresário, principalmente se os concorrentes não se adaptarem e mantiverem o custo baixo de produção. Por isso, não só a administração, mas também os principais compradores[13] devem ter uma política incentivadora da produção sustentável, para que os empreendedores alterem seu modo de produção.

Todavia, a Lei nº 8.666/1993, que estabelece as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito do poder público, veda as cláusulas que "restrinjam ou frustrem o caráter competitivo das licitações e estabeleçam preferências ou distinções em razão de [...] circunstância impertinente ou

---

[12] CORRÊA, Rogério. Licitações sustentáveis — a nova realidade das compras públicas. *Revista Negócios Públicos*, Recife, a. VI, p. 183-201, abr. 2008.

[13] A mudança no comportamento das grandes empresas consumidoras em relação às compras sustentáveis não será objeto de estudo deste trabalho, que se limitará a tratar das compras públicas.

irrelevante para o específico objeto do contrato".[14] Dessa forma, não seria possível cumprir o disposto na PNRS, dando prioridade para a contratação de produtos e serviços sustentáveis, sem ferir a Lei Geral de Licitações.

1.2 Objetivos

Considerando que ambas são leis ordinárias federais e que, apesar de ser mais recente, a Lei nº 12.305/2010 não revogou expressamente os dispositivos contrários ainda prescritos no texto da Lei nº 8.666/1993 e, principalmente, que está garantido na Constituição Federal o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado,[15] permitindo o tratamento diferenciado a produtos e serviços conforme o impacto ambiental,[16] nosso trabalho pretende responder à questão: é possível atender simultaneamente à Política Nacional de Resíduos Sólidos e à Lei de Licitações, em especial nas modalidades licitatórias definidas pelo tipo menor preço, aqui incluídas não só a concorrência, mas também a tomada de preços, o convite e o pregão (Lei nº 10.520/2002)?

1.3 Justificativa teórica

A publicação da Instrução Normativa nº 01, de 19 de janeiro de 2010 (IN01), colocou em pauta nas três esferas de governo a discussão sobre compras públicas sustentáveis. Seguindo o artigo 3º da Lei nº 8.666/93, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão publicou a IN01, que dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens e serviços pela administração pública federal, sem frustrar a competitividade do procedimento licitatório.

Desde então, diversos juristas e gestores discutem como incluir nos editais requisitos de sustentabilidade, mantendo a isonomia e a competitividade entre os licitantes. Entre eles, merece destaque Rogério Corrêa, que afirma

---

[14] BRASIL. Congresso Nacional. *Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993*. Artigo 3º, §1º. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2014.

[15] Nos termos do artigo 225, *caput*, da Constituição Federal.

[16] Nos termos do artigo 170, VI da Constituição Federal.

que a "Administração Pública deve exercer de forma eficiente e responsável o poder de compra de que dispõe, e utilizar-se adequadamente de critérios socioambientais em sua atividade licitatória", diante de sua importância na preservação do meio ambiente.[17]

Carlos Alberto Silva Junior defende que a "Administração Pública pode e deve implementar o tempero do princípio da sustentabilidade nas suas compras governamentais, por meio da chamada licitação sustentável".[18] Já Virgílio Ricardo Coelho Meirelles e colaboradores afirmam que a opção dos governantes pela contratação de produtos e serviços sustentáveis será um meio de induzir os empresários a se adequarem e também "reeducar toda a sociedade para que possamos ter um planeta equilibrado".[19]

Apesar de ser um tema recente, a bibliografia é vasta, já que é um tema relevante e envolve diversas áreas do direito, como as vertentes ambiental, administrativa e econômica. Ademais, "contemplar critérios ambientais em aquisições públicas é uma tendência já consagrada em outros ordenamentos jurídicos",[20] o que nos confere uma base de pesquisa extremamente ampla.

1.4 Metodologia

Nadine Gordimer, em seu texto *The human face of globalization*, mostra os efeitos, principalmente os negativos, da globalização no século XX e sugere uma mudança radical no modo de desenvolvimento dos países: o desenvolvimento sustentável. Segundo a autora, o mundo não comporta esse ritmo de consumo que a globalização implantou, pois as pessoas buscam muito mais do que comida e água potável.

A autora não condena o desenvolvimento, ao contrário, concorda com Kofi Annan, ex-presidente da ONU, quando este diz que não há paz sem desenvolvimento; ela apenas defende o desenvolvimento sustentável,[21] definido no documento *Nosso futuro comum*:

---

17 Rogério Corrêa, Licitações sustentáveis — a nova realidade das compras públicas, op. cit.

18 SILVA JUNIOR, Carlos Alberto. *Contratações públicas sustentáveis*. Disponível em: <www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/35834/000816796.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 jul. 2014.

19 MEIRELLES, Virgilio Ricardo Coelho et al. As vantagens da licitação sustentável para administração pública. In: THE 4TH INTERNATIONAL CONGRESS ON UNIVERSITY-INDUSTRY COOPERATION, Taubaté, 2012.

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

21 Nadine Gordimer, A face humana da globalização, op. cit.

> Desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades.
>
> Assim, os objetivos de desenvolvimento econômico e social devem ser definidos em termos de sustentabilidade em todos os países [que] devem compartilhar certas características gerais e deve fluir a partir de um consenso sobre o conceito básico de desenvolvimento sustentável e de um quadro estratégico abrangente para alcançá-lo. [tradução livre][22]

O desenvolvimento sustentável alia, pois, desenvolvimento econômico e social e preservação ambiental. Ou seja, segundo esse conceito, não seria necessário parar de crescer economicamente para preservar o meio ambiente, bastaria que se produzisse e consumisse com consciência, respeitando os limites do Planeta. Para atingir esse nível de desenvolvimento sustentável, visando à manutenção dos recursos naturais para as futuras gerações, seria indispensável uma atuação conjunta de poder público, empresários e consumidores de todos os países.

O setor empresarial adotou o ideário ecológico na década de 1980, segundo Fátima Portilho,[23] por pressões populares e governamentais, afirmando que o capital e o mercado seriam capazes de introduzir o desenvolvimento sustentável nos países, "sobretudo através da competitividade empresarial, que estimularia o uso de tecnologias limpas, o desenvolvimento de produtos 'verdes' e 'ecologicamente corretos' e a visão de meio ambiente como nova possibilidade de negócio".

Os governantes, por sua vez, devem, além de pressionar os outros setores por meio de políticas indutoras, adaptar-se a esse novo modelo de desenvolvimento e este trabalho pretende mostrar como deve ser a atuação do poder público no Brasil, do ponto de vista das compras públicas. Para tanto, vamos analisar a PNRS, as Leis de Licitações, a Constituição Federal e outros dispositivos infraconstitucionais e demonstrar como é possível cumprir a todos, simultaneamente, por meio de licitações sustentáveis.

---

[22] ONU. *Nosso futuro comum*. 1987. Disponível em: <www.un-documents.net/wced-ocf.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

[23] PORTILHO, Fátima. Consumo verde, democracia ecológica e cidadania: possibilidades de diálogo? *Rubedo*. Disponível em: <www.rubedo.psc.br/artigos/consumo.htm>. Acesso em: 20 jun. 2014.

Primeiramente, será esmiuçada a Lei nº 8.666/1993[24] para entendermos até que ponto um requisito de sustentabilidade previsto no edital é considerado restritivo à competitividade. Posteriormente, analisaremos as Leis nº 6.938/1981, nº 12.187/2009 e nº 12.305/2010, bem como a Constituição Federal para verificarmos se há respaldo legislativo para a adoção de licitações sustentáveis. Por fim, avaliaremos quais requisitos sustentáveis podem ser exigidos em uma licitação.

2. A normatização das licitações

Promulgada à luz da Constituição Federal de 1988 e em atenção especialmente a seu artigo 37, XXI, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos em todos os âmbitos da administração pública, sendo permitida aos entes federados a edição de normas específicas sobre a matéria, independentemente de lei complementar.[25]

As licitações, ressalvados os casos previstos em lei, são procedimento[26] obrigatório para a administração pública — direta e indireta — contratar junto a terceiros, de modo a selecionar a proposta mais vantajosa para o poder público. Na visão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Flavio Amaral Garcia, esse processo seletivo "nada mais é do que a aplicação de um expediente formal voltado à realização mais segura de valores substantivos em jogo, como o são a igualdade dos licitantes, a legitimidade, a moralidade administrativa e a economicidade da gestão pública".[27]

A melhor proposta varia de acordo com o tipo de licitação — menor preço, técnica e preço, melhor técnica ou maior lance/oferta — e para obtê-la é necessário um procedimento universal, em que todos concorram em igualdade de condições. Dessa forma, o edital não pode prever cláusulas ou

---

[24] A Lei nº 10.520/2002, que trata do pregão, não será analisada a fundo porque os requisitos de habilitação e classificação do pregão são os previstos na Lei nº 8.666/1993.

[25] Nos termos do artigo 22 da Constituição Federal.

[26] As expressões processo licitatório e procedimento licitatório serão utilizadas indistintamente neste artigo, pois apesar de não haver unanimidade quanto ao termo correto, já que a Constituição Federal se refere a processo de licitação pública (artigo 37, XXI) e a Lei Geral de Licitações se refere a procedimento, essa discussão não interessa ao presente trabalho.

[27] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flavio Amaral. Desastres naturais e as contratações emergenciais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 149-178, jan./abr. 2014.

condições que comprometam, restrinjam ou frustrem seu caráter competitivo,[28] diminuindo injustificadamente o número de licitantes, como bem ressaltado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) no TC-015.496/2010-4, Acórdão nº 2.187/2010-Plenário:

> Assunto: LICITAÇÕES. DOU de 06.09.2010, S. 1, p. 82. Ementa: alerta a um município para as seguintes impropriedades, que podem comprometer a observância do princípio constitucional da isonomia nas licitações: a) ausência de critérios objetivos para composição de um lote, sem observância da natureza distinta dos itens que o compõem, e que exigem tratamento diferenciado em termos de fornecimento, transporte, guarda e armazenamento; b) detalhamento excessivo das especificações de itens que podem restringir a competitividade do certame; c) ausência de planilha contendo os preços unitários dos produtos a serem adquiridos, na forma definida no art. 40, §2º, da Lei nº 8.666/1993.[29]

Ademais, um dos pressupostos da licitação é o pressuposto lógico, que consiste na pluralidade de licitantes. Para que ocorra essa condição, as cláusulas não devem ser específicas a ponto de restringir o certame ou direcioná-lo a apenas um fornecedor, salvo quando tecnicamente justificável.[30] As condições, portanto, devem estar estritamente atreladas ao objeto do certame, limitando, de certa forma, a liberdade contratual da administração.

Nesse sentido, Guilherme Carvalho e Souza questiona a liberdade contratual da administração pública na formação dos contratos administrativos, analisando os três aspectos da autonomia da vontade: "a) faculdade de contratar e não contratar; b) liberdade de escolha da pessoa com quem contratar; c) liberdade de fixar o conteúdo do contrato",[31] e a obrigatoriedade do procedimento licitatório.

---

[28] Nos termos do artigo 3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/1993.

[29] BARRAL, Daniel de Andrade Oliveira. Lei nº 8.666 segundo o TCU. *Advocacia-Geral da União*. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/158404>. Acesso em: 16 jun. 2014.

[30] Nos termos do artigo 7º, §5º da Lei nº 8.666/1993.

[31] SOUSA, Guilherme Carvalho e. A liberdade de contratar para a administração pública: a autonomia da vontade no contrato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 260, p. 183-201, maio/ago. 2012.

A faculdade de o poder público contratar esbarra no princípio da legalidade estrita, um dos princípios norteadores da administração pública, pois o administrador deve agir exatamente como a lei lhe determina, demonstrando que tal ato cumpre a finalidade pública. Portanto, se cabe à administração prestar determinado serviço público, ela deve utilizar os instrumentos necessários ao atingimento daquela finalidade prevista em lei, não havendo liberdade para decidir contratar ou não.

Da mesma forma, o conteúdo do contrato deve atender ao interesse público, limitando a autonomia de vontade da administração. Não há dúvida de que, quando da contratação, o administrador disporá de certa discricionariedade para estipular as regras a serem seguidas pelo particular contratado; contudo, essas regras devem atender ao interesse público primário (dos cidadãos, titulares da soberania) e não ao secundário (do administrador),[32] o que determina que a margem de decisão (discricionariedade) é restrita.

Essa reserva na liberdade de contratar se dá justamente par evitar o arbítrio do administrador, que se não estivesse vinculado a requisitos mínimos expressos em lei poderia agir de forma não coincidente ao interesse público, "assim, a vontade, na formação do contrato administrativo, não faz liberdade de ação administrativa"[33].

Já a restrição na liberdade de escolha da pessoa com quem contratar está intimamente ligada à obrigatoriedade do procedimento licitatório, pois, como já ressaltado, a administração deve contratar junto àquele que oferecer a proposta mais vantajosa, de acordo com o tipo licitatório, e desde que tenha cumprido todos os requisitos legais e do edital.[34]

Apesar de a Lei nº 8.666/1993 ser a principal norma reguladora de licitações e contratos administrativos em todos os âmbitos da administração pública, ela não é a única. Diversos dispositivos de nosso ordenamento jurídico estabelecem requisitos a que o poder público deve se atentar no momento da contratação, principalmente no que se refere à preocupação ambiental.

Não obstante a promoção do desenvolvimento nacional sustentável seja um dos objetivos da lei geral de licitações,[35] ela é omissa quanto ao dever de se cumprirem os requisitos de proteção ao meio ambiente, que devem constar no instrumento convocatório, seja em relação ao objeto em si ou à obra/serviço, seja

---

[32] Ibid.
[33] Ibid, p. 198.
[34] Nos termos do artigo 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/1993.
[35] Nos termos do artigo 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/1993.

em relação à condição da empresa do licitante. Assim, é necessária uma análise de outros dispositivos para entender a necessidade e a obrigatoriedade de as compras públicas serem ambientalmente sustentáveis e de se compreender que essa característica, ser sustentável, deve necessariamente integrar o dever pelo qual a administração deve obter a proposta mais vantajosa.

Importante ressaltar que o Projeto de Lei PLC nº 32/2007,[36] que altera dispositivos da Lei nº 8.666/1993 e está em tramitação no Congresso Nacional, podendo ser aprovado a qualquer momento, não introduz requisitos sustentáveis para as licitações (nem na habilitação dos licitantes, nem na classificação ou no julgamento das propostas). Isto é, continua não visando à consolidação do desenvolvimento nacional sustentável, que permanece como objetivo da lei,[37] já que a alteração dos objetivos da lei geral de licitações não é objeto do projeto. Nem mesmo as emendas apresentadas desde a promulgação da PNRS, em 2010, até o momento, fixaram critérios ambientais explícitos para as compras públicas.

2.1 Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 é um marco na história democrática do Brasil e, entre outros avanços, alçou o meio ambiente ecologicamente equilibrado a um bem jurídico constitucionalmente protegido e destinou um capítulo inteiro à sua disposição, o capítulo VI, composto apenas pelo artigo 225 e seus parágrafos.

Dispõe tal artigo: "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".[38]

Vê-se que, além de se referir ao desenvolvimento sustentável, atendendo ao disposto na *Agenda 21*, um dos principais documentos da ECO-92 e à qual o Brasil aderiu, como já ressaltado anteriormente, o legislador atribuiu a todos,

---

[36] BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara nº 32 de 2007*. Altera dispositivos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal; institui normas para licitações e contratos da Administração Pública; e dá outras providências. Disponível em: <www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=80909>. Acesso em: 20 set. 2014.

[37] Nos termos do artigo 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93.

[38] Nos termos do artigo 225 da Constituição Federal (1988).

poder público (União, estados, distrito federal e municípios)[39] e coletividade, o dever de preservar o meio ambiente, que, segundo o artigo 3º da Política Nacional do Meio Ambiente, é "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".[40]

O meio ambiente equilibrado é classificado como um direito de terceira dimensão, como bem destacado pelo ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do MS 22.164, em 30-10-1995:

> O direito à integridade do meio ambiente — típico direito de terceira geração — constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.[41]

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) define, no artigo 81, o que é cada um dos direitos de terceira dimensão,[42] considerados direitos metaindividuais:

---

39 Nos termos do artigo 23, VI da Constituição Federal (1988).

40 Nos termos do artigo 3º, I da Lei nº 6.938/1981.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. Artigo 225. STF. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>. Acesso em: 24 ago. 2014.

42 Há distinção entre afirmarem-se direitos em termos de gerações ou de dimensões. Karel Vasak, quem primeiro cunhou a expressão, relacionou didaticamente os direitos em gerações que corresponderiam ao tríptico da Revolução Francesa, ou seja, direitos individuais para liberdade; direitos sociais para igualdade, e direitos difusos e coletivos para solidariedade.

> I — interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
>
> II — interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
>
> III — interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.[43]

Apesar de o dispositivo salientar que esta definição é feita para efeitos desse Código (CDC), ela é utilizada em todos os ramos do direito, abarcando, além dos direitos do consumidor, os interesses ambientais, dos idosos, dos deficientes, entre outros. O direito a um ambiente ecologicamente equilibrado é um direito difuso, pois não há um contorno nítido no conjunto de pessoas titulares desse direito, mas estas são unidas por uma situação fática.

Importante salientar que os interesses difusos são indivisíveis, pertencem à coletividade como um todo, e são marcados por intensa litigiosidade, diante da pluralidade de interesses e possibilidades de soluções. Daí decorre a importância da intervenção do poder público na garantia desses direitos. Por isso, o legislador definiu como um dos princípios da ordem econômica "a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação".[44]

Nessa linha, o ministro Celso de Mello, do STF, afirmou em seu voto na ADI nº 3.540-1-MC/DF, julgamento em 1-9-2005, Plenário, que atividade econômica e proteção ambiental devem ser harmônicas:

Ao se falar em gerações, trata dos direitos de forma estanque e, de certa forma, hierarquizados de modo que os de segunda geração não superariam os de primeira, e os de terceira não suplantariam os de segunda. Por outro lado, ao se falar em dimensões, concebem-se os direitos conforme uma estrutura móvel em que novas características passam a integrar os direitos da dimensão anterior que, antes de serem estanques e hierarquizadas, interagem e se complementam de modo harmônico.

43 Nos termos do artigo 81 da Lei nº 8.078/1990.

44 BRASIL. Constituição (1988). *Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003*. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc42.htm>. Acesso em: 20 ago. 2014.

> A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se estiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural.[45]

Como destacam Flávio Amaral Garcia e Leonardo Coelho Ribeiro, "essas premissas constitucionais, por sua vez, são densificadas por dispositivos da legislação infraconstitucional que permitem que o administrador público se utilize de critérios de sustentabilidade ambiental quando do emprego do poder de compra estatal".[46]

2.2 Política Nacional de Meio Ambiente

A Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA — Lei nº 6.938/1981), promulgada em 31 de agosto de 1981, foi a primeira legislação ambiental brasileira em âmbito nacional com foco na preservação ambiental, pois as normas existentes até então tinham um viés muito mais econômico do que ambiental.

Um dos objetivos da PNMA é a "compatibilização do desenvolvimento econômico social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico".[47] Isto é, nas palavras de Édis Milaré, "qualquer

---

[45] BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. A Constituição e o Supremo. Artigo 170.
[46] Flávio Amaral Garcia e Leonardo Coelho Ribeiro, Licitações públicas sustentáveis. op. cit.
[47] Nos termos do artigo 4º, I da Lei nº 6.938/1981.

processo de desenvolvimento está condicionado a respeitar as 'tecnologias da Natureza', ou seja, sua capacidade para atender a demandas e suas condições de equilíbrio e homeostase".[48]

Desde 1981, portanto, a legislação brasileira visa a promoção do desenvolvimento sustentável, que deve ser atingido por meio de instrumentos como "o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental"[49] e "incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental".[50]

Além disso, responsabilizou o Poder Executivo a incentivar as atividades voltadas ao meio ambiente, visando:

> I — ao desenvolvimento, no País, de pesquisas e processos tecnológicos destinados a reduzir a degradação da qualidade ambiental;
> II — à fabricação de equipamentos antipoluidores;
> III — a outras iniciativas que propiciem a racionalização do uso de recursos ambientais.

2.3 A Política Nacional sobre Mudança no Clima

Pouco conhecida, mas não menos importante, a Política Nacional sobre Mudança no Clima (PNMC), instituída em 2009 pela Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009, visa, entre outras coisas:

> I — à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a proteção do sistema climático;
> [...]
> V — à implementação de medidas para promover a adaptação à mudança do clima pelas 3 (três) esferas da Federação, com a participação e a colaboração dos agentes econômicos e sociais interessados ou beneficiários, em particular aqueles especialmente vulneráveis aos seus efeitos adversos;

---

48 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*: doutrina, jurisprudência, glossário. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 440.
49 Nos termos do artigo 9º, I, da Lei nº 6.938/1981.
50 Nos termos do artigo 9º, V, da Lei nº 6.938/1981.

> VI — à preservação, à conservação e à recuperação dos recursos ambientais, com particular atenção aos grandes biomas naturais tidos como Patrimônio Nacional;

Apesar de focar na proteção do sistema climático, a PNMC tem objetivos mais amplos de proteção ao meio ambiente, tanto que uma de suas diretrizes é "o estímulo e o apoio à manutenção e à promoção de padrões sustentáveis de produção e consumo".[51]

Por meio de seus instrumentos, essa lei impõe ao poder público o dever de tomar medidas de mitigação às mudanças climáticas, seja por meios fiscais e tributários,[52] seja por meios econômicos ou financeiros.[53] Mais do que isso, obriga a administração a estabelecer critérios de preferência nas licitações públicas para as "propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos".[54] Pela primeira vez, uma legislação brasileira foi explícita e incisiva quanto à necessidade de o poder público levar em conta critérios ambientais em suas contratações.

2.4 A Política Nacional de Resíduos Sólidos

Instituída em 2010, a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS — Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010) tem como princípios, entre outros:

> O desenvolvimento sustentável e a ecoeficiência, mediante a compatibilização entre o fornecimento, a preços competitivos, de bens e serviços qualificados que satisfaçam as necessidades humanas e tragam qualidade de vida e a redução do impacto ambiental e do consumo de recursos naturais a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta.[55]

---

[51] Nos termos do artigo 5º, XIII, da Lei nº 12.187/2009.
[52] Nos termos do artigo 6º, VI, da Lei nº 12.187/2009.
[53] Nos termos do artigo 6º, XI, da Lei nº 12.187/2009.
[54] Nos termos do artigo 6º, XII, da Lei nº 12.187/2009.
[55] Nos termos do artigo 6º da Lei nº 12.305/2010.

A finalidade da PNRS, portanto, vai muito além do gerenciamento de resíduos sólidos, pois visa a mudar a relação do ser humano com a natureza por meio da adoção de padrões sustentáveis de produção e consumo, para que "a produção e o consumo de bens e serviços atendam às necessidades das atuais gerações e permitam melhores condições de vida, sem comprometer a qualidade ambiental e o atendimento das necessidades das gerações futuras".[56]

Também são princípios dessa política, além de pilares do direito ambiental e norteadores da administração pública, os princípios da prevenção e da precaução, bem explicados por Natália de Campos Grey. Pelo princípio da prevenção, conhecendo o administrador os malefícios que determinado ato pode causar ao meio ambiente, ele deve se abster ou agir de modo a evitá-lo, pois como ressaltado pela autora, "não se admite inércia administrativa perante o dano previsível". Ou seja, ele deve agir preventivamente para evitar danos ambientais previsíveis.[57]

Já o princípio da precaução estabelece que a administração, antes de agir, deve promover ações para se certificar de que aquela intervenção não causará impactos ambientais negativos. Nesse caso, os impactos ambientais não são previamente conhecidos, por isso, o poder público deve se precaver, realizando estudos para analisar os possíveis danos ao meio ambiente e, constatados os riscos, sejam existentes, sejam iminentes, sejam prováveis, não deverá intervir daquela maneira.[58]

A Política Nacional de Resíduos Sólidos é considerada pelo Compromisso Empresarial para Reciclagem (Cempre) um "marco histórico na gestão ambiental do Brasil",[59] pois trata dos pontos de vista ambiental, social e econômico de uma das políticas públicas mais complexas para o poder público: o gerenciamento do 'lixo', englobando mudanças desde a produção até a disposição final ambientalmente adequada.

A PNRS objetiva, além do "estímulo à adoção de padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços",[60] ao "incentivo ao desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados para a melhoria dos

---

[56] Nos termos do artigo 3º, XIII, da Lei nº 12.305/2010.

[57] GREY, Natália de Campos. A boa administração pública na proteção da fauna: considerados os princípios da prevenção e da precaução e o dever de motivação dos atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, n. 25, p. 179-198, jan./abr. 2013.

[58] Ibid.

[59] CEMPRE. *Política Nacional de Resíduos Sólidos — agora é lei*. Disponível em: <www.cempre.org.br/download/pnrs_002.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2014.

[60] Nos termos do artigo 7º, III, da Lei nº 12.305/2010.

processos produtivos e ao reaproveitamento dos resíduos sólidos, incluídos a recuperação e o aproveitamento energético".[61] Mais do que isso, determina que a Administração Pública dê "prioridade, nas aquisições e contratações governamentais para: a) produtos reciclados e recicláveis; b) bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis".[62]

Ou seja, a PNRS, diferentemente da Constituição Federal e da Política Nacional de Meio Ambiente, que preveem a responsabilidade do poder público pelo desenvolvimento sustentável, mas não trazem elementos suficientes para a obrigatoriedade das licitações sustentáveis, obriga a administração a levar em conta critérios sustentáveis e ecologicamente corretos no momento da contratação, já que "prioridade, aqui, não combina com mera faculdade, nem singela preferência".[63]

Apesar de a PNMC ter sido pioneira na inclusão de critérios sustentáveis às licitações públicas, a PNRS é mais abrangente, por isso, a consideramos um grande avanço na proteção ambiental e no papel do Estado nas compras públicas.

3. As licitações sustentáveis

Em que pese a Lei Geral de Licitações não prever expressamente que as compras públicas devem sempre levar em conta critérios ambientais, uma interpretação lógico-sistemática — aquela em que "todas as normas devem ser analisadas tendo em conta as suas inter-relações com outras normas do ordenamento, para buscar descobrir o sentido e o alcance da lei"[64] — permite concluir que as licitações sustentáveis são cogentes. Juarez Freitas afirma que essa obrigatoriedade deriva do princípio da sustentabilidade, que foi consagrado na Constituição Federal em suas dimensões "social, ambiental, ética, econômica e propriamente jurídico-política".[65]

---

[61] Nos termos do artigo 7º, XIV, da Lei nº 12.305/2010.

[62] Nos termos do artigo 7º, XI, da Lei nº 12.305/2010.

[63] FREITAS, Juarez. Licitações públicas sustentáveis: dever constitucional e legal. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro,* Lisboa, a. 2, n. 1, p. 339-366, 2013.

[64] CARVALHO, Ivan Lira de. A interpretação da norma jurídica (constitucional e infraconstitucional). *Portal da Justiça Federal do Rio Grande do Norte*. Disponível em: <www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/docs/doutrina198.doc>. Acesso em: 28 set. 2014.

[65] Juarez Freitas, Licitações públicas sustentáveis: dever constitucional e legal. op. cit.

Mas como introduzir os critérios sustentáveis às licitações sem infringir a Lei nº 8.666/1993, principalmente quanto à não adoção de cláusulas restritivas e à obtenção da proposta mais vantajosa?

Primeiramente, deve-se levar em conta que, apesar de muito negligenciada, a sustentabilidade é um princípio normativo, expresso nos artigos 170, VI, e 225, ambos da Constituição Federal; por isso, cabe à administração buscar por todos os meios o desenvolvimento nacional sustentável, cumprindo, assim, seu dever de "zelar pela eficácia direta e imediata dos princípios e direitos fundamentais".[66]

Ou seja, a "Constituição Federal consagrou a proteção do meio ambiente como princípio fundamental e, assim sendo, não poderá norma infraconstitucional contrariá-la".[67] Dessa forma, haverá infração à estrutura mesma do ordenamento jurídico se os critérios ambientais não forem levados em conta pelo poder público nas suas contratações. A Lei de Licitações, portanto, deve ser compreendida em conjunto com a PNRS no sentido de se promoverem, necessariamente, licitações sustentáveis.

Como já ressaltado, um dos pressupostos da licitação é a pluralidade de licitantes (pressuposto lógico); por isso, são vedadas cláusulas específicas que restrinjam o certame. Contudo, se os critérios forem tecnicamente justificáveis, a restrição será lícita.[68] No caso, a justificativa se dá com base em diversas normas do direito brasileiro, bem como em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e em diversos estudos que levaram à conclusão, pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (Pnuma), de que a "Economia Verde é o modelo que trará maior bem-estar e equidade social, enquanto reduz significativamente os riscos ambientais e a escassez de recursos naturais".[69]

Em relação à obtenção da proposta mais vantajosa, prescrita tanto no inciso XXI do art. 37 da Constituição, quanto no artigo 3º da Lei nº 8.666/1993, saliente-se que a vantagem não se limita ao valor econômico envolvido, e

---

[66] FREITAS, Juarez. Administração pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbidade por quebra de princípios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 258, p. 141-167, set./dez. 2011.

[67] GUIMARÃES, Vanessa de Azevedo; ARAÚJO, Marinella Machado. Licitação sustentável. *Faculdade Mineira de Direito — PUC-Minas*. Disponível em: <www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2010/docentes/LICITACAO%20SUSTENTAVEL.pdf>. Acesso em: 27 set. 2014.

[68] Nos termos do artigo 7º, §5º, da Lei nº 8.666/1993.

[69] BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Plano de Ação para Produção e Consumo Sustentáveis (PPCS)*. Disponível em: <www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/producao-e-consumo-sustentavel/plano-nacional>. Acesso em: 28 set. 2014.

que todos os custos — diretos e indiretos — devem ser levados em conta de forma a causar o "menor impacto negativo e, simultaneamente, os maiores benefícios econômico, social e ambiental".[70]

Assim, os produtos ecologicamente corretos tendem a ser, principalmente em longo prazo, mais vantajosos, visto que trazem mais benefícios ambientais e sociais que os demais. Os benefícios podem ser igualmente econômicos, visto que alguns atos que visam a diminuir os impactos ambientais também geram economia financeira, como a redução no consumo de água e energia elétrica, que implica a atenuação das contas de água e luz.

3.1 A inclusão dos critérios sustentáveis

A fase externa da licitação começa[71] com a audiência pública, quando necessária,[72] ou com a publicação do instrumento convocatório, que contém todas as regras norteadoras do certame, incluindo os "critérios para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos".[73]

Apresentadas as propostas, inicia-se a fase da habilitação, na qual são analisadas a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira, a regularidade fiscal e trabalhista e a declaração de ausência de trabalho infantil noturno, perigoso ou insalubre.[74] As propostas habilitadas nessa fase seguem para a fase de classificação, etapa em que é verificado se as propostas comerciais cumpriram o quanto exigido no edital (se atenderam ao tipo de licitação, se os preços são aceitáveis ou se a proposta é inexequível etc.). As propostas classificadas são então julgadas e a proposta mais vantajosa é declarada a vencedora do certame.

Por fim, se nenhuma irregularidade for constatada e permanecendo a conveniência e a oportunidade da contratação, a administração deve homologar o resultado e proceder à adjudicação para o contrato ser assinado entre as partes.

---

70 Juarez Freitas, Licitações públicas sustentáveis: dever constitucional e legal, op. cit.

71 As fases podem mudar de acordo com o modelo licitatório, mas todas ocorrerão em algum momento. Utilizamos, aqui, a ordem da concorrência, já que este modelo pode ser utilizado independentemente do preço e do objeto a ser licitado, apesar de nem sempre ser o recomendado.

72 Nos termos do artigo 39, *caput*, da Lei nº 8.666/1993.

73 Nos termos do artigo 40, VII, da Lei nº 8.666/1993.

74 Nos termos do artigo 27 da Lei nº 8.666/1993.

Avaliando todas as fases do procedimento licitatório e a necessidade de atender ao princípio da sustentabilidade, concluímos que critérios de sustentabilidade ambiental devem ser verificados na fase da habilitação, pois uma proposta comercial só deve ser analisada se tais critérios forem cumpridos. E, se apenas uma licitante for considerada habilitada por ser a única a atender a todos os requisitos, a administração não deve abdicar dessas exigências, mesmo sendo restritivas, pois são tecnicamente justificáveis e, portanto, lícitas.

Ademais, a Lei nº 8.666/1993 permite que na qualificação técnica sejam atendidos requisitos previstos em lei especial.[75] Isso não só permite que o administrador inclua critérios sustentáveis expressos em outras leis, como na PNRS e na PNMC, como determina que o faça de ofício, diante do Princípio da Legalidade Estrita.

Considerando que, segundo a PNMC e a PNRS, a administração deve dar prioridade a propostas que propiciem mais economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos[76] e para aquisição de produtos reciclados e recicláveis, bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis,[77] a habilitação é a fase mais propícia para verificação de tais requisitos.

Segundo Juarez Freitas, os requisitos de sustentabilidade devem ser verificados no exame de habilitação, de forma que, no julgamento da proposta mais vantajosa, extrapolem o exame da legalidade e das formas, sem, no entanto, excluí-lo.[78]

"Não bastam exigências vazias ou que não tenham por objetivo a produção de efetivos resultados práticos",[79] como asseveram Flávio Amaral Garcia e Leonardo Coelho Ribeiro. Os critérios devem ser objetivos, necessários e úteis,[80] bem como precedidos de estudos que comprovem sua qualidade sustentável, tais como: papel reciclado, alimentos orgânicos para merenda escolar e luzes fluorescentes. As construções e reformas também devem se atentar à proteção ambiental; para isso, os prédios podem ter mais janelas (luz e ventilação naturais) e um sistema de reutilização de água.

---

[75] Nos termos do artigo 30, IV, da Lei nº 8.666/1993.
[76] Nos termos do artigo 6º, XII, da Lei nº 12.187/2009.
[77] Nos termos do artigo 7º, XI, da Lei nº 12.305/2010.
[78] Juarez Freitas, Licitações públicas sustentáveis: dever constitucional e legal, op. cit.
[79] Flávio Amaral Garcia e Leonardo Coelho Ribeiro, Licitações públicas sustentáveis. op. cit.
[80] Vanessa de Azevedo Guimarães e Marinella Machado Araújo, Licitação sustentável, op. cit.

Os critérios sustentáveis podem se referir não somente ao produto ou serviço, mas também à empresa licitante. A administração pode exigir que a contratada tenha um Sistema de Gestão Ambiental (SGA), ou seja, "um processo voltado a resolver, mitigar e/ou prevenir os problemas de caráter ambiental, com o objetivo de desenvolvimento sustentável".[81] Esse sistema pode ser certificado por uma instituição oficial competente, como a International Organization for Standardization (ISO), por entidade credenciada.

Considerando que a habilitação é uma fase que está presente em todas as modalidades e tipos de licitação, as compras públicas sustentáveis podem sempre ser adotadas.

3.2 A inexigibilidade de licitação em razão dos critérios de sustentabilidade

A Lei nº 8.666/1993 impõe a inexigibilidade da licitação quando houver inviabilidade de competição.[82] Assim, se apenas um licitante for capaz de atender aos requisitos de sustentabilidade previstos no edital, a administração deve abdicar da licitação por força desse motivo.

Essa questão é bem controversa, pois enquanto alguns juristas defendem que, após um exame de proporcionalidade, é possível tornar a licitação inexigível para atender ao princípio da sustentabilidade, outros afirmam que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da administração deve prevalecer.

Na primeira situação, por exemplo, Garcia e Ribeiro afirmam que o administrador pode declarar inexigível a licitação e contratar diretamente se, após um exame de proporcionalidade, constatar que as restrições de sustentabilidade atendiam ao interesse público e eram, portanto, justificáveis.[83]

Já na segunda situação, a posição é defendida, por exemplo, por Guimarães e Araujo, que sustentam que, diante da incompatibilidade entre os custos com a escolha de produtos sustentáveis e a realidade financeira do município, a administração pode optar pela manutenção do equilíbrio das contas públicas e dispensar os requisitos sustentáveis.[84]

---

[81] O que é SGA (Sistema de Gestão Ambiental)? *Universo Ambiental*. Disponível em: <www.universoambiental.com.br/novo/artigos_ler.php?canal=6&canallocal=10&canalsub2=28&id=65>. Acesso em: 30 set. 2014.

[82] Nos termos do artigo 25, *caput*, da Lei nº 8.666/1993.

[83] Flávio Amaral Garcia e Leonardo Coelho Ribeiro, Licitações públicas sustentáveis, op. cit.

[84] Vanessa de Azevedo Guimarães e Marinella Machado Araújo, Licitação sustentável, op. cit.

Apesar da controvérsia, posicionamo-nos favoravelmente à supremacia constitucional do princípio da sustentabilidade, de modo que, se apenas uma licitante atender aos requisitos ambientais, a administração deverá optar por sua contratação direta.

Importante salientar que esse tratamento dado às licitantes que atendem aos requisitos sustentáveis é justificado pelo princípio da igualdade, pois, como explica Celso Antônio Bandeira de Mello, "o princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Donde não há como desequiparar pessoas e situações quando *nelas* não se encontrarem fatores desiguais".[85] Assim, o atendimento aos requisitos sustentáveis é um fator desigual que justifica o tratamento diferenciado entre licitantes que atendem a esses requisitos e licitantes que não os atendem.

3.3 O Regime Diferenciado de Contratação

Como resultado deste arcabouço legislativo, em 2011 foi promulgada a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

> I — dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016;
>
> II — da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação — Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014;
>
> III — de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II;
>
> IV — das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC);
>
> V — das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde — SUS;
>
> VI — das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento

[85] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 16. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 35.

> socioeducativo;
>
> [...]
>
> §3º Obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino.[86]

Diferentemente da Lei Geral de Licitações, essa lei determinou expressamente a adoção das licitações sustentáveis:

> Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:
>
> [...]
>
> III — busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância.[87]

Entre as diversas prescrições de direito ambiental presentes no texto há: a disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos; a mitigação por condicionantes e compensação ambiental e a utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais.[88] Igualmente, a administração pode "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".[89]

---

[86] BRASIL. Congresso Nacional. *Lei nº 12.462/2011, de 04 de agosto de 2011*. Artigo 1º. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas — RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462compilado.htm>. Acesso em: 23 set. 2014.

[87] BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 12.462/2011. Artigo 4º.

[88] BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 12.462/2011. Artigo 4º, §1º.

[89] BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 12.462/2011. Artigo 7º, III.

De acordo com Flávio Amaral Garcia e Leonardo Coelho Ribeiro, pode-se extrair do RDC a ideia de que:

> A sustentabilidade ambiental presente nas contratações públicas realizadas neste regime: i) integra o conceito de maior vantagem ou menor dispêndio para a administração pública, conforme seja o caso, consagrando expressamente a função regulatória das licitações públicas; ii) enquanto requisito, deve compreender as fases de produção, consumo e pós-consumo (destinação final); e iii) pode consistir em um dos critérios definidos como meta, no caso de haver previsão de remuneração variável da contratada.[90]

Apesar de o RDC ser aplicado somente às licitações relacionadas no artigo 1º da Lei, ele é de grande alcance, já que deve ser aplicado, por exemplo, às obras do PAC e para obras em estabelecimentos penais, unidades de atendimento socioeducativo e sistemas públicos de ensino, e pode ser considerado um grande avanço, já que explicitamente regulamentou licitações sustentáveis, podendo servir de modelo para outras legislações.

4. Conclusão

O desenvolvimento sustentável é um dos temas mais discutidos atualmente, seja em razão da preocupação ambiental, que cresce a cada dia, seja em razão de suas vertentes social e econômica. O fato é que esse modelo de crescimento, que em tese alia o desenvolvimento econômico à preservação ambiental, é defendido pela Organização das Nações Unidas como o melhor a ser adotado pelos países, principalmente os em desenvolvimento.

Buscando esse padrão de desenvolvimento, o Brasil construiu um arcabouço legislativo, desde a Política Nacional de Meio Ambiente até a Política Nacional de Resíduos Sólidos, passando pela Constituição Federal (artigos 170, VI e 225), que impôs à administração (e também aos particulares) a inclusão da preocupação ambiental no desenvolvimento econômico.

Um dos meios fixados foi a adoção de compras públicas sustentáveis, já que, além do papel indutor, o Estado é o principal contratante interno.

---

[90] Flávio Amaral Garcia e Leonardo Coelho Ribeiro, Licitações públicas sustentáveis. op. cit.

Assim, a administração deve levar em conta, nas licitações públicas, critérios sustentáveis, contratando apenas bens e serviços/obras ecologicamente corretos. A adoção desses critérios, contudo, leva a uma discussão quanto à possibilidade de restrição do certame e até de sua inexigibilidade por ausência de concorrentes que satisfaçam a exigência de produzirem segundo o modelo de desenvolvimento sustentável.

Conforme aqui desenvolvido, afirmamos que a licitação sustentável não é mera opção da administração, mas uma obrigação à qual ela necessariamente deve se vincular, visto que a sustentabilidade é um princípio expresso em nossa Carta Magna, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. E visto também que tal princípio, destacado pelo artigo 3º da Lei nº 8.666/1993 e pelo artigo 6º, IV, da Lei nº 12.305/2012, impõe sua observância, não só pelo cumprimento da diretriz constitucional, mas também pelo cumprimento da legalidade estrita pelo administrador.

Dessa forma, se apenas uma licitante for considerada habilitada, já que a verificação do atendimento aos critérios de sustentabilidade ambiental deve se dar na fase de habilitação, a administração deve proceder à contratação direta de quem atendeu a tais requisitos.

Importante salientar que os requisitos de sustentabilidade ambiental devem ser tecnicamente justificáveis e precedidos de estudos para conferir legitimidade à restrição a propostas de licitantes que não atendam a tais critérios e, assim, não ferir o princípio da isonomia entre os licitantes, pois, como assevera Hans Kelsen,[91] o princípio da igualdade não deve ser entendido como o tratamento idêntico entre todos os sujeitos — o que seria inconcebível.

Referências

BARRAL, Daniel de Andrade Oliveira. Lei nº 8.666 segundo o TCU. *Advocacia-Geral da União*. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/158404>. Acesso em: 16 jun. 2014.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Exposição de motivos nº 58/MMA/2007*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/MMA/2007/58.htm>. Acesso: em 3 ago. 2014.

[91] Celso Antônio Bandeira de Mello, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, op. cit.

____. *O que é consumo sustentável?* Disponível em: <www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/producao-e-consumo-sustentavel/conceitos/consumo-sustentavel>. Acesso em: 20 ago. 2014.

____. *Plano de Ação para Produção e Consumo Sustentáveis (PPCS)*. Disponível em: <www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/producao-e-consumo-sustentavel/plano-nacional>. Acesso em: 28 set. /2014.

____. *Projeto de Lei da Câmara nº 32 de 2007*. Altera dispositivos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal; institui normas para licitações e contratos da Administração Pública; e dá outras providências. Disponível em: <www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=80909>. Acesso em: 20 set. 2014.

____. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>. Acesso em: 24 ago. 2014.

CARVALHO, Ivan Lira de. A interpretação da norma jurídica (constitucional e infraconstitucional). *Portal da Justiça Federal do Rio Grande do Norte*. Disponível em: <www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/docs/doutrina198.doc>. Acesso em: 28 set. 2014.

CAVALCANTI, Clóvis. Sustentabilidade: mantra ou escolha moral? Uma abordagem ecológico-econômica. *Revista Estudos Avançados*, São Paulo, v. 26, n. 74, p. 35-50, 2012.

CEMPRE. *Política Nacional de Resíduos Sólidos — agora é lei*. Disponível em: <www.cempre.org.br/download/pnrs_002.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2014.

CORRRÊA, Rogério. Licitações sustentáveis — a nova realidade das compras públicas. *Revista Negócios Públicos*, Recife, ano VI, p. 183-201, abr. 2008.

FREITAS, Juarez. Administração pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbidade por quebra de princípios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 258, p. 141-167, set./dez. 2011.

____. Licitações públicas sustentáveis: dever constitucional e legal. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, a. 2, n. 1, p. 339-366, 2013.

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

GORDIMER, Nadine. Human face of globalization. In: MAYOR, Federico (Sel. e comp.). *Letter to future generations*. Paris: Unesco, 1999. Disponível em: <www.observatorioeco.com.br/index.php/agu-e-o-fortalecimento-dalicitacao-sustentavel/>. Acesso em: 8 jun. 2014.

GREY, Natália de Campos. A boa administração pública na proteção da fauna: considerados os princípios da prevenção e da precaução e o dever de motivação dos atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, n. 25, p. 179-198, jan./abr. 2013.

GUIMARÃES, Vanessa de Azevedo; ARAÚJO, Marinella Machado. *Licitação sustentável*. Faculdade Mineira de Direito — PUC-Minas. Disponível em: <www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2010/docentes/LICITACAO%20SUSTENTAVEL.pdf>. Acesso em: 27 set. 2014.

MEIRELLES, Virgilio Ricardo Coelho et al. As vantagens da licitação sustentável para administração pública. In: THE 4TH INTERNATIONAL CONGRESS ON UNIVERSITY-INDUSTRY COOPERATION, Taubaté, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 16. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*: doutrina, jurisprudência, glossário. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flavio Amaral. Desastres naturais e as contratações emergenciais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 149-178, jan./abr. 2014.

O QUE É SGA (Sistema de Gestão Ambiental)? *Universo Ambiental*. Disponível em: <www.universoambiental.com.br/novo/artigos_ler.php?canal=6&canallocal=10&canalsub2=28&id=65>. Acesso em: 30 set. 2014.

ONU. Organização das Nações Unidas. *A ONU e o meio ambiente*. Disponível em: <www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-meio-ambiente/>. Acesso em: 10 jul. 2014.

____. *Agenda 21*. Disponível em: <www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2014.

____. *Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano*. 1972. Disponível em: <www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>. Acesso em: jun. 2014.

____. *Nosso futuro comum*. 1987. Disponível em: <www.un-documents.net/wced-ocf.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

PORTILHO, Fátima. Consumo verde, democracia ecológica e cidadania: possibilidades de diálogo? *Rubedo*. Disponível em: <www.rubedo.psc.br/artigos/consumo.htm>. Acesso em: 20 jun. 2014.

ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Desenvolvimento sustentável: uma perspectiva econômico-ecológica. *Revista Estudos Avançados*, v. 26, n. 74, p. 65-92, 2012.

SILVA JUNIOR, Carlos Alberto. *Contratações públicas sustentáveis*. Disponível em: <www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/35834/000816796.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 jul. 2014.

SOUSA, Guilherme Carvalho e. A liberdade de contratar para a administração pública: a autonomia da vontade no contrato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 260, p. 183-201, maio/ago. 2012.