



A sustentabilidade como nova finalidade das licitações

Autor: Fabio Nunes De Martino

Juiz Federal

publicado em 28.08.2015

[✉ \[enviar este artigo\]](#) [🖨 \[imprimir\]](#)

Resumo

Com a publicação da Lei 12.349/10, foi incluída uma nova finalidade nas licitações públicas realizadas no Brasil: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. A abrangência desse termo, diante da obscuridade das expressões utilizadas, traz algumas vertentes interpretativas e não está imune a críticas. Essa mudança de paradigma deve balizar a atuação dos administradores e o Poder Judiciário tem papel importante na limitação dos excessos, sem que para isso substitua o administrador no que se refere à discricionariedade administrativa.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Licitação sustentável. Abrangência da expressão sustentabilidade. Princípio da isonomia. Novos paradigmas para o administrador público. Controle judicial. Mérito administrativo.

Sumário: Introdução. 1 Licitação – breves considerações. 2 Alcance da expressão **promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. 3 Efeitos práticos para a administração pública. 5 Atuação do Poder Judiciário. Conclusão.

Introdução

No ano de 2010, foi publicada a Lei 12.349/2010 que, dentre outras inovações, inseriu no artigo 3º da Lei 8.666/93 a expressão: **promoção do desenvolvimento nacional sustentável**.

Nesse ponto, o presente estudo buscará demonstrar o alcance desta expressão e as divergências existentes na doutrina acerca da forma como a norma deve ser interpretada, além de pontuar o que mudou nas licitações a partir da inovação legislativa.

Por outro lado, serão analisados os efeitos práticos para a administração pública na elaboração dos processos licitatórios, além da posição que deverá tomar o Poder Judiciário na análise das licitações que sejam contestadas por violar a norma do art. 3º da Lei 8.666/93 ou mesmo que sejam contestadas por não aplicar a referida norma nos procedimentos licitatórios.

Por fim, será elaborada a conclusão do tema, com o posicionamento do autor em relação à inovação legislativa, salientando os cuidados que deverão ser tomados pelos administradores e pelos juízes na interpretação da referida

norma, de forma que sempre seja buscado o melhor resultado para o interesse público.

1 Licitação – breves considerações

A licitação é um instituto que busca permitir que a administração pública obtenha a melhor contratação possível, permitindo que todos que atendam aos requisitos legais possam participar do certame em igualdade de condições.

A Constituição da República prevê no art. 37, XXI os conceitos básicos acerca do instituto, inclusive o princípio da obrigatoriedade da licitação:

“Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”(1)

Por sua vez, Marçal Justen Filho traz um conceito muito claro do que seria a licitação:

“Licitação significa um procedimento administrativo formal, realizado sob o regime de direito público, prévio a uma contratação, pelo qual a administração seleciona com quem contratar e define as condições de direito e de fato que regularão essa relação jurídica futura.”(2)

No mesmo sentido, é o ensinamento de Maria Sylvania Zanella Di Pietro:

“Pode-se definir licitação como sendo o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.”(3)

O STF, em julgamento ocorrido no ano de 2007, reafirmou esses conceitos:

“A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. A função da licitação é a de viabilizar, por meio da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentalizar a proposta mais vantajosa para a administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos que pretendem acesso às contratações da administração.”(4)

Não havendo maiores divergências acerca do conceito de licitação, deve ser esclarecido que, em 1993, foi publicada a Lei 8.666/93 que dispõe, entre outros assuntos, sobre normas gerais referentes aos procedimentos licitatórios.

Nesse ponto, deve ser observado que a lei federal foi criada em decorrência do comando constitucional que determinava que cabia à União a elaboração de normas gerais de licitação, sendo certo também que muitos pontos originalmente previstos na legislação de licitações decorreram de escândalos ocorridos no início da década de 1990 que, por consequência, motivaram o legislador a elaborar uma lei com procedimentos rigorosos, o que teve que ser corrigido nos anos posteriores por meio de reformas legislativas pontuais e até mesmo de uma reforma constitucional ocorrida com a promulgação da emenda

constitucional nº 19 (reforma administrativa).

Marçal Justen Filho discorre de forma brilhante sobre esse contexto:

“A Lei 8.666/93 retratou uma espécie de reação contra desvios ocorridos no início da década de 90, no âmbito da administração pública. O legislador infraconstitucional consagrou acepção extremamente ampla para a expressão ‘normas gerais’. A Lei 8.666 visou disciplinar uniformemente toda a atividade contratual da administração pública. O decurso do tempo evidenciou a inconveniência desse modelo legislativo. Desde 1993, desenvolveu-se processo de adequação e adaptação das intenções legislativas originais. Está em curso processo de redução do rigorismo que impregnou a vontade do legislador.”(5)

E nesse contexto de redução do rigorismo que foi escolhido pelo legislador original da lei de licitações é que surgiram diversas leis que trataram posteriormente do tema, sendo que algumas trataram o tema de forma autônoma e outras modificaram a própria Lei 8.666/93, como foi o caso da Lei 12.349/10, que incluiu no art. 3º da Lei 8666/93 um novo princípio ou uma nova finalidade para a lei de licitações: **promoção do desenvolvimento nacional sustentável.**

Nesse sentido, o alcance do art. 3º é muito bem explicado por Jessé Torres:

“A Lei nº 12.349/10 faz uso múltiplo da vetusta técnica de vincular a aplicação de determinado regime jurídico a cláusulas gerais, que são aquelas que exprimem valores universais a serem reconhecidos e atendidos no momento da aplicação da lei por elas balizada. As diretrizes estabelecidas em cláusulas gerais fixam o compromisso de aplicar-se a lei em harmonia com esses valores, que lhe dão significado ontológico permanente.”(6)

2 Alcance da expressão: promoção do desenvolvimento nacional sustentável

O art. 3º da Lei 8.666/93 possui uma especial relevância no contexto das licitações, especialmente pelo fato de elencar os principais princípios aplicáveis à matéria. Marçal Justen Filho esclarece:

“O art. 3º sintetiza o conteúdo da lei, no âmbito da licitação. Os dispositivos restantes, acerca da licitação, desdobram os princípios do art. 3º, que funciona como norteador do trabalho hermenêutico e de aplicação da lei de licitações. Nenhuma solução, em caso algum, será sustentável quando colidente com o art. 3º. Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o intérprete deverá recorrer a esse dispositivo. Dentre diversas soluções possíveis, deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art. 3º. Se existir mais de uma solução compatível com ditos princípios, deverá prevalecer aquela que esteja mais de acordo com eles ou que os concretize de modo mais intenso e amplo. Essa diretriz deve nortear a atividade tanto do administrador quanto do próprio Poder Judiciário.”(7)

Ocorre que, no ano de 2010, a Lei 8.666/93 foi alterada em diversos dispositivos pela Lei 12.349/10, inclusive no artigo 3º, em que foi incluído um novo e relevante princípio norteador das licitações, qual seja: **a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.**

Dessa forma, a partir da vigência da Lei 12.349/10, o administrador, ao realizar uma licitação, terá que adequar o edital a três princípios ou finalidade basilares: isonomia, proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

A primeira dúvida que poderia surgir com esse dispositivo diz respeito à abrangência da expressão **nacional**: alcançaria apenas as licitações com

caráter nacional, não sendo aplicável às licitações locais ou abrangeria todas as licitações independentemente do ente que estivesse contratando?

Nesse ponto, embora possamos ter uma tendência de partirmos para uma interpretação literal, no sentido de que somente fossem alcançadas as licitações nacionais, não parece que tenha sido essa a intenção da norma, especialmente pelo fato de claramente ser uma norma que visa permitir que o Estado possa intervir na atividade econômica, não fazendo sentido que se excluíssem as licitações estaduais e municipais do alcance da norma.

A abalizada doutrina de Jessé Torres sustenta que a norma é aplicável a todos os entes:

“O texto inovador associa o desenvolvimento sustentável ao âmbito nacional. Nada obstante, nenhuma razão há para excluir-se da cláusula geral o desenvolvimento sustentável regional ou o desenvolvimento sustentável local. Isso porque o art. 3º da Lei nº 8.666/93 veicula norma de caráter geral, o que significa que porta abrangência nacional, em face do art. 22, inciso XXVII, da CR/88, por isso que de observância obrigatória pelas administrações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Obras, serviços ou compras contratados por esses entes federativos devem, sem exceção, igualmente cumprir a nova cláusula geral, mas, em sua maioria, as contratações estaduais, distritais ou municipais importam ao desenvolvimento sustentável em âmbito regional, estadual ou local, não, necessariamente, nacional. A adotar-se interpretação restritiva — no sentido de que a nova cláusula importa, exclusivamente, ao desenvolvimento sustentável nacional —, estar-se-ia a exonerar os poderes públicos estaduais, distritais e municipais de sua observância na maioria de suas contratações, somente devendo incidir naquelas cujos objetos e resultados repercutissem em âmbito nacional. Tal interpretação não se compadece com o caráter geral da norma do art. 3º da Lei nº 8.666/93 e com a índole universal da cláusula geral nela introduzida pela Lei nº 12.349/10.”(8)

Sob outra perspectiva, a doutrina diverge a respeito da expressão **sustentável**, existindo partidários que defendem que abrange apenas a sustentabilidade econômica, outros defendem que abrange apenas a vertente ambiental e uma terceira corrente defende que a expressão sustentável abrange os aspectos econômicos, sociais e ambientais.

Por um lado, se for analisado todo o contexto de alterações que foram trazidas pela Lei 12.349/10 (fruto da conversão da medida provisória nº 495/10), inclusive a exposição de motivos da referida medida provisória, se observará que a expressão em análise tem um caráter mais restritivo, pois está ligada ao desenvolvimento econômico e da cadeia produtiva de bens e serviços domésticos.

A exposição de motivos da medida provisória 495/10 (item nº 6) é clara ao prever:

“A modificação do *caput* do artigo 3º visa agregar às finalidades das licitações públicas o desenvolvimento econômico nacional. Com efeito, a medida consigna em lei a relevância do poder de compra governamental como instrumento de promoção do mercado interno, considerando-se o potencial de demanda de bens e serviços domésticos do setor público, o correlato efeito multiplicador sobre o nível de atividade, a geração de emprego e renda e, por conseguinte, o desenvolvimento do país. É importante notar que a proposição fundamenta-se nos seguintes dispositivos da Constituição Federal de 1988: (i) inciso II do artigo 3º, que inclui o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; (ii) incisos I e VIII do artigo 170, atinentes à organização da ordem econômica nacional, que deve observar, entre outros princípios, a soberania nacional e a busca do pleno emprego; (iii) artigo 174, que dispõe sobre as funções a serem exercidas pelo Estado, como agente normativo e regulador da atividade

econômica; e (iv) artigo 219, que trata de incentivos ao mercado interno, de forma a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do país.”(9)

Além disso, o Poder Executivo, por meio do poder normativo secundário, esmiuçou a Lei 12.349/10 e introduziu diversos decretos no ordenamento jurídico, estabelecendo margens de preferência para certos produtos manufaturados no Brasil em relação a produtos manufaturados no exterior. Podem ser citados, a título de exemplo, o decreto nº 7.816/2012 (caminhões), o decreto nº 7.756/2012 (confeccões), e o decreto nº 7.713/2012 (fármacos). Tais margens de preferência são definidas por uma comissão interministerial criada pelo decreto nº 7.546/2011 e, em última análise, permitem que um produto manufaturado no Brasil ou com tecnologia brasileira vença uma licitação mesmo que não tenha o menor preço se comparado a um produto de idêntica qualidade produzido no exterior.

Esse permissivo reforça a tese de que a expressão **desenvolvimento nacional sustentável** tem relação com a fomentação da indústria nacional, conforme descrito na exposição de motivos acima citada.

E, nesse ponto, a doutrina admite que o Estado se utilize do modelo de aquisição de produtos e serviços para fomentar a atividade econômica nacional, não existindo impedimento constitucional para tanto.

“Nesse contexto, o **desenvolvimento nacional sustentável**, com a previsão de margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais, representa uma finalidade legítima do processo licitatório. Registre-se que a revogação do art. 171 da CRFB pela EC nº 6/95, que estabelecia a possibilidade de tratamento preferencial às empresas brasileiras de capital nacional, não impede a fixação de preferência para os produtos e os serviços nacionais. Não se trata, pois, de diferenciação inconstitucional, de caráter xenófobo. A revogação do art. 171 do corpo da Constituição apenas fixou que a atribuição ou não de preferência a produtos nacionais **não é matéria a ser tratada em sede constitucional**, atribuindo-se, portanto, **à legislação ordinária competência para tanto.**”(10)

Não bastasse isso, em nenhum momento a exposição de motivos da medida provisória 495/10, ou mesmo a Lei 12.349/10, indicaram ou fizeram qualquer referência à sustentabilidade ambiental, afastando, para essa vertente, qualquer alcance ambiental para a expressão incluída na lei.

Existe uma segunda vertente que defende que a expressão **desenvolvimento nacional sustentável** tem estreita relação com a questão ambiental.

O primeiro argumento reside na inclusão da expressão **sustentável** que, inegavelmente, denota relação com a sustentabilidade ambiental.

De acordo com essa vertente, além da interpretação literal da expressão, nessa mesma época, foram publicadas diversas legislações que concediam critérios de preferência para aquelas empresas que estivessem de acordo com as questões ambientais, como, por exemplo, a Lei 12.187/09 (política nacional sobre mudança do clima), a Lei 12.305/10 (política nacional de resíduos sólidos) e a Lei 12.462/11 (regime diferenciado de contratações – art. 4º).

Além dessas leis, pode ser citada a iniciativa, no âmbito do Poder Executivo, que editou, no ano de 2010, por meio do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, a instrução normativa nº 1, que dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela administração pública federal.

Assim, a Lei 12.349/10 seria apenas mais uma que estaria prevendo a criação de critérios de preferência em licitações para empresas que respeitassem o meio ambiente e a sustentabilidade do país.

Essa interpretação é defendida por parte da doutrina:

“Ao ‘desenvolvimento nacional’, fórmula adotada pela Medida Provisória nº 495/10, a Lei nº 12.349/10 aditou ‘sustentável’. O motivo parece evidente: comprometer as licitações e em contratações com os princípios e as normas de proteção ambiental, igualmente guiados a *status* de política pública constitucional, com realce, tratando-se de obras, serviços e compras governamentais, para o disposto no art. 225, § 1º, inciso V, da CR/88 (‘Para assegurar a efetividade desse direito [meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida], incumbe ao Poder Público: ... V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente’).”(11)

A partir dessas normas, foi criado o conceito de licitação sustentável ou licitação verde, conforme abalizada doutrina de direito administrativo:

“Licitação sustentável, também conhecida como ecoaquisição, licitação ecológica, verde ou ambiental, é a licitação influenciada por parâmetros de consumo menos agressivos ao meio ambiente. É a licitação que integra critérios ambientais de acordo com o estado da técnica, ou seja, com o melhor para o meio ambiente de acordo com a atual ciência em um preço razoável, como se verá adiante.”(12)

Em uma terceira vertente, estão situados aqueles doutrinadores que interpretam a expressão sustentabilidade de forma ampla, abrangendo os aspectos econômicos, sociais e ambientais. Nesse sentido, é muito completa a explicação dada por Juarez Freitas:

“Nessa chave, nas licitações e nas contratações administrativas, imperioso assumir que a proposta mais vantajosa será sempre aquela que, entre outros aspectos a serem contemplados, apresentar-se **a mais apta a causar, direta ou indiretamente, o menor impacto negativo e, simultaneamente, os maiores benefícios econômicos, sociais e ambientais.**”(13)

A doutrina, inclusive, elenca as dimensões da sustentabilidade nos seguintes termos:

“Dentre as dimensões da sustentabilidade, destacam-se três, sem hierarquia e sem caráter exaustivo: a dimensão ambiental, a dimensão econômica e a dimensão social. A dimensão ambiental requer adoção de medidas voltadas a evitar a degradação ambiental. Impede-se a destruição ilimitada, com a redução dos resíduos tóxicos e da poluição, reciclagem de materiais e energia, conservação, tecnologias limpas e de maior eficiência e regras para uma adequada proteção ambiental. Já a dimensão econômica da sustentabilidade impõe que se realize ponderação entre eficiência e equidade. De acordo com Juarez Freitas, ‘o consumo e a produção precisam ser reestruturados completamente. A natureza não pode mais ser vista como simples capital e a regulação estatal homeostática se faz impositiva, sem o desvio característico dos adeptos do fundamentalismo do mercado, que ignoram a complexidade do mundo natural’. Nessa dimensão, deve-se atentar à regularização do fluxo dos investimentos públicos e privados, compatibilidade entre padrões de produção e consumo, equilíbrio de balanço de pagamento e acesso à ciência e tecnologia. Quanto à dimensão social da sustentabilidade, esta leva à adoção de medidas no sentido de minimizar as diferenças sociais, tendo como uma de suas ações, inclusive, programas voltados à inclusão social. Por certo que o debate quanto ao princípio da sustentabilidade nas licitações iniciou-se quanto à sua dimensão ambiental, mas não se podem desprezar os aspectos econômico e social deste princípio, também de grande importância. ‘imposto sobre o consumo’ e não imposto sobre o valor acrescido ou sobre a circulação, embora do ponto de vista técnico estrito, o consumidor final – que de fato

suporta economicamente o tributo – esteja alijado da relação tributária.”(14)

Por fim, essa terceira corrente acabou por fixar um conceito doutrinário de licitação sustentável mais abrangente do que o conceito fornecido por aqueles que defendem a abrangência apenas ambiental nos seguintes termos:

“Tudo considerado, útil oferecer o conceito de licitações norteadas pelo princípio constitucional da sustentabilidade: **são aquelas que, com isonomia e busca efetiva do desenvolvimento sustentável, visam a seleção de proposta mais vantajosa para a administração pública, ponderados, com a máxima objetividade possível, os custos e benefícios sociais, econômicos e ambientais.** Ou, de forma mais completa, são os procedimentos administrativos, por meio dos quais um órgão ou entidade da Administração Pública convoca interessados — no bojo de certame isonômico, probo e objetivo — com a finalidade de selecionar a melhor proposta, isto é, a **mais sustentável**, quando almeja efetuar ajuste relativo a obras e serviços, compras, alienações, locações, arrendamentos, concessões e permissões, exigindo na fase de habilitação as provas realmente indispensáveis para assegurar o cumprimento das obrigações pactuadas.”(15)

3 Efeitos práticos para a administração pública

Para uma parcela significativa da doutrina, mesmo antes da modificação da Lei 8.666/93, em que foi incluído o princípio da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, o administrador público já estava obrigado, por força das normas constitucionais, a se preocupar com a sustentabilidade no momento em que fizesse uma licitação.

Assim, as normas legais e infralegais acima referidas apenas reforçaram a obrigatoriedade da administração pública incluir a sustentabilidade nas regras da licitação.

Nesse sentido, é a doutrina de Juarez Freitas:

“Aplica-se, desse modo, diretamente, sem necessidade de *‘interpositio legislatoris’*, à esfera dos atos, procedimentos e contratos administrativos, que precisam contribuir para a qualidade de vida das gerações presentes, sem acarretar a supressão do bem-estar das gerações futuras. Portanto, além de *‘valor supremo’*, o desenvolvimento sustentável é **princípio constitucional vinculante**, que não deixa de obrigar pela eventual ausência de regras legais expressas.”(16)

O STF já se pronunciou nesse sentido:

“O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e das futuras gerações.”(17)

Na realidade, mesmo com as inovações legislativas ocorridas nos últimos anos, a imensa maioria das licitações realizadas no Brasil, especialmente as menores realizadas por pequenas prefeituras, sem a adequada assessoria jurídica, ainda se pautam pelos paradigmas anteriores, em que o menor preço era a base do processo de concorrência.

Além disso, não podemos deixar de observar que a inclusão de critérios que observem a sustentabilidade nas licitações não é tarefa das mais simples, pois a cultura jurídica dos integrantes da administração pública e até mesmo dos particulares ainda está ligada embrionariamente aos clássicos critérios de escolha que sempre foram utilizados pela administração pública.

Nesse sentido, é a lição doutrinária:

“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 fácil e exige do gestor uma análise acurada das necessidades públicas e da forma mais adequada de saná-las. Somente dessa forma será possível identificar as características do bem ou serviço que melhor integrem fatores econômicos, sociais e ambientais no valor da proposta. Relembre-se que, classicamente, as compras públicas analisavam apenas os fatores econômicos e não se atentavam para os custos implícitos da contratação (danos ambientais e repercussões sociais, por exemplo).”(18)

Por outro lado, uma primeira leitura do art. 3º da Lei 8.666/93 poderia levar o intérprete a uma dificuldade em conciliar o princípio da isonomia com o princípio da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, pois um excluiria o outro, ou seja, quando o administrador optasse por uma empresa brasileira em prejuízo de uma empresa estrangeira em igualdade de condições, estaria de certa forma violando o princípio da isonomia, ou mesmo caso considerasse vencedora uma empresa que tem um produto de acordo com normas ambientais em prejuízo de outro produto idêntico que não tivesse tais atributos.

Na realidade, tais princípios não se excluem, mas se complementam pois a adequação à sustentabilidade nada mais é do que uma forma de aprimorar aquela antiga análise da isonomia que era feita com base quase que exclusiva no menor preço. Assim, quando a administração escolhe um produto mais benéfico ao meio ambiente, por exemplo, está privilegiando a empresa que possivelmente investiu mais na produção daquele produto de acordo com normas ambientais e que, por isso, não poderia ser julgada em igualdade de condições. Trata-se, na realidade, da reafirmação do princípio da isonomia, não meramente formal, mas substancial e efetiva.

A doutrina compartilha desse posicionamento:

Outra regra densificadora, alojada no corpo da Lei de Licitações, alterada pela Lei nº 12.349, de 2010, determina que a licitação ‘destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.’ Quer dizer, cumpre observar os interdependentes princípios da isonomia e da sustentabilidade, nas licitações públicas. Isonomia e sustentabilidade social, econômica e ambiental são, por outras palavras, princípios amplamente compatibilizáveis e de aplicação obrigatória conjunta.”(19)

Outro ponto que merece destaque diz respeito ao cuidado que o administrador deverá ter para elaborar a licitação e proceder ao seu julgamento nos termos da finalidade da norma.

Em outras palavras, a inclusão da expressão **desenvolvimento nacional sustentável** não pode ser utilizada como um permissivo para que o administrador estabeleça regras de concorrência ou proceda a julgamentos sem a adoção de regras claras e que, de fato, privilegiem os produtos e serviços sustentáveis.

Não se pode criar um vácuo legislativo para desmandos e exigências arbitrárias e desarrazoadas pois, desta forma, o aplicador da lei estaria seguindo caminho oposto àquele traçado pela norma.

O que o legislador pretendeu foi, por meio das licitações, fomentar certos aspectos extremamente relevantes para a nação, como, por exemplo, o meio ambiente e a indústria nacional. Em nenhum momento, a lei buscou a criação de critérios subjetivos que, de alguma forma, possibilitem a quebra da competitividade que deve ocorrer nos certames.

Dessa forma, a doutrina aponta uma peculiar dificuldade no que diz respeito a exigências relacionadas à sustentabilidade na fase de habilitação, pois o STF já se pronunciou no sentido de que, nessa fase, só podem ser exigidos os requisitos formais que permitam a contratação com a empresa ao final do processo.

Nesse sentido, é o ensinamento de Eduardo Bim:

“O maior desafio da licitação sustentável é a sua inserção na fase de habilitação por causa da leitura que o STF faz do art. 37, XXI (v.g., ADI nº 3.670). O STF entendeu que qualquer exigência que não tenha pertinência com a garantia do cumprimento do contrato é inválida quando imposta como requisito de habilitação. Para possibilitar a inserção de exigências ambientais nessa fase licitatória seria necessário que o STF atribuísse o vocábulo ‘obrigações’ não apenas em relação à finalização do contrato, do seu puro e simples cumprimento, mas a sua boa realização em face dos padrões ambientais estabelecidos pela administração pública.”(20)

Nesse ponto, não parece existir nenhum equívoco na exigência de documentos, mesmo na fase de habilitação, que garantam que a empresa terá condições, ao final do certame, de fornecer o produto ou fornecer o serviço de forma sustentável, desde que seja uma exigência razoável que não impeça a livre concorrência entre os participantes, o que só poderá ser aferido no caso concreto.

De qualquer forma, somente o tempo poderá adequar a prática administrativa aos novos comandos da sustentabilidade, de forma que cabe ao administrador, sempre que possível, incluir nos certames critérios que busquem produtos e serviços que estejam de acordo com a sustentabilidade em sentido amplo.

4 Atuação do poder judiciário

O Poder Judiciário terá especial papel no processo de amadurecimento da norma analisada, especialmente por ter que decidir questões que sejam judicializadas e talvez, ao longo dos anos, possam criar balizas nas quais o administrador terá que se pautar.

É certo que o magistrado não pode interferir no mérito administrativo que cabe exclusivamente ao administrador responsável pela licitação, mas, em casos claros de violação de normas legais ou constitucionais, caberá ao Poder Judiciário interferir no ato, desde que não substitua o administrador nas decisões administrativas propriamente ditas.

Nesse sentido, já se manifestou a doutrina de Eduardo Bim:

“Existem inúmeros tratados, convenções (v.g., Declaração de Viena e Programa de Ação de 1993, item 11), declarações (v.g., Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano – Declaração de Estocolmo, Princípio 8), além de diversos outros diplomas citados no Parecer nº 019/2010/TVB/NAJSP/AGU (Processo nº 00400.014334/2009-02) pela Advogada da União Teresa Villac Pinheiro Barki, os quais ajudariam a constatar que a licitação sustentável pode ser exigida como direito subjetivo, embora com algumas restrições (v.g., natureza e a sua conjugação com outros

elementos do ordenamento jurídico, não podendo ser considerada de forma isolada). Entretanto, além dos limites inicialmente apontados e da discricionariedade administrativa, há clara limitação em tal caracterização como direito subjetivo exigível: a) no **estado da técnica**, uma vez que o Estado não é obrigado a seguir modismos, estudos científicos novos e não amadurecidos na comunidade científica; b) na **vedação de custo excessivo**. O Estado pode até ser obrigado a adotar uma técnica cara, mas desde que não seja exorbitante. O princípio do BATNEEC (*Best Available Technology Not Entailing Excessive Cost* ou *Best Available Techniques Not Exceeding Excessive Cost*) é uma excelente analogia para tal configuração. Ambas as limitações serão exploradas adiante, mas elas englobam o âmbito da discricionariedade da administração, cuja zona é defesa ao Judiciário ou aos tribunais de contas, exceto nos casos evidentemente desarrazoados (*judicial deference* ou *Chevron doctrine*).”(21)

A mesma solução não é aceita pelo direito norte-americano, conforme ensinamento do mesmo autor:

“A título de direito comparado, nos Estados Unidos – onde o movimento ambientalista é forte e a licitação sustentável começou a ser desenvolvida normativamente na Executive Order n. 12.780/91, tendo continuidade, de forma menos tímida, na Executive Order n. 12.873/93 – não existe direito subjetivo de demandar contra o Estado para exigí-la. A Executive Order n. 13.101/98 (Sec. 902) é bem clara nesse sentido ao prever que apenas se pretende melhorar o gerenciamento interno do Executivo e não criar algum direito, benefício, *trust responsibility*, substantiva ou processual, executória pelo direito, por uma parte, contra os Estados Unidos, a suas agências, a seus servidores públicos ou a qualquer outra pessoa.”(22)

Na realidade, o Poder Judiciário deverá atuar com parcimônia no que diz respeito à consonância das licitações com o comando legal que prevê o respeito à promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

No atual estágio de aplicabilidade da norma, não se poderia exigir de uma pequena prefeitura, por exemplo, que inclua no edital referências a exigências ambientais complexas, pois tal conduta seria incompatível com as peculiaridades locais.

Por outro lado, é exigível que uma licitação feita pela União para aquisição de veículos para a polícia, por exemplo, contemple exigências ligadas à sustentabilidade ambiental, de forma que montadoras que fabriquem veículos menos poluidores tenham preferência sobre outros veículos que sejam mais poluidores.

É importante pontuar que o Poder Judiciário sempre terá que atuar com razoabilidade e nunca poderá substituir a própria discricionariedade administrativa.

No exemplo da licitação dos veículos, a administração poderia optar pelo mais poluidor caso justificasse a escolha na existência de uma diferença de valores muito considerável e, nesse ponto, o Poder Judiciário não poderia interferir nessa escolha da administração, sob pena de violação da separação dos poderes.

Conclusão

Nesse momento, cabe uma crítica inicial à expressão utilizada pelo legislador, que não foi clara e, com isso, dificulta imensamente a atividade dos aplicadores da lei, pois pairam dúvidas acerca da abrangência nacional ou local e, principalmente, acerca do alcance da expressão **sustentável**.

Mesmo existindo tais divergências, parece claro que diante do arcabouço

normativo citado ao longo do trabalho, a norma inserida alcança todas as licitações, independente do caráter nacional, regional ou local e todas as sustentabilidades possíveis, especialmente a ambiental, a social e a econômica.

Embora a expressão não tenha sido das mais felizes, o princípio inserido na Lei 8.666/93 foi muito importante para a efetiva aplicabilidade de critérios sustentáveis nas licitações.

Em que pese os doutrinadores afirmarem que a sustentabilidade já seria aplicável com base na Constituição da República, a edição de leis e atos normativos secundários foram muito importantes para dar maior segurança aos aplicadores da lei, especialmente aqueles servidores públicos responsáveis pelas licitações que certamente se sentirão mais seguros em incluir critérios de sustentabilidade nas licitações.

Até que a cultura jurídica da administração pública absorva bem esses novos parâmetros, devem ser tomadas cautelas para que a norma não seja desvirtuada e, com base nesse novo princípio, as licitações possam eventualmente ser direcionadas, violando, por consequência, o seu caráter competitivo.

A administração pública deve investir com afinco na capacitação dos servidores públicos, pois, como foi visto ao longo do trabalho, os valores movimentados pelo Estado são enormes e podem ser fundamentais no fomento da indústria nacional e, principalmente, poderão servir de parâmetro para a implantação de novas condutas ambientais por parte das empresas, que estarão obrigadas a se adequar às novas exigências para participarem das licitações.

O papel do Poder Judiciário será fundamental para coibir eventuais excessos, bem como para primar pela adequada aplicação da lei e dos princípios nela inseridos, de forma que suas decisões possam servir de baliza para a adequada busca dos comandos constitucionais e legais.

A separação de poderes ficará violada caso o Poder Judiciário de alguma forma substitua o administrador na tomada de decisões, ou seja, a discricionariedade administrativa deve ser protegida, cabendo a intervenção apenas naqueles casos em que a administração comete um erro grave, sendo que a atuação do Poder Judiciário não pode, em hipótese alguma, invadir o mérito administrativo.

Referências

AZEVEDO, Pedro Henrique Magalhães. Os Tribunais de Contas brasileiros e as licitações sustentáveis. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 12, nº 47, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=230536>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 9, nº 108, dez. 2010. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70891>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 13, nº 70, nov./dez. 2011. Disponível em:

<<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76861>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. A função regulatória das licitações e o desenvolvimento nacional sustentável: o regime jurídico introduzido pela Lei nº 12.349/10. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 10, nº 38, jul./set. 2012. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=81456>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Desenvolvimento sustentável: a nova cláusula geral das contratações públicas brasileiras. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 13, nº 67, maio/jun. 2011. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73648>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

TOURINHO, Rita. Ações afirmativas nas licitações públicas: o alcance da sustentabilidade social. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 15, nº 82, nov./dez. 2013. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=99056>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

Notas

1. Constituição da República **Art. 37 XXI**.
2. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. P.38.
3. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 17. ed. São Paulo: Atlas. p. 299.
4. ADI 3070 RN STF Pleno, Min EROS GRAU, Julgamento 29.11.2007, DJ 19.12.2007.
5. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 15.
6. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Desenvolvimento sustentável: a nova cláusula geral das contratações públicas brasileiras. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, maio/jun. 2011. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73648>>. Acesso em: 15 abr. 2015.
7. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 58.
8. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Desenvolvimento sustentável: a nova cláusula geral das contratações públicas brasileiras. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, maio/jun. 2011. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73648>>. Acesso em: 15 abr. 2015.
9. Exposição de motivos da medida provisória nº 495/10.

10. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. A função regulatória das licitações e o desenvolvimento nacional sustentável: o regime jurídico introduzido pela Lei nº 12.349/10. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 38, jul./set. 2012. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=81456>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

11. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Desenvolvimento sustentável: a nova cláusula geral das contratações públicas brasileiras. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, maio/jun. 2011. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73648>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

12. BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 9, nº 108, dez. 2010. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70891>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

13. FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 13, nº 70, nov./dez. 2011. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76861>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

14. TOURINHO, Rita. **Ações afirmativas nas licitações públicas: o alcance da sustentabilidade social. Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 15, nº 82, nov./dez. 2013. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=99056>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

15. FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 13, nº 70, nov./dez. 2011. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76861>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

16.. FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 13, nº 70, nov./dez. 2011. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76861>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

17. STF. ADI-MC nº 3.540/DF, Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. Julg. 01.09.2005. **DJU**, 3 fev. 2006.

18. AZEVEDO, Pedro Henrique Magalhães. Os Tribunais de Contas brasileiros e as licitações sustentáveis. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 12, nº 47, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=230536>>. Acesso em: 15 abr. 2015. MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 83.

19. FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 13, nº 70, nov./dez. 2011. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76861>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

em: 15 abr. 2015.

20. BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 9, nº 108, dez. 2010. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70891>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

21. BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 9, nº 108, dez. 2010. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70891>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

22. BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 9, nº 108, dez. 2010. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70891>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

Martino, Fabio Nunes De. A sustentabilidade como nova finalidade das licitações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 67, ago. 2015. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Fabio_DeMartino.html> Acesso em: 03 set. 2015.

REVISTA DE DOCTRINA DA 4ª REGIÃO

PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS