

Contratações Públicas como Instrumento de Efetivação do Desenvolvimento Sustentável

MARCELO PAULO WACHELESKI

Doutorando pela Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina
E-mail: marcelopaulow@unc.br

CLAYTON GOMES DE MEDEIROS

Doutorando pela Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina
E-mail: claytoncgm@hotmail.com

PATRÍCIA DE SOUZA FINAMORI KOSCHINSKI

Professora de Direito Ambiental e Urbanístico na Universidade do Contestado,
Mafra, SC, Brasil.

E-mail: pfinamori@hotmail.com

Resumo: O artigo se destina ao estudo das contratações públicas como instrumento indutor de efetivação do desenvolvimento sustentável. O objetivo geral da pesquisa é identificar os critérios objetivos para a definição do objetivo das licitações públicas que permitam alcançar, ao mesmo tempo, a melhor proposta nas contratações públicas e a promoção do desenvolvimento sustentável. As hipóteses construídas apontam para a importante função da atividade estatal na promoção do desenvolvimento sustentável através das contratações públicas, com a necessidade de definição dos critérios das contratações como ferramenta de efetivação do desenvolvimento socioambiental previsto no texto constitucional. Os resultados da pesquisa trazidos no trabalho apontam para a autoaplicabilidade das normas constitucionais e infraconstitucionais que instituem o desenvolvimento sustentável nas contratações públicas, sua força cogente e conseqüente diminuição da discricionariedade administrativa na definição do objeto licitado. O método utilizado será o indutivo através da utilização de categorias jurídicas e pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Desenvolvimento sustentável; Contratações públicas; Licitação.



Contratações Públicas como Instrumento de Efetivação do Desenvolvimento Sustentável

MARCELO PAULO WACHELESKI¹

CLAYTON GOMES DE MEDEIROS²

PATRICIA DE SOUZA FINAMORI KOSCHINSKI³

INTRODUÇÃO

As práticas socioambientais representativas do desenvolvimento sustentável exigem nova postura da atuação estatal não somente nas políticas interventivas no mercado e na sociedade, mas também quanto à definição de novos parâmetros para as contratações na administração pública. As novas exigências de inclusão do desenvolvimento sustentável nas contratações públicas atuam como instrumento indutor de práticas sociais e econômicas de efetivação do desenvolvimento que conciliem crescimento econômico e justiça ambiental.

O problema desta pesquisa pode ser apresentado diante da seguinte indagação: As contratações na administração pública

1 Doutorando em Direito pela Universidad de Buenos Aires. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI, SC. Pós Graduado em Filosofia do Direito pela PUCPR. Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo da Universidade do Contestado, Mafra, SC, Brasil. Líder do Grupo de Pesquisa Cnpq "Jurisdição Constitucional e Administração Pública".

2 Doutorando em Direito pela Universidad de Buenos Aires. Mestrando em Direito pela UNIBRASIL, Curitiba, PR. Professor de Direito Tributário e Ciência Política da Universidade do Contestado, Mafra, SC, Brasil. Líder do Grupo de Pesquisa Cnpq "Direitos Fundamentais, Cidadania e Inclusão Social", Pesquisador dos grupos de pesquisa NUPECONST-UniBrasil.

3 Mestranda em Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional na Fundação Universidade do Contestado. Professora de Direito Ambiental e Urbanístico na Universidade do Contestado, Mafra, SC, Brasil. Pesquisadora no Grupo Cnpq "Direitos Fundamentais e Administração Pública".

constituem instrumento de efetivação do desenvolvimento sustentável?

Para responder à questão, o iter metodológico utilizado é o indutivo, partindo-se da identificação de um texto constitucional claramente principiológico, prevendo ao mesmo tempo, a obrigatoriedade de utilização da licitação nas contratações públicas para garantia da vantagem representada principalmente pela economicidade, e a proteção do desenvolvimento sustentável, incluindo a promoção da justiça ambiental. Assim, subdividiu-se o trabalho em duas etapas distintas: na primeira, através da discussão do problema da efetivação das normas constitucionais e infraconstitucionais de promoção do desenvolvimento sustentável; no segundo momento, o trabalho envereda pelas alterações na legislação sobre licitações, incluindo o desenvolvimento sustentável como critério de definição do objeto nas contratações públicas.

A hipótese inicialmente sustentada aponta para necessidade de atuação do Estado na efetivação do desenvolvimento sustentável através das contratações públicas, servindo como instrumento indutor de comportamentos no mercado e na sociedade. A segunda hipótese abrange a necessidade de definição de critérios identificadores do desenvolvimento sustentável, capazes de conciliar os princípios constitucionais da licitação na busca da proposta mais vantajosa, incluindo a economicidade. Os resultados sinalizam para a auto-aplicabilidade das normas constitucionais e infraconstitucionais que determinam a utilização das contratações públicas como instrumento indutor de políticas de desenvolvimento sustentável.

1. DAS POLÍTICAS AMBIENTAIS E DA JUSTIÇA AMBIENTAL

Uma política governamental comprometida com o desenvolvimento social defende um conjunto de diretrizes cujo respaldo residiria nos interesses nacionais e numa previsão de ações

que no futuro beneficiariam toda a coletividade. A preservação ambiental pressupõe a superação do estado de beligerância que se encontra o Meio Ambiente, a Economia e o Estado, não será possível lançar mão de qualquer artifício de paz sem afetar toda a sociedade.

É necessário adequar a demanda por recursos naturais (sistema de preços) e a poluição (direitos de propriedade), com a inclusão daqueles que não possuem qualquer poder aquisitivo e tão somente suportam os custos da degradação. A manutenção do modelo vigente de produção e consumo gera efeitos perniciosos decorrentes da expropriação dos recursos naturais afetando principalmente aqueles mais vulneráveis às condições adversas preexistentes.

A desigualdade ambiental pode manifestar-se tanto sob a forma de proteção ambiental desigual como de acesso desigual aos recursos ambientais. A proteção ambiental é desigual quando a implementação de políticas ambientais – ou a omissão de tais políticas ante a ação das forças do mercado- gera riscos ambientais desproporcionais, intencionais ou não intencionais, para os mais carentes de recursos financeiros e políticos: os mais pobres, os moradores de áreas desvalorizadas e etnias marginalizadas. (ACSELRAD, 2008, p. 73)

Não é aceitável supor que toda a humanidade de maneira indistinta teria contribuído da mesma maneira para o atual cenário de degradação, que afeta, sobretudo, os mais vulneráveis. Na verdade, no âmbito do consumo, o acesso desigual ao meio ambiente se anuncia na extrema concentração de bens, estimando-se que cerca de 20% da população mundial consome entre 70% e 80% dos recursos do planeta. Acselrad (2008, p.75) lembra que, segundo dados do PNUD, 'são esses 20% que comem 45% de toda a carne e de todo o peixe, que consomem 68% de toda a eletricidade, 84% de todo o papel, e que possuem 87% de todos os automóveis'.

Há desigualdade na distribuição da proteção ambiental pelo Estado, que não assegura a todos, indistintamente, um meio ambiente equilibrado e necessário à sadia qualidade de vida, fato

que, seja por motivos econômicos ou políticos, resulta por criar ambientes de discriminação e de riscos.

Esses efeitos desiguais ocorrem através de múltiplos processos privados de decisão, de programas governamentais e de ações regulatórias de agências públicas. Processos não-democráticos de elaboração e aplicação de políticas sob a forma de normas discriminatórias, prioridades não discutidas e vieses tecnocráticos, via de regra produzem conseqüências desproporcionais sobre os diferentes grupos sociais. (ACSELRAD, 2008, p. 73)

Assim, a concepção de justiça ambiental possui como pressuposto o acesso isonômico e universal aos recursos ambientais, como forma de garantir os fins da democracia e do Estado social. A desigualdade social e de poder estaria, pois, na raiz da degradação ambiental, assim, quando os benefícios de uso do meio ambiente e a capacidade de transferir 'custos ambientais' para os mais fracos estão concentrados em poucas mãos, o grau de 'pressão' sobre ele revela-se perene e não diminui. "Donde, a proteção do meio ambiente depende do combate à desigualdade ambiental. Não se pode enfrentar a crise ambiental sem promover a justiça social". (ACSELRAD, 2008, p. 76)

Por justiça ambiental, foi designado o conjunto de princípios e práticas que permita o acesso justo e equitativo aos recursos disponíveis, afastando a desproporcional imposição dos custos da degradação ambiental em grupos hipossuficientes seja social, étnico, racial ou de classe (ACSELRAD, 2008, p. 41). Verifica-se, assim, que os objetivos do Estado democrático, ainda que no contexto do modelo econômico neoliberal, envolvem o acesso aos recursos ambientais, mesmo que persista a lógica dos mercados e o sistema de preços livres. Garantir que os cidadãos tenham o mínimo existencial consubstanciado na sadia qualidade de vida não figuraria como severa intervenção nas esferas jurídicas individuais, mas como modo de garantir o modelo de desenvolvimento escolhido.

2. A PRODUÇÃO, O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E A ATUAÇÃO ESTATAL

O modelo de desenvolvimento adotado pelos países interessados em crescer economicamente consistiu em um padrão de produção e consumo voltado à geração de riquezas. A necessidade de aumento constante da produção eclodiu na extração de recursos naturais, ocasionando escassez da matéria-prima e degradação ambiental. Assim, como adverte Lunelli (2012, p. 7), o crescimento das economias mundiais não levou em conta a preocupação com a proteção ambiental, a ideologia neoliberal baseada na livre iniciativa provocou um fenômeno de crescimento desenfreado e irracional notadamente no mundo ocidental.

No sistema de máxima proteção à propriedade privada, não apenas as empresas poluidoras teriam de pagar por eventuais danos à propriedade de terceiros. Nesse modelo, as externalidades econômicas, como a diminuição da disponibilidade de determinado recurso ambiental, bem assim, a própria fruição de bem de consumo com potencial poluidor, seriam plenamente incorporadas aos preços de mercado.

O processo de internalização das externalidades deve ser a base de toda política ambiental. Na medida em que existem mecanismos em que o empreendedor é obrigado a investir em controles ambientais a fim de mitigar os impactos ambientais de seu processo, ou quando é obrigado a pagar uma multa ambiental, ocorre a internalização das externalidades. É uma forma de fazer com que os custos socioambientais da poluição sejam de alguma maneira integrados ao processo produtivo. Isso acontece porque o empreendedor transfere, ao deixar de investir em controles ambientais em seu processo, um ônus para a sociedade. (SEIFFERT, 2011, p. 70)

Tal concepção, de acordo com o modelo neoliberal, provocaria maior custo de produção em larga escala e, conseqüentemente, abalaria o princípio da concorrência. Nesse contexto, a economia ambiental, fundada na teoria neoclássica do bem-estar, tendo

como princípios o utilitarismo, o individualismo metodológico e o equilíbrio, apreende o meio ambiente como neutro e passivo, para tanto, utiliza instrumentos que internalizam as externalidades geradas pelo sistema econômico, acabando por aceitar a mensuração dos impactos negativos causados pelos processos produtivos (QUEIROZ, 2011).

A doutrina neoliberal apregoa o livre funcionamento do sistema de preços, oferta e demanda, quase sempre em equilíbrio, que ao submeter-se à interferência estatal, resultaria em desperdício de recursos e empobrecimento da sociedade. Contudo, todo processo produtivo apresenta duas consequências: o produto manufaturado e os rejeitos do processo. O primeiro tem demanda e um valor de mercado e o outro, nenhuma demanda ou interesse. Sob o fundamento de uma política ambiental eficiente, os rejeitos importam em custos, não apenas econômicos, mas, também sociais.

A imposição desses custos ao mercado é considerada uma forma de correção dos impactos negativos da atividade produtiva para a sociedade. O meio ambiente sempre foi pensado em perspectiva apartada das questões do desenvolvimento, nesse sentido, como adverte Queiroz (2011), a economia do meio ambiente foi ordenada com suporte em princípios neoclássicos de alocação intertemporal da extração dos recursos naturais, ou seja, aproveita uma taxa de desconto para determinar a trajetória ótima de extração dos recursos, sem levar em conta os interesses das gerações futuras ou os princípios da sustentabilidade.

A contabilidade clássica da economia é incapaz de atribuir valor monetário real ao recurso ambiental, vez que não é possível quantificar outros benefícios prestados pela natureza à humanidade, desde o bem-estar até a proteção da vida humana através da camada de ozônio. O conceito de desenvolvimento econômico adotado pelo modelo neoliberal não computa tais abstrações ou projeções, posto

que a própria sobrevivência da economia depende da continuidade do modo de produção, exploração e consumo.

Crescer significa 'aumentar naturalmente em tamanho pela adição de material através de assimilação ou acréscimo'. **Desenvolver-se** significa 'expandir ou realizar os potenciais de; trazer gradualmente a um estado mais completo, maior ou melhor'. Quando algo cresce fica maior. Quando algo se desenvolve torna-se diferente. O ecossistema terrestre desenvolve-se (evolui), mas não cresce. Seu subsistema, a economia, deve finalmente parar de crescer, mas pode continuar a se desenvolver. (DALY, 2004) (grifo original)

Estaria, portanto, a atuação estatal em matéria ambiental comprometida em virtude da concepção distorcida de crescimento *versus* desenvolvimento, apregoada pela lógica do mercado. Para Daly (2004), "uma economia em desenvolvimento sustentável adapta-se e aperfeiçoa-se em conhecimento, organização, eficiência técnica, e sabedoria"; sem assimilar ou acrescentar percentagem cada vez maior de matéria-energia do ecossistema, garantindo a preservação do ecossistema remanescente, de modo a renovar-se a cada ano.

O desenvolvimento socioeconômico, portanto, perpassa pela problemática ambiental, vez que as questões sociais não estão dissociadas das questões ambientais. A releitura do conceito de desenvolvimento econômico é indispensável pela negligência histórica das questões ambientais, devendo a nova concepção incluir não somente o progresso técnico e das inovações, mas a contribuição que a conservação do meio ambiente pode oferecer nesse processo (QUEIROZ, 2011). A atuação estatal comprometida com o desenvolvimento sustentável deve propor a redefinição do paradigma de consumo e utilização dos bens ambientais.

Tanto otimistas quanto pessimistas devem concordar com as seguintes políticas: empenhar-se para deter

o transumo nos níveis atuais (ou reduzi-lo a níveis verdadeiramente sustentáveis) taxando severamente a extração de recursos, especialmente energia. (...) Recursos renováveis devem ser explorados de maneira tal que: (1) as taxas de colheita não excedam as taxas de regeneração e (2) as emissões de resíduos não excedam a capacidade assimilativa renovável do meio ambiente local. Os recursos não-renováveis deveriam ser esgotados a uma taxa igual à taxa de criação de substitutos renováveis. Os projetos baseados na exploração de recursos não-renováveis devem ser casados com projetos que desenvolvam substitutos renováveis. (DALY, 2004)

Referidas ações impõem, entretanto, investimentos tecnológicos que interferirão nos processos produtivos. Tais investimentos, em países com o desenvolvimento econômico em ascensão, são vistos muitas vezes como entraves à produção, aos custos e, por conseqüência, ao sistema de concorrência. Nas economias periféricas, há outros obstáculos, como a exploração de recursos naturais e bens de baixo valor agregado incorporado à precariedade do empresariado, fato que gera um “núcleo endógeno de dinamização tecnológica”. (QUEIROZ, 2011)

O Estado, portanto, revela-se fundamental no fomento a investimentos em ciência e tecnologia, seja no apoio a projetos de pesquisa ou em subsídios para a produção tecnológica de ponta. As bases de um processo de industrialização mais amplo são promovidas pelo Estado, que possui o papel de agente capaz de influenciar diretamente no processo de busca de novas vantagens tecnológicas. O grande desafio para os países periféricos é garantir uma capacidade endógena de geração de progresso técnico, construindo sua própria capacidade de desenvolver espectro amplo em termos de ciência, tecnologia e inovação, de modo a reduzir a dependência externa, ponderando que as condições nacionais e locais conduzem a diferentes trajetórias de desenvolvimento. (QUEIROZ, 2011)

Assim, o meio ambiente pode agregar-se ao desenvolvimento econômico, sem que aquele signifique um entrave à consecução dos

objetivos deste. A busca de novas tecnologias sustentáveis aliará ambos os eixos.

3. O MODELO DE DESENVOLVIMENTO BRASILEIRO E AS POLÍTICAS AMBIENTAIS

A forma de colonização, ocupação e exploração do território brasileiro contribuiu para o atual modelo de distribuição de terras no país e de aproveitamento dos recursos ambientais. O sistema de sesmarias vigorou até 1822, quando a exploração dos recursos naturais era destinada à satisfação dos interesses da metrópole portuguesa e “o trabalho de muitos fez do território um mundo para poucos” (ACSELRAD, 2009, p. 121).

A desigualdade social imperou desde o cenário de disponibilidade de vastas terras livres e, após duzentos anos de formação do Estado brasileiro, ainda perdura. Com o advento da Lei de Terras, em 1850, a problemática fundiária brasileira e da apropriação dos recursos já havia se instaurado, vez que a ocupação ocorreu de forma desordenada, sem obstáculos legais para o apossamento. Celso Furtado ao descrever a estrutura agrária no ecossistema brasileiro pontua que:

deve-se ao uso extensivo dos recursos naturais, num país de dimensões continentais e em processo de ocupação, que a população se reproduza e cresça mediante esforço mínimo de acumulação. A degradação do meio natural, que em outras partes (do mundo) gera o freio malthusiano ou exige esforço acumulativo e progresso técnico para contornar a barreira dos rendimentos decrescentes é compensada pela expansão do espaço econômico. (FURTADO, 1982, p. 23)

Mesmo diante da concentração massiva dos recursos naturais nas mãos de poucos agentes e da euforia “milagreira” vivenciada pela economia brasileira, o país acatou relutantemente e sinalizou o compromisso de implementar uma Política Ambiental para o território brasileiro, nos moldes insculpidos pelo Programa das

Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA). Pode-se dizer que é recente a preocupação dos governos brasileiros com políticas ambientais, resultante da pressão dos movimentos mundiais reunidos em Estocolmo (1972), em plena fase desenvolvimentista que vivenciava o país na época dos militares.

Mais recentemente, a partir da década de 1990, o Brasil tem despontado como arauto defensor das florestas tropicais e de um modelo sustentável de exploração dos recursos. A partir da criação da Política Nacional do Meio Ambiente pela Lei Federal n. 6.938/1981, o governo brasileiro assume o objetivo de conciliar o desenvolvimento econômico com a preservação da qualidade de vida. A partir de então toda atividade econômica baseada em recursos naturais precisa observar a Política Nacional do Meio Ambiente, a qual tem como base os princípios do desenvolvimento sustentável e do poluidor-pagador.(FERREIRA JUNIOR, 2011).

No Brasil, toda atividade econômica, para ser considerada compatível com a ordem constitucional, deve se submeter aos princípios gerais da atividade econômica, insculpidos no artigo 170, da Carta Política, dentre eles se destacando texto do inciso VI, que propugna 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. Extrai-se daí que o ordenamento jurídico pátrio não exclui a defesa do meio ambiente do exercício da atividade econômica. Ao contrário, ambos os princípios devem se coadunar com vistas ao desenvolvimento do país.

O princípio da defesa do meio ambiente conforma a ordem econômica (mundo do ser), informando substancialmente os princípios da garantia do desenvolvimento e do pleno emprego. Além de objetivo, em si, é instrumento necessário - e indispensável - à realização do fim dessa ordem, o de assegurar a todos existência digna. Nutre, também, ademais, os ditames de justiça social. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo - diz o art. 225, caput. (GRAU, 2003, p. 219)

É possível identificar cinco considerações para determinação dos padrões de gestão ambiental que são de alta relevância para o Brasil: o nível de comprometimento político no trato de problemas ambientais; o grau de descentralização da instituição com competência política e administrativa; o estilo da tomada de decisões políticas; o acesso do público às informações ambientais e o papel desempenhado pelos tribunais em conflitos. (BARBIERI, 1997)

Depreende-se que a atuação dos poderes públicos, sobretudo no plano executivo, é fundamental para a implantação eficaz das políticas ambientais. As estratégias direcionadas ao desenvolvimento vão além das políticas públicas sociais e econômicas. Uma mostra disso é a política do BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social), que entende que investimentos na melhoria do desempenho ambiental de atividades produtivas e de infra-estrutura são indutores de desenvolvimento econômico e social. Dessa forma suas linhas de crédito passam por uma avaliação preliminar dos aspectos ambientais do projeto que requer o empréstimo, além de priorizar os projetos que possuem uma política de preservação ambiental. (BITENCOURT, 2007)

No entanto, a eficácia da política ambiental no Brasil deve, necessariamente, passar pela reformulação das estruturas de poder no país (políticas e econômicas), sob pena da questão ambiental não se traduzir em assunto de Estado e, por conseqüência, não se consolidar no conjunto de Políticas Públicas do país.

4. DAS CONTRATAÇÕES COMO INSTRUMENTO INDUTOR DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

No cenário internacional, encontra-se desde a década de 1990, uma crescente preocupação na padronização de compras verdes no âmbito da União Europeia (GARCIA *in* BACELLAR FILHO (et. al.), 2011, p. 123). O planejamento das compras verdes é parte da

proposta de integração dos mercados europeus com compromissos no desenvolvimento sustentável.

No âmbito regional, desde a decisão 26.2007, tomada no âmbito do Conselho de Mercado Comum, os Estados membros do MERCOSUL, firmaram compromisso de adotar políticas públicas sustentáveis. As direções indicativas do acordo firmado incluem as medidas impostas à iniciativa privada e às práticas de governança. No âmbito deste documento, firmou-se a obrigatoriedade de que o mercado regional adotasse práticas de produção, comercialização e uso de bens socioambientalmente adequados (ALIANAK *in* BACELLAR FILHO (et. al.), 2011, p. 123).

No domínio constitucional brasileiro, o compromisso com o desenvolvimento ambientalmente sustentável deve ser conciliado com a obrigação de que as compras e serviços na administração pública sejam realizadas através de processo de licitação (art. 37, XXI e 225 da Constituição Federal de 1988). Por sua vez, a Lei n. 8.666/93, ao regulamentar o dispositivo constitucional sobre a exigência de licitação nas contratações públicas, estabeleceu na redação original de seu art. 3º, como objetivos da licitação a garantia do acesso isonômico às contratações públicas e a busca da proposta mais vantajosa para a administração pública. Com a nova redação do art. 3º, pela Lei nº 12.340, de 15.12.2010,⁴ as licitações passaram a ter como objetivo a promoção do desenvolvimento sustentável.

O compromisso com o desenvolvimento sustentável já poderia ser exigido da atuação administrativa pela redação do art. 225 da Constituição Federal de 1988, contudo, tornou-se explícito e claro

4 Deve-se advertir que a proposta inicial de alteração proveniente da Medida provisória nº 495, de 19.07.2010, limitava-se a inserir a promoção do desenvolvimento nacional entre as finalidades da licitação, na esteira de um movimento que passou a enxergar a licitação também como meio de realização de políticas de desenvolvimento, sendo o vocábulo sustentável acrescentado no decorrer da conversão da medida provisória na Lei nº 12.340, de 15.12.2010, no âmbito do Congresso Nacional. (NOHARA *in* MARQUES NETO, 2013, p. 853).

com a alteração da Lei Geral de Licitações. A normatização afasta as reclamações frequentes de insegurança jurídica, permitindo a gestão pública traçar um planejamento transversal de atendimento as normas ambientais (NOHARA *in* MARQUES NETO, 2013, p. 854).

Não obstante a importância da previsão normativa, é forçoso reconhecer a textura aberta do termo normativo que exige a promoção do desenvolvimento sustentável a partir das contratações públicas. A definição adequada do conceito de desenvolvimento sustentável é indispensável para garantia de sua eficácia, além de harmonizá-la com os demais objetivos da licitação (FERREIRA; KASPER, 2013, p. 70).

Não somente a Lei Geral de Licitações passou a incluir como critério definidor da proposta mais vantajosa aquela que atende as exigências ambientais, mas o próprio e recente Regime Diferenciado de Contratações, instituído pela Lei n. 12.462 de 05 de agosto de 2011, previu em seu art. 7º, III, a previsão clara de definição de objetos licitados com características de sustentabilidade.

As contratações públicas passaram, com a alteração legislativa provocada pelo texto constitucional, a incluir em seu planejamento um aspecto intertemporal considerando as consequências. A imposição da sustentabilidade não é mera norma programática, mas constitui mandamento vinculante passível de sindicabilidade pelo Poder Judiciário. Impõe-se admitir que todo processo licitatório está apto a implementar políticas públicas indutoras de práticas sustentáveis, além de garantir isonomia e oportunidades (FREITAS, 2012, p. 74).

Para FREITAS (2012, p. 75), considerando que as gerações futuras são titulares de direitos fundamentais de proteção imediata, deve-se considerar a sustentabilidade não somente como princípio de Direito Ambiental, mas norma constitucional irradiante aos demais sistemas jurídicos como o Direito Administrativo. Da mesma

forma, como políticas indutoras de comportamentos sustentáveis, as contratações públicas devem observar o princípio desde a tomada de decisão até sua execução, considerando o bem-estar das gerações atuais sem descuidar da garantia das gerações futuras de operacionalizar seu próprio bem estar. As licitações devem considerar parâmetros e estimativas diretas e indiretas, optando por aqueles que geram menores externalidades negativas e maiores benefícios globais.

As contratações sustentáveis encontram importante fundamento constitucional, quando a leitura sistemática dos artigos 3º, 170, VI e 225 da Constituição Federal de 1988, exige a conjugação indissociável entre a atividade econômica e a proteção intergeracional do meio ambiente (FREITAS, 2012, p. 76). Sob o prisma da iniciativa privada, o empresário que adotar comportamentos socioambientais na cadeia produtiva e de mercado, terá vantagens competitivas tanto no âmbito nacional como internacional, na medida em que seu produto⁵ estará melhor adequado para atendimento das contratações constitucionalmente adequadas (FERREIRA, 2013).

Mesmo aceitando que as contratações estão no âmbito da discricionariedade administrativa, esta deve vincular-se diretamente ao princípio do desenvolvimento sustentável, tendo em vista que a imposição trazida pelo artigo 225 da Constituição Federal deve ser efetivada pelo Estado Administração e não somente pelos demais poderes constituídos. Os critérios de discricionariedade administrativa na escolha da proposta mais vantajosa exigem maior reflexão a partir da consideração da sustentabilidade. Isso porque, o critério da economicidade é insuficiente para definição da proposta

5 Produto sustentável é descrito como aquele que “apresenta o melhor desempenho ambiental ao longo de seu ciclo de vida, com função, qualidade e nível de satisfação igual ou melhor, se comparado com produto-padrão”. (NOHARA *in* MARQUES NETO, 2013, p. 861).

mais vantajosa, devendo-se considerar também os impactos diretos e indiretos parametrizados a partir dos maiores benefícios econômicos e menores resultados negativos, tomando a referência dos benefícios sociais e ambientais, considerando ainda as gerações futuras (FREITAS, 2012, p. 78).

A administração pública na intervenção no domínio econômico através das contratações poderá induzir a cadeia produtiva a adotar procedimentos sustentáveis na industrialização, mediante comportamentos de preservação máxima dos recursos naturais (NOHARA *in* MARQUES NETO, p. 8560).⁶ O Estado na sua atividade de fomento, pode e deve intervir no domínio econômico e social com a finalidade de estimular comportamentos que resultem ou não em lucro para a iniciativa privada, superando sua função básica de disponibilizar serviço público (FERREIRA, 2102).

A aplicação imediata das contratações sustentáveis permitirá a efetividade do conceito de cidades sustentáveis, previstas no art. 2º, I do Estatuto da Cidade (Lei 10.257, de 2001), estabelecendo uma política urbana que adeque o uso da propriedade à preservação ambiental das presentes e futuras gerações. O direito à cidade coloca-se como fundamental no texto constitucional, em razão de sua importante função na promoção dos direitos fundamentais à saúde, educação, lazer, entre outros, permitindo a coexistência de interesses públicos e privados, na medida que também alberga a proteção do direito à propriedade (COSTALDELLO *in* BACELLAR FILHO, 2010, p. 261).

A nova redação do art. 3º da Lei n. 8.666, ao prever o desenvolvimento sustentável, dá concretude ao direito fundamental ao meio ambiente saudável para as atuais e futuras gerações, impedindo, assim, que norma

⁶ As compras governamentais representam aproximadamente 15% do PIB brasileiro, considerando-se a União, dos 26 Estados-Membros, do Distrito Federal (p.199) e de mais de 5.500 Municípios e respectivos entes da Administração Indireta (NOHARA *in* MARQUES NETO, 2013, p. 856).

posterior possa extinguir a exigência imposta às contratações públicas, sob pena de retrocesso social inadmissível na teoria constitucional.⁷

A autoaplicabilidade do preceito constitucional e infraconstitucional de licitações e contratações públicas sustentáveis permite, inclusive, o controle judicial dos procedimentos. Cada vez que a ação discricionária administrativa não incluir no objeto da licitação a exigência de adequação ao desenvolvimento sustentável, cabe recurso ao Poder Judiciário com a finalidade de controle do ato administrativo para proteção do direito fundamental assegurado constitucionalmente. Resta dizer, que não há mais licitações neutras.⁸ Todas as pretensões administrativas de contratação devem estar vinculadas a uma pré-definição de política pública comprometida com o desenvolvimento sustentável, não bastando a busca da proposta mais vantajosa entendida exclusivamente sob a perspectiva da economicidade (FERREIRA, PELLEGRINELLO, 2014, p. 391).

Ao se definir o objeto da licitação e a seleção da proposta mais vantajosa a partir da escolha do produto licitado, deve-se avaliar o grau de impacto ambiental pelo critério de *lyfe-cycle assessment* (LCA – ou avaliação de ciclo de vida do produto), considerando as técnicas de melhora no processamento do produto em comparação com outros concorrentes, abrangendo a produção, distribuição, consumo e disposição dos resíduos (NOHARA *in* MARQUES NETO, p. 862). A própria a Lei dos Resíduos Sólidos consagra expressamente o princípio do desenvolvimento sustentável (art. 6º, IV) e estabelece a prioridade (art. 7º, XI) nas

7 Além do valor supremo, a sustentabilidade é mandamento constitucional. De sorte que, sem admitir retrocesso, o Estado tem de aplicar a Lei Fundamental de ofício, construindo e reconstruindo as regras voltadas a densificar o princípio da sustentabilidade, esclarecido pelo consórcio indissolúvel com os demais princípios. (FREITAS *in* MARQUES NETO, 2013, p. 873).

8 Uma licitação nunca será neutra: poderá ser benéfica para o desenvolvimento sustentável ou, ao contrário, mostrar-se lesiva a ele. Resulta sempre das escolhas jurídicas e políticas a serem devidamente sopesadas e justificadas pelo administrador público. Tampouco é lícito desconsiderar que a sustentabilidade representa - à diferença do que dizem os seus críticos superficiais - um potencial ganho de ecoeficiência, com a redução significativa de custos, às vezes até no plano imediato. (FREITAS *in* MARQUES NETO, 2013, p. 884).

aquisições e contratações governamentais, para produtos reciclados ou recicláveis e para bens, serviços e obras que correspondem aos padrões de sustentabilidade.

5. OS PARÂMETROS PARA DEFINIÇÃO DO OBJETO LICITADO NAS CONTRATAÇÕES SUSTENTÁVEIS

Importante advertência sobre as inserções legislativas de exigência das contratações verdes ou sustentáveis é feita por Marçal Justen Filho, ao afirmar que o legislador confundiu o processo de licitação com o de contratação. Em verdade, são as contratações que têm como objetivo a garantia do desenvolvimento sustentável e não a licitação que buscará a proposta mais vantajosa. Segundo afirma, a licitação não passa a ter mais um objetivo além dos dois originalmente constantes do art. 3º da Lei n. 8.666.93, mas o objeto contratado é que terá um novo critério de definição.

Em obediência aos princípios licitatórios, a exigência de vinculação do objeto ao desenvolvimento sustentável deve estar prevista no ato convocatório, tendo em vista que o edital é a lei interna da licitação. Repise-se, porém, que a indicação dos critérios de sustentabilidade está fora do poder discricionário do gestor público e estes se colocam de modo cogente. O Decreto n. 7.581 de 11 de outubro de 2011, que regulamenta a Lei n. 12.462.2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações, em diversos momentos, faz referencia o desenvolvimento sustentável como critério decisivo para a definição do vencedor do processo licitatório e conseqüente contratação. São exemplos, as disposições dos artigos 5º, 29, 31 e 70, que instituem o critério de julgamento de técnica e preço sem prejuízo da possibilidade de adoção de outros parâmetros de sustentabilidade ambiental, ou mesmo ao fazer referencia a remuneração variável permite a utilização do desenvolvimento sustentável como critério de aferição.

Os critérios de sustentabilidade para que estejam conjugados com os demais princípios da licitação, especialmente a isonomia e vantajosidade, devem ser previamente delineados na fase interna da licitação refletindo no edital, no projeto básico e executivo. Uma importante objeção se refere à possibilidade de aumento de custos das obras e serviços pela adoção de tecnologias que garantam a sustentabilidade. Neste caso, em tese, a adoção da sustentabilidade conflitaria com o objetivo da licitação de garantir economicidade e eficiência nos gastos públicos, o que pode ser superado com a motivação da administração pública demonstrando os benefícios coletivos presentes e futuros na contratação (MAIA; LEFÈVRE, *in* JUSTEN FILHO, 2014, p.)

Como visto, a fase interna da licitação é o momento de definição do objeto e a motivação da necessidade de contratar. Esse aspecto é de extrema importância para concretização do princípio do desenvolvimento sustentável. Isso porque, na fase interna antes de definir o objeto, a administração pública deve motivadamente demonstrar a necessidade de contratar, a partir da demonstração de ausência de meios alternativos ou bens ociosos (VALIM *in* MARRARA, 2014, p. 526). A conclusão de alternativas à contratação é a medida mais consentânea ao desenvolvimento sustentável porque evita o uso de materiais e a intervenção no meio ambiente.

O próprio legislador previu no âmbito da dispensa de licitação, hipótese claramente vinculada ao desenvolvimento sustentável. Assim ocorre com o previsto no art. 24, XXVII da Lei n. 8.666.93, que permite a contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas

técnicas, ambientais e de saúde pública. Por sua vez, o art. 14 da Lei n. 11.947.2009, determina que do total dos recursos financeiros repassados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, no âmbito do Plano Nacional de Alimentação Escolar, no mínimo 30% deverão ser utilizados na aquisição de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar e do empreendedor familiar rural ou de suas organizações, priorizando-se os assentamentos da reforma agrária, as comunidades tradicionais indígenas e comunidades quilombolas.

Deste modo, a autoplicabilidade da determinação constitucional e infraconstitucional de licitações e contratações sustentáveis, ganha reforço com a indicação de critérios objetivos de decisão tanto na fase interna de definição do objeto como na fase externa de julgamento da proposta, com evidente restrição à discricionariedade administrativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crescente necessidade de compatibilização entre a utilização dos recursos naturais para desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente fez surgir o conceito de desenvolvimento sustentável ou socioambiental, como aquele que coaduna o progresso econômico com a justiça ambiental, representada pela equânime distribuição das externalidades negativas e positivas.

Na promoção do desenvolvimento sustentável, a atuação do Estado é fundamental como agente indutor de comportamentos na economia e na sociedade, principalmente considerando a participação das contratações públicas no mercado. Neste aspecto, as alterações legislativas que determinam a inclusão do desenvolvimento sustentável como critério de definição do objeto da proposta mais vantajosa nas contratações públicas, constituem importante instrumento de efetivação do desenvolvimento sustentável.

O desafio é a construção de critérios que conciliem os objetivos constitucionais da licitação referentes à melhor proposta para administração pública baseada, principalmente, na economicidade e na isonomia, com a opção por projetos ambientalmente adequados que podem representar aumento de custo nas obras e serviços.

A proposta deste artigo, ao discutir as contratações públicas como instrumento de efetivação do desenvolvimento sustentável, parece evidenciar a compatibilidade entre os princípios constitucionais da licitação com o desenvolvimento sustentável, redefinindo o conceito de proposta mais vantajosa nas contratações, afastando o critério da economicidade como determinante na escolha do objeto e assentando o desenvolvimento sustentável na pauta das políticas públicas estatais.

Data de Submissão: 30 jan 2015

Data de Aprovação: 30 mai 2015

Processo de Avaliação: Double Blind Review

Organizador: Maria Luiza Alencar M. Alencar Feitosa, Samyra H. Naspolini e Gina Pompeu

Revisão Final: Maria Luiza Alencar M. Alencar Feitosa

Editor: Ernesto Pimentel

Diagramação: Emmanuel Luna

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri e outros. **O que é Justiça Ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond. 2009.

BARBIERI, J. C. **Desenvolvimento e Meio Ambiente: as estratégias de mudanças na agenda 21**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

BITENCOURT, Mayra Batista e outros. **Preservação ambiental como fator de desenvolvimento econômico: O ICMS ecológico em São Paulo**. XLV Congresso da Sociedade Brasileira de Economia, Administração e Sociologia Rural. 22 a 25 de julho de 2007, UEL - Londrina - PR.

COSTALDELLO, Angela Cássia. **A supremacia do interesse público e a cidade - a aproximação essencial para a efetividade dos**

direitos fundamentais. p. 261 *in* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito Administrativo e Interesse Público.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DALY, Herman E. **Crescimento Sustentável? Não, obrigado.** Ambiente & Sociedade – Vol. VII n. 2 jul/dez.2004.

FERREIRA JUNIOR. **A ordem econômica e a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.** Revista em Agronegócios e Meio Ambiente, v. 4, n. 2, p. 330-349, maio/ago.2011.

FERREIRA, Daniel; KASPER, Júlio Henrique Santos. **O desenvolvimento nacional sustentável como finalidade legal da licitação.** Revista Direito & Justiça v. 39, n. 1, jan./jun. 2013.

FERREIRA, Daniel; PELLEGRINELLO, Ana Paula. **Grandes obras, grandes impactos e a promoção (controlada e controlável) do desenvolvimento nacional sustentável.** Revista Jurídica (FIC), v. 1, p. 376-398, 2014.

FERREIRA, Daniel. **Inovações para a incrementação da responsabilidade socioambiental das empresas: o papel das licitações e dos contratos administrativos.** Revista JML de Licitações e Contratos, v. 6, p. 3-13, 2012.

FREITAS, Juarez. **Licitações Públicas e o princípio do desenvolvimento sustentável: novo conceito de proposta mais vantajosa.** p. 873 *in* MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (et. al.) (org.) **Direito e Administração Pública.** São Paulo: Atlas, 2013.

FREITAS, Juarez. **Princípio da sustentabilidade: licitações e a redefinição da proposta mais vantajosa.** Revista do Direito UNISC, Santa Cruz do Sul. N. 38. Jul-dez 2012.

FURTADO, Celso. **O Brasil “ pós-milagre”.** 7ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 8ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LUNELLI, Carlos Alberto e outro. **Estado, Meio Ambiente e Jurisdição.** Caxias do Sul: EDUCS, 2012.

MAIA, Henrique Guerreiro de Carvalho; LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. **A fase interna e o instrumento convocatório no**

regime diferenciado de contratações públicas. *in* JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas.** Belo Horizonte: Fórum, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia. **Compras Verdes e a promoção da Sustentabilidade nas Licitações.** p. 853 *in* MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (et. al.) (org.) **Direito e Administração Pública.** São Paulo: Atlas, 2013.

QUEIROZ, Julia Mello de. **Desenvolvimento econômico, inovação e meio ambiente: a busca por uma convergência no debate.** Cadernos do Desenvolvimento, Rio de Janeiro, v. 6, n. 9, p. 143-170, jul-dez. 2011.

SEIFFERT, Mari Elizabete Bernardini. **Gestão Ambiental.** 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VALIM, Rafael. **Contratação Pública e Sustentabilidade.** p. 526 *in* MARRARA, Thiago (Org.). **Direito Administrativo: Transformações e tendências.** São Paulo: Almedina, 2014.

Public Contracting as Effective Tool of Sustainable Development

Marcelo Paulo Wacheleski
Clayton Gomes de Medeiros
Patrícia de Souza Finamori Koschinski

Abstract: The article is intended to the study of public contracting as instrument to induce realization of sustainable development. The overall objective of the research is to identify the requirements for definition of the object of public bids that would achieve the same time the best offer in public procurement and the promotion of sustainable development. The assumptions built point to the important function of state activity in promoting sustainable development through public contracting, and the need to define the requirements of the hiring as effective tool of social and environmental development envisaged in the Constitution. The survey results brought at work, point to the self-applicability of constitutional and infra-constitutional norms establishing sustainable development in public procurement, its cogent force and the reduction of administrative discretion in defining the bid object. The method used is by using the inductive legal categories and bibliographic search.

Keywords: Sustainable development; Public procurement; Bidding.