

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO E DESENVOLVIMENTO**

SUZANA MARIA ROSSETTI

**PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA
E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

**CURITIBA
2016**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO E DESENVOLVIMENTO**

SUZANA MARIA ROSSETTI

**PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA
E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, na área de pesquisa de Direito Econômico e Desenvolvimento, como requisito parcial para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

**CURITIBA
2016**

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

R829p Rossetti, Suzana Maria
2016 Processos de contratação pública e desenvolvimento sustentável / Suzana
Maria Rossetti ; orientador, Daniel Wunder Hachem. – 2016.
180 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2016
Inclui bibliografias

1. Desenvolvimento sustentável. 2. Administração pública. 3. Licitação
pública. 4. Direito I. Hachem, Daniel Wunder. II. Pontifícia Universidade
Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 4. ed. – 340

SUZANA MARIA ROSSETTI

**PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA
E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, na área de pesquisa de Direito Econômico e Desenvolvimento, pela Banca Examinadora abaixo indicada:

Orientador: _____
Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem
Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR

Examinador: _____
Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet
Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR

Examinador: _____
Profª Drª Denise Bittencourt Friedrich
Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISC

Curitiba, 24 de fevereiro de 2016.

Aos meus pais,
Omacir e Vera, pela dedicação à educação dos filhos.

AGRADECIMENTOS

O resultado alcançado com este trabalho não teria sido atingido sem que algumas pessoas tivessem colaborado de forma direta ou indireta.

Em primeiro lugar, não posso deixar de fechar os olhos, e na intimidade mais profunda da fé que nutro em Deus, agradecer por ser meu Caminho, Verdade e Vida... Não há dificuldade que não possa ser superada no abandono e fé em Deus! Também agradeço aos anjos que Ele colocou em minha vida, minha família: meus pais Omacir e Vera, meu irmão Eduardo, minha cunhada Manoella e meu esposo Luis Fernando. Obrigada pela compreensão ante as ausências, pelo abraço caloroso querendo dizer: “Força! Você consegue! Estamos com você!” Teria sido impossível enfrentar essa jornada se não fosse o amor de vocês.

Sou grata à Zênite Informação e Consultoria S.A., em especial na pessoa do Presidente, Dr. Renato Geraldo Mendes, sua esposa, Sra. Sinara Rossetti Mendes, e a Vice-presidente, Anadricea Vicente V. de Almeida, pelo suporte necessário à realização do mestrado acadêmico e concretização deste trabalho. A Zênite tem um papel fundamental na minha formação jurídica. As discussões técnicas realizadas, envolvendo toda a equipe técnica presente e, mesmo, aqueles que não mais integram a equipe, foram fundamentais para o meu desenvolvimento profissional.

Obrigada em especial a Manuela M. Mello pela parceria, por ser meu braço-direito na rotina profissional. O seu apoio foi essencial! Obrigada, Solange A. de Lima, pelas calorosas conversas de incentivo, de amizade sincera, de apoio inofismável! Obrigada, Ricardo Sampaio e Rodrigo Junkes, pelas discussões técnicas, pelos almoços, pelo apoio de sempre.

O mestrado também me presenteou com grandes amigos, os quais foram fundamentais para a superação das dificuldades. Assim é que agradeço de forma muito especial aos amigos Camila Forigo, Eloi Pethechust, Natália Brasil Dib, Regeane Bransin Quetes, Carolina Motta e Gilberto Kalil, sem prejuízo ao carinho que nutro por toda a turma que ingressou no PPGD no ano de 2014.

Deixo aqui também registrado meu sincero agradecimento aos professores Luiz Alberto Blanchet e Oksandro Gonçalves. O Prof. Blanchet foi quem orientou os meus primeiros e fundamentais passos no mestrado acadêmico, sempre muito preciso em suas colocações e de uma gentileza incomparável. Agradeço ao Prof. Oksandro, coordenador do PPGD, pelas orientações, discussões, mas especialmente pelas palavras de incentivo e confiança depositadas.

Também agradeço às integrantes da Secretaria do PPGD, Eva Curelo e Daiane Kuster, pela atenção, orientações e parceria nesses dois anos.

Por fim, e para fechar de uma forma muito especial esses agradecimentos, registro ser eternamente grata a uma pessoa que verdadeiramente me mostrou o que é ser Mestre. Obrigada ao meu orientador Prof. Daniel Wunder Hachem, pela atenção, por se preocupar com cada detalhe do meu trabalho, por me incentivar a ir além, por me mostrar que é possível. Seu engajamento, dedicação e conhecimento compreendem qualidades que fazem de ti um professor ímpar!

**“A Terra tem o suficiente para todas as nossas
necessidades, mas somente o necessário.”
(Mahatma Gandhi)**

RESUMO

O desenvolvimento nacional sustentável encontra-se expressamente consignado na Lei nº 8.666/93 como um objetivo a ser atendido nos processos de contratação pública. Ou seja, com a alteração da Lei de Licitações em 2010, o poder de compra estatal, já existente e apto a promover interesses públicos mediatos, passou a compreender uma exigência reconhecida e determinante para a Administração Pública. A grande questão a ser enfrentada compreende a baixa eficácia das políticas públicas direcionadas ao desenvolvimento nacional sustentável no âmbito dos processos de contratação pública. Defende-se que esta realidade está diretamente relacionada a algumas *crises de percepção*, especialmente aquelas relacionadas a paradigmas reducionistas. Ocorre que enfrentar a temática dos processos de contratação pública e a sustentabilidade pressupõe uma atuação administrativa comprometida com a opção jurídico-política brasileira para o plano de desenvolvimento nacional. Nesse sentido, a Constituição da República impõe um plano de desenvolvimento que abarca diferentes contextos como a cultura, a tecnologia, o turismo, o mercado, a máquina administrativa e que, conjuntamente, via implementação de políticas públicas complexas, promova a distribuição de riquezas, o pleno exercício dos direitos sociais, o desenvolvimento do potencial humano e do bem-estar em equilíbrio, prezando-se pelas gerações futuras. Para que o agir administrativo esteja alinhado a esse modelo, é importante destrinchar as várias facetas da relação existente entre desenvolvimento e sustentabilidade e, inclusive, refletir acerca da sustentabilidade enquanto diretiva de atuação na gestão pública. Da visão essencialmente estrita da legalidade cumpre passar ao dever de juridicidade. Da eficiência vista como mero incremento na redução de custos é necessária a compreensão de que será eficiente o agir administrativo na medida em que atento à produção dos fins de interesse público buscados e à promoção da excelência na gestão pública, direcionada para a melhor utilização possível dos meios disponíveis para a maximização dos objetivos definidos para o plano de desenvolvimento nacional. Ainda, o reconhecimento da existência normativa de um direito fundamental à boa administração materializa a garantia ao cidadão quanto ao correto exercício da função administrativa, que observe todas essas diretrizes. É também em decorrência da hermenêutica indicada que se identificará a busca da proposta mais vantajosa em condições isonômicas não como um limitador à adoção de condicionantes sustentáveis, mas, sim, como uma necessária verificação das especificações sustentáveis disponíveis no mercado, de modo a eleger a proposta em ambiente de maior competitividade possível e a partir do melhor parâmetro admissível de aceitabilidade de custos. Ademais, como grande parte da normatização existente em matéria de contratações públicas sustentáveis consigna apenas diretrizes gerais relativamente aos critérios a serem adotados, defende-se o uso do poder normativo da Administração como fator apto a potencializar a eficácia das políticas públicas envolvendo o uso dos processos de contratação para o desenvolvimento nacional sustentável. Finalmente, de nada adiantaria o cuidado com os aspectos antes abordados se estiver ausente um bom conhecimento do processo de contratação pública, especialmente das fases de *planejamento*, de *seleção de proponentes* e *contratual*. É ao bem conhecer o processo, suas fases, etapas e atos, que se garante a fixação das condicionantes de sustentabilidade de forma atenta ao regime jurídico aplicável aos processos de contratação pública.

Palavras-chave: Desenvolvimento. Sustentabilidade. Processos de contratação pública. Políticas públicas. Licitações sustentáveis.

ABSTRACT

The sustainable national development is explicitly enshrined in Law number 8666/93 as an objective to be met in government procurement processes. In other words, because of the change in the Government Procurement Law in 2010, the government's purchase power, which already existed and was capable of promoting public interests in an indirect manner, started to comprise a requirement that is recognized and decisive for the Government. The big issue to be addressed includes the low effectiveness of public policies designed for the sustainable national development in the context of government procurement processes. It is argued that this reality is directly related to some *perception crises*, especially those related to reductionist paradigms. However, in order to address the issue of governmental procurement processes and sustainability, one needs to assume that the government's administration is committed to the Brazilian legal-political option for the national development plan. In this sense, the Constitution imposes a development plan that encompasses different contexts such as culture, technology, tourism, market and governmental apparatus that, together, through the implementation of complex governmental policies, promote the distribution of wealth, the full exercise of social rights and the development of the human potential and well-being in a balanced manner, with a view to supporting future generations. In order to check if the government's behavior is in line with this model, it is important to analyze the various facets of the relationship between development and sustainability and, also, to reflect on sustainability as a policy on how the government is expected to operate. It is necessary to shift from the essentially strict view of legality to the duty of lawfulness. With respect to the efficiency seen as a mere improvement in cost reduction, it is necessary to understand that the government will operate in an efficient manner if it focuses on the public interests that are sought and if it tries to promote excellence within the government's administration, in order to optimize the use of the means available and to maximize the objectives set for the National Development Plan. Moreover, the recognition of the normative existence of a right that is fundamental to the good administration allows ensuring to citizens that the administrative role will be played the way it is supposed to be played, that is, in accordance with all of those guidelines. Also, it will be through the indicated hermeneutics that it will be possible to see the search for the most advantageous proposal under equal conditions not as a limitation to the adoption of sustainable conditions, but rather as the necessary verification of the sustainable specifications available in the market, in order to elect the proposal in the most competitive possible environment and based on the best permissible parameter of cost acceptability. In addition, since much the existing regulation on sustainable government procurement comprises only general guidelines on the criteria to be adopted, it is necessary to advocate the use of the normative power of the government as a factor that is capable of enhancing the effectiveness of public policies that involve the use of procurement processes for sustainable national development. Finally, it would make no sense to pay attention to the aspects addressed above if there is no good knowledge about the government's procurement process, especially the stages of planning, *selection of bidders* and *contracts*. It is through the proper knowledge of the process, its phases, stages and actions that one can ensure the establishment of the sustainability conditions in a way that considers the legal regime applicable to governmental procurement procedures.

Keywords: Development. Sustainability. Government procurement procedures. Public policies. Sustainable procurement processes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E SUAS IMPLICAÇÕES NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA.....	15
1.1 A FEIÇÃO COMPLEXA DA NOÇÃO DE DESENVOLVIMENTO: DOS ASPECTOS MULTIDISCIPLINARES À CONCEPÇÃO JURÍDICA.....	18
1.2 DESENVOLVIMENTO E SUSTENTABILIDADE: ASPECTOS ESPACIAIS, SOCIAIS, ECONÔMICOS E AMBIENTAIS	35
1.3 SUSTENTABILIDADE COMO DIRETIVA DE ATUAÇÃO NA GESTÃO PÚBLICA: UMA RELEITURA DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, EFICIÊNCIA E DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO....	45
2 PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FINALIDADE DOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA.....	69
2.1 FINALIDADE DA LICITAÇÃO: REDIMENSIONANDO O TRADICIONAL CONCEITO DE VANTAJOSIDADE COMO A SELEÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA EM CONDIÇÕES ISONÔMICAS	74
2.2 PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO COMO INSTRUMENTOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE FOMENTO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	82
2.3 PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: INSTRUMENTO QUE POTENCIALIZA A EFICÁCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE FOMENTO AO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL.....	106
3 A SUSTENTABILIDADE NOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA: A IMPLEMENTAÇÃO DE MEDIDAS CONCRETAS NAS DIFERENTES FASES, ETAPAS E ATOS	118
3.1 FASE DE PLANEJAMENTO: AÇÕES ENVOLTAS NO PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO PARA GARANTIA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	123
3.2 FASE DE SELEÇÃO DE PROPONENTES: A APLICAÇÃO DE PREFERÊNCIAS E BENEFÍCIOS PARA A GARANTIA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO	143
3.3 FASE CONTRATUAL: DA FISCALIZAÇÃO QUANTO À ADOÇÃO DE PRÁTICAS SUSTENTÁVEIS	161
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	165
REFERÊNCIAS	171

INTRODUÇÃO

O setor público está entre os grandes consumidores do mercado, gastando cerca de 10 a 15% do PIB.¹ Há seis anos, com a Medida Provisória nº 495/2010, posteriormente convertida na Lei nº 12.349/10, esse potencial das compras públicas não só foi reconhecido, como determinou a alteração da Lei nº 8.666/93, Estatuto Nacional das Licitações e Contratos Administrativos, cujo art. 3º, *caput*, foi alterado para inserir como um dos objetivos das licitações públicas, ao lado da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração (até então já previstos na lei), a *promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. O dispositivo consiste em norma geral a ser observada por todos os órgãos da Administração Direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93). A partir desse marco, a doutrina passou a discorrer sobre as denominadas *licitações sustentáveis* ou, como preferem alguns, licitações verdes, positivas, dentre outras nomenclaturas.

A despeito do incontestável reconhecimento das compras governamentais como instrumento para implementação das mais variadas políticas públicas de valorização e fomento ao desenvolvimento nacional sustentável, chama a atenção a eficácia social ainda reduzida das normas já positivadas em torno da matéria, que, embora detenham desde a sua promulgação plena operatividade jurídica, ainda não encontram na realidade prática a aplicação devida.

Há uma série de elementos que potencializam esse reflexo, os quais vão desde uma leitura desconcertada do significado constitucional de *desenvolvimento nacional sustentável* até uma percepção equivocada da magnitude dos custos e das dificuldades de aplicar as condicionantes sustentáveis nos processos de contratação pelo Poder Público.

¹ SILVA, Renato Cader da. **Compras compartilhadas sustentáveis**. Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/paginas/artigos/compras-compartilhadas-sustentaveis>>. Acesso em: 08 set. 2015.

Pretende-se, com o presente trabalho, contribuir com reflexões que possam esclarecer melhor esses pontos e, quiçá, subsidiar alterações no panorama nacional das contratações públicas, a fim de que a Administração Pública esteja materialmente apta a enfrentar o complexo desafio que se apresenta ao agir administrativo, visando a desenvolver processos de contratação que de fato compreendam instrumentos de transformação da realidade por meio das políticas públicas governamentais.

Como já dizia Fernando Teixeira de Andrade, “É o tempo da travessia... e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos”.² Parafraseando Fernando Teixeira de Andrade, caso não se ouse enfrentar o conteúdo complexo da noção de desenvolvimento nacional sustentável, de conteúdo vinculativo, definido na Constituição, ficar-se-á à margem do correto exercício da função administrativa, condição máxima de legalidade da atuação da Administração Pública; e, o que é pior, negligenciar-se-á quanto à promoção do direito fundamental dos cidadãos a uma boa administração.

As reflexões que se pretende apresentar encontram-se divididas em três capítulos, tratando-se, no primeiro, de desenvolvimento sustentável e suas implicações na atividade administrativa; no segundo, relativamente à promoção do desenvolvimento sustentável como finalidade dos processos de contratação pública e, por derradeiro, no terceiro, serão avaliados os impactos concretos das políticas públicas para o desenvolvimento nacional sustentável nas diversas fases do processo de contratação pública.

No Capítulo 1, propõe-se, a partir da superação da visão dogmática, mecanicista, que ainda enferma a Administração Pública, identificar que tipo de agir administrativo se espera de seus agentes. Há diretivas jurídicas que determinam uma maior reflexão acerca de elementos que hoje vinculam o exercício da atividade administrativa, especialmente o reconhecimento da pessoa humana, dos interesses da sociedade, como sua elementar missão. Mas, para chegar a essa análise, há algumas etapas preliminares, basilares, que têm em vista esmiuçar que proposta de desenvolvimento se extrai da Constituição.

² Esse texto é vulgarmente atribuído a Fernando Pessoa. No entanto, após investigações, identificou-se que tudo indica compreender texto do livro “O medo: o maior gigante da alma”, de autoria de Fernando Teixeira de Andrade (1946-2008). Dentre outros sítios eletrônicos, é possível conferir em <<https://poetrysfeelings.wordpress.com/category/fernando-teixeira-de-andrade/>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

Conforme se verá, o plano para o desenvolvimento nacional brasileiro, consagrado na Constituição, desafia nos mais variados aspectos o intérprete jurídico cartesiano. A Constituição da República abrange denso e complexo conteúdo jurídico para o desenvolvimento nacional, que pressupõe enfrentar dualismos ideológicos, transpor recortes disciplinares ou científicos, a fim de encontrar o ponto de equilíbrio para o plano de desenvolvimento nacional: uma matriz clarividente quanto ao fomento da economia, valorização da iniciativa privada e da livre concorrência, mas, sobremaneira, zelosa para com a redução de disparidades sociais, o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas e o combate a comportamentos degradantes da natureza e insensibilidades destoantes de uma sociedade que preza pelas gerações futuras.

Entender o conteúdo complexo do plano de desenvolvimento nacional sustentável consignado na Constituição demanda ainda destrinchar os aspectos que compõem a sobredita complexidade, qual seja, o valor da sustentabilidade e suas dimensões espaciais, sociais, econômicas e ambientais. É necessário bem conhecer as partes para, ao avaliar a realidade concreta, complexificá-la para entender as interações que ocorrem. É essa proposta de análise que permitirá identificar a complexidade dos riscos envolvidos, que são concomitantemente causa e efeito de uma multiplicidade de desgastes sociais, ambientais e econômicos, os quais atingem globalmente a humanidade. E quanto às dimensões da sustentabilidade, há uma em especial para este estudo, qual seja, a dimensão da sustentabilidade como diretiva de atuação na gestão pública. Se o agir administrativo deve estar direcionado à satisfação dos interesses da sociedade, não há como conceber uma atuação descomprometida ou ineficiente no trato do modelo de desenvolvimento complexo definido pela Constituição.

Para tratar desses aspectos relacionados ao desenvolvimento nacional sustentável e ao agir administrativo, sistematizou-se o estudo em três frentes que se entende nodais: 1.1. desvendar a noção complexa de desenvolvimento intencionada pela Constituição da República; 1.2. destrinchar as várias facetas da relação existente entre desenvolvimento e sustentabilidade; e 1.3. refletir acerca da sustentabilidade como diretiva de atuação na gestão pública, o que estimula um repensar acerca dos princípios da legalidade, da eficiência e do direito fundamental à boa administração.

No Capítulo 2, a análise a ser enfrentada tem em vista identificar os processos de contratação pública como ferramentas na concretização desse plano de desenvolvimento nacional sustentável de conteúdo complexo. Será iniciada a contextualização em torno dos elementos que hoje prejudicam a eficácia das políticas públicas para o desenvolvimento nacional sustentável nas contratações.

As questões a serem avaliadas, nesse capítulo, são as seguintes: o que é “proposta mais vantajosa”? Que elementos devem subsidiar a avaliação dos agentes públicos envolvidos nesse tipo de verificação? Qual a repercussão que o conteúdo complexo de desenvolvimento sustentável consignado na Constituição, e reafirmado pela lei como finalidade das licitações, provoca sobre essa reflexão? Ainda que se compreenda a noção adequada de vantajosidade, justifica-se a existência de tantas políticas públicas adotando as compras governamentais como instrumento para a sua implementação? Que tipo de papel representa a Administração ao implementá-las? Quais são os segmentos que hoje são tangenciados pelas políticas públicas vigentes intencionando o desenvolvimento nacional sustentável? A normatização existente é suficiente para aplicação dessas políticas? Qual a relevância do poder normativo da Administração para tanto?

A organização de ideias que se propõe para dirimir as questões acima encontra-se sedimentadas em três reflexões: 2.1. repensar o tradicional conceito de vantajosidade como a seleção da proposta mais vantajosa em condições isonômicas; 2.2. compreender em que medida os processos de contratação podem ser interessantes instrumentos para o implemento de políticas públicas de fomento ao desenvolvimento nacional sustentável; e 2.3. sopesar a relevância do poder normativo da Administração para a eficácia das políticas públicas objetivando o desenvolvimento nacional sustentável.

Compreendido o modelo de desenvolvimento nacional sustentável delimitado na Constituição e sua repercussão sobre o agir administrativo, mostra-se necessária uma aproximação da realidade, do cotidiano administrativo, para, sopesando o passo a passo do processo de contratação pública, avaliar as repercussões que as mais diferentes condicionantes de sustentabilidade provocam sobre suas fases, etapas e atos.

Assim é que, no Capítulo 3, o ponto a ser avaliado tem em vista a implementação das condicionantes relacionadas ao desenvolvimento nacional sustentável no processo de contratação pública. Como nem todo critério de

sustentabilidade se insere, indistintamente, nas fases, etapas e atos do processo, torna-se imprescindível conhecer a finalidade de cada etapa e que tipos de condicionantes se coadunam com o momento pertinente.

Pretende-se com essa verificação solucionar as seguintes questões: como deve ser avaliada a necessidade da Administração? De que forma deve se desenvolver o planejamento da contratação a fim de se resguardar a implementação das políticas públicas para o desenvolvimento nacional sustentável, sem prejuízo de resguardar outros princípios que informam o agir administrativo, como a economicidade e a isonomia? É possível estabelecer condicionantes sustentáveis na etapa de habilitação, propostas e como obrigação contratual? Quais são os critérios de desempate e as margens de preferência aplicáveis, tendo em vista as políticas públicas para o desenvolvimento sustentável? Como deve se dar essa aplicação? Quais são as implicações do desenvolvimento sustentável sobre o agir administrativo na fase contratual?

No intuito de apresentar de forma didática esse conteúdo, as informações foram organizadas conforme as fases do processo de contratação: 3.1 *Fase de planejamento*: ações envolvidas no planejamento da contratação para garantia do desenvolvimento sustentável; 3.2 *Fase de seleção de proponentes*: aplicação de preferências e benefícios para a garantia do desenvolvimento sustentável nos processos de contratação; e 3.3 *Fase contratual*: fiscalização quanto à adoção de práticas sustentáveis.

Com o apanhado acima, pretende-se não apenas esclarecer qual o conteúdo para o princípio do desenvolvimento nacional sustentável que vincula o agir administrativo, mas também a razão pela qual existe essa vinculação e, seguindo essas considerações preliminares, a forma como devem se desenvolver, então, os processos de contratação a fim de que correspondam aos objetivos das políticas públicas destinadas ao fomento do desenvolvimento nacional sustentável.

1 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E SUAS IMPLICAÇÕES NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

À Administração Pública brasileira se impõe uma série de desafios na contemporaneidade. Não há mais espaço para uma Administração autoritária, em que o “poder” sobre os administrados se sobrepõe a qualquer outra ordem de análise³, assim como de uma Administração estritamente dogmática, que reduza a atividade administrativa a uma dialética linear de subsunção do fato à norma. Para além da ideologia e da política, há diretivas jurídicas que determinam uma maior reflexão acerca do exercício da atividade administrativa.

O art. 37, *caput*, da Constituição da República, impõe à Administração Pública obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Mas como deve se dar o agir administrativo para que satisfaçam esses postulados? Afinal, que modelo de agir administrativo se espera da Administração Pública brasileira pós Constituição da República?

Todo agir administrativo deve estar direcionado à satisfação dos interesses da sociedade. Justamente por isso, não há como dissociar o exercício da atividade administrativa da identificação desses interesses, o que imporá um ressignificar desse múnus. E um interesse caro à sociedade brasileira atual, ou mesmo mundial, está diretamente relacionado ao desenvolvimento sustentável, à garantia de condições sociais, econômicas e ambientais equilibradas que satisfaçam as necessidades e interesses da população, preservem os recursos naturais e que resguardem esses mesmos direitos para as futuras gerações.

O fato é que há uma *crise de percepção* que precisa ser enfrentada para que se possa falar em desenvolvimento sustentável. Essa crise diz respeito à dificuldade de

³ “Sem embargo, até hoje os doutrinadores parecem deixar-se seduzir pelo vício de explicar institutos de Direito Administrativo sedimentando-os em remissões a ‘poder’ ou ‘poderes’ da Administração. É o que, no Brasil, ainda fazem ilustres e competentes administrativistas. Este tipo de organização metodológica das matérias do Direito Administrativo, em última análise, favorece, embora, indesejadamente, realçar e enfatizar uma concepção autoritária do Direito Administrativo, projetando luz sobre os tópicos exaltadores do ‘poder’ e deitando sombra sobre os concernentes aos ‘deveres’ a que está subjugada a Administração, e que têm cunho mais importante para a boa compreensão da índole do Direito Administrativo no Estado de Direito.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 46.)

avaliar os fatos, ações e institutos globalmente, procurando alargar as fronteiras que limitam a racionalidade e, desse modo, a proposição de soluções consentâneas com os objetivos e fins delimitados pela Constituição de 1988 e, mesmo, àqueles chancelados pelo Brasil em Tratados Internacionais de Direitos Humanos.⁴

Fritjof Capra, ao tratar da *crise de percepção* quanto aos problemas sociais, econômicos e ambientais que produzem em verdade um impacto global e danificam a biosfera e a vida humana de uma maneira catastrófica, enfatiza a necessidade de perceber os problemas da época atual de maneira sistêmica, uma vez que estão interligados e são interdependentes. E, de forma bastante contundente, o autor contextualiza esse impacto global com rápidas afirmações de impacto: a estabilização da população depende da redução da pobreza no âmbito mundial; enquanto não se resolverem as enormes dívidas do Hemisfério Meridional não haverá como conter a extinção em massa de espécies animais e vegetais; e, ainda, não há como preservar comunidades locais, bem como conter a violência étnica e tribal enquanto não se direcionar uma maior atenção ao problema da escassez dos recursos e da degradação do meio ambiente.⁵

Perceba-se que não se resolvem os problemas sociais, econômicos e ambientais a partir de uma análise reduzida da realidade. Nesse sentido é que se diz existir uma *crise de percepção*, incoerente para com um mundo superpovoado e globalmente interligado.⁶ Belmiro Valverde Jobim Castor ressalta que nenhum “país, comunidade

⁴ “Ao trabalhar-se em um plano interno com a administração pública, há de se atentar às complexidades advindas do contexto global de sociedade, cujos direitos humanos estão vitimados/banalizados por muitos fatores, entre os quais, um processo recentemente acelerado de globalização que os reduz a mero conceito, inserindo-os em políticas globais de amesquinamento da pessoa humana. Em corolário, enfraquecendo as políticas estatais, provoca-se tendência de fuga do direito administrativo. [...] Com o ideário dos direitos humanos a ser desvelado pela interpretação do direito administrativo, os Estados se ajustaram, procurando superar o binômio poder-sujeição, substituindo-o por função-direito, com os fins do Estado redefinidos, não mais com idealizações e mera retórica no escopo ideológico das classes dominantes, mas como realização dos direitos das pessoas. Nesse sentido, o que redefine o Estado é a efetiva realização dos direitos fundamentais, não mais como poder originário, eis que se trata de função subordinada a resultados, tal como decidem os órgãos políticos da democracia”. (ZANOTELLI, Maurício. A compreensão dos direitos humanos como condição de possibilidade de interpretar o direito administrativo: um vir-à-fala hermenêutico. In: SILVA, Maria Teresinha Pereira; ZANOTELLI, Maurício (Coords.). **Direito e administração pública**: por uma hermenêutica compatível com os desafios contemporâneos. Curitiba: Juruá, 2011. p. 41-62.)

⁵ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. São Paulo: Cultrix, 2004.

⁶ Soma-se a essa crise de percepção um desgaste na reflexão científica, haja vista a alta complexidade produzida pela sociedade moderna que tornou precária a relação da razão com o tempo. Logo, como avaliar riscos? Uma incitação sem sombra de dúvida complexa, que desafia muitas vezes a precariedade da razão. A respeito dessa temática, vide: DE GIORGI, Rafaella. O risco na sociedade contemporânea. **Revista Sequência**, Florianópolis, ano XV, n. 28, p. 45-54, jun. 1994.

humana ou mesmo indivíduo, a não ser nos casos extremos de isolamento físico, mental e cultural, podem se considerar a salvo do processo globalizante de uma ou de outra forma”.⁷ Em verdade, as forças da natureza, os desvios e instabilidades do mercado, demandam uma atuação e estudo abrangente constantes, que possibilitem avaliar de forma complexa o agir humano e, nesse sentido, potencializar a redução de riscos.⁸

Assim é que a proposição lançada por Fritjof Capra pode ser sopesada sob duplo viés: o primeiro diz respeito à necessidade de perceber os diversos problemas de forma inclusiva e, o segundo, à imprescindibilidade de esquematizar soluções complexas que intentem o equilíbrio socioeconômico e ambiental e, assim, o desenvolvimento sustentável.

Sem prejuízo aos acordos e cooperações existentes em âmbito regional e mundial, inclusive para aquelas situações em que os desafios a serem vencidos impõem um tratamento interestatal⁹, cada Estado-nação detém regime jurídico-político próprio, com objetivos e fins delimitados, norteador para os poderes públicos na gestão e concretização do desenvolvimento nacional sustentável.¹⁰

⁷ CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. Finalmente a aldeia global? In: SILVA, Christian Luiz da; MENDES, Judas Tadeu Grassi (Orgs.). **Reflexões sobre o desenvolvimento sustentável: agentes e interações sob a ótica multidisciplinar**. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 153.

⁸ “Enfim, enquanto na modernidade havia a crença no determinismo histórico, em que vigoravam o pensamento mecânico, cartesiano, a ideia de progresso, de destino, na pós-modernidade, com esse rompimento e superação, percebe-se que o progresso nunca é garantido. Percebe-se que as forças da natureza mudam o possível destino e, ainda, que o mercado não garante o sucesso econômico do Estado, mas assegura apenas o prosseguimento do próprio mercado e das suas instabilidades próprias. As catástrofes naturais também trazem no ventre a ideia da incerteza do destino humano. Não há mais a segurança de viver em um mundo predeterminado pela vontade da sociedade, pela vontade do Estado, pela vontade do mercado, ainda que este seja instável. Não há mais segurança, mas risco, e o perigo é conceito igualmente presente”. RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. As ações repetitivas e a exigência de soluções complexas. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n. 87, jul./set. 2014.

⁹ A globalização tem provocado a necessidade de sopesar o tratamento a ser conferido, em muitos casos, por distintas ordens jurídicas. É o que se chama de casos administrativos multidimensionais. Vide REYNA, Justo J. Globalización, pluralidad sistémica y derecho administrativo: apuntes para un derecho administrativo multidimensional. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 25-53.

¹⁰ Ao tratar do conceito material de Constituição, Paulo Bonavides esclarece que “não há Estado sem Constituição, Estado que não seja constitucional, visto que toda sociedade politicamente organizada contém uma estrutura mínima, por rudimentar que seja. Foi essa a lição de Lassalle, há mais de cem anos, quando advertiu, com a rudeza de suas convicções socialistas e a fereza de seu método sociológico, buscando sempre desvendar a essência das Constituições, que uma Constituição em sentido real ou material todos os países, em todos os tempos, a possuíram”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 80-81.)

No Brasil, a Constituição da República, além de rica em disposições que passam pela temática, possibilita identificar feições diversas do modelo de desenvolvimento a ser perseguido, que passam pela seara espacial, social, econômica, ambiental, cultural e de gerenciamento da máquina pública. Vale dizer, houve a opção pela sociedade civil, para cujo conjunto de interesses se impõe o agir administrativo, por um modelo de desenvolvimento complexo.

Para entendê-lo, necessário transpor algumas *crises de percepção*, para o que se propõe três frentes elementares: 1.1. desvendar a noção complexa de desenvolvimento intencionada pela Constituição da República, 1.2. destrinchar as várias facetas da relação existente entre desenvolvimento e sustentabilidade e 1.3. refletir acerca da sustentabilidade enquanto diretiva de atuação na gestão pública, o que estimula um repensar acerca dos princípios da legalidade, da eficiência e do direito fundamental à boa administração.

1.1 A FEIÇÃO COMPLEXA DA NOÇÃO DE DESENVOLVIMENTO: DOS ASPECTOS MULTIDISCIPLINARES À CONCEPÇÃO JURÍDICA

Desenvolvimento, de acordo com o dicionário Michaelis,¹¹ afora outros significados, compreende o ato ou efeito de desenvolver, um crescimento ou expansão gradual, a passagem gradual de um estágio inferior a um estágio mais aperfeiçoado e, também, um adiantamento, progresso. Logo, a partir de uma semântica descritiva, a expressão desenvolvimento abarca conteúdo relacionado ao aumento quantitativo, mas igualmente à evolução qualitativa.

Porém evoluir, crescer, passar de um estágio inferior a um superior pode se apresentar sob uma série de percepções, que sofrem o efeito do tempo e, igualmente, do espaço em que se produz a reflexão, seja ele o da ideologia, da política, do direito ou outro. Por isso interessa, especialmente, uma análise diacrônica da expressão desenvolvimento.

¹¹ Vide: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=desenvolvimento>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

Mais do que isso, não há como discorrer sobre desenvolvimento e seus reflexos sobre o agir administrativo sem percebê-lo no influxo das diversas interações verificáveis empiricamente, as quais inclusive transcendem a disciplina do Direito Administrativo, do Direito Constitucional, a Ciência do Direito e, até mesmo, a própria Ciência.¹² E aqui é interessante observar que a proposta moderna, visualizada no método de René Descartes, que propunha a redução do conhecimento do todo pelo conhecimento das partes, vinculado ao mecanicismo de Newton, perdeu sua razão de ser com a entrada do período pós-moderno, em que, com a Revolução Industrial, inaugurou-se a concepção complexa que envolve a sociedade e, especialmente, a identificação de uma sociedade de risco.¹³ Riscos estes que ficaram mais tangíveis no século XX, especialmente nas décadas de 60 e 70 com os processos de revolução das telecomunicações e da microeletrônica, momento em que se visualiza um esgotamento do modelo Keynesiano de economia capitalista e, conjuntamente, a ascensão do capitalismo global.¹⁴

¹² “Admitido esse *a priori*, o especialista corre o risco da hiperespecialização: se o saber disciplinar provou sua fecundidade na história da ciência, mediante a construção de um objeto de estudo, a hiperespecialização decorre da reificação desse objeto. O que é decisão metodológica, torna-se explicação ontológica. E essa nova realidade torna-se isolada, autossuficiente. A fronteira disciplinar impede o conhecimento das relações entre o objeto reificado e seu entorno. Assim, o hiperespecialista, na contramão das pretensões da ciência contemporânea, fecha seu conhecimento naquele minifúndio acadêmico no qual permanece obrigado a trabalhar. Ignora tudo o que, de fora, condiciona seu objeto de estudo, sendo também cego para tudo aquilo que esse objeto devolve para seu entorno. Se, num primeiro momento, sabe cada vez mais sobre cada vez menos, sabe também pouco sobre essa partícula da realidade sobre a qual se volta, à medida que desconhece sua origem e as inter-relações que lhe são constitutivas.” (FOLLONI, André. **Ciência do direito tributário no Brasil**: crítica e perspectiva a partir de José Souto Maior Borges. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 363).

¹³ Risco, aqui, abarca a concepção de Ulrich Beck, para quem “Riesgo es el enfoque moderno e la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias o deseadas de la modernización radicalizada. Es un intento (institucionalizado) de colonizar el futuro, un mapa cognitivo. Toda sociedad, por supuesto, ha experimentado peligros. Pero el régimen de riesgo es una función de un orden nuevo: no es nacional, sino global. Está íntimamente relacionado con el proceso administrativo y técnico de decisión. Anteriormente, esas decisiones se toma bancon normas fijas de calculabilidad, ligando medios y fines o causas y efectos. La ‘sociedad del riesgo global’ ha invalidado precisamente esas normas. Todo esto se hace muy evidente con las compañías de seguros privadas, quizá el mayor símbolo del cálculo y la seguridad alternativa, que no cubren los desastres nucleares, ni el cambio climático y sus consecuencias, ni el colapso de las economías asiáticas, ni los riegos de baja probabilidad y graves consecuencias de diversos tipos de tecnología futura. De hecho, los seguros privados no cubren la mayoría de las tecnologías controvertidas, como la ingeniería genética.” (BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: SigloVeintiuno, 2002. p. 5.)

Vide ainda: DE GIORGI, Rafaele. Op. cit. p. 45-54.

¹⁴ Sobre o tema, ver CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**. São Paulo: Cultrix, 2006, capítulos 5 e 7.

A análise empírica da evolução histórica que leva à globalização¹⁵, e especialmente dos riscos com que a sociedade global passa a ter de se preocupar, possibilita identificar a impossibilidade de falar em desenvolvimento por meio de um estudo segmentado. Se desenvolver é crescer, sair de um estágio inferior a um superior, e se as interações das diversas decisões provocam reflexos variados e globais, então impreterível uma evolução na percepção de líderes, administradores etc. quanto à imperiosidade de “mudança fundamental de visão do mundo na ciência e na sociedade”.¹⁶ Fritjof Capra propõe a percepção ecológica profunda, pela qual se “reconhece a interdependência fundamental de todos os fenômenos, e o fato de que, enquanto indivíduos e sociedades, estamos todos encaixados nos processos cíclicos da natureza (e, em última análise, somos dependentes desses processos)”.¹⁷

Com base nessa percepção ecológica de mundo, tornam-se indispensáveis estudos complexos, que, a despeito de não desconsiderarem o conteúdo posto de cada disciplina, ciência ou filosofia, estejam abertos às interações entre esses saberes diversos, na medida de suas confluências. “O interdisciplinar pressupõe as disciplinas. Mas significa saber que as disciplinas promovem um corte abstrato – geralmente arbitrário – no real, e que esse corte não impede, aliás demanda, um conhecimento voltado para o que ficou dele excluído, na tentativa de uma compreensão mais ampla.”¹⁸ Do contrário, tem-se um grande risco para o desenvolvimento da ciência e da vida em sociedade. Mais do que isso, uma irresponsabilidade ética do cientista em não enfrentar complexidades, despreocupando-se com os reflexos que sua opção reducionista ocasiona na academia e para a sociedade.¹⁹

Assim é que, nas palavras de André Folloni, a epistemologia contemporânea se dirige ao desvendar da complexidade.²⁰ Embora não seja o objetivo neste momento discorrer sobre as teorias da complexidade, interessante resgatar concepção trabalhada

¹⁵ “Assim, o globalismo seria, tão-somente, uma feição moderna da velha e conhecida expansão capitalista, que sucede à expansão mercantil, à dominação financeira e à submissão tecnológica. Uma nova ordem econômica e política internacional, fortemente influenciada pelas empresas multinacionais, estaria inaugurando uma nova etapa de dominação imperialista.” (CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. Op. cit. p. 154.)

¹⁶ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. São Paulo: Cultrix, 2004. p. 14.

¹⁷ CAPRA, Fritjof. Idem.

¹⁸ FOLLONI, André. Op. cit. p. 335-336.

¹⁹ FOLLONI, André. Op. cit. p. 334-335.

²⁰ FOLLONI, André. Op. cit.. p. 335.

por Edgar Morin, segundo o qual diversas complexidades²¹ formam o tecido da complexidade: “complexas é o que está junto; é o tecido formado por diferentes fios que se transformaram numa só coisa. Isto é, tudo isso se entrecruza, tudo se entrelaça para formar a unidade da complexidade; porém, a unidade do complexus não destrói a variedade e as diversidades complexidades que o teceram.”²²

Veja-se que, para a ideologia²³, é possível discriminar dois modelos principais de desenvolvimento da sociedade: o capitalista e o socialista. O primeiro, conhecido como pensamento de direita, percebe, na “liberdade individual na luta e na competição, valores positivos relacionados ao progresso e à melhora da condição humana no mundo”. Já o segundo, pensamento de esquerda, enxerga “o mundo pelas lentes da luta de classes e da exploração de uma classe por outra”.²⁴ Em um caso ou no outro, tem-se a redução a um modelo padrão, tido como ideal.

²¹ Edgar Morin destaca algumas “avenidas” a serem trilhadas ao trabalhar com complexidade. A primeira delas é a irredutibilidade do acaso e da desordem. A segunda é a transgressão, que compreende, última análise, “a abstração universalista que elimina a singularidade, a localidade e a temporalidade.” A terceira é a complicação, cujo problema surgiu da percepção de que “os fenômenos biológicos e sociais apresentavam um número incalculável de interações, de inter-retroações, uma fabulosa mistura que não poderia ser calculada nem pelo mais potente dos computadores”. A quarta advém da identificação de uma “misteriosa relação complementar” entre ordem, desordem e organização. A quinta compreende o reconhecimento da existência de uma organização enquanto sistema identificável a partir de elementos diversos. E o detalhe é que esse sistema não se confunde com a soma das partes respectivas. Pelo contrário, produz uma natureza peculiar, que inclusive poderia ser mais, ou menos, do que a soma das partes. Edgar Morin destaca ainda uma “avenida” – sexta – advinda de um nível de complexidade própria às organizações biológicas e sociais. Segundo o autor, são complexas porque são concomitantemente “acêntricas (o que quer dizer que funcionam de maneira anárquica por interações espontâneas), policêntricas (que têm muitos centros de controle, ou organizações) e cêntricas (que dispõem, ao mesmo tempo, de um centro de decisão).” A partir disso, elucida o autor que nossas sociedades históricas contemporâneas “se auto-organizam não só a partir de um centro de comando-decisão (Estado, governo), mas também de diversos centros de organização (autoridades estaduais, municipais, empresas, partidos políticos etc.) e de interações espontâneas entre grupos de indivíduos”. A sétima avenida compreende a crise de conceitos fechados e claros, na medida em que são complementares. A oitava avenida, por sua vez, compreende a “volta do observador na sua observação”, que significa a auto-análise do observador, no sentido de verificar sua condição sociocultural, esta que impacta na análise a ser realizada, de modo a se aproximar da verdade. Sintetiza o autor: “a teoria, qualquer que seja ela e do que quer que trate, deve explicar o que torna possível a produção da própria teoria e, se ela não pode explicar, deve saber que o problema permanece.” Edgar Morin enfatiza inclusive um paradoxo, qual seja o de que “a ciência se desenvolve, não só a despeito do que ela tem de não científico, mas graças ao que ela tem de não-científico.” (MORIN, Edgar. O desafio da complexidade. **Ciência com consciência**. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996.)

²² MORIN, Edgar. Idem.

²³ Adota-se aqui o conceito de ideologia trabalhado por John B. Thompson, no sentido de construção simbólica que visa estabelecer ou manter relações de dominação. Vide THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis: Vozes, 2000.

²⁴ A respeito das tendências socialistas, sugere-se a leitura de Michael Löwy, para quem o grande desafio está em uma renovação do pensamento marxista no início do século XXI, o que exige uma ruptura radical com a ideologia do progresso linear e com o paradigma tecnológico e econômico da civilização industrial

A ideologia, ainda que necessária²⁵, por meio da sua percepção fictícia de desenvolvimento, potencializa algumas concepções que passam a ser difundidas na sociedade. Veja-se a identificação dos Estados Unidos da América e da Europa como tipos centrais de desenvolvimento, assim com no restante do planeta a condição de atrasados, portanto, subdesenvolvidos. Assim, “tudo o que é diferente do modelo está atrasado, no passado, é não desenvolvido e precisa ser superado em direção ao alinhamento homogeneizador”.²⁶

Logo, a ideologia possibilita a análise do desenvolvimento sob a luz do paradigma hipotético que propõe. Ou seja, por estudar o desenvolvimento a partir do recorte de ideias que previamente determina, não se mostra possível, com respaldo em determinada ideologia, isoladamente, compreender o desenvolvimento. Ao menos não no exercício de cientificidade que objetive o saber jurídico.

É evidente que os partidos políticos assumem em menor ou maior intensidade uma ideologia. No entanto, a partir do instante em que o soberano – povo – determina a posicionalidade hegemônica do grupo político eleito²⁷ e, por consequência, o plano político proposto (e respectivas regras) é chancelado pela soberania popular, o conjunto de normas subjacente transcende de meramente político a jurídico. Nessa hipótese, independentemente da carga ideológica que orientou a formação do plano político, tem-se uma opção político-jurídica a ser observada. Promulgada a Constituição, todo seu regramento, explícito e implícito, passa a incorporar um dever jurídico de primeira ordem aos poderes públicos e cidadãos.

moderna. Conforme explica o autor, não se questiona a necessidade do progresso, mas o dever de reorientá-lo, tornando-o compatível com a preservação do equilíbrio ecológico do planeta. (LÖWY, Michael. **Ecologia e socialismo**. São Paulo: Cortez, 2005.)

²⁵ “Parece razoável supor, em síntese, que a existência de ideologias não pode ser erradicada: no atual estágio do desenvolvimento humano, são recursos inelimináveis da compreensibilidade e da tomada de posição ética e política. Se uma ideologia específica pode ser denunciada, decair ou até desaparecer, a existência de ideologias enquanto fenômeno parece algo profundamente conectado à condição e à experiência humanas, na história e contemporaneamente – um dado que deve ser compreendido e com o qual devemos aprender a conviver.” (FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, ano 14, n. 1, p. 66, jan./jun. 2014.)

²⁶ FOLLONI, André. *Ibidem*. p. 68.

²⁷ Um elemento interessante a ser associado refere-se às peculiaridades do eleitorado brasileiro que em grande parte não vota em determinado candidato por conta de ideologia, mas, sim, por suas características pessoais. Em verdade, “a conjugação de cidadãos pouco sofisticados com a constante difusão de ideologias antidemocráticas foi o elemento central da formação da cultura política brasileira, permitindo que o personalismo constituísse a base histórica de estruturação do comportamento eleitoral”. (BORBA, Julian. Cultura política, ideologia e comportamento eleitoral: alguns apontamentos teóricos sobre o caso brasileiro. **Opinião Pública**, vol. 11. n. 1. Campinas, Mar. 2005. <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-62762005000100006>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

E uma observação necessária: o fato de o texto constitucional, seja no preâmbulo ou no restante de suas disposições, fixar diretrizes programáticas, não retira o seu caráter jurídico.²⁸ Pelo contrário, por compreender a carta fundamental o parâmetro normativo-institucional do Estado, deve, em todo seu conteúdo – seja de teor programático ou não – ser rígida e de eficácia vinculante, sob pena de se perder a unicidade da constituição.²⁹⁻³⁰ Em tempo, na forma do art. 5º, §2º, da Constituição, reconhece-se mesmo os direitos e garantias não expressos no texto fundamental, porém, decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados, assim como dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Rui Barbosa já dizia que não há, “numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa das regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos”.³¹

A partir disso, o modelo de desenvolvimento delimitado explícita e implicitamente na Constituição, que materializa em âmbito nacional o conteúdo normativo do direito ao desenvolvimento já reconhecido pela Comunidade Internacional por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. XXVIII) e na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 1986³², compreende o paradigma jurídico a orientar o agir administrativo. Trata-se de norma geral de eficácia direta e imediata.

²⁸ “O recurso às normas programáticas, tendo em vista reconciliar o Estado e a Sociedade, de acordo com as bases do pacto intervencionista, conforme sói acontecer no constitucionalismo social do século XX, deslocou por inteiro o eixo de rotação das Constituições nascidas durante a segunda fase do liberalismo, as quais entraram em crise. Uma crise que culminou com as incertezas e paroxismos da Constituição de Weimar, onde se fez, por via programática, conforme vimos, a primeira grande abertura para os direitos sociais.” (BONAVIDES, Paulo. Op. cit.. p. 236.)

²⁹ BONAVIDES, Paulo. Idem.

³⁰ A respeito do princípio da unidade da Constituição, Manoel Messias Peixinho ensina que, por ele, deve o intérprete “considerar a constituição em sua totalidade, procurando harmonizar os lugares de conflitos entre as suas diversas normas. Daí, a perfeita compatibilidade entre o princípio do Estado de Direito com o democrático, do princípio democrático com o socialista, princípio unitário com o da autonomia regional. Este princípio muito se assemelha à interpretação sistemática que busca a coerência no ordenamento jurídico”. (PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais**: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 86).

³¹ BARBOSA, Rui Apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 236. Nota de rodapé n. 11.

³² De acordo com o art. 1º da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento:

“1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

O que não equivale dizer que o regramento não contenha algumas diretrizes próximas do ideal socialista, enquanto outras do liberal. E mais, que para a eficiência e eficácia na sua aplicação será possível partir de uma análise apenas do ordenamento jurídico. A realidade empírica, o contexto social no qual será implementado o plano de desenvolvimento, desafia qualquer análise reducionista que, ante a identificação de concepções a princípio antagônicas, possibilite desconsiderar uma delas. Cabe ao intérprete jurídico, ao gestor público, enfrentar possíveis conflitos que se mostrem presentes na realidade concreta e, utilizando-se da dialogia, superar o dualismo reducionista que enferma o conhecimento.³³

Não se pode mais ignorar que a “realidade social, como um todo, está no ordenamento e na norma, que retroagem sobre o todo”.³⁴ Assim, limites do enunciado prescritivo da norma, possível dualismo ideológico ou, ainda, redução de análise a partir de recorte disciplinar ou científico, não podem limitar o enfrentamento necessário da normatividade complexa do texto constitucional.³⁵ Em verdade, o “que decidirá a respeito dessa necessidade será a experiência com a matéria a ser estudada, e não um preconceito, seja ele científico, epistemológico, metafísico ou ideológico, já determinante *a priori* das possibilidades e limites do saber”.³⁶⁻³⁷

2. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos de autodeterminação que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício de seu direito inalienável de soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais”.

³³ Segundo Folloni, “dialogia é a possibilidade de trabalhar, simultaneamente, com duas noções, que, embora antagônicas ao pensamento lógico, são complementares na realidade a ser conhecida e, portanto, não podem ser cindidas na cognição. Mas, em nome da lógica da descrição, um pensamento simplificador tenderia a eliminar, ou ter como hipostênico, um desses elementos antagônicos, concedendo primazia ou exclusividade ontológica – ou, pelo menos, cognitiva – ao aspecto contrário”. (FOLLONI, André. **Ciência do direito tributário no Brasil: crítica e perspectiva a partir de José Souto Maior Borges**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 376).

³⁴ FOLLONI, André. *Idem*.

³⁵ A respeito das técnicas de intervenção do Estado na seara privada, Maria Paula Dallari Bucci esclarece que “são utilizadas ao mesmo tempo. E, mais do que isso, são utilizadas diferentemente segundo a atividade social em questão, fazendo conviver modos de ação do Estado liberal, do Estado intervencionista, do Estado propulsivo num mesmo espaço e tempo. O que ocorre é que determinadas atividades sociais são mais propícias a uma ou outra técnica. Isto explica o uso disseminado dos programas finalísticos nas áreas do direito urbanístico e ambiental, por exemplo, com grande difusão de instrumentos de planejamento, e a inadequação dessas técnicas em outras áreas, como a do direito da concorrência, em que o elemento das informações estratégicas das empresas é refratário à subordinação a programas públicos de transparência”. (BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 246-247).

³⁶ FOLLONI, André. **Ciência do direito tributário no Brasil: crítica e perspectiva a partir de José Souto Maior Borges**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 395.

³⁷ E, quanto à teoria da complexidade, Edgar Morin destaca dois mal-entendidos que circundam essa proposta de análise. O primeiro deles é entender a complexidade como receita, quando, na verdade, é ela

Sob essas premissas de análise, tem-se que o plano para o desenvolvimento nacional brasileiro, consagrado na Constituição, desafia nos mais variados aspectos o intérprete jurídico cartesiano. A Constituição da República abrange denso e complexo conteúdo jurídico para o desenvolvimento nacional.

Em seu preâmbulo, a Constituição declara instituir um Estado Democrático que, entre outros objetivos, prima por assegurar o desenvolvimento. Ainda, entre os objetivos fundamentais da República, em seu art. 3º, II, menciona a garantia do desenvolvimento nacional. Ou seja, pontua-se pelo dever de desenvolvimento nacional como um postulado superior da República. E, no decorrer do texto constitucional, em mais de quarenta momentos refere-se ao dever de promover o desenvolvimento, tratando de temáticas diversas e associadas ao desenvolvimento científico e tecnológico, cultural, social, econômico, ambiental, espacial, de governança e ético.

O desenvolvimento científico e tecnológico, além de ser promovido e incentivado, deve se voltar preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional (veja-se o art. 218, cuja redação foi recentemente alterada pela Emenda Constitucional nº 85 de 2015³⁸).

“um esforço para conceber um incontornável desafio que o real lança a nossa mente”. O segundo é confundi-la com completude quando, na realidade, se dispõe a tratar do problema da incompletude do conhecimento. Tanto é verdade que não luta contra a incompletude do sistema, mas em relação às mutilações devidas aos recortes estanques disciplinares. Edgar Morin exemplifica: “Por exemplo, se tentamos pensar no fato de que somos seres ao mesmo tempo físicos, biológicos, sociais, culturais, psíquicos e espirituais, é evidente que a complexidade é aquilo que tenta conceber a articulação, a identidade e a diferença de todos esses aspectos, enquanto o pensamento simplificante separa esses diferentes aspectos, ou unifica-os por uma redução mutilante. Portanto, nesse sentido, é evidente que a ambição da complexidade é prestar contas das articulações despedaçadas pelos cortes entre disciplinas, entre categorias cognitivas e entre tipos de conhecimento. De fato, a aspiração à complexidade tende para o conhecimento multidimensional.” (MORIN, Edgar. Op. cit. 176-177.)

³⁸ “Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

§ 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação.

§ 2º A pesquisa tecnológica voltará-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§ 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio do apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

§ 4º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

§ 5º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

O Plano Nacional de Cultura deve contemplar proposta de desenvolvimento que valorize o patrimônio cultural brasileiro, mas que igualmente potencialize a democratização do acesso aos bens de cultura e valorização da diversidade étnica e regional (veja-se o art. 215, §3^{o39}, e a Lei nº 12.343/2010⁴⁰). Aliás, o art. 216-A fixa que o Sistema Nacional de Cultura terá por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.

O dever de promover o desenvolvimento social, especialmente mediante a garantia de acesso à educação, saúde e trabalho, é delimitado em diversos dispositivos constitucionais (art. 35, III,⁴¹ art. 167, IV,⁴² art. 212⁴³ etc.). Em vários deles, a concepção de desenvolvimento vai além do mero acesso aos direitos sociais respectivos, impondo deveres éticos como a garantia do bem-estar dos habitantes (vide art. 182, que

§ 6º O Estado, na execução das atividades previstas no caput, estimulará a articulação entre entes, tanto públicos quanto privados, nas diversas esferas de governo.

§ 7º O Estado promoverá e incentivará a atuação no exterior das instituições públicas de ciência, tecnologia e inovação, com vistas à execução das atividades previstas no *caput*”.

³⁹ “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. [...] § 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: [...]”

⁴⁰ De acordo com seu art. 2º, são os objetivos do Plano Nacional de Cultura: I - reconhecer e valorizar a diversidade cultural, étnica e regional brasileira; II - proteger e promover o patrimônio histórico e artístico, material e imaterial; III - valorizar e difundir as criações artísticas e os bens culturais; IV - promover o direito à memória por meio dos museus, arquivos e coleções; V - universalizar o acesso à arte e à cultura; VI - estimular a presença da arte e da cultura no ambiente educacional; VII - estimular o pensamento crítico e reflexivo em torno dos valores simbólicos; VIII - estimular a sustentabilidade socioambiental; IX - desenvolver a economia da cultura, o mercado interno, o consumo cultural e a exportação de bens, serviços e conteúdos culturais; X - reconhecer os saberes, conhecimentos e expressões tradicionais e os direitos de seus detentores; XI - qualificar a gestão na área cultural nos setores público e privado; XII - profissionalizar e especializar os agentes e gestores culturais; XIII - descentralizar a implementação das políticas públicas de cultura; XIV - consolidar processos de consulta e participação da sociedade na formulação das políticas culturais; XV - ampliar a presença e o intercâmbio da cultura brasileira no mundo contemporâneo; XVI - articular e integrar sistemas de gestão cultural.

⁴¹ “Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

[...]

III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;”

⁴² “Art. 167. São vedados: [...] IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;”

⁴³ “Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”.

trata da política de desenvolvimento urbano⁴⁴) e a responsabilidade quanto à sedimentação de educação que possibilite o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205).

Dentre os pilares delimitados na Constituição como essenciais à ordem econômica e financeira nacionais, o art. 170, III, expressamente consigna, com fundamento na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, os seguintes princípios: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

Perceba-se a necessidade de fomentar a economia, valorizar a iniciativa privada e a livre concorrência, mas ao mesmo tempo zelar pela redução de disparidades sociais e pelo cuidado com o meio ambiente. Percepção que é reforçada com a consideração do mercado interno como integrante do patrimônio nacional (art. 219), o qual será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País. E, para a satisfação de todo esse desafio, a Constituição, no art. 174, concebe o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, regulação esta determinante para o setor público e um indicativo para o setor privado.

A associação do desenvolvimento econômico ao social pode igualmente ser identificada no artigo 180, que determina à União, Estados, Distrito Federal e Municípios o dever de promover e incentivar o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico.

E o plano de desenvolvimento materializado na Constituição impõe deveres também ao próprio aparato estatal. Extrai-se do texto constitucional o dever de desenvolvimento na governança pública. Há deveres explícitos e implícitos no texto constitucional quanto à temática. No art. 37, *caput*, a Constituição consagra, dentre os princípios aplicáveis à Administração Pública, o princípio da eficiência administrativa. Outro exemplo pode ser extraído do art. 39, § 7º, cuja redação impõe à Lei (da União,

⁴⁴ “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.”

Estados, Distrito Federal e Municípios) disciplinar a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes para o desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade. Como princípio implícito, tem-se aquele relacionado à boa administração pública.⁴⁵

O conteúdo desenvolvimentista constitucional é ainda marcadamente ético. Delimita normas que racionalmente definem ações morais a serem observadas. Do Preâmbulo, têm-se os deveres de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, dentre outros direitos, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. Ou seja, há valores condicionantes do agir administrativo como a promoção da paz, da harmonia e da fraternidade. Outra disposição de conteúdo ético-normativo advém do art. 37, *caput*, no que tange ao princípio da moralidade. Conforme explica Celso Antônio Bandeira de Mello, de “acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos”.⁴⁶

E um princípio ético bastante caro à sociedade contemporânea encontra-se expresso no art. 225, que impõe para o plano desenvolvimentista nacional o respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que deve ser preservado para as presentes e futuras gerações. Com isso, implicitamente, a Constituição agrega ao modelo de desenvolvimento nela definido o valor da sustentabilidade, que significa pensar de maneira ampla o planejamento e ação estatais, de forma a considerar os efeitos adversos, externalidades, riscos potenciais às presentes e futuras gerações.

Em uma Constituição como a brasileira, com carga axiológica fortíssima, não se pode conceber outro modelo de desenvolvimento, em qualquer de suas facetas (ambiental, social, econômica, gerencial etc.), senão aquele que preserve o valor da sustentabilidade, eliminando comportamentos degradantes da natureza e insensibilidades destoantes de uma sociedade que preza pelas gerações futuras.⁴⁷

⁴⁵ Acerca do dever de boa administração serão tecidas considerações mais detalhadas no tópico 1.3.

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.* p. 119.

⁴⁷ “Resulta hasta redundante decir, entonces, que el principio del desarrollo nacional sostenible, aunque sea implícitamente, está consagrado en nuestra Carta Magna. A rigor, el principio constitucional del desarrollo sostenible se nos presenta como una traducción elocuente del contenido transformador de La

Justamente por isso, entende-se, a exemplo de parcela da doutrina, que o conceito de desenvolvimento na Constituição já pressupõe o valor da sustentabilidade.⁴⁸

Essa breve digressão teve o condão de demonstrar o conteúdo jurídico complexo que abarca o dever de desenvolvimento na Constituição da República. Conteúdo que desafia a hermenêutica jurídica tradicional, posto que pressupõe o diálogo com a política, economia, tecnologia, ecologia, ética etc.

Veja-se o dever de moralidade explícito no art. 37, *caput*.⁴⁹ Um “direito positivo com essas características demanda do cientista, que faça entrar novamente as cogitações morais, pela mesma porta pela qual haviam sido expulsas, para o âmbito distante da filosofia do direito ou da ética. Violar os princípios éticos significa, agora, violar o direito”.⁵⁰

A Constituição impõe condutas desenvolvimentistas com múltiplos objetivos, as quais incidentes na realidade empírica proporcionam um incremento igualmente múltiplo. Um exemplo é o tratamento favorecido a pequenas empresas (art. 170, III). As políticas públicas de fomento às micro e pequenas empresas instituídas pela Lei Complementar nº 123/2006 objetivam regular o desenvolvimento econômico nacional por meio de um tratamento peculiar às micro e pequenas empresas, que propicie condições de competitividade a elas, estimule o ambiente de oferta e procura favorável

Constitución Federal”. (VALIM, Rafael. La contratación pública sostenible em Brasil. In: PERNAS GARCÍA, J. José; VALIM, Rafael (Dir.). **Contratación pública sostenible: una perspectiva ibero-americana**. La Coruña: Bubok Publishing S. L., 2015. p. 248).

⁴⁸ Veja-se: “Em várias passagens foi possível perceber o uso da palavra desenvolvimento e, na sequência, (o adjetivo) sustentável. Em outras palavras se manejou o termo desenvolvimento seguido de sustentável entre parentes. Não houve equívoco. A intenção foi deliberada e no sentido de chamar a atenção para uma realidade, a de que essa distinção faz parte do passado, porque a própria noção de desenvolvimento pressupõe a noção de sustentabilidade e vice-versa. É o que se defende neste ensaio.” (FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 47). “É somente no caso concreto que se define com detalhamento inequívoco a resposta a ser dada pela administração à exigência constitucional de desenvolvimento, e nunca é demais lembrar que, em seu sentido constitucional, o termo **desenvolvimento** traz necessariamente implícita a ideia de **sustentabilidade**. Não basta ao administrador vislumbrar apenas a solução imediata para o motivo fático, como se o mundo acabasse em seguida; a ele compete buscar a solução que atenda a necessidade tal como se apresenta no momento, mas também neutralize suas futuras mutações, ressaltadas, obviamente, aquelas que, sendo também supervenientes, sejam imprevisíveis, não provocadas pela Administração e por ela inevitáveis, alcançadas pela teoria da imprevisão.” (BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito administrativo: o estado, o particular e o desenvolvimento sustentável**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 13. Destaques no original).

⁴⁹ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”.

⁵⁰ FOLLONI, André. **Ciência do direito tributário no Brasil: crítica e perspectiva a partir de José Souto Maior Borges**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 402.

aos consumidores, o que potencialmente neutraliza os efeitos indesejáveis de monopólios e oligopólios⁵¹, mas que sobremaneira seja instrumento para a redução de desigualdades sociais e de inclusão social.⁵²

Trata-se do efeito recursivo trabalhado por Edgar Morin, para quem “o processo social é um círculo produtivo ininterrupto no qual, de algum modo, os produtos são necessários à produção daquilo que os produz”. Vale dizer, pelo princípio da organização recursiva, as interações que os indivíduos provocam sobre a sociedade retornam sobre aqueles, o que não ocorreria se não dispusessem da instrução, da linguagem e da cultura.

A partir do modelo de desenvolvimento definido juridicamente na Constituição, afasta-se por completo qualquer tentativa de concebê-lo como mero crescimento econômico, como pretendem as teorias do crescimento econômico.⁵³ De acordo com o regime jurídico-constitucional vigente no país não há a possibilidade de direcionar o agir administrativo tão-somente para os ganhos em eficiência no sistema

⁵¹ Segundo Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007. p. 20), a previsão expressa contida no art. 170, IX, da Constituição de 1988 reflete a proposta de que a ordem jurídica deve atribuir compensações aos economicamente hipossuficientes. Pondera o autor que, visando a recompor o equilíbrio entre os titulares dos diferentes empreendimentos e a realização de diferentes finalidades, a Constituição previu explicitamente a adoção de providências destinadas a assegurar a sua proteção. Quanto às diferentes finalidades apontadas no último trecho em destaque, na nota de rodapé n. 10, destaca o autor: Anote-se que a proteção às pequenas empresas se faz não apenas no interesse individual dos seus titulares, mas também para ampliação da competição ao interno do sistema econômico. Presume-se que a participação de pequenas empresas no mercado pode neutralizar os efeitos indesejáveis de monopólios e oligopólios. Sob esse prisma, a tutela à pequena empresa reflete-se na promoção de interesses coletivos e difusos.

⁵² Sergio Karkache destaca que as micro e pequenas empresas atenuam os efeitos das demissões em épocas de recessão, constituindo em alternativa à subsistência pelo “auto-emprego”. Há ainda outro fator social relevante tangenciado pelos micro e pequenos negócios, qual seja abrigarem outros cidadãos historicamente excluídos, a exemplo de idosos, mulheres, deficientes físicos, gestantes e pessoas de formação educacional deficiente. (KARKACHE, Sergio. **Princípio do tratamento favorecido**: o direito das empresas de pequeno porte a uma carga tributária menor. Curitiba: [s.n.], 2010. p. 34.)

⁵³ “As teorias do crescimento econômico dão ênfase à ação deliberada da política econômica do Estado para a manutenção de um ritmo expansivo que mantenha o pleno emprego. Contudo, suas preocupações são exclusivamente econômicas, não analisam as condições ou consequências políticas, institucionais, sociais ou culturais do crescimento econômico. Obstáculos institucionais não são analisados; afinal, são problemas políticos ou jurídicos, não econômicos. O objetivo propugnado pelas teorias do crescimento econômico é fazer com que os países subdesenvolvidos – cujo problema se limita, para estas teorias, a uma maior ou menor capacidade de acumulação – alcancem o mesmo sistema econômico dos desenvolvidos. Na realidade, trata-se de uma aplicação das teorias elaboradas para os países desenvolvidos (neoclássicas ou keynesianas) na realidade sócio-econômica completamente distinta dos países subdesenvolvidos.” (BERCOVICI, Gilberto. *Desenvolvimento, Estado e Administração Pública*. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Orgs.). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 29).

produtivo⁵⁴ e que utilize como substancial parâmetro para o desenvolvimento das políticas públicas nacionais o crescimento do PIB.

Pelo contrário, o conteúdo normativo constitucional impõe plano de desenvolvimento complexo, que abarca diferentes contextos como a cultura, a tecnologia, o turismo, o mercado e que, conjuntamente, via implementação de políticas públicas complexas, promova a distribuição de riquezas, o pleno exercício dos direitos sociais, o desenvolvimento do potencial humano, o bem-estar em equilíbrio e, inclusive, que zele pelo direito ao meio ambiente equilibrado para as atuais e futuras gerações. Desse modo, a atual noção de desenvolvimento não se confunde nem com mero crescimento econômico, nem com a modernização pura e simples, descolada da melhoria das condições de bem-estar social da população. É desse contexto, inclusive, que Daniel Wunder Hachem critica a expressão “desenvolvimento econômico”, tendo em vista a inexistência de desenvolvimento apenas de natureza econômica.⁵⁵

Tamanha é a expressividade do conteúdo principiológico ético e social da Constituição, que comumente se rechaçam as teorias jurídicas que imputam um caráter subsidiário para a atuação do Estado na preservação dos direitos fundamentais postos na Constituição.⁵⁶ Sem prejuízo à celeuma que envolve a reflexão, o que se mostra indene de dúvida é que a satisfação do conceito de desenvolvimento, para além da preocupação exclusiva com o crescimento econômico enquanto incremento da eficiência no sistema produtivo, está intimamente ligada ao valor da igualdade. Ou seja, vincula-se à busca da redução das desigualdades entre os cidadãos por meio de um direcionamento estatal interventivo, sempre que necessário, que propicie a justiça social.⁵⁷

⁵⁴ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 243.

⁵⁵ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do direito público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 152-153, jul./set. 2013.

⁵⁶ Sobre o tema, vide: HACHEM, Daniel Wunder. *Ibidem*. p. 133-168. André Folloni, por outro lado, entende que “a Constituição não prescreve nem um Estado mínimo nem um Estado máximo. Qualquer visão extremada, nesse campo, não encontra amparo na Constituição. Mas, no amplíssimo espectro que vai de um extremo a outro, a Constituição abre possibilidades de atuação segundo visões de mundo e de Estado bastante diversas. Sabiamente, a Constituição abre as possibilidades do debate político.” (FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, ano 14, n. 1, p. 87, jan./jun. 2014.)

⁵⁷ Em análise envolvendo o modelo de desenvolvimento na Constituição argentina, Pablo Ángel Guetiérrez Colantuono destaca esse mesmo valor. Veja-se: “Nuestras administraciones deben diseñarse bajo la idea de lograr el fin tuitivo del mayor desarrollo equitativo de los ciudadanos en protección de la dignidad de las personas. No se trata tan sólo de administrar, sino por el contrario de disoner todo el

O Estado, nesse cenário, é tido como instrumento da comunidade republicana brasileira para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.⁵⁸ A despeito das constantes críticas em relação ao papel ativo do Estado na economia, fato é que a Constituição traça um mandamento nesse sentido, ao impor o incentivo ao mercado tendo em vista viabilizar o desenvolvimento socioeconômico e o bem-estar da população.⁵⁹ Eliminar as funções assistencial e redistributiva do Estado seria deslegitimá-lo de maneira irreversível. Na realidade, o contexto de crise atual demanda o fortalecimento do Estado “para resistir aos efeitos perversos da globalização, controlar os desequilíbrios por ela gerados, como para encontrar um caminho para sair da crise”.⁶⁰

Ao Estado compete, portanto, além de fortalecer-se, traçar um projeto de desenvolvimento econômico e social, coordenando políticas públicas sob as mais diversas vertentes, inclusive aquelas que tangenciem o mercado. “O papel estatal de coordenação dá a consciência da dimensão política da superação do subdesenvolvimento – dimensão, esta, explicitada pelos objetivos nacionais e prioridades sociais enfatizados pelo próprio Estado”.⁶¹ O modelo de desenvolvimento nacional encontra-se definido juridicamente na Constituição da República e pressupõe “a interdependência do aspecto econômico com outros elementos, tais como o social e o político, e a ocorrência de transformações estruturais que permitam, para além das mudanças qualitativas, a sua manutenção de forma sustentável”.⁶²

Vale dizer, como alerta Daniel Wunder Hachem, as modificações estruturais necessárias para se caracterizar o desenvolvimento “devem ser capazes não apenas de modificar a realidade socioeconômica, mas também de conferir-lhe o atributo da sustentabilidade, possibilitando com isso a manutenção do incremento da qualidade das

aparato estatal a la prosecución activa de políticas públicas que promuevan el progreso activo e igualitario de nuestras sociedades”. (GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. Contrataciones públicas constitucional y socialmente sostenibles: el caso argentino. In: PERNAS GARCÍA, J. José; VALIM, Rafael (Dir.). **Contratación pública sostenible: una perspectiva ibero-americana**. La Coruña: Bubok Publishing S. L., 2015. p. 59-60.)

⁵⁸ CLEVÉ, Clèmerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 3, 2003. p. 292.

⁵⁹ Na visão de Oswaldo Luiz Palu, diferentemente, “na Constituição de 1988, e suas posteriores Emendas, o Estado brasileiro é orientador, indutor e gerenciador. Um Estado Subsidiário, no que concerne à seara da economia, mas um Estado Democrático de Direito, no sentido de acolher e prover o valor do Direito e da Justiça. Não é um Estado-Assistencialista que provê ele próprio os desejos e as aspirações da população”. (PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 73).

⁶⁰ BERCOVICI, Gilberto. Op. cit. p. 38.

⁶¹ BERCOVICI, Gilberto. Ibidem. p. 26.

⁶² HACHEM, Daniel Wunder. Op. cit. p. 152.

condições de vida da população, e a conseqüente continuidade do processo desenvolvimentista”.⁶³

Tamanha é a importância do valor da sustentabilidade que, em vez de falar de desenvolvimento sustentável, Juarez Freitas fala simplesmente em sustentabilidade, a qual deve “adjetivar, condicionar e infundir as suas características ao desenvolvimento, nunca o contrário”. Em verdade, materializa “princípio fundamental que gera novas obrigações e determina, antes de mais nada, a salvaguarda do direito ao futuro”.⁶⁴

Em verdade, em primeira mão, a sustentabilidade representa um *valor jurídico*, identificado a partir das diretrizes constitucionais para uma atuação correspondente à dignidade da pessoa humana, ética, moral, fraterna, solidária, que tenha em vista preservar os direitos fundamentais dos presentes, sem prejudicar os direitos das gerações futuras. Tal valor, positivado ainda que implicitamente na Constituição da República, representa uma norma a ser observada. Nessa medida, fala-se em um *princípio jurídico* da sustentabilidade, o qual deve orientar, mesmo que abstratamente, toda a atuação estatal.⁶⁵ Significa que o Estado “haverá de integrar às suas múltiplas dimensões de atuação, mais essa consideração, seja como objetivo final de linhas específicas de ação, seja como característica geral de seu agir em qualquer segmento”.⁶⁶

Por outro lado, compreende o desenvolvimento sustentável um *direito fundamental*, tendo em vista o modelo de desenvolvimento definido constitucionalmente como aquele a ser implementado, o qual vincula o agir estatal e,

⁶³ HACHEM, Daniel Wunder. Idem.

⁶⁴ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 54. Destaques no original.

⁶⁵ Segundo Juarez Freitas, a Constituição da República “estabelece o desenvolvimento sustentável como ‘valor supremo’ e, a partir do art. 225, torna-se fácil inferir que se trata de princípio constitucional, imediatamente vinculante, o qual, independentemente de regulamentação legal, obriga em todos os campos do sistema jurídico, não apenas no Direito Ambiental”. E continua: “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”. (FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, nov./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76861>>. Acesso em: 11 jun. 2012.)

⁶⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Sustentabilidade das escolhas públicas: dignidade da pessoa traduzida pelo planejamento público. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 132, jul./set. 2011.

nessa medida, tratando-se de um dever para o Estado, retrata um direito do cidadão.⁶⁷ Não se trata de norma de mera procedimentalização do agir estatal. Diversamente, o cidadão, presente e futuro, tem o direito, fundamental, a condições de vivência sustentáveis. A Constituição, em seu art. 5º, §2º, expressamente consigna que os direitos e garantias expressos em seu texto não excluem outros direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Em verdade, a condição de direito fundamental a posições jurídicas não expressas em quaisquer partes do texto constitucional, não somente no Título II da Constituição (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), denominadas por Robert Alexy como normas de direito fundamental “atribuídas”,⁶⁸ “exige que elas ostentem conteúdo e importância que as aproximem dos direitos formalmente fundamentais, e que derivem diretamente dos princípios enumerados do art. 1º ao 4º do Título I (‘Dos Princípios Fundamentais’).”⁶⁹

Nesse contexto, e sem prejuízo de enquadrar o desenvolvimento sustentável igualmente em outros postulados fundamentais presentes na Constituição, a exemplo da solidariedade, tem-se que o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável encontra sua matriz jusfundamental, sobretudo, no direito fundamental basilar da Constituição, qual seja a dignidade da pessoa humana⁷⁰ e, ainda, naquele positivado em seu art. 225, correspondente ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que deve ser preservado para as presentes e futuras gerações.

⁶⁷ Conforme explica Ana Cláudia Finger, “E o desenvolvimento qualificado como sustentável, no qual há o desenvolvimento material, tecnológico, impregnado de uma ética social, ambiental, sem comprometer a existência saudável das presentes e futuras gerações, encontra no interesse público o seu fundamento legitimador, sendo imperativo constitucional inarredável para a Administração Pública no cumprimento de seus misteres, configurando, pois, um direito fundamental das presentes e das futuras gerações”. (FINGER, Ana Cláudia. Licitações sustentáveis como instrumento de política pública na concretização do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 132, jan./mar. 2013.)

⁶⁸ “Normas como (4), (5) y (6) no son estatuidas directamente por el texto constitucional sino que, más bien, son adscriptas a las normas directamente estatuidas por la Constitución. Esto justifica llamarlas ‘normas adscriptas’. Las normas de derecho fundamental pueden, por ello, dividirse em dos grupos: em las normas de derecho fundamental directamente estatuidas por la Constitución y las normas de derecho fundamental a ellas adscriptas”. (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993. p. 70.)

⁶⁹ HACHEM, Daniel Wunder. Op. cit. p. 154.

⁷⁰ “Os direitos fundamentais se destinam a promover ou a proteger a dignidade humana. Qualifica-se um direito como fundamental não por se encontrar consagrado na Constituição, mas ele se encontra consagrado na Constituição por ser indispensável à tutela da dignidade humana. Esse aspecto material ou de conteúdo é essencial para a identificação do direito fundamental”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 145.)

A jusfundamentalidade do direito ao desenvolvimento sustentável decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana tem em vista especialmente a concepção central do sistema constitucional vigente, qual seja a centralidade da pessoa humana. Isso porque “a afirmativa do não sacrifício dos interesses das gerações futuras tem como pressuposto, o reconhecimento desses mesmos sujeitos como igualmente merecedores da proteção que se confere em relação ao ser humano presente”.⁷¹

Como bem coloca Ana Cláudia Finger, muito além de um documento jurídico que delimita as funções estatais, a Constituição da República compreende “um instrumento de concretização da cidadania e dos direitos fundamentais nela acolhidos, visto que o seu núcleo essencial está voltado para a garantia de bens, interesses e valores individuais e coletivos consagrados pela categoria dos direitos fundamentais”.⁷²

Incumbe aos poderes públicos o desafio de compreender e enfrentar a feição complexa de desenvolvimento determinada pela Constituição de 1988.⁷³ Sem o enfrentar desse desafio, a normatividade constitucional estará sendo desrespeitada.

1.2 DESENVOLVIMENTO E SUSTENTABILIDADE: ASPECTOS ESPACIAIS, SOCIAIS, ECONÔMICOS E AMBIENTAIS

No tópico anterior, a *crise de percepção* trabalhada tinha em vista pontuar a feição complexa da noção de desenvolvimento no modelo jurídico instituído pela Constituição da República. Nesse momento, dada a relevância do tema, a *crise de percepção* a ser destrinchada envolve um dos aspectos que compõem a sobredita complexidade, qual seja, o valor da sustentabilidade e suas dimensões espaciais, sociais, econômicas e ambientais.

⁷¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. cit. p. 130.

⁷² FINGER, Ana Cláudia. Op. cit. p. 133.

⁷³ Diógenes V. Hassan Ribeiro comenta acerca do método de Morin que “não indica uma metodologia de investigação e de pesquisa, deixando o cientista liberto para buscar e produzir conhecimento, tão somente de posse dos princípios inaugurais. Assim, rigorosamente, o método de Morin é a criação do método pelo cientista na ocasião da sua própria investigação. Morin volta-se à etimologia da palavra método: *metá* (além, através) e *hódos* (caminho). A pesquisa científica se faz enquanto se produz a pesquisa – esse é o método. E isso tudo conflui numa aparência de anarquia – apenas aparência. Aliás, a própria democracia é um acontecer diuturno, é uma prática, mais que um discurso.” (RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Op. cit.)

Na expressão adotada por Juarez Freitas, muros mentais terão de cair para avançar a bandeira da sustentabilidade. “Até porque a *cultura da insaciabilidade (isto é, da crença ingênua no crescimento pelo crescimento quantitativo e do consumo fabricado) é autofágica*, como atesta o doloroso perecimento das civilizações”.⁷⁴

Ao se propor a análise de algumas dimensões da sustentabilidade, poder-se-ia questionar acerca de um paradoxal retorno ao raciocínio redutor. Mas não é essa a proposta. Como já se disse alhures, é necessário bem conhecer as partes para, ao avaliar a realidade concreta, complexificá-la para compreender as interações que ocorrem. É essa proposta de análise que permitirá identificar a complexidade dos riscos envolvidos, que são causa e efeito concomitantemente de uma multiplicidade de desgastes sociais, ambientais e econômicos, os quais atingem globalmente a humanidade. Um estado de crise superlativa e complexa.⁷⁵

Antes, no entanto, de adentrar nas considerações relativas a cada aspecto, chama-se a atenção para três princípios ético-jurídicos, consagrados no modelo de desenvolvimento previsto na Constituição, e que conformam o valor da sustentabilidade: (i) o bem-estar, (ii) a solidariedade e (iii) a preocupação com as presentes e futuras gerações (a *solidariedade intergeracional*).

A percepção que se extrai de uma análise sistêmica da Constituição envolve um conteúdo complexo para a noção de bem-estar. A garantia de bem-estar, já assegurada no Preâmbulo da Constituição de 1988, detém traço marcadamente social. Aliás, conforme estabelece seu art. 193, a ordem social tem como primado, dentre outros valores, o bem-estar e a justiça-sociais. Preocupou-se a Constituição com a garantia de bem-estar de grupos historicamente excluídos, a exemplo de idosos (art. 230) e índios (art. 231, §1º). A função social da propriedade foi reconhecida na medida em que a exploração pertinente favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (art. 186, IV). Por fim, o próprio mercado será incentivado de modo a viabilizar o bem-estar da população.

Bem-estar, a partir desse paradigma, em breve síntese, abarca a preocupação com a saúde física e psíquica, com o lazer, com o equilíbrio emocional que permita ao indivíduo se respeitar e respeitar ao próximo. Engloba também a vivência em condições

⁷⁴ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 25. Destaques no original.

⁷⁵ FREITAS, Juarez. *Ibidem*. p. 25-26. Destaques no original.

ambientais equilibradas e a disponibilidade, de tempo e econômica, que oportunize o acesso a bens e serviços, bem como o desfrutar da liberdade e desenvolvimento das potencialidades intelectuais. Esse parâmetro de bem-estar, portanto, não se confunde com a satisfação das necessidades materiais mínimas indispensáveis da população.

Ainda que se possa conceber o Brasil com uma *república inacabada*, não se pode ignorar o modelo de desenvolvimento definido na Constituição como um guia para as deliberações públicas. Nesse sentido, o fato de não existir uma tradição cultural de direitos fundamentais no país não legitima conceber bem-estar simplesmente como a garantia de condições mínimas indispensáveis à sobrevivência digna.⁷⁶ Em verdade, o modelo jurídico-institucionalizado exige como objetivo nacional a promoção do bem-estar de todos, o que abriga plexo de condições complexo e, naturalmente, em constante evolução.

O modelo de desenvolvimento propugnado pela Constituição igualmente impõe como valor explícito a ser observado a solidariedade. Na forma do art. 3º, I, da Constituição da República, constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária.

O adjetivo solidário pode se dirigir, a partir de uma semântica descritiva, a duas hipóteses. A primeira delas relaciona-se à característica pessoal de determinando indivíduo sensível ao sofrimento alheio e generosamente disponível a contribuir. A segunda, interessante à análise que se propõe, está relacionada a uma característica do ser humano inserido na coletividade. É o sentir-se responsável pelo bem-estar de todos e, nesse sentido, cooperar para o bem comum.

A solidariedade que conforma o agir administrativo “se traduz num complemento da dignidade da pessoa humana e da isonomia. A aplicação dos recursos estatais e o exercício das competências estatais deverão assegurar a todos a obtenção de vantagens equivalentes e o respeito a seus direitos fundamentais”.⁷⁷

À medida que a Constituição eleva à categoria de valor constitucional a solidariedade, juridicamente impõe postura por parte dos poderes públicos e da sociedade de atenção para com o bem-estar comum, coibindo posturas tolerantes ao

⁷⁶ Vide MEZZARROBA, Orides; STRAPAZZON, Carloz Luiz. Direitos fundamentais e a dogmática do bem comum constitucional. **Sequência**: estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, ano XXXIII, vol. 33, n. 64, p. 33, jul. 2012. p. 338.

⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 185.

sofrimento individual ou as tragédias coletivas.⁷⁸ Equivale dizer, não se trata de simplesmente respeitar o próximo, mas de fazer o bem. Identifica-se, portanto, vetor de justiça e de cidadania que exige comprometimento com o sentido substantivo de bem-estar coletivo.⁷⁹ Afinal, o “desenvolvimento sustentável é de todas as pessoas, por todas as pessoas e para todas as pessoas”.⁸⁰ Nesse sentido, o “Estado do século XXI se afigura também como o articulador da solidariedade num mundo globalizado, em que o convívio social há de ser permanentemente construído, de molde a acomodar o pluralismo e a diversidade”.⁸¹

Em terceiro lugar, um valor nodal para o plano de desenvolvimento definido na Constituição compreende a preocupação com o bem-estar não apenas das gerações presentes, mas também das futuras gerações – *a solidariedade intergeracional*.⁸² “Disso também decorre que a solidariedade à qual se refere o texto constitucional como traço desejável da sociedade brasileira, é de se construir a partir de uma *perspectiva de reconhecimento* que transcende os atores presentes, para incorporar às gerações futuras”.⁸³

Trata-se de uma diretriz ético-jurídica que rechaça posturas imediatistas, que não sopesem com a cautela e estudos complexos pertinentes as externalidades e os reflexos a longo prazo das ações estatais.⁸⁴ Em tempo, tal diretriz impõe uma

⁷⁸ “A solidariedade impede que o Estado ignore o sofrimento individual ou as tragédias coletivas. Exclui a possibilidade de o Estado obrigar os cidadãos a arcar com o sofrimento por razões de carência econômica. Mais ainda, impõe ao Estado o exercício de suas competências para produzir a satisfação das necessidades comuns essenciais. Isso significa tanto a prestação de utilidades diretamente pelo Estado como o exercício de suas competências regulatórias para induzir à obtenção de resultados dessa ordem”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Idem.*)

⁷⁹ Vide MEZZARROBA, Orides; STRAPAZZON, Carlot Luiz. *Op. cit.* p. 338.

⁸⁰ SILVA, Christian Luiz da. Desenvolvimento sustentável: um conceito multidisciplinar. In: SILVA, Christian Luiz da; MENDES, Judas Tadeu Grassi (Orgs.). **Reflexões sobre o desenvolvimento sustentável**: agentes e interações sob a ótica multidisciplinar. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 20.

⁸¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 82.

⁸² Segundo Ana Cláudia Finger, solidariedade intergeracional “[...] traduz a ideia da incorporação de uma dimensão futura do agir estatal, mais responsável e conseqüente, de modo que o interesse público também é examinado num horizonte intertemporal dilatado, pois as escolhas públicas não de ser feitas com ponderação das repercussões futuras, intergeracionais, e pautadas por um comportamento ético, um compromisso moral para com as gerações do porvir. Com efeito, é absolutamente intolerável que nas linhas de atuação estatal sejam enfatizadas escolhas que satisfaçam aos interesses presentes à custa do empobrecimento daqueles que nos sucederão”. (FINGER, Ana Cláudia. *Op. cit.* p. 138.)

⁸³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Sustentabilidade das escolhas públicas: dignidade da pessoa traduzida pelo planejamento público. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 131, jul./set. 2011.

⁸⁴ Vanice Regina Lírio do Valle esclarece que “[...] solidariedade, vetor de uma cultura de vida inerente a um Estado de direitos humanos, que é de ser necessariamente compreendida como um vínculo entre as

harmonização entre a maximização no atendimento aos interesses das sucessivas gerações, o que significa, de um lado, “instituir uma igualdade entre cidadania atual e futura – ambas objeto de igual proteção – e ainda, de outro, reconhecer que uma situação hipotética de plenitude do bem-estar presente pode se deslegitimar pelos seus reflexos adversos nas gerações por vir; ou pode ser constringida, num verdadeiro *trade off* em favor das potencialidades futuras de bem-estar”.⁸⁵

A matriz constitucional para a concretização de um Estado de bem-estar deve abrigar políticas públicas multidisciplinares e agregadas, sensíveis às mazelas sociais e comprometidas com o modelo de desenvolvimento socioeconômico delimitado pela Constituição. Nesse sentido, “a sustentabilidade não pode ser considerada um tema efêmero ou de ocasião, mas prova viva da emergência de uma racionalidade dialógica, interdisciplinar, criativa, antecipatória, medidora de consequências e aberta”.⁸⁶

A partir disso, deve-se ter atenção para com o conteúdo multidimensional e complexo de bem-estar, naturalmente em evolução, que compreende reponsabilidade explícita do Estado e da própria sociedade, e cujo incremento de ações deve igualmente preservar as gerações futuras. Veja-se que, portanto, o modelo de desenvolvimento sustentável perquirido constitucionalmente vai além daquele constante no Relatório Brundtland, da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1987, que concebia desenvolvimento sustentável como sendo “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”.⁸⁷ Em verdade, aproxima-se da noção proposta por Amartya Sen, para quem a liberdade sustentável deve soltar-se dos limites reduzidos pelo Relatório Brundtland, para envolver a preservação e expansão das “liberdades e capacidades substantivas das pessoas dos dias de hoje, ‘sem’ com isso, ‘comprometer a capacidade das futuras gerações’ para terem uma idêntica ou maior liberdade”.⁸⁸

Esses três paradigmas éticos, reconhecidos dogmaticamente pela Constituição, são basilares para bem tecer a rede complexa da sustentabilidade.

gerações presentes (velhos e novos) e entre as gerações presentes e as futuras, que transcende às questões de natureza puramente econômica, para externar uma ‘forte referibilidade, e tão importante quanto, em questões de caráter moral’”. (VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ibidem*. p. 132.)

⁸⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ibidem*. p. 130-131.

⁸⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 29. Destaques no original.

⁸⁷ Em igual sentido, ver FREITAS, Juarez. *Ibidem*. p. 46-47.

⁸⁸ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 343.

Devidamente delimitados, passa-se a tratar um pouco das dimensões (a) espacial, (b) social, (c) econômica e (d) ambiental.

(a) *Dimensão espacial*

A dimensão espacial tem em vista delimitar o espaço analítico de análise, na medida em que permite identificar atores e recursos naturais e econômicos em curso para o processo de desenvolvimento. Essa percepção, conforme esclarece Christian Luiz da Silva, não está centrada no aspecto individual do espaço delimitado, mas sim na “real dinâmica regional a fim de que se possam estabelecer os objetivos e recursos existentes em uma região e refletir sobre a interação com os demais meios”.⁸⁹

O autor cita o exemplo de associações, que não necessariamente abrangem determinado bairro, mas sejam assim identificadas pela distribuição política, econômica e social da sociedade local. É esse o espaço de interação e integração da comunidade local, de modo que os objetivos comuns serão definidos pela associação, sopesando-se seus próprios recursos disponíveis, porém, sem deixar de considerar os impactos provocados pelo restante da sociedade, o que cumpre ser avaliado como meio e não como fim. Segundo Christian Luiz da Silva, essa “influência pode afetar os objetivos da sociedade local, cujos interesses, em uma instância, podem levar à alteração do perseguido em termos de sustentabilidade”.⁹⁰

O risco em análises amplas demais, que desconsiderem como ponto de partida sociedade com objetivos e recursos comuns, é tornar o “estudo superficial e as ações propostas menos impactantes pela generalização feita para sociedades com propostas diferentes”.⁹¹ Evidentemente, como se trata de relação complexa, eventual mudança em alguma dimensão (econômica, social, ambiental etc.) pode modificar as relações existentes e produzir novas variáveis, inclusive determinando uma nova dimensão espacial.⁹²

Esse paradigma de análise espacial proposto por Christian Luiz da Silva é interessante na medida em que possibilita, a partir da realidade empírica, delimitar um contexto político-institucional estabelecido para estudar a concretização do modelo de

⁸⁹ SILVA, Christian Luiz da. Op. cit. p. 29.

⁹⁰ SILVA, Christian Luiz da. Op. cit. p. 30.

⁹¹ SILVA, Christian Luiz da. Op. cit. p. 30.

⁹² A título exemplificativo, “um estudo de sustentabilidade de um município que mudou suas características e interações com a sua região metropolitana, alternando, assim, os objetivos e os recursos existentes, alterando a própria dimensão espacial de análise”. (SILVA, Christian Luiz da. Op. cit. p. 30.)

desenvolvimento sustentável eleito, sopesar as diversas confluências com o ambiente interno e externo ao espaço fixado, sob as diversas dimensões, de modo a ser possível fortalecer o plano existente, alterá-lo ou, até mesmo, redimensionar a abrangência espacial. Apenas diante do caso concreto é que será possível complexificar o estudo e, a partir dele, verificar a estratégia a ser adotada.

(b) *Dimensão social*

O dever de sustentabilidade social está diretamente relacionado à observância dos direitos fundamentais sociais, a exemplo de condições adequadas de saúde, educação, moradia, trabalho e previdência social, que sejam universais, eficientes e eficazes.

É a garantia de condições sociais adequadas que permite o desenvolvimento das capacidades humanas, seja na melhora na qualidade de vida como na influência “sobre as habilidades produtivas das pessoas e, portanto, sobre o crescimento econômico em uma base amplamente compartilhada”.⁹³

Um fator diretamente relacionado à dimensão social decorre da necessidade de uma distribuição equitativa de recursos, que tenha em vista reduzir as discrepâncias envolvendo a concentração excessiva de renda. Seguindo o presente parâmetro de análise, Juarez Freitas esclarece que a sustentabilidade na sua dimensão social reclama o incremento da equidade na geração atual e entre esta e as futuras, a busca por condições propícias ao “*florescimento virtuoso das potencialidades humanas*, com educação de qualidade para o convívio” e, ainda, o “engajamento na causa do desenvolvimento que perdura e faz a sociedade mais apta a sobreviver, a longo prazo, com dignidade e respeito à dignidade dos demais seres vivos”.⁹⁴

Daniel Ferreira destaca também outras duas facetas importantes da sustentabilidade social. A primeira diz respeito à perpetuação da espécie humana. “Sem *animus* para viver – e para procriar – o ser humano pode por fim à própria espécie”. A outra está diretamente relacionada à “manutenção dos micro-universos sociais, aqueles referidos e referíveis apenas por meio da cultura, de modo a garantir sua identidade”.⁹⁵

⁹³ SEN, Amartya. Op. cit. p. 191.

⁹⁴ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 60. Destaques no original.

⁹⁵ E continua o autor: “A falta de sustentabilidade social de um povo, pois, pode condená-lo ao desaparecimento, o que não necessariamente vai redundar em insustentabilidade econômica da população,

Desse conjunto de percepções em torno da sustentabilidade social, é possível inferir que ela está diretamente relacionada ao padrão de vida do indivíduo e sua potencialidade de fazê-lo ir ao encontro de suas habilidades e de sua identidade cultural.

(c) *Dimensão econômica*

O primeiro aspecto a ser destacado envolve fator já tratado anteriormente, que compreende a impossibilidade de sopesar o desenvolvimento tendo em vista apenas o crescimento econômico. A compreensão do conceito complexo de desenvolvimento, especialmente considerando o modelo regulado pela Constituição da República, impede qualquer concepção de desenvolvimento econômico destacada do valor da equidade, que viabilize não apenas o incremento da economia, mas igualmente a justiça social e o bem-estar.

Necessário sopesar as estratégias de desenvolvimento econômico considerando as limitações naturais, seus potenciais riscos e ganhos a presente e futuras gerações, bem como na sua condição de viabilizar maior distribuição de renda a partir de uma economia solidária e responsável.

Portanto, é indene de dúvida que as transações econômicas são essenciais ao desenvolvimento da sociedade. Porém, não podem se preocupar apenas em *o que e para quem* produzir, mas igualmente em *como* produzir, o que “envolve a otimização dos recursos e uso com escolhas conscientes da melhor combinação, tendo em vista maximizar o resultado do benefício *versus* custo”.⁹⁶

Além desse aspecto, a dimensão econômica está diretamente relacionada à atividade de planejamento abrangente. Nesse sentido é que a dimensão econômica compreende “*o adequado ‘trade-off’ entre eficiência e equidade, isto é, o sopesamento fundamentado, em todos os empreendimentos (públicos ou privados), dos benefícios e dos custos diretos e indiretos (externalidades)*”.⁹⁷ Conforme melhor será tratado no tópico 1.3, necessário sopesar os reflexos da sustentabilidade sobre o dever de eficiência administrativa. Nesse sentido, a eficiência dinâmica se apresenta como elemento de equilíbrio para o uso dos recursos presentes, os quais serão “maximizados na sua utilização e usufruição, tendo por limite o não comprometimento da proteção aos

porque esta tem boas chances de ser absorvida, bem como seus bens e serviços, pelo mercado global”. (FERREIRA, Daniel. Op. cit. p. 53-54.)

⁹⁶ SILVA, Christian Luiz da. Op. cit. p. 34.

⁹⁷ FREITAS, Juarez. Op. cit. Destaques no original.

interesses das gerações futuras, *observada, todavia, uma margem de contingência* que é própria do reconhecimento do caráter dinâmico da avaliação da eficiência”.⁹⁸

E é no instrumento de planejamento que cumprirão estar presentes todos os elementos que identificam a avaliação em sentido amplo da faceta econômica, determinantes da escolha daquela via de ação, “bem como os *indicadores que evidenciarão o alcance do desiderato pretendido*. Mais ainda, na incorporação da sustentabilidade, a ação estatal planejada há de empreender ao necessário *exercício de antecipação das contingências*, evidenciando com isso uma exploração aprofundada das alternativas possíveis de ação”.⁹⁹⁻¹⁰⁰

(d) *Dimensão ambiental*

A adequada compreensão da dimensão ambiental demanda reposicionar o homem como integrante do meio, um ser natural. Apenas a partir dessa perspectiva é que se concebe a importância da preocupação com a dimensão ambiental da sustentabilidade, na medida em que compreende condição de existência para a raça humana.¹⁰¹ Essa percepção é indispensável à consciência da necessidade de repensar a relação do homem com a natureza, sobretudo o enfrentamento hábil e tempestivo da degradação ambiental, “com ciência, prudência e tecnologia”.¹⁰²

⁹⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. cit. p. 134-135.

⁹⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Ibidem. p. 143.

¹⁰⁰ Ao tratar do ponto, comenta Juarez Freitas: “Afortunadamente, afloram os sinais de percepção mais acurada, pois começa a se difundir a noção de que a sindicabilidade das decisões administrativas haverá de se estender no tempo e no espaço, para contemplar os seus múltiplos efeitos, numa permanente reavaliação, com reforço da programação, do planejamento e do monitoramento, no tocante aos impactos nos meios físico, biótico e socioeconômico. É que os critérios estratégicos da sustentabilidade, no processo de tomada da decisão, requerem maior distanciamento temporal e a *capacidade de prospecção de longo prazo*, com o abandono resolutivo da visão reducionista segundo a qual o sistema jurídico cuidaria apenas de fatos passados. Em outros termos, o gestor *público é instado a exercer, com discernimento, o juízo prospectivo de longo prazo*”. (FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, nov./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=76861>>. Acesso em: 11 junho 2012. Destaques no original.)

¹⁰¹ “No nosso cuidar, a consideração do ambiente como elemento externo ao homem, além de revisão conceitual, necessita interiorizar-se nos diversos segmentos da sociedade, a fim de que as ações humanas – nas suas diferentes amplitudes: individuais, coletivas, corporativas e governamentais – sejam planejadas e implementadas ponderando-se as repercussões no meio ambiente de forma mais integral, no qual o ser humano é um de seus elementos, em relação com os demais.” (VILLAC, Teresa. Direito internacional ambiental como fundamento principiológico e de juridicidade para as licitações sustentáveis no Brasil. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (Coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 47.)

¹⁰² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 64. E o autor continua: “O ser humano não pode, enfim, permanecer esquecido de sua condição de ser eminentemente natural, embora dotado de características singularizantes, que apenas deveriam fazê-lo

As limitações naturais e os riscos ambientais devem ser sopesados em todas as estratégias administrativas, sobretudo porque provocam reflexos sobre todas as dimensões da sustentabilidade. Ora, uma obra que não tenha sido planejada adequadamente e, nesse contexto, não se tenha tido a cautela relativamente a características peculiares do solo, pode, além de determinar reflexos negativos sobre o ambiente natural, gerar custos adicionais aos cofres públicos para readaptação do empreendimento, sem contar os atrasos quanto ao deslinde da obra, o que, para a população, pode significar o não atendimento de suas necessidades.

Agora, especialmente em relação ao ambiente, ainda que se conceba que não há como progredir sem se utilizar de recursos naturais, indispensável “guardar referibilidade com essa realidade, sem prejuízo do dever-poder atribuído aos Estados de intervir no domínio econômico, garantindo regular atendimento dos princípios da prevenção e da precaução na seara”.¹⁰³

Em breve síntese, é possível dizer que a dimensão da sustentabilidade ambiental reclama: (i) consciência de que o homem integra o meio e, desse modo, se não preservado este, o próprio homem verá sua ruína; (ii) atenção para com a limitação dos recursos naturais quando do planejamento econômico; (iii) impacto significativo sobre a cultura, especialmente estímulos à mudança no padrão de consumo e da importância, dentre outras estratégicas, das trocas como forma de potencializar o reuso e (iv) cooperação em âmbito internacional, na medida em que os riscos, sobretudo na esfera ambiental, não encontram delimitação espacial.

Para além das dimensões espacial, social, econômica e ambiental, de importância ímpar avaliar a sustentabilidade enquanto diretiva de atuação na gestão pública. O recorte realizado para o estudo em tópico à parte tem em vista a importância dessa última dimensão enquanto potencial concretizador das políticas públicas de fomento ao desenvolvimento sustentável, assunto que será desenvolvido nos capítulos 2 e 3.

mais responsável sistematicamente e capaz de negociar com diferentes pontos temporais”. (FREITAS, Juarez. *Ibidem*. p. 65. Destaque no original.)

¹⁰³ FERREIRA, Daniel. *Op. cit.* p. 54.

1.3 SUSTENTABILIDADE COMO DIRETIVA DE ATUAÇÃO NA GESTÃO PÚBLICA: UMA RELEITURA DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, EFICIÊNCIA E DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO

Os elementos trabalhados no tópico anterior como norteadores da sustentabilidade, ou seja, a noção complexa de bem-estar, o reconhecimento da solidariedade e da preocupação com as presentes e futuras gerações como valores ético-normativos¹⁰⁴ a serem observados, igualmente se aplicam à dimensão da sustentabilidade enquanto diretiva de atuação na gestão pública.

Ora, se o agir administrativo deve estar direcionado à satisfação dos interesses da sociedade, não há como conceber uma atuação descomprometida ou ineficiente no trato do modelo de desenvolvimento complexo definido constitucionalmente, o qual abraça os respectivos valores.

E para bem enfrentar o trato dessa dimensão, é imprescindível passar por uma *crise de percepção* que ainda atinge a Administração Pública brasileira, qual seja o apego a um modelo de agir estritamente apegado à legalidade estrita, impeditivo de uma atuação voltada à satisfação do modelo complexo de desenvolvimento da Constituição de 1988, tornando de todo questionável o dever de eficiência administrativa e, sobretudo, uma desconsideração ao direito fundamental dos cidadãos à boa administração.

Não compreendem novidade as transformações vividas pelo Direito Administrativo após a promulgação da Constituição da República em 1988, as quais repercutiram incisivamente na definição dos papéis da Administração Pública contemporânea. Nesse passo, a constitucionalização do Direito Administrativo propiciou um repensar em torno de noções como as de supremacia do interesse público, a fim de dar espaço ao seu real protagonista, o ser humano.¹⁰⁵

¹⁰⁴ “Uma Administração Pública como aparelhamento integrado por agentes éticos faz espargir atuação idônea que, irradiando bons exemplos, oferece resultados conducentes a implementar força evocativa significativamente maior do que as palavras da lei. Os bons exemplos – tal como pedra arremessada em lago plácido – desenham círculos concêntricos dinâmicos que evoluem de modo benfazejo e incessante para as bordas.” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 18.)

¹⁰⁵ Sem prejuízo às discussões doutrinárias em torno do conteúdo do princípio da supremacia do interesse público, entende-se que o uso descomprometido com as hipóteses discriminadas na legislação que,

Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca três aspectos elementares envolvendo esses impactos: (i) vinculação constitucional da função administrativa ao Direito; (ii) a vinculação constitucional à efetiva satisfação da finalidade pública e (iii) o dever constitucional de eficiência no desempenho da função administrativa.¹⁰⁶

O primeiro deles tem em vista o fato de que a legalidade era então um conceito fortemente formal e mecanicista e, como tal, se movia dentro de uma órbita jurídica fechada, à parte da ordem jurídica. Hoje não mais se concebe uma atuação desvencilhada do Direito, até porque a Administração não compreende um poder soberano do Estado. O segundo aspecto é uma consequência do primeiro. Ora, a juridicidade da atuação administrativa é uma imposição constitucional que a vincula à persecução dos objetivos definidos na Constituição e, mais do que isso, a uma atuação que garanta a sua efetividade. Finalmente, o dever constitucional de eficiência no desempenho da função administrativa, especialmente ao ganhar corpo na Constituição da República (art. 37, *caput*). Vale dizer, o que a Constituição determinou não foi a simples coerência do agir administrativo frente ao programa por ela traçado, mas o exercício desse múnus de forma adequada, dentro dos melhores padrões de qualidade.¹⁰⁷⁻¹⁰⁸

excepcionalmente, colocam a Administração em posição de superioridade acabou desvirtuando os fins intencionados. Importa dizer, não se deixa de conceber o princípio em voga. Aliás, é a adequada satisfação de suas premissas que tornam legítimo seu emprego. Em estudo dirigido à temática, Daniel Wunder Hachem esclarece, dentre outros pontos, que o “embasamento ideológico do princípio aproxima-se mais da concepção própria da Escola de serviço público francesa, que enfatiza o caráter serviente do Estado aos interesses gerais da coletividade, do que do ideário da Escola da *puissance publique*, visto que o relevo não é conferido aos *poderes* da Administração, mas sim aos *deveres* que lhe compete cumprir”. (HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 370.)

No entanto, sob a ótica de alguns doutrinadores, a noção de fato precisaria ser flexibilizada. Sobre o tema, JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 78. Ainda: “A concepção de que o fundamento do Direito Administrativo consistia na supremacia do interesse público importava na rejeição da importância do cidadão, dos interesses não estatais. Entretanto, as evoluções tecnológicas no campo das comunicações proporcionaram à sociedade maior acesso a informação, despertando, assim, sua consciência sobre sua relação com o Estado, principalmente para reclamar uma maior participação nas atividades desenvolvidas por ele.” (ORMEROD, Alexandre Rodriguez Bueno. **Administração pública dialógica e legitimação da atuação administrativa**. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: <www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos.../alexandreormerod.pdf>. Acesso em 03 jan. 2015.)

¹⁰⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Políticas públicas e parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na administração consensual. **Revista de direito do estado – RDE**, Rio de Janeiro, Renovar, ano I, n. 1, p. 108, jan./mar. 2006.

¹⁰⁷ Em análise envolvendo o fenômeno da constitucionalização, Luís Roberto Barroso destaca que a constitucionalização do Direito Administrativo foi um dos processos mais expressivos. Segundo o autor, a “partir da centralidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, a relação entre

Fato é que, passados 27 anos da promulgação da Constituição, é flagrante a carência da Administração Pública brasileira por transformações mais profundas, que possibilitem sedimentar as mutações ocasionadas pela Constituição para, então, abrir-se as novas demandas da sociedade. Senão, como falar em um agir administrativo complexo, indispensável à concretização do modelo de desenvolvimento sustentável delimitado na Constituição, se ainda atadas as correntes que engessam a atuação administrativa ao que a lei formal determina?

Essas transformações envolvem um repensar, comprometido, com a releitura dos princípios (a) da legalidade, (b) da eficiência e (c) do direito fundamental à boa administração. O enfrentar desse desafio é essencial para que o modelo complexo de desenvolvimento nacional definido na Constituição da República possa ser implementado via um agir administrativo preparado para “impulsionar esse processo por meio de estímulos positivos ao cooperativismo, ao associativismo, à micro e à pequena empresa e à participação do empresariado em geral voluntariamente engajado à causa da sustentabilidade (parcial ou integral)”.¹⁰⁹ Firmada essa baliza, passa-se, então, a tratar desses três vetores do agir administrativo.

(a) Princípio da legalidade

Segundo a visão clássica do princípio da legalidade, à Administração cabe agir de acordo com o que a lei determina, nem mais, nem menos. Nesse sentido, é a lição de Hely Lopes Meirelles.¹¹⁰ Trata-se de feição apegada ao positivismo clássico, que pressupõe uma lógica linear para a hermenêutica jurídica. Com o movimento

Administração e administrados é alterada, com a superação ou releitura de paradigmas tradicionais”. Para tanto destaca o autor: “a) a redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o particular, com o reconhecimento de que os interesses privados podem recair sob a proteção da Constituição e exigir ponderações em concreto; b) a conversão do princípio da legalidade administrativa em princípio da juridicidade, admitindo-se que a atividade administrativa possa buscar seu fundamento de validade diretamente na Constituição, que também funciona como parâmetro de controle; c) a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo, com base em princípios constitucionais como a moralidade, a eficiência, a segurança jurídica e, sobretudo, a razoabilidade/proporcionalidade”. (BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 63.)

¹⁰⁸ Ainda sobre o tema, vide HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 346-354, jan./jul. 2013.

¹⁰⁹ FERREIRA, Daniel. Op. cit. p. 64.

¹¹⁰ “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘poder fazer’; para o administrador público significa ‘dever fazer assim’.” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 88).

neoconstitucionalista, no Brasil desenvolvido após a Constituição da República em 1988, tiveram-se os reflexos das ideias pós-positivistas, baseadas especialmente na força normativa da Constituição, na expansão da jurisdição constitucional e do reflexo dos modelos de interpretação constitucional.¹¹¹

Com isso, como anteriormente já explicado, propagou-se uma mutação do Direito Administrativo, que, dentre outros reflexos, determinou uma expansão no modelo de interpretação da norma pelo administrador público, o qual não mais se vincula à leitura convencional do princípio da legalidade, subordinada ao previamente tratado e autorizado. Em verdade, elevou-se a atuação do administrador à satisfação do regramento constitucional, muitas vezes ainda que ausente legislação ordinária. Trata-se da transmutação do princípio da legalidade, na sua acepção estrita, à juridicidade, que pressupõe uma leitura sistêmica do ordenamento à luz da Constituição.¹¹²⁻¹¹³

Conforme pontua Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o “Estado Democrático de Direito pretende vincular a lei aos ideais de justiça, ou seja, submeter o Estado não apenas à lei em sentido puramente formal, mas ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição”.¹¹⁴ Essa leitura do princípio da legalidade, atenta à juridicidade, é condição de validade e de eficácia do agir administrativo. É a Constituição que dita uma série de mandamentos à Administração Pública, nas mais diversas searas, cuja implementação, para além de uma leitura estrita da normatização infraconstitucional (se houver), pressupõe um verificar empírico das diversas esferas atingidas e, nessa medida, um identificar complexo das análises e medidas a serem adotadas, por si ou com a ajuda de especialistas, para o deslinde do problema.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 62.

¹¹² BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 50.

¹¹³ Em análise dirigida a tratar dos reflexos da globalização sobre o Direito Administrativo, pondera Justo J. Reyna: “Las características del esquema, en nuestro Estado de Derecho decimonónico, trae como efecto principal la definición de los perfiles e la relación de la Administración com la ley o bloque de legalidad em el ejercicio de la función administrativa. Es la ley en sentido amplio, como ejercicio de todas las potestades normativas constitucionales, legales y reflamentarias relacionadas com aquella, la que vincula a la Administración para el ejercicio de la función administrativa. La ley como fundamento y límite de la potestad de actuación. La ley (o, mejor, el derecho objetivo) es la que confiere el poder jurídico o potestad administrativa; seaello de modo expreso, implícito o inherente”. (REYNA, Justo J. Op. cit. p. 30.)

¹¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 29.

Justamente por isso se disse no início desse capítulo que não mais se concebe um agir administrativo baseado na dialética linear de subsunção do fato à norma. É preciso ir além, sopesar outros valores inerentes ao regime jurídico de Direito Público (princípio da finalidade, princípio da razoabilidade, princípio da proporcionalidade, princípio da economicidade, princípio da eficiência etc.¹¹⁵) ou, ainda, fora dele, como o conhecer soluções de mercado disponíveis para determinada demanda, investigar medidas de sustentabilidade que possam ser adotadas em determinado processo de contratação, nas diversas dimensões etc.

Isso não quer dizer, esclareça-se, que não se deve preocupar-se em conhecer a norma. Muito pelo contrário. O agir administrativo permanece vinculado ao atendimento da norma, porém, numa visão sistêmica, a qual pressupõe a abertura às implicações de outras disciplinas jurídicas e, ainda, aos desafios multidisciplinares que a realidade empírica possa demandar. E, para tanto, conhecer a normatividade posta é pressuposto.¹¹⁶

O que não se concebe mais é uma produção administrativa desvincilhada do investigar que os desafios do caso concreto incitam. Ao propor um estudo complexo do Direito Tributário à luz da teoria da complexidade, André Folloni esclarece que Direito não é só norma. Pontua o autor que “reduzi-lo a esse termo-chave é, pretexto de bem

¹¹⁵ Ao tratar do dever de juridicidade administrativa, Gustavo Binbenbojm o coloca como um vetor para a proteção da legítima confiança depositada pelos administrados nas condutas da Administração. Segundo ele, podem as soluções da convalidação ou da invalidação prospectiva decorrerem “de uma ponderação entre o princípio da legalidade com outros princípios constitucionais, como o princípio da eficiência”. Inclusive, “conforme as circunstâncias do caso concreto, *invalidação retroativa*, *invalidação prospectiva* e *convalidação* serão as formas possíveis de expressão da juridicidade administrativa. As duas últimas configuram hipóteses de juridicidade administrativa contra a lei”. (BINENBOJIM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 204.)

¹¹⁶ Conforme alerta André Folloni, “Só um pensamento simplificador, idealizador, racionalizador – e, até mesmo, arrogantemente autossuficiente – pode pretender que sempre, em qualquer caso, e *a priori* de toda experiência em sentido contrário, o exame exclusivo do conjunto de textos jurídico-prescritivos bastará para a correta compreensão da norma jurídica”. E continua: “Não basta contextualizar o texto normativo no conjunto de textos mas é preciso contextualizar os textos no conjunto social dos quais é elemento constitutivo. Surge a ideia de níveis de complexidade: analisar a norma dentro do ordenamento é galgar um nível de complexidade, mas transcender o ordenamento é complexificar ainda mais a análise. Mesmo porque esse conjunto social, a todo momento, retroage sobre os textos, que retroagem sobre a sociedade, num devir ininterrupto. Daí a necessária relatividade dos conceitos de sistema, subsistema e elemento: a norma é concebida como um elemento no ordenamento, visto como sistema; mas, ela própria pode ser entendida como um sistema, formado por seus elementos; e, embora o direito positivo possa ser visto como um sistema, é também elemento num sistema social maior.” (FOLLONI, André. **Ciência do direito tributário no Brasil: crítica e perspectiva a partir de José Souto Maior Borges**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 368).

conhecer, ignorar suas outras dimensões e, mesmo, ignorar o que as próprias normas têm de inter-relações com os demais aspectos do jurídico. A norma deve ser pensada em conjunto com aquilo que a condiciona e determina, e integrada àquilo sobre o que ela exerce influência”.¹¹⁷

Desse modo, além de sedimentar o princípio da legalidade como mandamento de juridicidade administrativa, o agir administrativo, para que seja válido e eficaz em consonância com o modelo de desenvolvimento nacional fixado pela Constituição de 1988, depende de um comprometimento com o enfrentar dos paradoxos que a realidade empírica, complexa, possa demandar.¹¹⁸⁻¹¹⁹

Em matéria de desenvolvimento sustentável, sobretudo sua incidência nos processos de contratação pública, essa diretriz ganha nodal importância, na medida em que, embora exista uma série de normas expressas relativamente ao tema, em grande parte são genéricas, o que imporá ao agente público uma atuação concatenada à juridicidade, sob pena de inobservar os preceitos constitucionais e infralegais existentes sobre a matéria. Como bem pontua Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao discorrer sobre o conceito de legalidade sob a perspectiva aqui tratada, a discricionariedade administrativa está limitada pelos princípios e valores constitucionais, “o que significa a ampliação do controle judicial, que deverá abranger a validade dos atos administrativos não só diante da lei, mas também perante o Direito, no sentido assinalado”.¹²⁰⁻¹²¹

¹¹⁷ FOLLONI, André. *Ibidem*. p. 337.

¹¹⁸ “Não é adequado adotar-se, em ciência, o postulado infalível de que toda e qualquer norma é um juízo hipotético que imputa, à realização de um fato nela previsto, a irradiação de uma relação jurídica. Porque é sempre possível que a experiência demonstre o contrário”. (FOLLONI, André. **Ciência do direito tributário no Brasil: crítica e perspectiva a partir de José Souto Maior Borges**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 347).

¹¹⁹ A respeito de possível conflito entre legalidade e eficiência, vide MENEGUIN, F. B.; SANTOS, P. F. O. **Há incompatibilidade entre legalidade e eficiência?** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, ago/2013 (Texto para Discussão nº 133). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em 28 jun. 2015.

¹²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 30.

¹²¹ Seguindo diretriz semelhante, pondera Juarez Freitas que bem entendido o princípio da legalidade (o qual vincula a Administração ao Direito), “faz com que o modelo da vinculatividade esteja endereçado à otimização do sistema, assim como aquele da discricção. Nesse prisma, há identidade de fundo e de âmago: toda discricionariedade (cognitiva ou na escolha das consequências) é, sob certo aspecto, vinculada. Em outras palavras, a vinculação é imperativo mais profundo do que supõem os defensores da vinculação a meros extratos normativos ou regras de conduta. Há uma porção de vinculação que precisa acompanhar toda e qualquer discricionariedade, a qual não se descaracteriza por essa presença (senão que se legitima, ao não se autoreferir) nem fixa o domicílio no espaço fluido das vontades meramente particulares, as quais não se coadunam com a índole do Direito em sua vertente publicista”. (FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 47-48.)

Tendo em vista a submissão do agir administrativo ao conteúdo complexo de modelo de desenvolvimento previsto na Constituição da República, o qual impõe ao intérprete e demais agentes envolvidos na atuação pública um compromisso inafastável com o valor da sustentabilidade, e com todos os desafios que sua esmerada consideração pressupõe, impreterível uma efetiva transposição do modelo de legalidade estrita para a juridicidade.

Ainda porque, conforme lembra Marçal Justen Filho, é “muito usual que o sistema jurídico determine não o modo como será desenvolvida a atividade administrativa, mas os fins que deverão ser obrigatoriamente realizados”. E, nesse caso, a ausência de determinação quanto aos meios não pode significar vedação à atividade administrativa. “Se o fim *tem*, obrigatoriamente, de ser realizado, é evidente que a omissão quanto à disciplina sobre os meios de sua realização não caracteriza ausência de autorização para a escolha”.¹²²

A cautela, na adoção de condicionantes sustentáveis pela Administração Pública, tem em vista os limites da atividade administrativa, definidos em atenção à distribuição de competências e, inclusive, às temáticas acobertas por reserva de lei. O que se pretende reforçar, com essa análise, é a ideia de que o princípio da juridicidade não fez desaparecer, propriamente, a legalidade estrita. Nem toda situação será passível de ser solucionada sem o amparo de lei em sentido formal. Aliás, a depender do cenário, a exigência de prévia autorização legislativa se afigura como uma garantia à observância dos direitos fundamentais dos cidadãos.

A juridicidade envolve “uma ampliação do conjunto de princípios e regras aos quais a Administração está submetida, e não uma diminuição. Entre essa multiplicidade de normas regentes da atividade administrativa, continua figurando a *legalidade estrita* – mas agora como *um dos* e não como o *único* princípio a ser observado”.¹²³

(b) Princípio da eficiência

A Constituição da República, em seu art. 37, XXI, impõe expressamente à Administração Pública brasileira o atendimento, dentre outros princípios, da eficiência

¹²² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 196.

¹²³ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 328.

administrativa.¹²⁴⁻¹²⁵ Ou seja, dentre outros valores, a Constituição determina que, no exercício da função administrativa, o agente seja eficiente, impondo, desse modo, um juízo acerca da atuação administrativa, cuja descumprimento pode ter repercussões jurídicas.

Para tanto, faz-se necessário investigar os contornos jurídicos que a eficiência alberga no ordenamento jurídico, o que não significa que se desconsiderará a realidade. Pelo contrário, até porque o conteúdo da ideia de eficiência se altera no tempo. Justamente por isso, ainda que abarque expressão de complicada mensuração e qualificação – sendo possível entendê-la como um conceito jurídico indeterminado – ante o caso concreto será viável delimitá-la, a partir dos parâmetros normativos vigentes e, evidentemente, sem desconsiderar os meios disponíveis para empregá-la. O que se deve enfatizar, no entanto, é que a fluidez desse princípio não lhe retira a eficácia jurídica.

E aqui, mais uma vez, para investigar a eficiência no agir administrativo, imprescindível complexificar a análise. Qualquer redução nos critérios para aferir a eficiência tendo em vista a adoção de meios que proporcionam a redução do custo do procedimento, ou que privilegiam contratações mais baratas, por exemplo, isoladamente, não é capaz de levar à conclusão quanto à eficiência do procedimento. Necessário considerar a “multiformidade da realidade, a multiplicidade de fins e interesses postos à consecução” pela Administração Pública.¹²⁶

¹²⁴ A alteração do texto do art. 37, XXI, pela Emenda Constitucional nº 19/98, fez introduzir expressamente na Constituição o princípio da eficiência. A despeito disso, antes mesmo, do texto original da Constituição, já era possível extrair comandos implícitos e explícitos de eficiência administrativa. Sobre o tema, vide MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

¹²⁵ A respeito do contexto em que inserido o princípio da eficiência na Constituição da República, bem como abordando a desmistificação de falácias como “1ª) de que seria um despropósito a transposição de um parâmetro da administração gerencial privada para a esfera pública; 2ª) de que eficiência não é parâmetro jurídico; 3ª) de que o controle de eficiência é impossível devido à sua generalidade e abstração; 4ª) de que há o risco de se ‘derrogar’ outros princípios em favor da eficiência”, vide GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca, BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 243-244.

¹²⁶ Onofre Alves Batista Júnior, em estudo dirigido especialmente ao princípio da eficiência, alerta para essa realidade. Pondera o autor: “É usual a ocorrência de insucesso de reformas, programas, projetos ou mesmo de gestões que, por privilegiarem indevidamente apenas um destes aspectos, fatalmente chegaram ao fracasso. O PE, dessa forma, pressupõe uma visão holística de seus aspectos, de suas várias facetas, não permitindo que se ponham de lado variáveis intervenientes fundamentais”. (BATISTA JÚNIOR,

Onofre Alves Batista Junior propõe caracterizar alguns aspectos da ideia nuclear de eficiência administrativa a partir do próprio ordenamento jurídico. Para tanto, distingue a eficácia da eficiência *stricto sensu*. Enquanto a primeira está diretamente relacionada ao atendimento das “condições da vida social que favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”,¹²⁷ a segunda compreende a verificação e articulação dos meios disponíveis. Possível ainda dizer que enquanto a eficácia está no ser humano, de maneira que em relação à satisfação das condições de vida deste é que cumprirá ser medida a eficácia do agir administrativo, a eficiência *stricto sensu* está na Administração Pública. Vale dizer, depende inexoravelmente de investigação quanto aos meios disponíveis, envolvam eles recursos orçamentários, disponibilidade de tempo ou de pessoal qualificado. A análise quanto aos meios disponíveis é decisiva para aferir a melhor alternativa para se atender ao bem comum.¹²⁸

Dessa forma, a eficiência *stricto sensu* liga-se à análise dos meios disponíveis para que os resultados possam ser otimizados. Nessa tarefa, exsurtem algumas facetas da eficiência *stricto sensu*, que devem ser refletidas: produtividade, economicidade, celeridade e presteza, qualidade, continuidade e desburocratização.¹²⁹

A produtividade “exige que, para o cumprimento de determinada finalidade posta, os recursos escassos sejam despendidos minimamente e, da mesma forma, impõe que, com os meios disponíveis, a AP obtenha o rendimento maior possível”.¹³⁰

No que diz respeito à economicidade, é comumente confundida com eficiência *lato sensu*. Na prática, muitas vezes é visto o procedimento como eficiente se gerou o menor dispêndio possível de recursos públicos. Ainda que seja esse um efeito desejado, alberga apenas uma faceta da eficiência *stricto sensu*, que, conjuntamente ao complexo que envolve a análise de eficiência, deve ser sopesado para fins de investigar a

Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 175-176.)

¹²⁷ É condição inerente à eficácia do agir administrativo no Estado Democrático de Direito de desiderato social a universalidade de resultados. “Em sua atuação, a AP deve atenção não a grupos determinados, nem sequer a maiorias, mas à coletividade como um todo, segundo as suas necessidades. Essa ideia basilar vem estampada na CRFB/88, em seu art. 3º, de valor reforçado, por se tratar de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Portanto as diversas unidades, entes e órgãos administrativos, em geral, devem buscar construir uma sociedade justa e solidária; devem atuar no sentido de proporcionar a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos e discriminações”. (BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Ibidem*. p. 181).

¹²⁸ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Ibidem*. p. 176-179.

¹²⁹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Ibidem*. p. 182-183.

¹³⁰ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Ibidem*. p. 183 e seguintes.

satisfação ao modelo de eficiência conforme o plano de desenvolvimento delimitado pela Constituição da República.¹³¹

A economicidade, portanto, diz respeito ao aspecto econômico da eficiência *stricto sensu* e está implicitamente inserida no art. 37, *caput*, da Constituição. Ainda, do art. 70 da Constituição, identifica-se a economicidade como “vetor para a sindicância da boa ou má administração, em termos de verificação da regular gestão dos recursos e bens públicos, sob o ângulo e enfoque econômico-financeiro”.¹³²

Onofre Alves Batista Junior também propõe análise de eficiência *stricto sensu*, sob uma perspectiva de economicidade mais global, que teria em vista a gestão financeira e de execução orçamentária, com enfoque na redução de gastos públicos e, por outro lado, na maximização da receita e da arrecadação. Trata-se, última análise, de um comando geral à Administração Pública para que controle gastos, sempre tendo em vista o custo x benefício envolvido, bem como o orçamento disponível.¹³³

A economicidade ainda não pode ser confundida com a economia dos meios. Por mais que ponderar os custos incidentes sobre a operação envolva uma análise mais concreta para a Administração, esse estudo deve igualmente mensurar os benefícios a serem obtidos, eventuais externalidades e impactos para a sociedade e para própria máquina administrativa. Não pode a busca pela eficiência se resumir “a um mero jogo de números e operações contábeis”.¹³⁴ “A economicidade diz respeito à otimização das despesas, e não à minimização de custos; com ela aspira-se à majoração dos benefícios, e não ao singelo ‘barateamento’”.¹³⁵

Tanto isso é verdade, que outra faceta da eficiência *stricto sensu* envolve a qualidade no agir administrativo. Não faz sentido obter os melhores resultados em

¹³¹ Eficiência, consoante ao modelo desenvolvimentista definido na Constituição de 1988, pressupõe a visão complexa de desenvolvimento trabalhada no primeiro tópico deste capítulo, o que vai muito além de mero crescimento econômico. Eficiência compreende uma postura administrativa voltada a um padrão ótimo na adoção dos recursos orçamentários e naturais disponíveis e, ainda, no atingimento dos múltiplos objetivos definidos para o desenvolvimento (social, cultural, tecnológico etc.) nacional sustentável. Especialmente quanto ao forte elemento social, repetidamente mencionado como objetivo para a gestão pública brasileira na Constituição de 1988, Emerson Gabardo esclarece que nada há de incompatível entre eficiência e Estado Social. Esclarece o autor que a “eficiência entendida como estritamente econômica não é princípio da Constituição, e o princípio da eficiência administrativa não existe fora do contexto constitucional. Ou seja, no sistema constitucional brasileiro, eficiência sem Estado Social não é eficiência em uma interpretação jurídico-política”. (GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. São Paulo: Manole, 2003. p. 162-163).

¹³² BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Ibidem*. p. 186-187.

¹³³ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Ibidem*. p. 191.

¹³⁴ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Idem*.

¹³⁵ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Ibidem*. p. 192.

termos de redução de custos se o benefício auferido, qualitativamente, é ínfimo. Quanto a esse aspecto, a eficiência no agir administrativo se materializa na maximização do bem-estar da população (via eficaz atendimento nos setores administrativos, melhores serviços públicos, por um atendimento isonômico) e no incremento da excelência na gestão pública, o que, na forma da Constituição, demanda o acompanhamento constante do exercício do múnus público, mediante mecanismos de avaliação de desempenho e resultados (EC 19/98).¹³⁶⁻¹³⁷

A qualidade dos serviços está diretamente relacionada a outras duas facetas, que compreendem a celeridade e a presteza. A partir desses paradigmas, determinado “o fim a se buscar, sopesados os interesses envolvidos, a articulação dos meios deve proporcionar, da mesma forma, a maior agilidade possível no seu atendimento”.¹³⁸

A eficiência *stricto sensu* abarcaria ainda a continuidade na prestação de serviços públicos, de modo que “os resultados devem ser atingidos continuamente, sem interrupção. Não basta um bom resultado isolado e esporádico; a eficiência exige que o bem comum seja buscado de forma permanente e contínua”.¹³⁹

Finalmente, a última faceta proposta para a eficiência *stricto sensu*, a desburocratização, refere-se tanto à estrutura administrativa como quanto ao processo administrativo. Esse último, na medida do possível, deve ser descomplicado e célere. Quanto à estrutura administrativa, necessário o abandono de organismos demasiadamente complexos, com duplicidade de atribuições e competências e com significativo afastamento dos cidadãos e, mesmo, de outras estruturas administrativas.¹⁴⁰

O diálogo entre os órgãos e entidades administrativos e entre esses e os cidadãos é essencial ao atingimento da eficiência na Administração Pública. Sem ele, primeiro, não se têm os meios adequados a um planejamento abrangente para o agir administrativo e, segundo, não se atende o principal destinatário da Administração: o cidadão. Inclusive, em se visualizando a necessidade, deve-se utilizar do poder de auto-organização administrativa, o qual “encontra seu fundamento exatamente na

¹³⁶ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Ibidem*. p. 194-196.

¹³⁷ A respeito da profissionalização da função pública, vide BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.* p. 31-42.

¹³⁸ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Ibidem*. p. 197.

¹³⁹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Ibidem*. p. 198.

¹⁴⁰ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Ibidem*. p. 201.

possibilidade de adequação dos meios aos fins, isto é, na faculdade mais elástica de criação ou modificação de órgãos, para que os mesmos possam se adequar às necessidades da realidade cambiante”.¹⁴¹

Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem, no desenvolvimento de estudo acerca do conteúdo jurídico do princípio da eficiência, propõem-no considerando alguns elementos que, em alguma medida, conformam com a classificação proposta por Onofre Alves Batista Júnior, porém, em três deles, inovam de forma nodal. Quanto aos elementos que se confirmam à luz da doutrina já exposta, tem-se o exercício da função administrativa com celeridade, presteza, economicidade e produtividade, bem como a análise quanto aos meios disponíveis, adotando-se aquele mais adequado a produzir o resultado ótimo no alcance dos objetivos estatuídos pelo direito positivo. Por outro lado, os autores destacam três elementos substanciais, sobretudo considerando o modelo de desenvolvimento chancelado pela Constituição, destacando três fatores: o exercício adequado da finalidade pública; a conferência de máxima efetividade aos comandos fixados pelo ordenamento jurídico; e a atuação consoante aos direitos fundamentais e demais princípios e regras que orientam a atividade administrativa.¹⁴²

Não será eficiente o resultado que, a despeito de cauteloso relativamente à consideração em sua produção quanto aos meios disponíveis, não se desenvolver de forma a concretizar a finalidade pública intentada pela norma. “A atividade administrativa, para ser eficiente, deve atender à exata finalidade prevista pela norma jurídica que estabelece ao órgão ou agente público o dever de praticar determinada conduta”.¹⁴³ A finalidade dos atos administrativos está diretamente relacionada, em sentido amplo, ao atendimento do interesse público. No entanto, deve-se igualmente atenção à finalidade de interesse público concretamente buscada no caso concreto, ou seja, aquela condicionada pela lei.

Como decorrência lógica para identificação da finalidade de interesse público buscada pelo regramento jurídico incidente, tem-se os outros dois elementos destacados. Em outros termos, pode o resultado decorrer de análise relativamente aos meios

¹⁴¹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Ibidem*. p. 201.

¹⁴² GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 245.

¹⁴³ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Ibidem*. p. 247.

disponíveis e, em certa medida, ater-se ao valor em princípio direcionado pelo legislador. Porém, atualmente a hermenêutica jurídica não se constrói sob a intenção do legislador, mas sim à luz do sistema jurídico vigente, considerando suas regras expressas e de conteúdo axiológico. Nessa medida, a finalidade de interesse público apenas será alcançada se o resultado igualmente decorrer da consideração dos “demais princípios e regras norteadores da atividade administrativa, jamais podendo-se em nome da eficiência sacrificar o conteúdo essencial de qualquer outro princípio do regime jurídico administrativo, especialmente os definidores de direitos fundamentais”; e, ainda, guiar-se pela máxima efetividade dos comandos jurídicos envolvidos. Importa dizer, “a eficiência no adimplemento dos mandamentos constitucionais e legais representa, também, a necessidade de deduzir de tais dispositivos o conteúdo mais amplo que se possa dele extrair”.^{144_145}

Sintetizando a problematização em torno dos elementos da eficiência, possível entender que será eficiente o agir administrativo na medida em que atento à produção dos fins de interesse público buscados¹⁴⁶ e à promoção da excelência na gestão pública, direcionada a melhor utilização possível dos meios disponíveis para a maximização dos objetivos definidos para o plano de desenvolvimento nacional.

Veja-se que a análise em torno do agir administrativo eficiente encontra-se estreitamente vinculada aos fins de interesse público explícita e implicitamente consignados no modelo de desenvolvimento previsto na Constituição da República, o que, de nodal importância salientar, igualmente inclui a consideração em torno do potencial da medida não apenas para atender os direitos dos presentes, mas para

¹⁴⁴ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Ibidem*. p. 255-257.

¹⁴⁵ Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem destacam os reflexos jurídicos quanto à atividade ineficiente: “O descumprimento de tais imposições, extraídas dos do princípio da eficiência, ensejará ao menos três *consequências jurídicas* objetivas e bem definidas: (i) quanto aos *agentes públicos*, a inobservância dos mandamentos oriundos do dever de eficiência poderá implicar a sua *responsabilização pessoal*, nas esferas administrativa, civil e penal; (ii) quanto à *atividade* praticada, a sua desconformidade com os comandos emanados do princípio em referência resulta na sujeição do ato (ou procedimento) ao *controle interno* ou *externo*, que deve ser levado a efeito para corrigir a atuação administrativa ineficiente; (iii) quanto aos *terceiros* atingidos pelos efeitos da atividade, o sofrimento de prejuízos derivados da atuação violadora do princípio da eficiência importará a *responsabilização civil do Estado*, desde que estejam presentes os elementos configuradores do dever de reparar o dano”. (GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Ibidem*. p. 258.)

¹⁴⁶ Emerson Gabardo, ao tratar da compatibilidade entre Estado Eficiente e Estado Social, explica não ser possível admitir “qualquer espécie de ‘eficiência do Estado’, em uma democracia, que não seja aquela de proteção aos direitos fundamentais, notadamente os sociais”. (GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. São Paulo: Manole, 2003. p. 158).

preservar os direitos das futuras gerações. Trata-se do valor da sustentabilidade que precisa ser sopesado para identificar a eficiência ou não do agir administrativo.

Ao tratar da dificuldade de associação de consequências jurídicas ao emprego da sustentabilidade por parte do Estado, haja vista a falta de elementos teóricos que facilitem a sua operacionalização, Vanice Regina Lírio do Valle se reporta a dois vetores da economia: a equidade intergeracional e a eficiência dinâmica. O primeiro deles tem em vista uma noção mais ampla de sujeito constitucional “seja no sentido sugerido pelo reconhecimento do pluralismo como fenômeno contemporâneo, seja no sentido de vislumbrar os demais sujeitos que se apresentarão na perspectiva temporal futura”.¹⁴⁷ Já a eficiência dinâmica completa a consideração da dimensão futura, “com o reconhecimento de que a eficiência alocativa dos efeitos esperados de algum evento ou decisão podem se manifestar num futuro não imediato, o que estará a exigir a incorporação de variáveis que podem se apresentar nesse meio-tempo, como mudanças qualitativas nas condições iniciais, inovação e incerteza”. Desses referenciais, e enquanto balizas para análise em torno do agir administrativo eficiente, necessário que o agente público considere uma eficiência não estática. Vale dizer, a sustentabilidade de uma ação estatal deve ter em conta “que as condições originais da decisão, como *default*, não se mantêm, e que essa oscilação é de ser considerada para a formulação em si de um juízo de valor quanto à efetiva qualificação daquela ação como verdadeiramente eficiente”.¹⁴⁸

Na medida em que não há, *a priori*, um critério que permita abstratamente identificar o agir administrativo eficiente, compete ao agente público, no exercício de atividade discricionária, a necessidade de sopesar todo o plano de desenvolvimento nacional definido constitucionalmente, em suas regras e princípios e, especialmente quanto à eficiência, seus elementos conformadores, motivando adequadamente a opção eleita.¹⁴⁹

(c) *Direito fundamental à boa administração*

¹⁴⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. cit. p. 133-134.

¹⁴⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Ibidem. p. 134.

¹⁴⁹ “Se o fundamento de legitimidade da ação estatal passa a residir – à vista de sua subordinação finalística – em elementos não fechados sob o prisma do conteúdo, o controle do poder estará a exigir instrumentos que lhe permitam, *ainda que numa análise casuística*, a formulação desse mesmo juízo de valor. Esse é o quadro que repropõe o tema do planejamento, e sua interface com a garantia de uma ação estatal que se apresente aferível quanto aos resultados eficientes – e, portanto, passível de legitimação – numa perspectiva de garantia de sustentabilidade”. (VALLE, Vanice Regina Lírio do. Ibidem. p. 138.)

O direito fundamental à boa administração não encontra previsão expressa na Constituição de 1988. Sua existência pode ser colocada em xeque, seja pela ausência de uma disposição expressa nesse sentido no ordenamento jurídico pátrio, como por supostamente abrigar conteúdo atinente a outras posições jurídicas já reconhecidas, a exemplo da eficiência ou, ainda, pela carência de elementos que justifiquem sua jusfundamentalidade. A despeito desse cenário, o qual poderia lançar toda sorte de dúvida quanto a sua premência, postula-se não somente por sua existência, como especialmente por sua importância para a eficácia do modelo de desenvolvimento nacional sustentável, de conteúdo complexo, definido na Constituição.

Não há dúvida de que a Constituição, expressa (como o faz na enunciação dos princípios previstos no art. 37, *caput*) e implicitamente, já contém *valores jurídicos* que denotam um direcionamento para uma boa gestão, no sentido de ser adequada, moral, eficiente, que tenha em vista as razões fundamentais da República, dentre elas a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).¹⁵⁰ Aliás, como bem ressalva Daniel Wunder Hachem, “a existência de um dever de boa administração, decorrente de um princípio jurídico homônimo, não é algo novo. Trata-se de imposição que de há muito se reconhece como incidente sobre a atividade administrativa dos Estados permeados por uma racionalidade republicana”.¹⁵¹

Assim, se todo poder emana no povo, como expressamente reconhece a Constituição no parágrafo único do seu art. 1º, nada mais coerente que se imponha aos que representam os interesses do povo o exercício de seu múnus da forma mais transparente, adequada, moral e consonante aos interesses do próprio povo. Nesse sentido soa inquestionável um dever de boa administração, cuja *principiologia jurídica* deve reger a atuação da Administração Pública.

¹⁵⁰ Ao tratar do tema da boa administração enfrentado pela doutrina brasileira, Vanice Regina Lírio do Valle esclarece que a “produção de pensadores do Direito já admitia que administração – enquanto função estatal – só se pode qualificar como boa, se entendida na dinâmica própria desse mesmo caráter de função. Impessoalidade, eficiência, abertura à consensualidade; todos esses são atributos alusivos não a um ato ou contrato administrativo em si, mas à forma de desenvolvimento da atividade administrativa”. (VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 79).

¹⁵¹ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 263.

No entanto, como um *direito fundamental* concreto, a boa administração surge, de forma pioneira na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, em 2000.¹⁵² Seu art. 41 reforça uma série de direitos que, em verdade, já existiam: (i) direito de que os assuntos levados aos órgãos e instituições competentes sejam tratados de forma imparcial, equitativa e dentro de um prazo razoável (o que inclui direito da pessoa ser ouvida antes de que contra ela seja tomada medida que a afete desfavoravelmente; direito de que interesses legítimos de confidencialidade, segredo profissional e comercial sejam resguardados nas tratativas com a Administração; e direito de exigir da Administração a motivação de suas decisões); (ii) direito à reparação em caso de dano; (iii) direito a se dirigir a quaisquer das instituições da União Europeia em uma das línguas dos Tratados e ser respondido na mesma língua.

A despeito de o rol de direitos que abarca reforçar posições jurídicas já existentes, há uma novidade de relevância ímpar, qual seja a consagração do dever de boa administração enquanto um direito fundamental do cidadão,¹⁵³ o que sintetiza o direito a que o aparato estatal se desenvolva de modo a preservar os direitos fundamentais da pessoa, razão de ser de uma democracia.¹⁵⁴ Trata-se de um direito instrumental, destinado à defesa de outros direitos fundamentais.

E é justamente o fato de constituir um direito fundamental de suposto conteúdo aberto, fluído, sem uma característica própria, que torna sua existência, em si, objeto de polêmica na doutrina. Daniel Wunder Hachem, em capítulo de sua Tese de Doutorado, sintetiza as posições doutrinárias até então existentes, as quais se dividem quanto aos reflexos desse caráter aberto do conteúdo do direito à boa administração. As manifestações vão desde, percebendo um sentido negativo, visualizar nesse direito um risco para manifestações simbólicas/retóricas ou, mesmo, um entrave para a boa qualificação da Administração como direito fundamental suscetível de reclamação; como visualizando na abertura do conceito um aspecto positivo, a

¹⁵² HACHEM, Daniel Wunder. *Ibidem*. p. 264.

¹⁵³ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 33, jan./mar. 2012.

¹⁵⁴ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Ibidem*. p. 34.

vantagem de possibilitar abarcar outros fatores, relevantes conforme o tempo e espaço da análise.¹⁵⁵

Uma vez bem compreendido o postulado da boa administração, identificar-se-á, na realidade, que não existe propriamente ausência de autonomia. Não se deve confundir a literalidade da expressão – boa administração – ao conteúdo propriamente do direito. Aliás, caso se fosse adotar a nomenclatura desse direito como referência para definição do conteúdo pertinente se chegaria a um contrassenso. Afinal, uma Administração Pública sujeita, dentre outros postulados, ao princípio da eficiência, com todo o conteúdo já exposto no tópico anterior, não pode ser meramente boa, mas atuar de forma a atingir sempre o melhor padrão possível.¹⁵⁶ Em verdade, na medida em que se reconhece o caráter instrumental desse direito, percebe-se que ele detém um conteúdo próprio, que tem em vista propriamente a garantia quanto ao dever de agir do Estado em observância do regime de direitos e garantias fundamentais juridicamente instituído. Tal definição é delimitada e confere um caráter autônomo para o direito fundamental à boa administração. A conformação de princípios e direitos decorrentes que garante é que poderá variar conforme a ordem jurídica constitucional e infraconstitucional de cada Estado, sendo, nessa medida, de abordagem plural.

Esse direito sequer se confunde com o dever de eficiência administrativa. Nos moldes trabalhados no tópico anterior, o dever de eficiência se relaciona à análise dos meios disponíveis para que os resultados possam ser otimizados (produtividade, economicidade, celeridade, presteza, qualidade, continuidade e desburocratização) e à atenção para com o exercício adequado da função administrativa, prezando-se pela máxima efetividade dos direitos fundamentais envolvidos e pela análise em conformidade com todo o sistema jurídico incidente. Por outro lado, o dever de boa administração impõe ao agente público justamente o zelo para com todo esse conteúdo, dentre todas as outras garantias e direitos fundamentais oriundos do ordenamento jurídico pátrio. Importa dizer, o direito fundamental à boa administração instrumentaliza a garantia ao cidadão de que a Administração atuará em conformidade com todos os postulados que orientam o regime jurídico de Direito Público, não somente o da

¹⁵⁵ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 267.

¹⁵⁶ HACHEM, Daniel Wunder. *Ibidem*. p. 268.

eficiência administrativa. Exemplificativamente, ao responder uma petição de licitante, pode o agente público ser prestativo, fazê-lo de forma célere e assertiva. Porém, se do retorno dado não for possível ao licitante extrair com clareza a linha argumentativa adotada, inclusive estando ausente motivação adequada quanto ao desfecho da petição, terá o agente público lesionado o direito fundamental do licitante-cidadão a uma boa administração, que propicie a ele atuar e se manifestar, se assim entender pertinente.

Dessa forma, tem-se um direito de conteúdo autônomo, cuja conformação de princípios e direitos decorrentes que garante é que, como dito, poderá variar conforme a ordem jurídica constitucional e infraconstitucional, sendo, nessa medida, de abordagem plural.

No contexto europeu, há um fator fundamental no reconhecimento de um direito à boa Administração Pública como um direito fundamental autônomo: o resgate da posição de centralidade da pessoa para o Direito Administrativo¹⁵⁷, o que tornou premente a institucionalização de um direito fundamental autônomo, de caráter instrumental, que instituísse parâmetros para o posterior controle da Administração europeia.¹⁵⁸ Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, em obra exclusivamente dedicada ao estudo do direito à boa administração, destaca a posição de centralidade do indivíduo para o entendimento da vida pública. Esse indivíduo, “com sua determinada idade, seu grau de cultura e de formação, maior ou menor, com sua procedência concreta e seus interesses particulares, próprios, legítimos, é a quem a Administração Pública serve”.¹⁵⁹ Nesse estudo, o autor elenca vinte e quatro princípios que considera corolários do direito fundamental à boa Administração Pública¹⁶⁰ e ainda enumera trinta e um direitos

¹⁵⁷ “En fin, el reconocimiento a nivel europeo del derecho fundamental a la buena administración constituye, además, un permanente recordatorio a las Administraciones pública, de que su actuación ha de realizarse con arreglo a unos determinados cánones o estándares que tienen como elemento medular la posición central del ciudadanos. Posición central del ciudadanos que ayudará a ir eliminando de la praxis administrativas toda esa panoplia de vicios y disfunciones que conforman la llamada mala administración”. (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Op. cit. p. 43.)

¹⁵⁸ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 264.

¹⁵⁹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Direito fundamental à boa administração pública*. Tradução por Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 27.

¹⁶⁰ São eles: 1. Princípio da juridicidade; 2. Princípio do serviço objetivo aos cidadãos; 3. Princípio promocional; 4. Princípio da racionalidade; 5. Princípio da igualdade de trato; 6. Princípio da eficácia; 7. Princípio da publicidade das normas, dos procedimentos e da inteira atividade administrativa no marco do respeito à intimidade e às reservas que por razões acreditadas de confidencialidade ou interesse geral sejam pertinentes em cada caso, nos procedimentos para a expedição de atos administrativos; 8. Princípios da segurança jurídica, da previsibilidade e da certeza normativa; 9. Princípio da

subjetivos de ordem administrativa decorrentes do direito geral fundamental dos cidadãos a uma boa Administração Pública.¹⁶¹

No contexto brasileiro, ainda que não se encontre uma previsão expressa na Constituição da República de um direito fundamental à boa administração, entende-se que, da mesma forma que o direito fundamental ao desenvolvimento nacional sustentável, ele existe. Conforme já tratado, a Constituição da República, em seu art. 5º, §2º, reconhece que os direitos e garantias expressos em seu texto não excluem outros direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Disso, o sistema constitucional brasileiro oportuniza a identificação de outros direitos fundamentais, contanto que

proporcionalidade; 10. Princípio do exercício normativo do poder; 11. Princípio da imparcialidade e independência; 12. Princípio da relevância; 13. Princípio da coerência; 14. Princípio da boa fé; 15. Princípio da confiança legítima; 16. Princípio do assessoramento; 17. Princípio da responsabilidade; 18. Princípio da facilitação; 19. Princípio da celeridade; 20. Princípio da transparência e acesso à informação de interesse geral; 21. Princípio da proteção da intimidade; 22. Princípio da ética; 23. Princípio do devido processo; 24. Princípio da cooperação. (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Idem, p. 169-172.)

¹⁶¹ São eles: 1. Direito à motivação das atuações administrativas; 2. Direito à tutela administrativa efetiva; 3. Direito a uma resolução administrativa em prazo razoável; 4. Direito a uma resolução justa das atuações administrativas; 5. Direito a apresentar por escrito ou oralmente petições, de acordo com o que se estabeleça nas normas, nos registros físicos ou informáticos; 6. Direito a uma resposta oportuna e eficaz das autoridades administrativas; 7. Direito a não apresentar documentos que já estejam em poder da administração pública; 8. Direito a ser ouvido sempre antes de serem adotadas medidas que lhes possam afetar desfavoravelmente; 9. Direito de participação nas atuações administrativas em que tenham interesse, especialmente através de audiências e de informações públicas; 10. Direito a uma indenização justa nos casos de lesões de bens ou direitos como consequência do funcionamento dos serviços de responsabilidade pública; 11. Direito a serviços públicos e de interesse geral de qualidade; 12. Direito a escolher os serviços de interesse geral de sua preferência; 13. Direito a opinar sobre o funcionamento dos serviços de responsabilidade administrativa; 14. Direito a conhecer as obrigações e compromissos dos serviços de responsabilidade administrativa; 15. Direito a formular alegações em qualquer momento do procedimento administrativo; 16. Direito a apresentar queixas, reclamações e recursos perante a administração; 17. Direito a interpor recursos perante a autoridade judicial sem necessidade de esgotar a via administrativa prévia, de acordo com o estabelecido nas leis; 18. Direito a conhecer as avaliações dos entes públicos e a propor medidas para sua melhora permanente; 19. Direito de acesso aos expedientes administrativos que lhes afetem, no marco do respeito ao direito à intimidade e às declarações motivadas de reserva, que em todo caso deverão concretizar o interesse geral no caso concreto; 20. Direito a uma ordenação racional e eficaz dos arquivos públicos; 21. Direito de acesso à informação de interesse geral; 22. Direito a cópia autenticada dos documentos que apresentem à administração pública; 23. Direito a ser informado e assessorado em assuntos de interesse geral; 24. Direito a ser tratado com cortesia e cordialidade; 25. Direito a conhecer o responsável pela tramitação do procedimento administrativo; 26. Direito a conhecer o estado dos procedimentos administrativos que lhes afetem; 27. Direito a ser notificado por escrito ou através das novas tecnologias sobre as resoluções que lhes afetem no mais breve prazo de tempo possível, que não excederá cinco dias; 28. Direito a participar em associações ou instituições de usuários de serviços públicos ou de interesse geral; 29. Direito a atuar nos procedimentos administrativos através de representante; 30. Direito a exigir o cumprimento das responsabilidades do pessoal a serviço da administração pública e dos particulares que cumpram funções administrativas; 31. Direito a receber atenção especial e preferencial se se tratar de pessoas em situação de deficiência, crianças, adolescentes, mulheres gestantes ou adultos idosos, e em geral de pessoas em estado de desamparo ou de fragilidade manifesta”. (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Idem, p. 172-174.)

alinhados ao regime constitucional e internacional, de cujo conteúdo o Brasil seja signatário.

A jusfundamentalidade do direito à boa administração decorre, antes de tudo, do próprio princípio fundamental da dignidade da pessoa humana¹⁶² (sem prejuízo a igualmente encontrar fundamento no princípio da cidadania) e, ainda, como assevera Daniel Wunder Hachem, dos “objetivos de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de promoção do bem de todos (art. 3º, II e IV), além de relacionar-se intimamente com os princípios regentes da Administração Pública, expostos no *caput* do art. 37 (legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência)”¹⁶³

Além da dignidade da pessoa humana, o direito fundamental à boa administração encontra fundamento, como pontuado por Eurico Bitencourt Neto, no princípio do Estado Democrático de Direito. Afinal, quando se fala em Estado democrático, “necessário sublinhar as dimensões da democracia que instrumentalizem o respeito à dignidade da pessoa humana, sendo especialmente relevante sua incidência no exercício da função administrativa do Estado sob a forma de procedimento administrativo”. Este postulado pressupõe a vedação à instrumentalização do ser humano e impõe a adoção do correto processo administrativo, participativo, como garantia da dignidade da pessoa humana, sendo possível visualizar no procedimento administrativo um “veículo de garantia do respeito à dignidade da pessoa humana e meio de manifestação da democracia administrativa”¹⁶⁴⁻¹⁶⁵

¹⁶² Tal como trabalhado no tópico 1.1, nem todo direito fundamental encontra previsão expressa na Constituição, podendo compreender um direito decorrente de norma *adscriita*. Eurico Bitencourt Neto, reconhecendo essa realidade, alerta, porém, que a matriz do direito fundamental deve encontrar amparo na dignidade da pessoa humana. Veja-se: “A nota de fundamentalidade material é elemento essencial da abertura do sistema de direitos fundamentais, demonstrando a centralidade de seu conteúdo na regulação da estrutura do Estado e da sociedade e, em especial, na tutela da pessoa humana e no respeito à sua dignidade, já que a decorrência jurídica da noção de dignidade da pessoa humana é o dever de respeito e tal respeito tem nos direitos fundamentais sua expressão instrumental mais relevante. Daí que a vinculação direta ou indireta ao princípio da dignidade da pessoa humana é dado inafastável da fundamentação adequada de uma norma *adscriita* de direito fundamental”. (BITENCOURT NETO, Eurico. Há um direito fundamental à boa administração pública? In: GODINHO, Helena Telino Neves; FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros (Coords.). **Direito constitucional em homenagem a Jorge Miranda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 159.)

¹⁶³ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 271.

¹⁶⁴ BITENCOURT NETO, Eurico. Op. cit. p. 162.

¹⁶⁵ Essa mesma racionalidade é abordada por Graciela Ruocco. Nesse sentido, ver RUOCCO, Graciela. La “buena administración” y el “interés general”. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 33-34, jul./set. 2012.

É partir das normas constitucionais apresentadas que se encontra a jusfundamentalidade do direito à boa administração. Mostra-se impreterível à proteção e promoção da pessoa humana e ao respeito de sua dignidade, o direito a um aparato estatal adequado a responder, com todas as garantias fundamentais consignadas no ordenamento jurídico pátrio, a exemplo de um prazo razoável de resposta, da devida motivação das decisões administrativas, dentre tantos outros direitos e princípios decorrentes, seus legítimos questionamentos. Um parâmetro concreto de conteúdo do direito fundamental à boa administração pode ser extraído da Carta Iberoamericana dos Direitos e Deveres do Cidadão em Relação com a Administração Pública, aprovada em 10 de outubro de 2013 pelo *Centro Latinoamericano de Administración para El Desarrollo* (CLAD).¹⁶⁶

Daniel Wunder Hachem destaca três justificativas para o reconhecimento de um direito fundamental à boa administração no cenário brasileiro, sendo uma de natureza simbólica e as outras de natureza jurídica. Quanto à natureza simbólica, Hachem resgata justamente a evidência de compreender a pessoa a razão de ser da atuação administrativa. Nas palavras do autor, o direito fundamental à boa administração “altera o foco da análise jurídico-política da relação entre cidadão e Administração, deslocando-o desta para aquele e acentuando com isso o caráter serviente do Poder Público para com a pessoa humana”. Relativamente à primeira justificativa jurídica, tem-se que “dele podem ser deduzidas pretensões jusfundamentais que não se encontram explicitamente enunciadas no texto da Constituição”. O autor cita como exemplos os direitos à proteção da confiança legítima e da boa-fé, enquanto barreira à prerrogativa da Administração para anular atos viciados dos quais decorram efeitos favoráveis aos seus destinatários. Por derradeiro, a terceira justificativa jurídica materializa a possibilidade que esse direito fundamental enseja de “tornar exigível – seja pelo cidadão, seja por agrupamentos determinados ou indetermináveis – o cumprimento dos princípios constitucionais que regem a função administrativa”. Esse último elemento abriga uma consequência relevante, qual seja o fato de que se tem um direito

¹⁶⁶ Centro Latinoamericano de Administración para El Desarrollo (CLAD). **Carta iberoamericana dos direitos e deveres do cidadão em relação com a administração pública**. Disponível em: <<http://old.clad.org/documentos/declaraciones/Carta%20Iberoamericana%20de%20los%20deberes%20y%20derechos%20-%20documento%20aprobado.pdf/view>>. Acesso em: 09 de jan. 2015.

fundamental que independe de “concretização legal ou regulamentar do seu conteúdo específico para autorizar a sua invocação”.¹⁶⁷

Em relação a esse último aspecto, há um fator interessante a ser explorado, qual seja, diversamente da Carta de Nice, que ao expor o conteúdo do direito fundamental à boa administração delimitou os aspectos pertinentes, uma leitura do direito fundamental à boa administração consoante ao ordenamento jurídico brasileiro delata uma série de outras decorrências que passam a ser exigíveis da Administração. Em outros termos, “a tratativa nacional foi muito além no que tange ao estabelecimento de parâmetros e deveres de atuação administrativa e das respectivas garantias dos cidadãos para assegurar a sua observância pelo aparelhamento estatal”.¹⁶⁸

E, dentre essas garantias, tem-se justamente a submissão do agir administrativo para com o modelo de desenvolvimento delimitado na Constituição, de conteúdo complexo, e estreitamente vinculado à sustentabilidade. O reconhecimento de um direito fundamental à boa administração vem ao encontro do repensar do princípio da legalidade enquanto dever de juridicidade, na medida em que pressupõe a superação da visão formalista de gestão, impondo ao agir administrativo a observância de postulados fundamentais, embora intrínsecos ao ordenamento jurídico pátrio, que encontram na pessoa, presente e futura, a razão de ser da Administração Pública.¹⁶⁹

Em matéria de processos de contratação pública, o dever de boa administração se manifesta na atenção para com os particulares que negociam com a Administração; na resposta fundamentada de impugnações, pedidos de esclarecimento e respostas a recursos; no comprometimento, na medida do possível, para com o retorno mais rápido a petições; no trato respeitoso para com os cidadãos interessados em acompanhar os procedimentos licitatórios; na condução de procedimentos transparentes, escorreitos, que evidenciem o comprometimento do agente público para com a moralidade e boa-fé etc. De outro vértice, tal dever se evidencia não apenas em relação aos particulares envolvidos nos processos de contratação, mas aos cidadãos em geral. Nesse sentido, é

¹⁶⁷ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 272-274.

¹⁶⁸ HACHEM, Daniel Wunder. *Ibidem*. p. 271.

¹⁶⁹ “Creemos que el concepto de buena administración responde a las posturas más recientes del derecho administrativo, caracterizadas por el intento de superar la visión estrictamente formal que legitima la Administración para el mero cumplimiento neutral y objetivo de la norma que le otorga las potestades de actuación, y poner el énfasis en la voluntad de situar a la persona en el centro de la preocupación de las normas que ordenan la actividad administrativa”. (RUOCCO, Graciela. *Op. cit.* p. 32-33.)

consoante ao dever de boa administração pública o dever de planejamento a longo prazo das demandas estatais, sopesando-se o emprego eficiente de recursos públicos; o dever de desenvolvimento de melhores mecanismos de gestão transparente (*accountability*) e participativa, bem com a consideração das políticas públicas vigentes de fomento ao desenvolvimento nacional sustentável. Tal como salienta Juarez Freitas, “a ressignificação das licitações e dos contratos administrativos, informados pelo direito fundamental à boa administração, conduz à adoção obrigatória dos critérios de sustentabilidade, em todos os Poderes e no Estado inteiro”.¹⁷⁰

O atendimento a esse modelo complexo de desenvolvimento delimitado na Constituição nada mais sintetiza para o gestor público senão o exercício da função administrativa, a qual não pode ser concebida de outro modo senão quando desenvolvida de forma comprometida com os valores decorrentes da posição de centralidade da pessoa no atual Direito Administrativo. Nesse contexto, o direito fundamental à boa administração surge como a materialização de uma garantia ao cidadão para o esmerado exercício da função administrativa. Um direito de índole instrumental,¹⁷¹ que tem em vista a garantia aos cidadãos de comprometimento para com o exercício da função administrativa, que assuma a complexidade que se apresenta o agir administrativo, enfrentando possíveis entraves de “déficit técnico para o trato de temas de alta complexidade, os riscos da tecnocracia desconectada por vezes com a realidade das coisas e o pensamento do possível”.¹⁷² Conforme assevera Juarez Freitas, o “maior inimigo mora nos desvios cognitivos e emotivos que turbam a qualidade das

¹⁷⁰ FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, nov./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=76861>>. Acesso em: 11 junho 2012.

¹⁷¹ Explica Vanice Regina que “o reconhecimento de um direito ao adequado desenvolvimento da função administrativa – que, como se sabe, concretiza as deliberações políticas dos demais poderes – expressa uma faceta de garantia aos direitos fundamentais diretamente relacionados à dignidade da pessoa humana; e nesse sentido, pode ser tido como direito igualmente fundamental, ainda que de índole instrumental”. (VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 81).

¹⁷² E continua a autora: “A partir do reconhecimento de que a regulação e o fomento não se possam verificar adequadamente num cenário de encapsulamento da administração, abdicando do potencial de contribuição dos demais atores e destinatários de sua atuação institucional, no campo da administração, preconizou-se o incremento da governança. Tendo em conta a mesma preocupação, o direito, no uso do código que lhe é próprio, afirma a existência de um direito fundamental à boa administração”. (VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ibidem*. p. 83).

decisões. Entretanto, se o desafio é complexo, daí não segue qualquer impossibilidade paralisante de construção da governança ética”.¹⁷³

E um ponto nodal, a versatilidade da sociedade, das mudanças culturais, das necessidades socioeconômicas, impõe à Administração Pública um dever de aprimoramento constante e aberto.

O que é bom hoje pode não ser amanhã, ou pode se apresentar um modelo melhor. Por conta disso, juridicizar “boa administração não pode jamais significar uma ruptura, ou pretensão de estabilização de um conceito que repudia visceralmente a cristalização, exigindo, ao contrário, adaptação permanente, resiliência”.¹⁷⁴ Justamente por isso, imprescindível o engajamento das estruturas administrativas na constante consecução desse fim de boa gestão,¹⁷⁵ para o que se mostra salutar, conforme adverte Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono, o compromisso para com uma organização administrativa aberta, permeável aos pareceres da cidadania em geral e de fácil acesso.¹⁷⁶

¹⁷³ FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, nov./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCnd=76861>>. Acesso em: 11 junho 2012.

¹⁷⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 99.

¹⁷⁵ Recentemente o Tribunal de Contas da União elaborou um “Referencial de Governança”, destinado a sintetizar algumas noções envolvendo melhoria da governança e da gestão no contexto do setor público. O documento está disponível para consulta em <<http://www.tcu.gov.br/governanca>>.

¹⁷⁶ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. Op. cit. p. 67.

2 PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FINALIDADE DOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

No capítulo anterior, verificou-se que para atender ao modelo de desenvolvimento complexo instituído pela Constituição de 1988 faz-se necessário um ressignificar da atividade administrativa. Viu-se que um dos interesses caros à sociedade atual tem em vista o desenvolvimento sustentável, a garantia de condições sociais, econômicas e ambientais equilibradas que satisfaçam as necessidades e interesses da população, preservem os recursos naturais e que resguardem esses mesmos direitos para as futuras gerações.

Mais do que isso, tratou-se de diversos aspectos do modelo de desenvolvimento vigente, os quais passam pelas mais diferentes searas, a exemplo da espacial, social, econômica, ambiental, cultural e de gerenciamento da máquina pública.

Quanto a esse último ponto – gerenciamento da máquina pública – viu-se que uma gestão pública sustentável pressupõe transpor algumas *crises de percepção*, especialmente um repensar dos princípios da legalidade, da eficiência e do direito fundamental à boa administração. A atuação administrativa é vinculada ao ordenamento jurídico, ao encontro e concretização de medidas consonantes às regras e princípios vigentes, atenta ao princípio da eficiência em sentido amplo, que abarca a eficácia e a eficiência *stricto sensu*. Deve estar preocupada com o direito fundamental dos cidadãos a uma Administração Pública de qualidade, por meio da excelência na gestão pública, atenta à melhor utilização possível dos recursos disponíveis para a maximização dos objetivos definidos para o plano de desenvolvimento nacional.

A análise a ser enfrentada no Capítulo 2 tem em vista identificar os processos de contratação pública como ferramentas na concretização desse plano de desenvolvimento nacional sustentável complexo.

A Medida Provisória nº 495/2010, posteriormente convertida na Lei nº 12.349/10, inaugurou “novos” objetivos para os processos de contratação pública. A partir de então, o *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/93 foi alterado para garantir, juntamente aos primados da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

A expressão “novos”, entre aspas, é propositada. Ora, a partir do modelo de desenvolvimento descrito no Capítulo 1, e especialmente considerando que todo contrato celebrado pela Administração Pública tem como impreterível finalidade a satisfação de interesses públicos, devidamente definidos e motivados esses últimos em observância do ordenamento jurídico aplicável, nenhuma irregularidade se verificaria na discriminação de uma solução que adotasse critérios sustentáveis, mesmo antes da alteração do art. 3º da Lei nº 8.666/93.¹⁷⁷⁻¹⁷⁸

A alteração do *caput* do art. 3º da Lei de Licitações veio apenas sacramentar que, dentre as finalidades dos processos de contratação, igualmente deve estar o desenvolvimento nacional sustentável, norma geral a ser observada por todos os “órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios” (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93).

A partir desse, não novo, mas enfatizado paradigma,¹⁷⁹ a doutrina passou a discorrer sobre as denominadas licitações sustentáveis ou, como preferem alguns, licitações verdes, positivas, dentre outras nomenclaturas.¹⁸⁰ Para a análise que se

¹⁷⁷ Rafael Valim, quanto ao ponto, expõe que “repentinamente” foi descoberta a sustentabilidade nas contratações públicas, não obstante fosse obrigatória para a Administração Pública já há algum tempo. (VALIM, Rafael. La contratación pública sostenible em Brasil. In: PERNAS GARCÍA, J. José; VALIM, Rafael (Dir.). **Contratación pública sostenible: una perspectiva ibero-americana**. La Coruña: Bubok Publishing S. L., 2015. p. 252.)

¹⁷⁸ “Neste contexto, o art. 13, III, da Lei nº 6.983/81 – que estatui que o Poder Executivo incentivará as atividades voltadas ao meio ambiente com iniciativas que propiciem a racionalização do uso de recursos ambientais – e o art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93 – preceituando a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração – deveriam (mesmo antes das alterações introduzidas na Lei nº 8.666/93 pela Lei nº 12.349/10) ser interpretados conjuntamente com as diretrizes constitucionais referidas e à luz dos princípios 8 e 15 da Declaração do Rio 1992. Com o advento da previsão legislativa expressa estabelecendo que a licitação destina-se a garantir a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, formalmente o direito brasileiro fixou regramento geral que enfatiza o papel do Estado como consumidor em prol da sustentabilidade, em consonância com o princípio 8 da Declaração do Rio.” (VILLAC, Teresa. Direito internacional ambiental como fundamento principiológico e de juridicidade para as licitações sustentáveis no Brasil. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (Coords.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 53.)

¹⁷⁹ “Embora o tema conste da CF/88 há 23 anos, raros segmentos da Administração Pública brasileira se animaram a descerrar-lhe o sentido e a promover-lhe efetiva aplicação em sua atividade contratual, nessas duas décadas. A Lei nº 12.349/10 terá transformado em dever jurídico o que antes dela não passava de apelo politicamente correto, dever esse que cobrará a responsabilidade dos administradores públicos, por isto que impende conhecê-lo e bem praticá-lo”. (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 370.)

¹⁸⁰ A título meramente exemplificativo, veja-se a definição trabalhada por Juarez Freitas: “[...] são os procedimentos administrativos por meio dos quais um órgão ou entidade da Administração Pública

propõe, opta-se pela expressão processos de contratação pública sustentáveis. Tal designação tem em vista duas facetas elementares das contratações públicas e da sustentabilidade: o aprimoramento da máquina administrativa e, a outra, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável por meio das contratações públicas, sejam elas decorrentes de certame licitatório, dispensa ou inexigibilidade de licitação.¹⁸¹

Quanto ao aprimoramento da máquina administrativa, não se pode deixar de frisar que para o plano de desenvolvimento nacional definido na Constituição compreende condição não apenas fomentar o desenvolvimento sustentável, mas, igualmente, aplicá-lo no ambiente administrativo. Renato Cader da Silva, Secretário de Administração do Ministério Público Federal, alerta que, muito embora o dever de sustentabilidade, sobretudo no tripé social, econômico e ambiental, esteja cada vez mais sendo disseminado na sociedade, ainda há “burocratas, tomadores de decisão, políticos, formadores de opinião, entre outros atores, utilizando ou interpretando o conceito de forma equivocada, com uma visão reducionista ambiental”. E o que é pior, ao “mesmo tempo em que reduzir o conceito ao tripé faz com que passe despercebida a dimensão político-institucional, que merece ser destacada”.¹⁸²

Sob esse prisma, é preciso, além de promover o planejamento adequado e engajado para o uso racional de recursos naturais, reduzir também entraves burocráticos que tornam os processos de contratação demasiado custosos; repensar a organização administrativa a fim de que setores direta e indiretamente envolvidos nas contratações

convoca interessados – no seio de certame isonômico, probo e objetivo – com a finalidade de selecionar a melhor proposta, isto é, a mais sustentável, quando almeja efetuar pacto relativo a obras e serviços, compras, alienações, locações arrendamentos, concessões e permissões, exigindo, na fase de habilitação, as provas indispensáveis para assegurar o cumprimento das obrigações avençadas”. (FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 257.)

¹⁸¹ “A contratação pública é uma realidade jurídica ampla, que compreende o planejamento do que se quer contratar, a seleção da melhor proposta e, por fim, a execução e gestão do contrato propriamente dito. A expressão ‘contratação pública’ é mais ampla do que o sentido que revela a palavra ‘contrato’. A realidade do contrato administrativo está inserida no contexto do que denominamos contratação pública. Dito de outra forma, o contrato é uma das fases da contratação pública; as outras fases são a interna (planejamento e definição das regras – edital) e a externa (seleção da proposta, que ocorre por meio da licitação, dispensa ou inexigência). É equivocado usar a palavra ‘licitação’ para qualificar toda a realidade da contratação pública, como acontece há décadas, porque **a licitação é apenas uma das formas de realizar a fase externa do processo de contratação pública**, nada mais do que isso”. (MENDES, Renato Geraldo. **O processo de contratação pública: fases, etapas e atos**. Curitiba: Zênite, 2012. p. 23. Destaques no original.)

¹⁸² SILVA, Renato Cader da. **Compras compartilhadas sustentáveis**. Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/paginas/artigos/compras-compartilhadas-sustentaveis>>. Acesso em: 08 set. 2015.

participem de processo coeso, integrado, eficiente e eficaz de planejamento;¹⁸³ combater patrimonialismos, tráfico de influências, omissivismos e mercenarismos;¹⁸⁴ aprimorar a capacitação dos envolvidos para que cada dia mais estejam preparados para enfrentar e solucionar os entraves complexos com que se deparam todos os dias; dentre tantas outras diretrizes que, em última análise, apenas têm em vista o direito fundamental do cidadão a uma boa gestão pública, comprometida com o valor da sustentabilidade. Ou seja, concretizar o plano de desenvolvimento nacional sustentável definido na Constituição da República pressupõe não apenas adotar os processos de contratação como instrumentos para políticas públicas de fomento social, econômico, de preservação ambiental, dentre outros. Intrinsecamente relacionado está também o desenvolvimento sustentável da própria gestão pública nacional.

Quanto ao emprego de critérios sustentáveis nas contratações públicas, passados quase cinco anos da alteração da Lei nº 8.666/93, é clarividente a existência de grandes dificuldades nesse sentido. Como pontualmente colocado por Rafael Valim, do ponto de vista dogmático-jurídico, chama a atenção a eficácia do princípio do desenvolvimento sustentável e das regras que intencionam concretizá-lo nas licitações, seja nas suas etapas, seja na execução contratual.¹⁸⁵ O professor Juan José Pernas García, em diagnóstico das contratações públicas ecológicas na Europa, destaca quatro dificuldades cruciais para a implantação dessas políticas públicas, fatores os quais, a

¹⁸³ Sobre esse aspecto, comenta Renato Cader da Silva: “A despeito do avanço no arcabouço jurídico orientado para as contratações sustentáveis no Brasil existente nos últimos anos, é notável a necessidade de mudança de cultura, valores, comportamentos arraigados nas organizações públicas, ainda incompatíveis com o novo paradigma que se pretende construir. É fundamental que as instituições públicas tenham uma visão integrada e, sobretudo, atuem com essa perspectiva, perseguindo os objetivos de compras com mais qualidade e ao mesmo tempo otimizando o uso de seus recursos humanos, logísticos, orçamentários e de tecnologia da informação.” (SILVA, Renato Cader da. Op. cit.)

¹⁸⁴ Juarez Freitas trata desses quatro vícios políticos como entraves a serem combatidos para o desenvolvimento nacional sustentável. Conforme explica o autor, o patrimonialismo, vício político secular, “significa o uso do poder como se fosse máquina privada”, “apoderam-se do Estado como se fosse um aparelho tecnocrático, espécie de engrenagem de préstimos secundários, a serviço de mesquinhos propósitos pessoais ou grupusculares”. Diretamente relacionado ao patrimonialismo está o tráfico de influências, “no encaixe da vantagem ilícita”. Outro vício a ser suplantando é o omissivismo. Juarez destaca que “para alcançar o Estado Sustentável, mais do que debater sobre o seu tamanho (paradoxalmente, excessivo e pequeno), cumpre não compactuar com a omissão danosa, especialmente em áreas nevrálgicas, tais como a saúde preventiva e a educação de qualidade”. Trata-se de “praga a ser combatida com o protagonismo pensado, capaz de sopesar e avaliar, com senso de antecipação, as consequências, próximas e remotas, do agir e do não agir”. Finalmente, a sustentabilidade “exige honesto compromisso com as reais prioridades do desenvolvimento durável, daí porque não se coaduna com a mercenarização da política demagógica, que consiste em fazer do poder econômico o substitutivo do debate público”. (FREITAS, Juarez. Op. Cit. p. 180-188.)

¹⁸⁵ VALIM, Rafael. Op. cit. p. 252.

exemplo de Rafael Valim¹⁸⁶, entende-se inteiramente aplicável ao Brasil: (i) o desconhecimento dos benefícios econômicos das contratações sustentáveis e uma percepção equivocada da magnitude dos custos; (ii) a falta de clareza jurídica sobre as possibilidades de integrar considerações ambientais. Nas palavras de Juan José Pernas García, os órgãos de contratação não gozam da segurança jurídica suficiente na hora de integrar os critérios ambientais nos procedimentos de planejamento e adjudicação; (iii) ausência de informações e ferramentas para as “contratações públicas verdes”, de estruturas de formação adequadas e de conhecimento, assim como a ausência de critérios de contratação pública verdes fáceis de aplicar¹⁸⁷; (iv) a disparidade entre os procedimentos e critérios das contratações públicas verdes em diferentes partes da União Europeia conduz a um aumento dos custos administrativos, em particular para as micro e pequenas empresas, prejudicando o mercado interno. Em tempo, o apoio político não é suficiente, o que reduz o volume de recursos para esta finalidade.¹⁸⁸ Muito embora a análise proposta pelo professor Juan José Pernas García estivesse focada em aspectos ambientais, entende-se que todas as suas anotações aplicam-se indistintamente, seja o foco da política pública a sustentabilidade ambiental, social, econômica, espacial, tecnológica etc.

E, nesse aspecto, o desenvolvimento na gestão pública e a eficácia das políticas públicas para o desenvolvimento sustentável volta-se, novamente, para necessidade de uma análise complexa e intrinsecamente relacionada. Para tanto, há três reflexões que precisam ser realizadas: 2.1. repensar o tradicional conceito de vantajosidade como a seleção da proposta mais vantajosa em condições isonômicas; 2.2. compreender em que medida os processos de contratação podem ser interessantes instrumentos para o implemento de políticas públicas de fomento ao desenvolvimento nacional sustentável; e 2.3. sopesar a relevância do poder normativo da Administração para a eficácia das políticas públicas objetivando o desenvolvimento nacional sustentável.

¹⁸⁶ VALIM, Rafael. Idem.

¹⁸⁷ “Esta es quizás el gran lastre que está ralentizando la integración de las consideraciones ambientales. Existen importantes carencias metodológicas y de conocimiento en el ámbito del cálculo del coste de las externalidades y del ciclo de vida de los productos. Tampoco ayuda el hecho de que no se ha fomentado de forma adecuada el intercambio de información y de experiencias entre las autoridades regionales y locales”. (PERNAS GARCÍA, Juan José. Apuntes introductorios sobre la contratación pública verde em Europa y em España. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 128.)

¹⁸⁸ PERNAS GARCÍA, Juan José. Op. cit. p. 127 e 128.)

2.1 FINALIDADE DA LICITAÇÃO: REDIMENSIONANDO O TRADICIONAL CONCEITO DE VANTAJOSIDADE COMO A SELEÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA EM CONDIÇÕES ISONÔMICAS

Na forma do art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93, alterado pela Lei nº 12.349/2010, 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”.

A garantia do tratamento isonômico é que determina a realização de licitação, impõe o dever de motivação em relação à definição objetiva da solução, da fixação dos critérios de habilitação e de seleção das propostas. Importa dizer, o dever quanto ao tratamento isonômico se faz presente em dois momentos: ao especificar a solução, requisitos de habilitação e de aceitabilidade das propostas e, segundo, no procedimento propriamente em que se elegerá a melhor proposta.¹⁸⁹ É em razão do potencial interesse de uma diversidade de particulares, bem como da possibilidade de se definir critérios objetivos para a disputa (envolvendo a definição do objeto, fixação das condições de habilitação e de aceitabilidade das propostas) que a licitação se mostra exigível.¹⁹⁰ Justamente por isso, como bem esclarece Renato Geraldo Mendes, a “finalidade da licitação não é garantir a igualdade, pois esse é o seu pressuposto”.¹⁹¹ Da mesma forma, coloca Joel de Menezes Niebuhr que a isonomia é a causa da licitação, fundamento que

¹⁸⁹ Ver JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 451.

¹⁹⁰ A respeito da necessidade de definir critérios objetivos de julgamento, esclarece Renato Geraldo Mendes: “Para assegurar tratamento isonômico, é preciso também que o critério de julgamento seja objetivo, sob pena de a igualdade ser violada por preferência de ordem pessoal (subjetiva). Mas a garantia de assegurar tratamento isonômico não depende apenas do querer e da predisposição, mas de outras condições ou variáveis que fogem ao nosso controle. Para que haja igualdade de tratamento, é fundamental que a escolha do parceiro da Administração ocorra mediante critério objetivo, do contrário, o tratamento isonômico estará comprometido. Portanto, se não for possível definir um critério de julgamento objetivo, a licitação não deve ser realizada. E a razão é simples: o pressuposto da licitação é a igualdade. Ora, se o pressuposto não pode ser assegurado, o dever deixará de existir. Essa é a lógica que norteia a ordem jurídica. A impossibilidade de definir o critério objetivo não deve ser confundida com a inaptidão de um agente determinado. Inaptidão pessoal é uma coisa, impossibilidade é outra, pois esta não decorre da imperícia de A ou de B, mas da incapacidade humana, ou seja, de uma condição que atinge a todos.” (MENDES, Renato Geraldo. **LeiAnotada.com**. Lei nº 8.666/93, nota ao art. 3º, *caput*, categoria Doutrina. Disponível em: <<http://www.leianotada.com>>. Acesso em: 07 set. 2015.)

¹⁹¹ MENDES, Renato Geraldo. **O processo de contratação pública: fases, etapas e atos**. Curitiba: Zênite, 2012. p. 29.

lhe dá origem e a torna obrigatória, e não finalidade como leva a entender a literalidade do art. 3º, *caput*, da Lei de Licitações.¹⁹²

Ainda, importante observar que toda condição de descrição da solução, de definição dos critérios de habilitação ou de aceitabilidade das propostas é restritiva e, nesse sentido, potencialmente lesiva à isonomia. Porém, apenas serão ilegítimas as discriminações restritivas injustificadamente, arbitrárias, que não estejam devidamente amparadas em interesse público motivado.¹⁹³⁻¹⁹⁴ Em verdade, a isonomia “exige que tanto o critério diferenciador escolhido como o resultado atingido sejam compatíveis com a ordem jurídica e com os valores constitucionais. A propósito de diferenciar as situações ou escolher uma providência adequada, não é possível infringir a ordem jurídica”.¹⁹⁵

Por outro lado, com a licitação, procedimento de disputa isonômico, objetiva-se selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. A finalidade da licitação,¹⁹⁶ portanto, é “a seleção da proposta mais vantajosa, a fim de melhor satisfazer o interesse público, que, no final das contas, é o propósito de tudo que faz a Administração Pública”.¹⁹⁷

A celeuma gira em torno de identificar o que é a proposta mais vantajosa. Evidentemente, uma das diretrizes a serem observadas em decorrência do regime jurídico de Direito Público compreende o princípio da economicidade. Por ele, seguindo

¹⁹² NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 37.

¹⁹³ Também, nesse sentido, Renato Geraldo Mendes explica que “toda condição imposta no edital tem a potencialidade de estabelecer restrição, ou seja, é capaz de impedir que quem não a atenda fique afastado da disputa. Assim, o problema não está na eventual restrição que determinadas condições impõem ao certame, mas na ausência de justificativa técnica para a sua adoção”. (MENDES, Renato Geraldo. **LeiAnotada.com**. Lei nº 8.666/93, nota ao art. 3º, 1º, categoria Doutrina. Disponível em: <<http://www.leianotada.com>>. Acesso em: 07 set. 2015.)

¹⁹⁴ “Há equívoco em supor que a isonomia veda diferenciação entre os particulares para contratação com a Administração Pública. Quando a Administração escolhe alguém para contratar, está efetivando uma diferenciação entre os interessados. Não se admite, porém, a discriminação arbitrária, produto de preferências pessoais e subjetivas do ocupante do cargo público. A licitação consiste em um instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na seleção do contratante.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 451.)

¹⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Ibidem*. p. 171.

¹⁹⁶ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a “licitação, nos termos do que hoje estabelece a legislação, visa a alcançar um triplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto), assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares e concorrer para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 530.)

¹⁹⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Op. cit.* p. 35.

a perspectiva tradicional de análise do conceito, necessário à Administração ter parcimônia nos gastos públicos, procurando atender suas necessidades e interesses pelo menor dispêndio possível ao Erário, especialmente considerando as políticas de redução de custos e cortes orçamentários. Porém, não se pode perder de vista que, na definição da solução a ser contratada há uma multiplicidade de fatores a serem sopesados a fim de se eleger a opção de melhor custo-benefício. Tais fatores vão desde custos indiretos¹⁹⁸ relacionados ao objeto a ser pactuado como manutenção, seguro, atualizações, como a análise do ciclo de vida do produto¹⁹⁹, e o potencial da solução para influenciar na diretriz legal e constitucional relacionada ao desenvolvimento nacional sustentável.

Não se pode perder de vista, nesse ponto, que, entre os elementos que compõem a eficiência administrativa, conforme trabalhado no tópico 1.3 do Capítulo 1, com amparo na doutrina de Daniel Wunder Hachem e Emerson Gabardo, estão justamente o esmero no exercício da função administrativa, cujo múnus pressupõe considerar todo o conjunto de regras e princípios inerente ao sistema constitucional e infraconstitucional vigente e, ainda, a maximização dos direitos fundamentais dos cidadãos. Logo, também o dever de eficiência administrativa impõe ao agente público, ao analisar a vantajosidade de determinada solução, sopesar sua potencialidade para atender o direito fundamental dos cidadãos a um desenvolvimento nacional sustentável. Afinal, se “as licitações devem ser eficientes, devem ser processos aptos a garantir o cumprimento dos princípios constitucionais, todos eles, assim como conferir efetividade

¹⁹⁸ Marçal Justen Filho, ao trabalhar a análise de custos indiretos, cita o exemplo da compra de impressoras. “Um ângulo fundamental reside no custo do toner. A utilização de uma impressora pressupõe o consumo de toner. Não é razoável tomar em vista apenas o custo direto da impressora para determinar a seleção da proposta mais vantajosa. Em muitos casos, os fabricantes adotam uma forma de ‘subsídio cruzado’, consistente em reduzir o preço da impressora e elevar o preço do toner. Portanto, o valor a menor desembolsado na aquisição da impressora será compensado pelo montante mais elevado do toner”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 82.)

¹⁹⁹ “Ciclo de vida (ou análise do ciclo de vida): consiste no exame do ciclo de vida de um produto, processo, sistema ou função, visando identificar seu impacto ambiental, no decorrer de sua ‘existência’, que inclui desde a extração do recurso natural, seu processamento para transformação em produto, transporte, consumo/uso, reutilização, reciclagem, até disposição final. É comum utilizar-se a figura de linguagem ‘do berço ao túmulo’, para exemplificar o conceito”. (BIDERMAN, Rachel et al. **Guia de compras públicas sustentáveis: uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável**. 2. Ed. Disponível em: <http://archive.iclei.org/fileadmin/user_upload/documents/LACS/Portugues/Servicos/Ferramentas/Manuals/Compras_publicas_2a_ed_5a_prova.pdf>. Acesso em: 08 set. 2015. p. 26.)

aos direitos fundamentais, possibilitando-se, portanto, a concreção de políticas públicas”.^{200_201}

Daí segue definição proposta por Juarez Freitas no sentido de que “*a proposta mais vantajosa será sempre aquela que se apresentar a mais apta a gerar, direta ou indiretamente, o menor impacto negativo e, simultaneamente, os maiores benefícios econômicos, sociais e ambientais*”. Sugere o autor que o sistema de avaliação de custos seja reformulado, de modo a incluir custos indiretos que hoje são negligenciados, “no intuito de estimar os dispêndios futuros a serem efetuados em função de previsíveis impactos sistêmicos das decisões administrativas tomadas”.^{202_203}

A partir dessa análise ampla de apuração de custos, que considera não apenas o dispêndio direto, mas custos adicionais indiretos e, igualmente, externalidades negativas²⁰⁴ (impactos prejudiciais ao desenvolvimento sustentável social, econômico e ambiental), que se diz que a proposta mais vantajosa à Administração compreende aquela que retrata a relação de melhor custo-benefício.²⁰⁵ Nas palavras de Egon

²⁰⁰ FRANCO, Caroline da Rocha. Licitações ecoeficientes e as políticas públicas ambientais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 280, jan./mar. 2013.

²⁰¹ Seguindo essa mesma racionalidade, Ana Cláudia Finger explica que “as licitações sustentáveis envolvem questões complexas e muito além da regulação do Estado na ordem econômica. Isto porque devem ser analisados outros aspectos extremamente relevantes, como a dignidade da pessoa humana e o compromisso para com as futuras gerações, as noções de progresso e desenvolvimento nacional sob a ótica do não desperdício e do consumo racional, bem como a atuação do Estado como consumidor, sobremaneira, como indutor de condutas e de estímulos à iniciativa privada”. (FINGER, Ana Cláudia. Licitações sustentáveis como instrumento de política pública na concretização do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 147, jan./mar. 2013.)

²⁰² FREITAS, Juarez. Op. cit. p. 238. Destaques no original.

²⁰³ Caroline da Rocha Franco, ao tratar do princípio da ecoeficiência, coloca-o como integrante do princípio da eficiência, conjugado ao princípio da defesa do meio ambiente. Por oportuno, quanto a um possível conflito do princípio da ecoeficiência com o princípio da economicidade, explica ser aparente, existindo apenas se visualizada a contratação a curto prazo. “O ciclo de vida dos produtos ambientalmente sustentáveis é comprovadamente mais curto que o dos produtos tradicionais. Logo, este pode ser mais barato quando do momento da aquisição, porém gerará custos maiores no futuro”. (FRANCO, Caroline da Rocha. Op. cit. p. 281-282.)

²⁰⁴ “A Economia utiliza a expressão ‘externalidades’ para indicar custos ou benefícios que, embora decorrentes de uma certa operação, não se encontram abrangidos no preço pactuado entre as partes. Mais precisamente, esses custos ou benefícios não afetam diretamente as partes do negócio, mas terceiros. Então, alude-se a externalidade para tratar de efeitos ‘externos’ à relação econômica avençada, tanto em função de que os benefícios ou custos não se integram no preço como em virtude de que as partes da avença não se sujeitam diretamente a elas. As externalidades são classificadas como positivas ou negativas conforme produzam, respectivamente, benefícios ou desvantagens”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 83.)

²⁰⁵ “A maior vantagem se apresenta quando a Administração Pública assume o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor

Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, é necessário aferir a vantagem da proposta de modo interno e externo à futura contratação. No primeiro caso (modo interno), “sob a perspectiva tradicional dos benefícios econômico-financeiros daquele contrato (objetivo imediato da contratação)”; já no segundo caso (modo externo), “num patamar superior e diacrônico, pertinente a medidas político-administrativas que tragam consigo o desenvolvimento sociopolítico, ambiental e econômico da Nação Brasileira (objetivo mediato da contratação)”.²⁰⁶

A análise de vantajosidade proposta se aproxima de uma das facetas da eficiência *stricto sensu* trabalhada por Onofre Alves Batista Junior, desenvolvida no tópico 1.3 do capítulo 1, que tem uma perspectiva mais global do princípio da economicidade. Conforme já pontuado, mas interessante frisar, não pode a busca pela eficiência se resumir “a um mero jogo de números e operações contábeis”. “A economicidade diz respeito à otimização das despesas, e não à minimização de custos; com ela aspira-se à majoração dos benefícios, e não ao singelo ‘barateamento’”.²⁰⁷

A forma acima apresentada de compreender a vantajosidade nas contratações públicas impõe aos órgãos e entidades, no planejamento de suas contratações, transcender a análise focada em seus interesses segmentados, embora públicos.²⁰⁸ Impõe-se um amplo compromisso com a gestão pública para melhor aproveitamento dos recursos disponíveis e fomento ao desenvolvimento nacional sustentável.

Jessé Torres Pereira Junior destaca quatro paradigmas essenciais à operação dos sistemas jurídicos, tendo em vista uma gestão de resultados, em contraposição à gestão patrimonialista do Estado: “a) efetividade dos princípios; b) motivação necessária; c) controle de discricionariedade; d) supremacia da Constituição, de que flui o caráter cogente das políticas públicas nela traçadas”. Além de serem paradigmas universais nos ordenamentos jurídicos que lutam em detrimento de uma gestão patrimonialista, são sistêmicos, vale dizer, “devem permear os órgãos e entidades dos

custo e maior benefício para a Administração Pública”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 450.)

²⁰⁶ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 83-84.

²⁰⁷ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 191-192.

²⁰⁸ “Pode-se dizer que a vantajosidade abrange a economicidade, mas não se limita a ela, pois transcende a órbita meramente econômica para, como se observa acima, abarcar um conceito mais amplo relacionado com a melhor opção para suprir os interesses supra-individuais (econômicos ou não)”. (FREITAS, Thiago Pereira de. **Sustentabilidade e as contratações públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 143.)

poderes constituídos de todas as esferas, exigindo de seus respectivos agentes, inclusive os políticos, o mesmo padrão de conduta jurídico-administrativa e o mesmo compromisso com os resultados de interesse público (...).²⁰⁹

Nesse sentido, independentemente de quem seja o órgão ou entidade contratante, não é vantajosa a proposta que, embora apresente o menor preço para a unidade administrativa, advenha de processo produtivo destoante da legislação, baseado no emprego de mão de obra infantil, por exemplo, ou, mesmo, que infrinja a legislação fiscal²¹⁰, ou que não abarque condicionante factível e potencial do desenvolvimento nacional sustentável.²¹¹ Não pode a Administração Pública entender como vantajosa uma proposta que a lese, ainda que indiretamente ou, sob outra análise, que não apresente o melhor potencial de satisfazer os interesses públicos normativamente definidos como relevantes para a contratação nacional. Lembrando que o “Estado não

²⁰⁹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 27-28.

²¹⁰ Para a Zênite, independentemente da atividade exercida pela licitante, deve-se exigir prova de regularidade com as Fazendas federal, estadual e municipal, haja vista a condição de regularidade fiscal constituir meio para assegurar a idoneidade da proponente, bem como a concorrência isonômica. Essa orientação encontra amparo no entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SERVIÇO DE CONSULTORIA. ARTIGOS 29 E 30, DA LEI 8.666/93. CERTIFICAÇÃO DOS ATESTADOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. PROVA DE REGULARIDADE FISCAL JUNTO À FAZENDA ESTADUAL. A Lei de Licitações determina que deverá ser comprovada a aptidão para o desempenho das atividades objeto da licitação (artigo 30, inciso II), por meio de “atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente certificados pelas entidades profissionais competentes [...]” (artigo 30, § 1º). “Dispositivos do ordenamento jurídico, ainda que não previstos no edital – o edital não tem como reproduzir todas as normas positivas vigentes – devem ser observados pela Administração e pelo particular, os quais se aplicam à licitação indubitavelmente” (Luís Carlos Alcoforado, “Licitação e Contrato Administrativo”, 2ª edição, Brasília Jurídica, p. 45). A Lei 8.666/93 exige prova de regularidade fiscal perante as todas as fazendas, Federal, Estadual e Municipal, independentemente da atividade do licitante.” (STJ, REsp nº 138745/RS, DJ de 25.06.2001). Sobre o tema, ver **Habilitação – Documentação – Pessoa física. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 245, p. 711, jul. 2014. (Seção Perguntas e Respostas).

²¹¹ “A proposta mais vantajosa não é aquela de menor valor, como se poderia apressadamente concluir, mas aquela que melhor atende o interesse público. Ou seja, é aquela de menor valor, mas que também está de acordo com as especificações técnicas necessárias para sua utilização, escolhida em processo isonômico de livre e ampla competição e por empresa que respeita a proibição constitucional de ‘trabalho noturno, perigoso, ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos’. Além disso, trata-se da melhor proposta oferecida dentre as empresas que preenchem os requisitos de habilitação exigidos, como a habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal”. (BLIACHERIS, Marcos Weiss. **Licitações sustentáveis: política pública**. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (Coords.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 145-146.)

contrata o que quer; contrata o que deve, segundo padrão normativo estabelecido e finalidades públicas que devem ser atendidas”.²¹²

Portanto, a cautela a ser adotada tem em vista definir a solução ótima para o interesse público (considerando custos diretos e indiretos envolvidos, bem como o potencial para fomentar o desenvolvimento nacional sustentável), sopesando variações nas opções disponíveis no mercado, de modo a eleger a proposta em ambiente de maior competitividade possível e a partir do melhor parâmetro possível de aceitabilidade de custos.²¹³ “É a competição que preordena a proposta mais vantajosa à Administração Pública, mas é a competição nos termos do edital que definirá qual proposta mais vantajosa interessa a Administração”.²¹⁴

Válido registrar que o Regime Diferenciado de Contratações, instituído pela Lei nº 12.462/2011, já foi sensível a esse tratamento. No seu art. 4º, III, define que nas licitações e contratos de que trata serão observadas, dentre outras diretrizes, a busca da maior vantagem para a Administração Pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância. Ainda, em seu art. 19, quando tratou do critério de julgamento baseado no menor preço ou maior desconto, definiu o dever de a Administração considerar o menor dispêndio, assim considerados, na forma do seu §1º, custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental, entre outros fatores objetivamente mensuráveis.

Evidentemente, não se pretende com isso dizer que não será levado em consideração o reflexo sobre a competitividade da licitação e o preço a ser pago. Pelo contrário, o desafio está em, a partir do levantamento de mercado, definir critérios que,

²¹² PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 33.

²¹³ Conforme explica Marçal Justen Filho, “[...] o critério do menor preço pode ser acompanhado da avaliação da vantajosidade sob o prisma do desenvolvimento nacional. Portanto, surge a possibilidade de sagrar-se vencedora uma proposta de valor mais elevado, desde que se evidencie ser ela mais adequada para promover o desenvolvimento nacional. É evidente que isso não significa autorizar discriminações arbitrárias, fundadas em critérios puramente subjetivos ou incompatíveis com o princípio da proporcionalidade. É indispensável a existência de regras precisas e exatas, definindo concretamente os critérios de apuração da vantagem relacionada ao desenvolvimento nacional e respeitados os limites previstos nos diversos parágrafos do art. 3º da Lei nº 8.666”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 451.)

²¹⁴ BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (Coords.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 200.

direcionados à promoção do desenvolvimento nacional sustentável, não provoquem uma restrição imotivada da concorrência ou uma elevação não calculada e/ou desproporcional de custos.²¹⁵⁻²¹⁶ Nesse sentido é que uma escorreita análise de custos diretos e indiretos se apresenta como medida fundamental na definição das diretrizes que orientarão a licitação. A análise de ciclo de vida do produto, por exemplo, é extremamente importante, uma vez possível identificar um futuro gasto governamental. Considerado esse efeito no planejamento da contratação, estar-se-ia “se beneficiando da ‘hipótese de Porter’ ou do duplo dividendo, pois, ao acatarem ou implementarem padrões ambientais mais rigorosos, a Administração estaria também reduzindo custos”.²¹⁷⁻²¹⁸

²¹⁵ “Dessa maneira, a aplicação da sustentabilidade às licitações públicas deve ser ponderada com os demais princípios e objetivos aplicados a ela, ou seja, a sustentabilidade não deve se sobrepor aos demais princípios e objetivos e sempre que possível deve ser aplicada conjuntamente com eles, de modo que um ceda reciprocamente ao outro durante a solução do caso concreto”. (SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (Coords.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 162.)

²¹⁶ Quanto ao ponto, veja-se a decisão do Tribunal de Contas da União, extraída de seu Informativo de Licitações e Contratos n. 245: “**3. É legítimo que as contratações da Administração Pública se adequem a novos parâmetros de sustentabilidade ambiental, ainda que com possíveis reflexos na economicidade da contratação. Deve constar expressamente dos processos de licitação motivação fundamentada que justifique a definição das exigências de caráter ambiental, as quais devem incidir sobre o objeto a ser contratado e não como critério de habilitação da empresa licitante.** Ainda na representação relativa ao pregão eletrônico realizado pela Fundação Ceciliano Abel de Almeida (FCAA), destinado ao registro de preços para a prestação de serviços de impressão de material didático, o relator, ao tratar da legalidade da exigência de apresentação de certificação ambiental, ponderou que “*deve constar do processo de contratação motivação expressa justificando a nova exigência, nos termos do art. 3º, § 1º, I, da Lei 8.666/1993, e de acordo com a jurisprudência desta Casa (Acórdão 1.687/2013-Plenário, item 9.2.2)*”. Ou, em outros termos, “*é legítimo que a entidade deseje adequar suas contratações a novos parâmetros de sustentabilidade ambiental, ainda que com possíveis reflexos na economicidade da compra, devendo fazer constar expressamente do processo de contratação motivação fundamentada que justifique a escolha dessas exigências*”. Contudo, ponderou o relator que a irregularidade não prejudicou a competitividade do certame, razão pela qual propôs, no ponto, o acolhimento das justificativas do responsável. Nada obstante, o Tribunal, à luz das demais irregularidades constatadas nos autos, considerou parcialmente procedente a representação, aplicando ao responsável a multa capitulada no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92, e, dentre outros comandos, cientificou a FCAA da irregularidade consubstanciada na “*ausência de motivação expressa nos autos do processo de contratação para a inclusão de cláusula de exigência de apresentação de certificação ambiental, que implica em potencial aumento de custos e comprometimento da competitividade do certame, em ofensa aos arts. 2º, caput, e 50, da Lei 9.784/1999; o art. 3º, § 1º, I, da Lei 8.666/1993 e o Acórdão 1.687/2013-Plenário, item 9.2.2*”. **Acórdão 1375/2015-Plenário, TC 025.651/2013-7, relator Ministro Bruno Dantas, 3.6.2015.**” (TCU. **Informativo de Licitações e Contratos**, n. 245. Elaboração: Secretaria das Sessões. p. 2-3.)

²¹⁷ BLIACHERIS, Marcos Weiss. Op. cit. p. 150-151.

²¹⁸ “Não adianta o produto custar mais barato na hora de adquiri-lo se ele será mais caro em um segundo momento, na hora de instalá-lo, mantê-lo ou mesmo eliminá-lo. Não se esquecer que a manutenção também é um importante passivo financeiro e que no seu ciclo de vida o produto pode gerar passivos ambientais nessas operações, o que lhe adicionaria um sobre preço. Esse sobre preço normalmente costuma ficar oculto.

Veja-se que a compreensão de vantajosidade proposta transcende a mera seleção da proposta de menor preço. Há, como visto, questão de grande complexidade a ser enfrentada, na medida em que se almeja também alcançar “resultados que, vistos globalmente, possam ser mais vantajosos para a Administração Pública e, indiretamente, para a sociedade”.²¹⁹⁻²²⁰

Compreendido o conceito de vantajosidade da proposta, resta a questão: em que medida os processos de contratação pública podem ser instrumentos contundentes de políticas públicas de fomento ao desenvolvimento nacional sustentável? Muito embora não haja dúvida de que a ordem jurídica elegeu o desenvolvimento nacional sustentável como objetivo explícito de interesse público primário, norteador dos processos de contratação pública nacionais²²¹, ponto relevante a ser trabalhado tem em vista o potencial das compras públicas para atingir o desenvolvimento nacional sustentável.

2.2 PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO COMO INSTRUMENTOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE FOMENTO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

No tópico 1.1 foi apresentado o modelo para o desenvolvimento nacional sustentável, de conteúdo complexo, definido na Constituição da República. Pelo breve passeio feito na Constituição, viu-se, em várias regras, o comando ao Estado para fomentar a economia, valorizar a iniciativa privada e a livre concorrência, mas, ao

Um exemplo não ambiental de sobre preço é o clássico caso da manutenção ou da reposição das peças. O produto aparenta custar menos do que outros da mesma categoria, mas na primeira revisão, manutenção ou troca de peça percebe-se que ele tinha embutido um preço não calculado. O descarte do produto ou a técnica usada para prestar um serviço ao Estado pode gerar o mesmo problema, mas na seara ambiental”. (BIM, Eduardo Fortunato. Op. cit. p. 202-203.)

²¹⁹ Vide BITTENCOURT, Sidney. **Licitações sustentáveis**: o uso do poder de compra do Estado fomentando o desenvolvimento nacional sustentável. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 12.

²²⁰ Quanto ao ponto, interessante compartilhar o teor da Orientação Normativa Interna CJU/SP nº 13: “As contratações da Administração Pública com características sustentáveis têm fundamento nos arts. 225, *caput*, e 170, inc. VI, da Constituição Federal, bem como nos compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, na Lei nº 8.666, de 1993, e legislação pertinente. Essa opção atende ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa, desde que observadas a razoabilidade e a proporcionalidade”. (Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/173177>. Acesso em: 10 de jan. 2015.

²²¹ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. cit. p. 84-85.

mesmo tempo, zelar pela redução de disparidades sociais, pelo desenvolvimento local e regional e pelo cuidado com o meio ambiente. A Constituição, em seu art. 174, concebe o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, comprometido com todos esses valores.

Assim, num cenário de disparidades sociais, de concentração de riquezas, de risco ambiental, dentre outros, abre-se espaço para, via implementação de políticas públicas complexas, promover a distribuição de riquezas, restabelecer o equilíbrio socioambiental sustentável, privilegiar o desenvolvimento do potencial tecnológico nacional etc.²²² Onde há “assimetrias de informação, ausência de conhecimento e concentração de poder econômico”, não há espaço para o desenvolvimento social. Por isto, conforme Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, “tanto a difusão do conhecimento econômico por meio de políticas distributivas e cooperativas como a instalação de competição que vise fragmentar o poder econômico devem orientar” a Lei Geral de Licitações.²²³

Nessa medida, os processos de contratação pública são vistos hoje como importante meio para provocar mudanças seja no contexto econômico, de equilíbrio ambiental, de desenvolvimento para tecnologia nacional, como de inclusão social de categorias desprivilegiadas ou excluídas. Como bem esclarece Juan José Pernas García ao discutir as Contratações Públicas Verdes, não se trata de incutir no órgão contratante o papel de garante da legislação ambiental, atividade fiscalizadora que não lhe pertence, mas, sim, de adotar a contratação pública como mecanismo indutor de condutas socialmente responsáveis pelos agentes econômicos.²²⁴ Na medida em que 15% a 20% do PIB brasileiro é oriundo de compras públicas²²⁵, não se pode deixar de conceber esse segmento como importante espaço para o desenvolvimento de políticas públicas que

²²² Ao avaliar conceitos propostos por Eros Roberto Grau, Maria Paula Dallari Bucci, Fábio Konder Comparato, André-Jean Arnaud e María José Fariñas Dulce, Jessé Torres Pereira Junior esclarece que as “definições convergem para a compreensão de que políticas públicas envolvem ações e programas que almejam dar efetividade aos princípios, normas, valores e escolhas conformadores do sistema juspolítico modelado pela ordem constitucional de determinado Estado nacional. Em outras palavras, são as ações empreendidas pelos poderes públicos com o fim de implementar o sistema que lhes cabe operar, com o fim de tornar realidade a Constituição no cotidiano dos cidadãos”. (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTE, Marinês Restelatto. Op. cit. p. 30.)

²²³ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. cit. p. 84-85.

²²⁴ PERNAS GARCÍA, Juan José. Op. cit. p. 126.

²²⁵ SILVA, Renato Cader da. Op. cit.

promovam mudanças no perfil de produção, de consumo, de concorrência e que viabilizem a inclusão social.²²⁶⁻²²⁷

A “conscientização do ‘poder de compra’ governamental é imprescindível para que todos os entes políticos assumam que, isoladamente ou em conjunto, interferem de forma profunda na condução dos negócios privados. E assim o fazem de modo direto ou indireto”.²²⁸ Como pontua Ana Cláudia Finger, a partir da percepção do poder de compra estatal, sobre o Estado recai a responsabilidade de “influenciar, fomentar e conduzir o mercado e, concomitantemente, promover uma cultura de gestão administrativa sustentável. Daí a relevância da inserção e fortalecimento da sustentabilidade nas ações governamentais, notadamente nas licitações e contratações públicas”.²²⁹

Por meio dos processos de contratação pública, encontra a Administração instrumento para tanto fazer valer seus esforços preservacionistas como consumidora,

²²⁶ “É expressivo o peso do consumo público nas economias nacionais, com estimativa de variar entre 8% e 25% do Produto Interno Bruto (PIB). A partir desse poder de influenciar o mercado, os países têm se movimentado para formular novas políticas públicas de compras, provocando impactos no setor produtivo, como um ‘efeito dominó’. Para estimular práticas positivas que no final das contas revertam para o bem-estar da sociedade, governos das várias esferas usam a força do exemplo e fazem a lição de casa adotando critérios sociais e ambientais nas licitações de serviços em geral, obras e compra de materiais – desde papel de escritório e copos para água e cafezinho até computadores e veículos.” (BETIOL, Luciana Stocco et al. **Compra sustentável: a força do consumo público e empresarial para uma economia verde e inclusiva**. São Paulo: Programa Gestão Pública e Cidadania, 2012. p. 22-23.)

²²⁷ A Europa tem um poder de compra de 1 trilhão, o que equivale acerca de 15% do PIB da União Europeia. Três quartos deste montante são utilizados na compra de materiais de consumo, serviços e o restante para bens de capital. Bem desenvolvidos projetos de fomento, trata-se sem dúvida de salutar mecanismo para promoção do desenvolvimento sustentável. A título meramente exemplificativo, por meio do projeto de três anos do ICLEI – associação mundial de governos locais dedicados ao desenvolvimento sustentável – intitulado “Relief” (Environmental Relief Potential of Urban Action on Avoidance and Detoxification of Waste Streams Through Green Public Procurement), que decorreu entre 2001 e 2003 (Vide <<http://www.sustainable-procurement.org/about-us/past-projects/relief/>>. Acesso em: 08 set. 2015.), verificou-se que “uma mudança para 100% de consumo de produção orgânica de trigo, carne e leite feita por autoridades públicas produziria uma redução nos efeitos de eutrofização equivalente aos produzidos por 2,1 milhões de pessoas em função da redução do uso de agrotóxicos”. (Vide <http://archive.iclei.org/fileadmin/user_upload/documents/LACS/Portugues/Servicos/Ferramentas/Manualis/Compras_publicas_2a_ed_5a_prova.pdf>. p. 27. Acesso em: 08 set. 2015.)

²²⁸ E continua o autor: “Diretamente ao exigir (por força de lei, determinação regulamentar ou inserção no instrumento convocatório), por exemplo, o uso de madeira certificada nos móveis escolares a serem fornecidos às escolas públicas. Ora, se isso se passar no âmbito do Estado de São Paulo, então é bem provável que várias linhas de produção de vários industriais paulistas e não paulistas passem a apenas utilizar madeira de procedência conhecida e atestada na confecção das carteiras escolares. Logo, até mesmo as instituições de ensino particulares (e públicas de outros estados ou municípios), involuntariamente, poderão vir a adquirir os mesmos móveis pelo simples e futuro fato de virem a ser os ‘mais comuns’ à disposição no mercado e, afinal, de preço acessível pela economia de escala produzida.” (FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 41-43.)

²²⁹ FINGER, Ana Cláudia. Op. cit. p. 139.

como, igualmente, reguladora. Reguladora na medida em que utiliza de suas contratações como “instrumento de fomento de novos mercados, gerando emprego e renda compatíveis com a prioridade estratégica com que também a economia internacional tem conferido preferência às empresas que pautam suas atividades produtivas segundo normas de proteção ao meio ambiente”.²³⁰

Há um relativo consenso quanto ao uso dos processos de contratação pública para implementação de políticas públicas visando ao desenvolvimento sustentável. Alguns autores nacionais o reconhecem mais veementemente, como é o caso de Jessé Torres Pereira Junior²³¹. De toda forma, em geral, os autores nacionais reconhecem como um novo elemento a ser considerado nas contratações públicas seu caráter instrumental para a conquista de outros objetivos de interesse público do Estado, como o é o desenvolvimento nacional. Nesse sentido, Marçal Justen Filho²³², Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães²³³, Juarez Freitas²³⁴, Ana Claudia Finger²³⁵, dentre outros. Lucas Rocha Furtado assevera o caráter impositivo desse novo preceito, o qual institui para a Administração, como uma norma geral, “o dever de buscar, em todas as licitações que realizar, a promoção do desenvolvimento nacional, além das outras finalidades originais do instituto”.²³⁶ Evando Martins Guerra e Luís Emílio Pinheiro Naves, em análise relacionada à influência das políticas públicas no planejamento de processos de contratação, concluem não somente pela adequação entre esses cenários, como pela importância de assim se perceber. Conforme colocam, percebeu-se “significativa interseção ente os fundamentos das políticas públicas e os das decisões proferidas pela Administração nas fases internas dos procedimentos de licitação,

²³⁰ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Op. cit. p. 35.

²³¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Idem.

²³² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 450.

²³³ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. cit. p. 84-85.

²³⁴ FREITAS, Juarez. Op. cit. p. 233.

²³⁵ Ana Cláudia Finger assevera que as “as licitações sustentáveis, assim qualificadas como aquelas em que a Administração Pública concilia o desenvolvimento no qual há o progresso material e tecnológico sem comprometimento da existência saudável das gerações futuras, sem esgotamento dos recursos naturais não renováveis e preservando condições de vida digna e saudável também para aqueles que ainda estão porvir, consistem em uma política pública por parte do Estado”. (FINGER, Ana Cláudia. Op. cit. p. 136.)

²³⁶ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 30.

voltados para prover de recursos a intervenção estatal na realidade social”.²³⁷ As contratações públicas são vistas, nesse sentido, como um instrumento apto a enfrentar a complexidade do processo de transformação dos preceitos do sistema constitucional mediante realização de programas e políticas públicas governamentais.²³⁸

E, para a satisfação de todo esse desafio, a Constituição, no art. 174, concebe o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. Regulação esta determinante para o setor público e um indicativo para o setor privado. Sob a perspectiva ambiental, as políticas públicas para o desenvolvimento nacional sustentável atingirão dois reflexos importantes: a. promoverão o incentivo à produção responsável ambientalmente, induzindo uma produção em maior escala, favorável à redução de custos e, desse modo, ao acesso também por particulares; b. fomentarão a alteração dos padrões de produção e consumo.²³⁹ “Neste sentido, há clara ação de comando e controle que levará à introdução de critérios obrigatórios de sustentabilidade ambiental nas contratações públicas, bem como na atividade econômica privada”.²⁴⁰ Esses dois reflexos advêm, como dito, do aspecto regulador das políticas públicas envolvendo as contratações sustentáveis. Para Marçal Justen Filho, trata-se de “consagrar uma função

²³⁷ Segundo os autores, essa “sobreposição confere ao direito administrativo, por meio da análise dos aspectos técnico-jurídicos que embasam a definição das necessidades públicas, estabelecidos na fase interna das licitações, a possibilidade de contribuir, de forma mais efetiva para a promoção de qualidade no planejamento e na execução das políticas públicas, atuando, assim, de forma mais sensível à realidade social e próxima do cidadão”. (GUERRA, Evando Martins; PINHEIRO, Luís Emílio. Políticas públicas na fase interna da licitação. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coords.). **Contratações públicas**: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 265.)

²³⁸ PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha; ARAUJO, Ana Luiza Gomes de; RODRIGUES, Maria Isabel Araújo. Compras públicas sustentáveis. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coords.). **Contratações públicas**: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 320.)

²³⁹ Juan José Pernas García, tratando do cenário das contratações verdes na Europa e Espanha, explica: “La CPV se nos revela como un instrumento de mercado de protección ambiental, em la medida en que es un medio eficaz para no sólo reducir el impacto ambiental del consumo público, sino también, para dirigir la conducta de los operadores económicos hacia estándares de protección ambiental, que vayan más allá de los mínimos fijados por el ordenamiento jurídico, e incentivar nuevas formas de producción y consumo”. E, quanto aos benefícios propriamente dessas medidas, complementa: “Diversos estudios han realizado valoraciones del impacto económico y ambiental de la ‘Contratación pública ecológica’ (en adelante CPE). Puede contribuir a una más eficiente gestión de los recursos naturales. Particularmente, puede aportar reducciones importantes de emisiones de CO₂, mediante el fomento del suministro de energía proveniente de fuentes renovables o lamejora de la eficiencia energética de los edificios públicos, lo cual puede ser un apoyo notable a los objetivos comunitarios de reducción de gases de efecto invernadero. Más allá de los puros efectos ambientales, las instituciones comunitarias han destacado que la CPE puede tener un efecto positivo sobre el fomento de la innovación tecnológica y el desarrollo de ecotecnologías, sector económico de interés prioritario”. (PERNAS GARCÍA, Juan José. Op. cit. p. 126-127.)

²⁴⁰ BLIACHERIS, Marcos Weiss. Op. cit. p. 148.

regulatória específica e autônoma para a licitação e a contratação administrativa”. Isso, na medida em que não “se trata apenas de obter a contratação economicamente e tecnicamente mais vantajosa, mas também de aproveitar a oportunidade da contratação para fomentar o desenvolvimento nacional.”²⁴¹

É evidente que não serão todos os objetivos plasmados na Constituição transformados em políticas públicas a serem inseridas nas compras governamentais. Até porque, especialmente considerando o cenário brasileiro, há ressalvas que precisam ser feitas.²⁴² É Joel de Menezes Niebuhr quem trabalha essa ponderação, para o que coloca como primeira ressalva o fato de que, a despeito do ressignificar relativamente à vantajosidade da contratação, que considere custos indiretos, externalidades negativas, dentre outros, haverá um “custo concreto e palpável, que precisa ser demonstrado na ponta do lápis”. A segunda lembra que a licitação brasileira já compreende procedimento complexo, oneroso. Desse modo, impreterível cautela na definição de exigências, catálogo de documentos, dentre outros, que realmente sejam importantes, justificadamente. O desafio está em conciliar a pauta do desenvolvimento nacional sustentável com os princípios inerentes ao regime jurídico das contratações públicas, especialmente a eficiência e a competitividade.²⁴³ A terceira ressalva se expressa em como tratar o desenvolvimento nacional sustentável nas licitações. Niebuhr frisa que “não se pode querer que todas as demandas morais identificáveis, que geram suas respectivas políticas públicas, sejam incorporadas de alguma maneira no regime das licitações públicas, sob pena de inviabilizá-la por completo”. E aqui o autor resgata um ponto nodal, referente ao risco de o licitante ter que apresentar centenas de certidões e declarações e as margens de preferências serem sucessivas, além do que já são hoje.²⁴⁴

Aliás, não tomadas as cautelas devidas, uma medida que tem em vista o desenvolvimento nacional pode se transmutar em um problema, gerador de reflexos não desejáveis, a exemplo do desinteresse nas licitações e, especialmente, do não atingimento dos fins esperados com as políticas. Eleger as políticas públicas a serem adotadas em processos de contratação pública não se mostra tarefa fácil. Para Joel de Menezes Niebuhr, que é quem explora o ponto na doutrina, o critério a ser adotado seria

²⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 450.

²⁴² NIEBUHR, Joel de Menezes. Op. cit. p. 38.

²⁴³ NIEBUHR, Joel de Menezes. Ibidem. p. 38-39.

²⁴⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. Ibidem. p. 39.

o da eficácia, tendo em vista o potencial da medida para alcançar resultados concretos. Além disso, seria necessário “estabelecer um número máximo de políticas públicas a serem contempladas em licitação, analisar todas as existentes e selecionar aquelas cujas exigências e condicionantes previstas em licitações seriam mais eficazes, contribuiriam em maior medida para os objetivos pretendidos com as tais políticas públicas”.²⁴⁵

Sem que se entenda relevante a definição de um número máximo, de fato, necessário aos agentes públicos envolvidos na arquitetura de políticas públicas um zelo relativamente ao bom andamento das licitações, sua eficiência. A eficácia deve ser um critério norteador do desenho de políticas públicas para o uso nas contratações públicas visando ao desenvolvimento nacional sustentável, de modo que se mostra relevante avaliar cautelosamente, mediante estudos fundamentados, as medidas que serão adotadas, a fim de que não se desequilibre, em desprestígio dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, outros valores jurídicos igualmente importantes nas compras públicas, a exemplo da competitividade.

A própria Instrução Normativa nº 01/2010, da SLTI/MPOG, ao dispor sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, em seu art. 2º, prevê que o “instrumento convocatório deverá formular as exigências de natureza ambiental de forma a não frustrar a competitividade”. E um ponto relevantíssimo: essa não é uma análise estanque. Pelo contrário, de tempo em tempo necessário aos organismos responsáveis reavaliar dados, sopesar os reflexos das políticas, potencializando-as, alterando-as ou, se for o caso, eliminando-as, caso as circunstâncias assim demonstrem ser mais eficiente em sentido amplo.²⁴⁶ É “a resiliência o principal atributo de uma política pública que aberta à realidade, permite-se corrigir, à medida

²⁴⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. Idem.

²⁴⁶ Jair Eduardo Santana destaca que não podem as compras públicas serem entendidas apenas como “procedimentos formais”. E continua: “É que são também ‘fatos econômicos’ ou possibilitadores e ferramentais de políticas públicas, catalizadoras de ações que podem, antes de tudo, gerar – por exemplo – renda e melhor distribuição de riquezas. O diálogo público (envolvendo governo – mercado – sociedade) igualmente deve (pode) ser amplificado pela visão sistêmica, visto que os fundamentos desta consideram que o Setor (ou, no caso, ‘sistema’) não é do tipo ‘fechado’, e sim ‘aberto’, em que novos componentes estão – a todo instante – em contraste e se relacionando numa espécie de equilíbrio organizacional. Enfim, quero dizer que dada a abertura semântica da expressão ‘governança pública’ e a infinidade de possibilidades que o conceito encerra, é impossível reduzir a visão caleidoscópica que tal olhar nos propicia em torno das aquisições governamentais”. (SANTANA, Jair Eduardo. Pensamentos linear-cartesiano, sistêmico e complexo aplicados à governança pública: as aquisições governamentais. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 226, p. 1.207-1.217, dez. 2012.)

que as contingências se apresentem, e determinem um redirecionamento do curso de ação”.²⁴⁷

A Lei nº 12.349/2010, ao incluir o §6º no art. 3º da Lei nº 8.666/93, foi sensível a essa necessidade, na medida em que, relativamente à inclusão de margens de preferência (§5º do art. 3º da Lei nº 8.666/93), consignou que será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a cinco anos, que levem em consideração: (i) geração de emprego e renda; (ii) efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; (iii) desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País; (iv) custo adicional dos produtos e serviços; e (v) em suas revisões, análise retrospectiva de resultados.

Sem prejuízo às cautelas destacadas por Joel de Menezes Niebhur relativamente ao uso das compras públicas para a implementação de políticas públicas, bem como o impreterível acompanhamento quanto ao seu desenvolvimento, é indene de dúvida que, se há um forte e reconhecido potencial decorrente do poder de compra do Estado, olvidar em relação à pesquisa engajada, planejamento e concretização de políticas públicas para as contratações públicas faria a Administração recair em um dos vícios políticos a serem combatidos para o escorreito desenvolvimento nacional sustentável – o omissivismo.^{248,249} Portanto, diversamente do que Joel de Menezes

²⁴⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Sustentabilidade das escolhas públicas: dignidade da pessoa traduzida pelo planejamento público. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 144, jul./set. 2011.

²⁴⁸ FREITAS, Juarez. Op. cit. p. 184.

²⁴⁹ “O controle dinâmico e de longo espectro precisa deitar raízes, sem perpetuar o império do medo e da omissão. Nas relações administrativas, doravante, o “império” necessário é o do direito fundamental à boa Administração Pública, que acarreta o aprofundamento qualitativo (mais que a simples ampliação) da sindicabilidade dos atos, contratos e procedimentos administrativos. Com essa filosofia subjacente, cumpre sublinhar que o controle não se deve cingir ao exame formal da legalidade dos atos administrativos, mas apreciar a relação concreta e multidisciplinar de conformidade da decisão tomada com os resultados constitucionalmente exigíveis. Entretanto, se é certo que todo ato administrativo há de ser sempre controlável, não menos certo que deverá sê-lo somente para evitar qualquer lesão ou ameaça a direito subjetivo público consagrado no sistema objetivo. A tarefa de efetuar o controle não pode ser a de emperrar ou de usurpar competências, mas a de “administrador negativo”, isto é, a de coibir arbitrariedades por ação e por omissão. Claro, não se trata de defender apenas o *status negativus* dos cidadãos perante o Estado. Trata-se também de exorcizar toda e qualquer omissão arbitrária e, se necessário, determinar, sob pena de sanções, o cumprimento de obrigações positivas, no resguardo dos direitos fundamentais. Somente assim, em lugar de tragédias e falhas insanáveis, erguer-se-á uma Administração Pública capaz de induzir boas práticas, exemplificar responsabilidade e servir, ao fim e ao cabo, como aliada poderosa do valor intrínseco da vida.” (FREITAS, Juarez. Direito administrativo e gestão sustentável. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 229, p. 270-276, mar. 2013.)

Niebuhr propõe,²⁵⁰ compreende, sim, o cenário das contratações públicas instrumento apto a instrumentalizar políticas públicas voltadas ao desenvolvimento nacional sustentável. A questão gira em torno, em verdade, de certificar-se quanto àquelas cujos objetivos estão sendo atingidos, sem o comprometimento desarrazoado dos demais valores que orientam o regime jurídico das contratações públicas.²⁵¹

Justamente por isso, o caminho está em identificar as políticas a serem justificadamente desenvolvidas, os meios adequados de implementá-las nas contratações, e aquelas para as quais impreterível o estudo e verificação de cenários local e regional, e medidas pertinentes. É preciso compreender, além disso, que aplicar políticas públicas nos processos de contratação demanda planejamento, verificação do potencial para atingimento do resultado de desenvolvimento almejado, especulação para identificação da viabilidade de aplicação da política pública naquele momento etc.

Destacadas essas diretrizes gerais, tem-se que o regime jurídico vigente aplicável aos processos de contratação pública claramente opta por um modelo de políticas públicas para o desenvolvimento nacional sustentável complexo, direcionado à satisfação de uma multiplicidade de objetivos, relacionados às diversas facetas do modelo de desenvolvimento nacional definido na Constituição da República.

Sob essa perspectiva, possível identificar dois grupos macro de políticas públicas a serem desenvolvidas nos processos de contratação pública: (a) aquelas

²⁵⁰ Veja-se: “[...] a licitação não é a panaceia das políticas públicas e do desenvolvimento nacional sustentável. O Estado dispõe de muitos outros instrumentos para realizar as políticas públicas mais eficientes e eficazes que a licitação pública. A licitação pode ser utilizada como instrumento de política pública a depender da situação, porém não é o instrumento mais adequado porque, na maioria dos casos, a licitação é incapaz, não consegue. Há casos e casos, cada qual com a sua peculiaridade. No entanto, de maneira geral, percebe-se claramente que não é com licitação que as políticas públicas alcançarão os resultados que lhe são esperados.” (NIEBUHR, Joel de Menezes. Op. cit. p. 42.)

²⁵¹ Segundo dados retirados do sítio eletrônico *Comprasnet*, “De 2010 até o março de 2012, 735 unidades de órgãos governamentais usuários do SIASG – Comprasnet realizaram 1490 licitações utilizando itens de material do CATMAT classificados como sustentáveis, totalizando o valor de R\$ 34.227.224,72 (trinta e quatro milhões, duzentos e vinte e sete centavos, duzentos e vinte e quatro reais e setenta e dois centavos)” **(Informativo Sustentável.** Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/gestor-de-compras/sustentabilidade/compras-sustentaveis>>. Acesso em: 22 jan. 2016). Boa parte dos itens adquiridos envolvia material para uso de expediente (como papel reciclado ou certificado e cartucho de tonner) e equipamentos de tecnologia da informação. Parece evidente que toda essa movimentação de recursos é capaz de, se não transformar completamente o mercado, impactar na industrialização e comercialização de produtos atentos a condicionantes sustentáveis. À medida que a conscientização condizente ao uso do poder de compra estatal atinge os demais órgãos e entidades da Administração Pública, de todas as esferas e Poderes e, porque não, inclusive serviços sociais autônomos, esse efeito tende a se multiplicar, potencializando, cada vez mais, a eficácia das políticas públicas pertinentes.

direcionadas ao desenvolvimento sustentável na gestão pública;²⁵² e (b) as que se direcionam ao uso dos processos de contratação pública visando ao fomento do desenvolvimento nacional sustentável em suas diversas facetas.

(a) Desenvolvimento sustentável na gestão de processos de contratação pública

No quesito políticas para incremento de eficiência nos processos de contratação pública, embora ainda se tenha muito que melhorar, a temática experimentou nos últimos dez anos aproximadamente três impactos significativos: o incentivo ao uso de procedimentos eletrônicos em detrimento aos presenciais; a instituição do sistema de registro de preços; e o estímulo à adoção de processos de contratação compartilhados.

Em 2002, a Lei que instituiu o pregão, Lei nº 10.520, em seu art. 2º, §1º, autorizou o uso do pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica. A partir daí, diversos decretos vieram regulamentar o uso do pregão eletrônico, nas diferentes esferas da federação, a exemplo do Decreto federal nº 5.450/05, aplicável no âmbito da Administração Pública federal.

O uso preferencial da versão eletrônica tem em vista, além do ganho em celeridade, inerente ao próprio procedimento do pregão, propiciar maior segurança contra ilegalidades, na medida em que procedimentos eletrônicos estão menos suscetíveis a desvios. Aliás, quanto a esse aspecto, na medida em que o acesso ao procedimento pelos interessados é facilitado, intensificam-se as possibilidades de controle popular.²⁵³⁻²⁵⁴ Afora esses fatores, o procedimento eletrônico provoca ainda

²⁵² “Na busca do equilíbrio dinâmico das finalidades só aparentemente contraditórias, o princípio constitucional da sustentabilidade proíbe, simultaneamente, a ineficiência e a ineficácia, nas licitações e contratações públicas (finalidade inibitória). Obriga a prevenção e a antecipação, com planejamento estratégico e antevisão dos resultados de obras, serviços e utilização dos bens (finalidade antecipatória e prospectiva). Permite induzir os comportamentos intertemporalmente responsáveis (finalidade indutora). Em razão disso, novos métodos menos sistemicamente onerosos serão sempre preferíveis. Exemplo: o processo eletrônico será preferível, “prima facie”, na comparação com os processos de consumo de papel, ainda que as licitações de informática tenham de considerar, adequadamente, a destinação dos equipamentos digitais, como determina a Lei de Resíduos Sólidos”. (FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, nov./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76861>>. Acesso em: 11 junho 2012.)

²⁵³ Sobre o ponto, ver **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, n. 136, p. 528, jun. 2005. (Seção Perguntas e Respostas).

²⁵⁴ Destacam-se as medidas que vêm sendo disseminadas ao longo dos últimos anos envolvendo o desenvolvimento de um “governo eletrônico”. São as diretrizes que atualmente orientam o Governo federal brasileiro: “Os impactos globais trazidos pelas tecnologias da informação e comunicação, em

outro efeito interessante e extremamente desejado para os processos de contratação pública, qual seja o aumento da competitividade (uma vez que, independentemente do local de realização do certame, possível a participação de onde o interessado estiver) e, desse modo, do aumento das chances de obter melhores propostas.²⁵⁵

Quanto à instituição do sistema de registro de preços, o art. 15, III, da Lei nº 8.666/93 já consignava que as compras, sempre que possível, deverão ser processadas através de sistema de registro de preços. No âmbito federal, o tema atualmente é disciplinado pelo Decreto nº 7.892/2013.

O sistema de registro de preços compreende importante instrumento para as contratações da Administração sujeitas ao fator imprevisibilidade, seja quanto à definição do quantitativo pertinente ou, mesmo, quanto ao momento em que se farão necessárias as aquisições ou prestação dos serviços.²⁵⁶ Assim, o certame destina-se à formalização de uma ata de registro de preços, que consigna compromisso do beneficiário, vencedor do certame, para o atendimento das demandas concretas que surgirem durante o prazo de vigência da ata (doze meses), respeitadas as condições registradas, inclusive quantitativos. O SRP viabiliza ainda um outro incremento em eficiência que tem em vista a possibilidade de participação de outros órgãos e entidades interessados, os quais, já na etapa de planejamento da contratação, demonstram o interesse para contratação com mesmas especificações e nas mesmas condições. Veja-se

especial, a Internet, fizeram surgir uma nova sociedade de indivíduos que, cada vez mais conectados, produzem serviços e se beneficiam do conhecimento e das milhares de informações disponíveis na rede. A rede mundial tornou-se um desafio para as empresas, instituições e organismos do governo em todo o mundo e não há como escapar desse processo de transformação da sociedade. Para todos aqueles que tiverem meios de acesso, as informações são diversas, públicas e gratuitas e, para os que não têm, o Estado assume um papel muito importante, voltado para a democratização do acesso à rede e a prestação eficiente de seus serviços aos cidadãos, usando as tecnologias de informação e comunicação (TICs). No Brasil, a política de Governo Eletrônico segue um conjunto de diretrizes que atuam em três frentes fundamentais: Junto ao cidadão; Na melhoria da sua própria gestão interna; Na integração com parceiros e fornecedores”. (Vide: <<http://www.governoeletronico.gov.br/o-gov.br/principios>>. Acesso em: 27 set. 2015.)

²⁵⁵ Jessé Torres Pereira Junior destaca que o pregão eletrônico tem proporcionado economia “entre 20% e 30% do valor estimado para cada contratação, celeridade processual, competitividade, simplificação de exigências e transparência [...]”. Ainda, “o sistema eletrônico dota de maior efetividade o acompanhamento das contratações públicas pela sociedade, permitindo que qualquer cidadão, que tenha acesso à rede mundial de computadores, conheça os editais e seus anexos, podendo impugná-los. O sistema também permite o acompanhamento dos licitantes de todas as fases do procedimento, mesmo à distância, tornando efetivo o controle dos atos administrativos praticados pelos condutores da competição”. (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Op. cit. p. 65.)

²⁵⁶ Sobre o tema, ver SAMPAIO, Ricardo Alexandre. A adoção do registro de preços para serviços contínuos: breve comentário. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 240, p. 149-153, fev. 2014.

o ganho em burocracia, na medida em que se tem apenas um certame para o atendimento da demanda de diversos órgãos e entidades. Além disso, deve-se considerar o potencial ganho em economia de escala, devido ao aumento dos quantitativos estimados. Um outro aspecto relevante do sistema de registro de preços tem em vista a autorização para “carona” por órgãos e entidades que, embora não participaram da licitação, demonstrem interesse motivado posterior. Essa possibilidade encontra limites na legislação, que cumpre ser devidamente observada, a fim de que não se cometam desvios.

Por último, destacam-se as compras compartilhadas, as quais vêm sendo instrumentalizadas via sistema de registro de preços. Apesar de o SRP ter sido idealizado, inicialmente, para o atendimento de demandas da Administração marcadas pelo fator imprevisibilidade, verifica-se hoje um alargamento desse objetivo, sobretudo quando visualizada a possibilidade de aumentar as chances de aquisições e prestações de serviços mais econômicos e com menores entraves burocráticos.

Aliás, as compras compartilhadas são interessantes mecanismos para, além de incrementar a eficiência nos procedimentos, pelo potencial ganho em economia de escala, reduzir impactos nos custos das contratações sustentáveis. Ora, um dos fatores de maior insurgência em face das contratações sustentáveis compreende o aumento do preço. Nessa medida, o “ganho de escala nas compras públicas pode reduzir o preço dos produtos e o Estado tem o papel indutor, no sentido de adotar ações que promovam a formalização de contratos de quantidades maiores”.²⁵⁷

A título meramente exemplificativo, cite-se a experiência de compra compartilhada ocorrida sob a coordenação do Jardim Botânico do Rio de Janeiro (JBRJ) em 2010, que contou na etapa de planejamento com uma equipe multidisciplinar (profissionais especializados em pregão, sustentabilidade e qualidade em processos produtivos) para bem definir as especificações dos produtos, pensando no fomento ao desenvolvimento nacional sustentável em condições factíveis e, ainda, o ganho em economia de escala, reduzindo, assim, o impacto negativo decorrente do aumento do preço dos produtos sustentáveis.

²⁵⁷ SILVA, Renato Cader da Silva; BARKI, Teresa Villac Pinheiro. Compras públicas compartilhadas: a prática das licitações sustentáveis. **Revista do Serviço Público Brasília**, v. 63, n. 2, p. 162, abr./jun. 2012.

Houve a participação de diversos órgãos, como Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Instituto Nacional de Propriedade Industrial (Inpi), Ministério da Agricultura, Receita Federal, Ministério da Educação (MEC)/Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Apesar das dificuldades, sobretudo a inexperiência dos órgãos para a definição dos critérios sustentáveis, e mesmo o período de compras incompatíveis, houve a consolidação das demandas dos órgãos participantes e a sessão foi realizada no dia 20 de setembro de 2010. O procedimento compartilhado possibilitou um inquestionável ganho de escala, com uma economia de R\$ 723.263,78 (49,89% do valor estimado).

Vale dizer, o compartilhamento de demandas possibilita “realizar uma compra ambientalmente correta e economicamente eficiente – uma iniciativa reveladora da implantação do consagrado preceito da sustentabilidade nas compras públicas”.²⁵⁸⁻²⁵⁹

Os três aspectos acima destacados – adoção de procedimentos eletrônicos, instituição do sistema de registro de preços e fomento às compras públicas compartilhadas – são apenas exemplos de como “os critérios de sustentabilidade passam a ser concebidos como instrumentos redefinidores do estilo da Administração Pública”, especialmente considerando sua operacionalização.²⁶⁰

(b) Uso dos processos de contratação pública visando ao fomento do desenvolvimento nacional sustentável em suas diversas facetas

Os processos de contratação pública são tangenciados por uma série de políticas públicas, todas com amparo no modelo de desenvolvimento nacional sustentável primado pela Constituição. Nas diversas políticas públicas instituídas até o

²⁵⁸ SILVA, Renato Cader da Silva; BARKI, Teresa Villac Pinheiro. Op. cit. p. 163-167.

²⁵⁹ Em estudo dirigido à eficiência das compras compartilhadas, Gabriela Lira Borges destaca algumas cautelas. Assim, “a fim de assegurar os ganhos com as compras compartilhadas e ao mesmo tempo garantir a legalidade do procedimento, algumas cautelas merecem ser observadas pela Administração: (a) realização de planejamento (definição da necessidade, identificação da solução, pesquisa de preços) pelas entidades envolvidas, para identificar a conveniência da participação em certame conjunto; (b) apresentação de justificativa necessária para a centralização do certame, qual seja, a existência do interesse em comum de diversos órgãos/entidades em um mesmo objeto e as vantagens burocráticas e financeiras com a solução; (c) formalização de um convênio/termo de cooperação ou instrumento semelhante por parte de órgãos ou entidades interessados por se tratar de procedimento que envolve reunião de esforços em torno de objetivo comum; e (d) submissão dos envolvidos ao mesmo conjunto de normas que disciplinam os processos de contratação pública, visando assegurar que todos os envolvidos estejam procedendo de acordo com o princípio da legalidade”. (BORGES, Gabriela Lira. Licitações conjuntas, dever de licitar e eficiência na contratação pública. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 242, p. 338-344, abr. 2014.)

²⁶⁰ FREITAS, Juarez. Direito administrativo e gestão sustentável. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 229, p. 270-276, mar. 2013.

momento fica evidente o intuito de atender a mais de um objetivo relacionado ao desenvolvimento nacional sustentável.

A despeito da complexidade que envolvem, e de seus múltiplos interesses, possível visualizar, a partir das políticas públicas que impactam nos processos de contratação pública já instituídas, cinco pilares principais: (a) Proteção ao meio ambiente; (b) Inclusão social, proteção aos direitos trabalhistas e de menores; (c) Fomento a micro e pequenas empresas; (d) Preservação de patrimônio histórico e cultural; (e) Desenvolvimento da ciência e tecnologia nacionais, incentivo ao mercado interno e à autonomia tecnológica do país; (f) Incentivo à produção de bens e serviços de informática e automação.

(a) Proteção ao meio ambiente

Antes mesmo das alterações levadas a efeito pela Lei nº 12.349/2010, no art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93, o texto original da Lei de Licitações já demonstrava preocupação com o meio ambiente. Tanto é verdade que o art. 6º, IX e o art. 12, VII, prescrevem como requisito essencial do projeto básico e executivo a análise de impacto ambiental de empreendimentos. “Ao ordenar a observância de requisitos ambientais, a Lei nº 8.666/93 maneja ação positiva tendente a reduzir impactos que obras e serviços públicos poderiam causar ao meio ambiente”.²⁶¹

A Lei nº 12.187, de 2009, que dispõe sobre a Política Nacional sobre Mudança do Clima, em seu art. 6º, XII, prevê que as medidas existentes ou a serem criadas estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, 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.

A Lei nº 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, em seu art. 6º, XVII, prevê a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, considerando para tanto o conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos

²⁶¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Op. cit. p. 35.

consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos.

Em seu art. 7º, XI, alíneas “a” e “b”, a Lei estabelece como objetivo da Política Nacional de Resíduos Sólidos a prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, de produtos reciclados e recicláveis, bem como de bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis.

O papel indutor das compras governamentais ao fomento do consumo sustentável fica clarividente na definição de um dos princípios que orientam a Política Nacional de Resíduos Sólidos, qual seja a ecoeficiência (art. 6º, V). A ecoeficiência, na forma da Lei, compreende 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”.

E um aspecto que deve ser ressaltado tanto da Política Nacional sobre Mudança do Clima, como da Política Nacional de Resíduos Sólidos, é a transversalidade (art. 7º, da Lei nº 12.187/2009 e arts. 5º e 12, da Lei nº 12.305/2010). A transversalidade objetiva a integração das distintas políticas públicas setoriais “de forma que uma não anula os efeitos da outra, devendo ser levados em consideração também os aspectos culturais e sociais inerentes a essas políticas (art. 6º, III, Lei nº 12.305/2010). Decorre diretamente da amplitude da questão ambiental que passa a permear praticamente toda a atividade econômica e, quiçá, humana”.²⁶²

A preocupação com o desenvolvimento nacional sustentável em sua acepção ambiental restou bastante enfatizada também no Regime Diferenciado de Contratações Públicas, instituído pela Lei nº 12.462/2011. A exemplo do *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/93, o art. 3º, *caput*, do RDC também coloca o desenvolvimento nacional sustentável como um dos princípios chave das licitações e contratações que regulamenta.

²⁶² BLIACHERIS, Marcos Weiss. Op. cit. p. 151-152.

Além da definição em sentido amplo da concepção de vantajosidade já trabalhada (art. 4º, III), o RDC fixou o dever de os processos de contratação deflagrados respeitarem normas relativas à disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas, bem como mitigação por condicionantes e compensação ambiental, a serem definidas no procedimento de licenciamento ambiental (art. 4º, §1º, I e II).

Ainda, o RDC estabeleceu a possibilidade de exigir na etapa de habilitação requisitos de sustentabilidade ambiental, na forma da legislação aplicável (art. 14, parágrafo único, II), delimitou a possibilidade de solicitar certificação de qualidade do produto ou processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental (por instituição oficial competente ou por entidade credenciada) quando da licitação para aquisição de bens (art. 7º, III); bem como, para a contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, instituiu a possibilidade de definir remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental, dentre outros (art. 10).

(b) Inclusão social, proteção aos direitos trabalhistas e de menores

É possível visualizar na Lei de Licitações políticas direcionadas à inclusão de grupos historicamente excluídos e, igualmente, de proteção aos trabalhadores e menores.

Nesse sentido, o art. 24, XXVII, dispensa a licitação na 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. Essa hipótese de dispensa “guarda fundo eminentemente social, visando beneficiar associações ou cooperativas conhecidas como catadores de papel ou lixo, que agrupam pessoas de baixíssima renda, cujo sustento é auferido com o recolhimento de resíduos sólidos e a comercialização deles para a reciclagem”.²⁶³

²⁶³ “Ao mesmo tempo, a dispensa em comento é instrumento que favorece o meio ambiente, na medida que incentiva a atividade de reciclagem de resíduos sólidos por parte da Administração. O inciso XXVII do art. 24 da Lei nº 8.666/93 condiciona a dispensa de licitação às áreas com sistema de coleta seletiva de lixo e requer que as associações ou cooperativas contratadas disponham e utilizem equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública. A intenção é evitar que a dispensa de

Intencionando a inclusão social do deficiente físico, o art. 24, XX, dispensa também a licitação “na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”.²⁶⁴

Ao comentar sobre o art. 24, XX, da Lei nº 8.666/93, Marçal Justen Filho ensina que esse dispositivo compreende “uma modalidade indireta de fomento. (...) Trata-se de incentivar a atividade de certas entidades privadas, não integrantes da Administração Pública, mas cuja atuação relaciona-se com o bem comum. Produz-se uma espécie de ‘função social do contrato administrativo’...”.²⁶⁵

Esse mesmo objetivo restou plasmado na recente alteração da Lei nº 8.666/93, promovida pela Lei nº 13.146/2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência. Dentre as alterações promovidas pela novel legislação, foi incluído critério de desempate e, ainda, a possibilidade de fixar margem de preferência para bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

Interessante registrar também a Lei nº 12.188 de 2010, que instituiu a Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar e Reforma Agrária (PNATER) e o Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão

licitação em tela cause mais malefícios do que benefícios, o que poderia ocorrer se resíduos não recicláveis fossem abandonados pelas associações ou cooperativas em lugares impróprios ou mesmo se não fosse utilizado equipamento adequado.” (NIEBUHR, Joel de Menezes. Op. cit. p. 298.)

²⁶⁴ “Compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência, nos termos do art. 23, inciso III, da Constituição Federal. Uma das formas estabelecidas pelo Constituinte para alcançar esse objetivo foi estatuída no art. 203 da Lei Fundamental, quando dispôs que a seguridade social teria por objetivo buscar a habilitação e a reabilitação do deficiente e a promoção de sua integração à vida comunitária. Além de constituir um objetivo da seguridade social, expressando a consciência coletiva, no art. 27 da Constituição Federal, foi assentado indelevelmente que constitui dever de família, da sociedade e do Estado, a ser efetivado por meio inclusive de entidades não governamentais, a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante treinamento para o trabalho e a convivência e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos. [...] Com esse propósito de buscar a integração pelo trabalho, criou o legislador uma desigualdade jurídica no universo dos licitantes, visando, sobretudo, um resguardo de outros valores também tutelados pelo Direito.” (JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses. **Contratação direta sem licitação**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 472-473.)

²⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 454.

Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária (PRONATER). Dentre outras medidas, a regra inclui mais uma hipótese de dispensa de licitação dentre aquelas previstas no art. 24 da Lei nº 8.666/93, visando a contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária. “A contratação direta de tais instituições é ferramenta de apoio e incentivo à melhoria da renda e da qualidade de vida das famílias rurais, por meio do aperfeiçoamento dos sistemas de produção e de mecanismo de acesso a recursos e serviços”.²⁶⁶

A Lei nº 8.666/93 ainda definiu quesitos de habilitação para as contratações públicas que buscam priorizar a contratação de pessoas que cumpram suas obrigações relativamente às garantias trabalhistas e previdenciárias de empregados, bem como que estejam de acordo com as políticas de proteção de menores.

Em seu art. 29, IV e V, a Lei de Licitações define como critério de habilitação a prova de regularidade perante a Seguridade Social e FGTS, bem como a prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Destaca-se, ainda, o quesito de habilitação previsto no art. 27, V. Para poder participar de processo de contratação pública, necessário ao interessado declarar o atendimento do XXXIII do art. 7º da Constituição, ou seja, que atende a regra de “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”.

(c) Fomento a micro e pequenas empresas

A Lei Complementar nº 123/2006 estimula o segmento de micro e pequenas empresas nos processos de contratação pública por meio de algumas medidas.

A primeira delas diz respeito ao critério de desempate nas licitações. Para tanto, entende-se por empate aquelas hipóteses em que as propostas apresentadas pelas micro e pequenas empresas sejam iguais ou superiores em até 10% (nas modalidades da

²⁶⁶ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Op. cit. p. 40.

Lei nº 8.666/93) ou 5% (no pregão – Lei nº 10.520/02) do melhor preço válido. Em se inserindo o licitante nesses casos, será oportunizado a ele cobrir a melhor oferta.²⁶⁷

Outro benefício diz respeito à habilitação fiscal do licitante micro ou pequena empresa, que não precisará estar regular no momento da análise pela Comissão de Licitação ou pelo Pregoeiro. Havendo alguma restrição na regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 5 (cinco) dias úteis, prorrogável por igual período a critério da Administração, para a regularização da documentação.

E um aspecto importante é que a Lei Complementar nº 147, ao alterar em 2014 a Lei Complementar nº 123/2006, tornou obrigatório o tratamento diferenciado nas licitações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, que privilegie as micro e pequenas empresas, objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Para tanto, exceto nas situações tratadas no art. 49 da Lei Complementar nº 123²⁶⁸, definiu que nas licitações de valor até R\$ 80.000,00 deverá ser oportunizada a participação exclusiva a micro e pequenas empresas. Já nos certames que ultrapassem esse valor, porém compreenderem objetos de natureza divisível, cumprirá ser destinada cota de até 25% para disputa reservada a micro e pequenas empresas. Ainda, preservando a regra já existente na LC 123/2006, permanece possível, nos processos de contratação destinados a obras e serviços de engenharia, exigir dos licitantes a subcontratação de micro e pequenas empresas.

Outra solução criada pela Lei Complementar nº 147/2014 foi a previsão do §3º do art. 48, que possibilita ao órgão ou entidade licitante, nas hipóteses de licitação exclusiva ou com cota destinada à disputa reservada a micro e pequenas empresas, fixar

²⁶⁷ A respeito do critério de desempate, ver OLIVEIRA, Antonio Flavio de. Estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte e critério de desempate em licitação. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte [s.n.] v. 6, n. 69, set. 2007, p. 85-88.

²⁶⁸ Conforme o art. 49 da Lei Complementar nº 123, não se aplica a obrigação relacionada às licitações exclusivas, ou com reserva para disputa reservada a micro e pequenas empresas quando: a. não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; b. o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado e c. a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.

supostamente²⁶⁹ margem de até 10% do melhor preço válido para priorizar a contratação de empresas sediadas local ou regionalmente, conforme definição do ato convocatório.²⁷⁰

Ou seja, em se justificando a criação de um privilégio às micro e pequenas empresas sediadas local ou regionalmente, tendo em vista, exemplificativamente, política existente para o desenvolvimento de determinado segmento econômico local, a Lei em princípio autoriza a Administração despender até 10% a mais da melhor proposta válida.

Abre-se aqui um parêntese para destacar que há discussão na doutrina quanto à promoção de certame destinado à participação exclusiva de micro e pequenas empresas (art. 48, I, da Lei Complementar nº 123/2006). Joel de Menezes de Niebuhr coloca como crítica à medida um flagrante comprometimento dos princípios da isonomia, da eficiência e da competitividade e, inclusive, uma violação à livre iniciativa e concorrência, na medida em que se estaria criando uma reserva de mercado.²⁷¹ Para José Anacleto Abduch Santos, o problema está na dificuldade em demonstrar que a licitação somente disputada entre micro e pequenas empresas se mostra mais vantajosa, sendo que eventual ausência de fundamentação nesse sentido violaria o princípio republicano. Ainda, na visão do autor, igualmente violaria o princípio da isonomia entre os potenciais competidores no mercado.²⁷² Já Jair Eduardo Santana e Edgar Guimarães, com fundamento no art. 170, IX e art. 179 da Constituição da República, aparentemente se inclinam favoravelmente quanto à legitimidade dos benefícios estabelecidos pela Lei Complementar nº 123/2006 em favor das micro e pequenas empresas, no que se incluiria a licitação exclusiva.²⁷³ Para Marçal Justen Filho, com o que se concorda, o tratamento dispensado pelo Estatuto das Micro e Pequenas Empresas não infringe a

²⁶⁹ Diz-se supostamente, porque o Decreto nº 8.538/2015, ao regulamentar a Lei Complementar nº 123/2006 para a administração pública federal, disciplina o procedimento a ser adotado, estabelecendo, quanto ao ponto, a possibilidade de a micro ou pequena empresa sediada local ou regionalmente cobrir a melhor oferta.

²⁷⁰ A respeito das atualizações promovidas pela Lei Complementar nº 147/2014, recomenda-se a leitura: LIMA, Edcarlos Alves; RICARDINO, Juliana Torresan. Lei Complementar nº 147/14 e seus reflexos na participação das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 253, p. 249-257, mar. 2015.

²⁷¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. Op. cit. p. 330-331.

²⁷² SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitações e o estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 122.

²⁷³ SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. **Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa: reflexos práticos da LC nº 123/06**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 27.

Constituição, para o que cita os mesmos dispositivos constitucionais referendados por Jair Eduardo Santana e Edgar Guimarães. Para o autor, trata-se de meio para “promover a intervenção do Estado nos domínios econômico e social, inclusive para cumprir o desígnio constitucional da redução das desigualdades regionais e da eliminação da pobreza”. Porém, coloca como condicionante para a validade da discriminação sua concreta aptidão para realizar os fins e os princípios constitucionais.²⁷⁴ Veja-se, ainda, que a própria Lei Complementar, em seu art. 49, já fixou as hipóteses em que seria possível deixar de realizar a licitação exclusiva, dentre elas, quando a medida se demonstrar comprovadamente desvantajosa para a Administração. Frise-se, apenas, a necessidade de avaliar esse critério de forma ampla, não deixando de considerar os elementos já referidos no tópico anterior.²⁷⁵

(d) Preservação de patrimônio histórico e cultural

A Lei de Licitações igualmente se preocupou com a preservação do patrimônio histórico e cultural enquanto medida que potencializa o desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, o art. 24, XV, da Lei nº 8.666/93 dispensa a licitação para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade.

Conforme esclarecem Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti, o “patrimônio histórico desempenha papel crucial no fortalecimento do sentimento de cidadania e identidade cultural do País, daí cometer-se ao Estado a promoção de ações que almejam a preservação de bens móveis e imóveis e a proteção do patrimônio natural e arqueológico”.²⁷⁶

(e) Desenvolvimento da ciência e tecnologia nacionais, incentivo ao mercado interno e à autonomia tecnológica do país

²⁷⁴ Complementa o autor: “Não será válido aos Municípios e aos Estados adotarem de modo genérico a restrição da participação de sujeitos estabelecidos fora de seu território. Ou seja, admite-se a mitigação do tratamento não discriminatório entre brasileiros, tomando-se em vista a situação de penúria e pobreza de certas regiões. Daí não se segue a validade de restrições absolutas, generalizadas e incondicionadas, visando a beneficiar apenas as empresas locais. Essa solução será inconstitucional”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 107-108.)

²⁷⁵ Em análise dirigida ao Estatuto das Microempresas, e as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 147/2014, Helio Saul Mileski reforça a compreensão quanto à constitucionalidade das medidas adotadas pela Lei Complementar n. 123, dentre elas as licitações exclusivas. Vide MILESKI, Helio Saul. Tratamento diferenciado e favorecido em licitações públicas: aperfeiçoamentos legais introduzidos ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº 147/2014). **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 16, n. 86, p. 56, jul./ago. 2014.

²⁷⁶ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Op. cit. p. 37.

Na forma do art. 218 da Constituição, recentemente alterado pela Emenda Constitucional nº 85 de 2015, o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

Por sua vez, o art. 219 da Constituição definiu que o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

A mesma Emenda Constitucional nº 85 de 2015, dentre outras modificações, definiu, no parágrafo único do art. 219, que o Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas e entes públicos e privados, a constituição e a manutenção de parques e pólos tecnológicos e demais ambientes promotores da inovação, atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.

Dentre as medidas existentes para impulsionar essas políticas públicas, há na Lei de Licitações três hipóteses de dispensa de licitação.

No XXI do art. 24, dispensa-se a licitação para a aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico. O art. 24, XXV, dispensa a licitação na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica – ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida. Já o XXXI do art. 24 dispensa a licitação nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes. A Lei nº 10.973/02 dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação e ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento industrial do País, nos termos dos arts. 218 e 219 da Constituição (art. 1º).

A Lei nº 12.349/2010, ao alterar o §2º do art. 3º da Lei nº 8.666/93, fixou como critério de desempate a preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: a. produzidos no País; b. produzidos ou prestados por empresas brasileiras; c. produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa no desenvolvimento de tecnologia no País. Em

06 de julho de 2015, a Lei nº 13.146/2015 acresceu um novo inciso ao dispositivo, de modo que, na sequência de situações já citada estaria a alínea d. bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

Também como medida de incentivo ao mercado nacional²⁷⁷⁻²⁷⁸ e, especialmente, à produção de bens e serviços que observem as normas técnicas brasileiras, a Lei nº 13.146/2015 fixou a possibilidade de instituição de margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras. Em tempo, também possibilitou a instituição de margem de preferência para bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

²⁷⁷ Luiz Alberto Blanchet critica a “proteção aos empresários nacionais”, sem o atendimento a propósitos específicos. “Deve, enfim, o Estado, aproveitar em suas contratações os benefícios do mercado globalizado ou proteger os nacionais? Afinal, os benefícios de mercado globalizado são imediatos para a coletividade titular do interesse envolvido na execução do contrato e mediato para os empresários nacionais. Não pode remanescer qualquer dúvida quanto à prevalência dos interesses da coletividade sobre os interesses de empresários nacionais que conseguiriam sair vencedores de uma licitação somente se houvesse proteção estatal pelo fato de serem nacionais e não em função de suas aptidões e de sua eficiência no atendimento do interesse público específico envolvido na satisfação do motivo de um contrato administrativo.” (BLANCHET, Luiz Alberto. Fatores vinculantes da definição do objeto do contrato administrativo em cenário globalizado. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 184-185.)

²⁷⁸ Quanto a um possível questionamento em relação à constitucionalidade da aplicação da margem de preferência em licitações, Leonardo Motta Espírito Santo conclui que, tendo em vista que tais disposições têm por mote o desenvolvimento nacional sustentável, “na condição de política pública implementada pelo governo federal a partir do disposto nos arts. 3º, inc. II, e 174 da Constituição Federal, entendemos que a discussão seria destituída de densidade jurídica suficiente a sua sustentação. Isso porque, os arts. 3º, inc. II, e 174 da Constituição Federal definem respectivamente que: a) o desenvolvimento nacional é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; e b) cabe ao Estado estabelecer as diretrizes e bases de planejamento do desenvolvimento nacional. No cenário mundial, em cujo contexto o Governo Federal busca a adoção de medidas anticíclicas na linha de mitigar os efeitos das crises internacionais, a implementação do desenvolvimento nacional sustentável surge como uma política pública de extrema importância para garantir a proteção do mercado e da indústria brasileira. Assim, sendo o desenvolvimento nacional um princípio constitucional, previsto também na Lei de Licitações, o estabelecimento da margem de preferência nas contratações é uma forma de sua implementação pelo Poder Executivo”. (ESPIRITO SANTO, Leonardo Motta. O desenvolvimento nacional sustentável e a aplicação da margem de preferência nas contratações públicas. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coords.). **Contratações públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 295-301.)

A Lei nº 12.349/2010, ao introduzir o §7º no art. 3º, ainda consignou a possibilidade de instituição de margem de preferência adicional àquela prevista no §5º. Por sua vez, o §10 desse mesmo dispositivo consignou a possibilidade de a margem de preferência delimitada no §5º ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL.

(f) Incentivo à produção de bens e serviços de informática e automação

Quanto às contratações envolvendo bens e serviços de informática e automação, a Lei nº 8.248/91, em seu art. 3º, já estabelecia que os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União dariam preferência, na sequência, a: a. bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; b. bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo. Ainda, na forma do §3º do art. 3º, alterado pela Lei nº 11.077/2004, a “aquisição de bens e serviços de informática e automação, considerados como bens e serviços comuns nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002, poderá ser realizada na modalidade pregão, restrita às empresas que cumpram o Processo Produtivo Básico nos termos desta Lei e da Lei no 8.387, de 30 de dezembro de 1991.”

A despeito de o dispositivo consignar a competição restrita, este é um exemplo de instituição de regra de política pública que precisaria ser melhor avaliada, especialmente considerando o fato de que ainda não há uma produção significativa de produtos de informática e automação no país. Justamente por isso, enquanto não consolidado esse contexto, “não consulta a razoabilidade, sob pena de ofensa aos princípios da eficiência e da economicidade, impor-se à Administração Pública procedimento gravoso para aquisição de produtos não fabricados em escala doméstica”.²⁷⁹

Registre-se, ainda, que em 2010 foi publicado o Decreto federal nº 7.174, que regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.248/91. O art. 5º do regulamento em apreço fixa a preferência para fornecedores de bens e serviços, na ordem: a. bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o Processo Produtivo Básico (PPB), na forma definida pelo Poder Executivo Federal; b. bens e serviços com

²⁷⁹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Op. cit. p. 42.

tecnologia desenvolvida no País; c. bens e serviços produzidos de acordo com o PPB, na forma definida pelo Poder Executivo Federal. Ainda, na forma do parágrafo único do dispositivo, as microempresas e empresas de pequeno porte enquadradas nessas condições terão prioridade no exercício do direito de preferência em relação às médias e grandes empresas enquadradas na mesma condição.

Em linhas gerais, essas compreendem as políticas públicas instituídas até o momento com o objetivo de estimular o desenvolvimento nacional sustentável, seja na gestão das contratações públicas ou no uso do poder de compra estatal como instrumento regulador de mercado. Conforme bem pontua Jessé Torres Pereira Junior, “todas essas políticas são estratégicas e compulsórias, isto é, ditam os elementos norteadores e vinculantes da gestão administrativa pública, que a Constituição quer comprometida com a obtenção de resultados compatíveis com as políticas traçadas”.²⁸⁰

Ultrapassada a discussão em torno de uma adequada concepção do conceito de vantajosidade, bem como visualizado o potencial do uso do poder de compra estatal para impactar em objetivos diretamente relacionados ao desenvolvimento nacional sustentável, um aspecto que deve ser tratado, posto que relacionado às dificuldades dos órgãos e entidades de aplicar os critérios sustentáveis em suas contratações, é a necessidade e/ou relevância de regulamentação para tanto. Tal discussão será enfrentada no tópico subsequente.

2.3 PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: INSTRUMENTO QUE POTENCIALIZA A EFICÁCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE FOMENTO AO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

Conforme visto no início deste capítulo, a partir do modelo de desenvolvimento descrito no Capítulo 1, e especialmente considerando que todo contrato celebrado pela Administração Pública tem como impreterível finalidade a satisfação de interesses públicos, devidamente definidos e motivados esses últimos em observância do ordenamento jurídico aplicável, nenhuma irregularidade se verificaria na

²⁸⁰ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Ibidem*. p. 32.

discriminação de uma solução que adotasse critérios sustentáveis, mesmo antes da alteração do art. 3º da Lei nº 8.666/93.

Aliás, tanto a Constituição da República já possibilitava definir uma série de medidas aptas a fundamentar os processos de contratação pública para o desenvolvimento nacional sustentável, como a legislação infraconstitucional já direcionava nesse sentido. Veja-se, para tanto, as legislações já citadas, dentre elas a Lei nº 12.187/2009, que dispõe sobre a Política Nacional sobre Mudança do Clima, a Lei nº 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos e a própria Lei nº 8.666/93, seja quando definiu determinados critérios habilitatórios, estabeleceu hipóteses de dispensa de licitação ou, mesmo, quando consignou no art. 6º, IX e art. 12, VII, como requisito essencial do projeto básico e executivo, a análise de impacto ambiental de empreendimentos.

Ocorre que essas legislações apenas definem diretrizes gerais, as quais cumprirão orientar o planejamento dos processos de contratação pública sustentáveis. Elas “não manifestam quais são os critérios de preferência socioambiental, tampouco mencionam as especificações de sustentabilidade que os bens, obras e serviços a serem contratados devem seguir”.²⁸¹ De igual sorte, as principais leis que regulamentam o regime de contratações públicas (Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/02 e Lei nº 12.462/2011) não esmiúçam o conteúdo atinente às soluções a serem contratadas. E isso sequer seria possível, haja vista a multiplicidade de necessidades da Administração, o caráter efêmero de algumas demandas e, especialmente, a necessidade de considerar as práticas de mercado, naturalmente em constante modificação.

Em verdade, a atividade de definição da solução a ser contratada encontra-se inserida dentre aqueles atos administrativos tidos como discricionários. Porém, frise-se, discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. A discricionariedade, como alerta Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, é o Cavalo de Troia do Direito Público, pela simples razão de que seu objetivo nos situa no interior do Estado Democrático de Direito e seu exercício abusivo nos leva ao mundo da arbitrariedade e do autoritarismo. Nessa medida, de suma importância o exercício da discricionariedade administrativa em harmonia com os princípios de direito, e respeitando-se o dever de motivação. A

²⁸¹ SANTOS, Murillo Giordan. Poder normativo nas licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (Coords.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 158.

arbitrariedade compreende a ausência de lei, a anulação dos direitos dos cidadãos em relação com a Administração.²⁸² Logo, a despeito de a definição da solução a ser pactuada, em suas características e eventuais condicionantes, estar inserida na seara discricionária da Administração, impreterivelmente cumprirá levar em consideração os fins legalmente definidos para as contratações públicas, como o é o desenvolvimento nacional sustentável.

Trata-se do exercício de uma competência administrativa diretamente relacionada à dimensão objetiva do direito fundamental do cidadão ao desenvolvimento nacional sustentável. Quanto ao ponto, enquanto a dimensão subjetiva tem em vista a possibilidade de executoriedade do direito pelo titular do direito fundamental, a dimensão objetiva abriga um valor protegido pelo ordenamento jurídico, que obriga ainda que nenhum titular o tenha reclamado, determinando ao Estado promover de ofício eventuais providências necessárias a permitir a fruição universal desses bens jurídicos jusfundamentais.²⁸³ Na medida em que a própria legislação ordinária já materializou o comando para a introdução de condições sustentáveis nos processos de contratação pública, tem-se um aspecto vinculado da competência administrativa. A discricionariedade estaria em definir quais elementos de sustentabilidade cumpririam ser adotados na específica solução a ser contratada e, a depender dos contornos da matéria, o como. Porém, não há discricionariedade quanto à consideração ou não de aspectos de sustentabilidade.²⁸⁴ É a dimensão objetiva do direito fundamental ao

²⁸² RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 32, jan./mar. 2012.

²⁸³ Quanto ao ponto, esclarece Daniel Wunder Hachem: “O desenvolvimento das duas primeiras ideias tem o propósito de demonstrar, no ponto (c), que por força do direito do cidadão à tutela administrativa efetiva – espontânea, integral e igualitária – de sua esfera jurídica, a discricionariedade do Poder Público sofre, na seara dos direitos fundamentais, intensas limitações que advêm da dimensão objetiva de tais direitos, a qual impõe à Administração o dever de remover todos os entraves existentes e criar todas as condições necessárias para proporcionar a sua máxima satisfação, e de interpretar todo o ordenamento jurídico da maneira mais apropriada à realização ótima dos valores subjacentes aos direitos fundamentais”. (HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 407-408.)

²⁸⁴ “Daí se depreende que em relação à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ligadas aos deveres da Administração Pública de agir espontaneamente em prol de sua máxima efetivação, as competências administrativas sempre contarão com alguns elementos vinculados e outros discricionários. A Administração pode – em alguns casos com mais intensidade, outros com menos – escolher quais ações serão priorizadas, com o investimento de quantias mais elevadas de recursos financeiros, os meios que serão empregados para implementá-las e as formas jurídicas que serão utilizadas para tanto. Aí residirá a discricionariedade. Porém, quanto a agir ou não agir e quanto ao momento de adotar medidas coletivas para proporcionar a realização dos direitos fundamentais, não haverá discricionariedade alguma: o dever

desenvolvimento nacional sustentável que impõe à Administração assim agir. Aliás, a determinação para o emprego de condicionantes sustentáveis tem sido objeto de apontamento aos jurisdicionados do Tribunal de Contas da União.²⁸⁵ Sob a premissa de que a competência discricionária em verdade abriga o múnus do agente público a agir de acordo com a melhor alternativa (ponderação a ser devidamente motivada), ela, então, “jamais pode ser invocada como fundamento para legitimar que o Poder Público permaneça inativo, deixando de empregar as medidas necessárias para dar concretude aos direitos fundamentais”.²⁸⁶

Acontece que, não raras vezes, como não há clareza em torno dos critérios passíveis de adoção em cada caso, a discricionariedade acaba dando azo ou à omissão da Administração na adoção de critérios sustentáveis ou, por outro lado, na definição de condicionantes inadequadas. Diversos fatores influenciam nesse tipo de realidade, seja a ausência da capacitação adequada dos agentes públicos (os agentes envolvidos nas etapas de planejamento das contratações, muitas vezes integrantes dos setores demandantes pertinentes de tecnologia, de transporte, de serviços gerais, dentre outros, geralmente não detêm a especialização técnica para adequada resolução da problemática), “controvérsias sobre a efetividade dessas contratações sob o ponto de vista da sustentabilidade; temor dos gestores em reduzir a competitividade dos certames, com a conseqüente responsabilização que pode recair sobre eles; além, é claro, da segurança jurídica, que deve ser sempre privilegiada”.²⁸⁷ Este compreende um fator determinante para a eficácia restrita das políticas públicas que se utilizam dos processos de contratação pública para a implementação do desenvolvimento nacional sustentável.

É nesse contexto que ganha força o poder regulamentar e normativo da Administração Pública. Será por meio deles que as diretrizes fixadas pela legislação já citada, que estabelece normas gerais em matéria de contratações públicas sustentáveis,

de atuar sempre estará presente e deverá ser cumprido permanentemente, isto é, a todo o momento”. (HACHEM, Daniel Wunder. *Ibidem*. p. 412.)

²⁸⁵ A título exemplificativo, veja-se: “1.8. Recomendar ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) que: [...] 1.8.4. Promova campanhas educativas e de conscientização acerca da sustentabilidade ambiental junto aos seus servidores e adote critérios de sustentabilidade ambiental em suas licitações, na aquisição de bens, materiais de TI e na contratação de obras e serviços (item IX)”. (TCU. Acórdão nº 4.482/2014 – Segunda Câmara. Relator Raimundo Carreiro. Data do julgamento: 02/09/2014.) Nesse mesmo sentido, vejam-se os Acórdãos nº 4.239/2014 – Segunda Câmara e nº 6.708/2014 – Segunda Câmara.

²⁸⁶ HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.* p. 417.

²⁸⁷ SANTOS, Murillo Giordan. *Op. cit.* p. 161.

poderão ser discriminadas.²⁸⁸ Para grande parcela das especificações de solução não compreende condição *sine qua non* a existência de prévia regulamentação pela Administração, bastando ampla motivação nos autos do processo de contratação acerca da adoção das especificações baseadas em critérios sustentáveis. Trata-se de uma decorrência da aplicação concreta da dimensão objetiva do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável, que deve ser perseguida pela Administração em seus processos de contratação.²⁸⁹ Apesar disso, é de todo desejável o regramento, por compreender medida que potencializa a eficácia das políticas públicas envolvendo o uso dos processos de contratação pública para o desenvolvimento nacional sustentável.²⁹⁰

Dessa constatação, ganham relevo as atividades normativa e regulamentar da Administração Pública. O poder regulamentar caracteriza “umas das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo. Pode ser definido como o que cabe ao Chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução”. Por outro lado, o poder normativo da Administração é reconhecidamente mais amplo, na medida em que abriga “resoluções, portarias, deliberações, instruções, editadas por autoridades que não o Chefe do Executivo”.²⁹¹ Enquanto o exercício do poder regulamentar está direcionado à edição de decretos para fiel execução da lei, o poder normativo abriga os mais diversos atos que podem ser emanados pelas autoridades competentes. Ambos podem e devem ser

²⁸⁸ SANTOS, Murillo Giordan. *Ibidem*. p. 159.

²⁸⁹ Conforme explica Daniel Wunder Hachem, um dos efeitos jurídicos positivos que deriva do direito à tutela administrativa efetiva “consiste no dever, imposto à Administração Pública, de adotar espontaneamente todos os meios necessários à satisfação otimizada dos direitos fundamentais do cidadão, ainda que inexista regulamentação prevista em lei formal determinando os contornos da sua atuação, casos esses em que será exigível a atividade administrativa ‘*praeter legem*’”. (HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.* p. 423.)

²⁹⁰ A respeito do reflexo positivo quanto à definição de regras, Marçal Justen Filho explica que “a existência da regra reduz a autonomia decisória da autoridade. Verificados os pressupostos constantes da regra, deverá ser adotada uma decisão cujo conteúdo já foi por ela própria predeterminado. Logo, é possível prever a decisão futura, sempre que existirem regras disciplinando uma certa situação. Ou seja, a existência das regras é essencial para a segurança jurídica e para a certeza do direito. A regra traduz as escolhas quanto aos valores e aos fatos sociais, permitindo a todos os integrantes da sociedade conhecer de antemão a solução prestigiada pelo direito. Portanto, a ampliação da influência dos princípios produz a redução da certeza do direito, tal como aumentar a importância das regras poderá conduzir à cristalização da disciplina jurídica e sua inadequação para regular a vida social. É evidente que a aplicação das regras deve ser permeada pela influência dos princípios, mas não se pode eliminar a certeza, que é inerente à regra”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 110-112.)

²⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 93-95.

utilizados como instrumentos para a definição de critérios sustentáveis para as soluções a serem pactuadas.²⁹²⁻²⁹³

O complexo desafio existente para o agente público na ponderação de fixação de critérios sustentáveis, especialmente considerando seu impacto em fatores como preço e competitividade, parece justificar um melhor aproveitamento do poder especialmente normativo da Administração. Como bem ressalta Murillo Giordan Santos, como o encontro desse equilíbrio é deveras trabalhoso, “o poder normativo deve servir como instrumento apto e legítimo para definir os parâmetros dessa ponderação”.²⁹⁴

A atividade regulamentar e normativa da Administração Pública, na medida em que originárias de procedimento atento à realidade dos fatos e ao ordenamento jurídico incidente, funciona como garantia democrática²⁹⁵, mais do que isso, como elemento fortalecedor da eficácia das políticas públicas que se utilizam dos processos de contratação pública para o plano de desenvolvimento nacional sustentável. Nessa trilha, conforme se disse, ainda que, para algumas especificações da solução não fosse condição *sine qua non* a existência de prévia regulamentação (bastando ampla motivação nos autos do processo de contratação acerca da adoção das especificações baseadas em critérios sustentáveis), é de todo desejável a regulamentação.

Embora ainda exista muito o que melhorar em matéria de regulamentação e normatização para os processos de contratação pública sustentáveis, o ordenamento

²⁹² SANTOS, Murillo Giordan. Op. cit. p. 164 e seguintes.

²⁹³ “A situação dos diversos entes federativos é distinta. A atividade administrativa da União está sujeita à Constituição e às leis nacionais e federais. A atividade administrativa dos Estados-membros e do Distrito Federal é disciplinada pela Constituição Federal, pelas leis nacionais, pela Constituição estadual e pelas leis estaduais (ou, no caso do Distrito Federal, pela Constituição Distrital e pelas leis distritais). Já a atividade administrativa do Município envolverá a aplicação da Constituição Federal, de leis nacionais, da Constituição estadual, de lei estadual (em alguns temas) e das leis municipais. Mas seria incorreto afirmar que a atividade administrativa federal é imune à disciplina estadual ou municipal. Assim, por exemplo, considerem-se os serviços de transporte rodoviário interestadual, que são de titularidade federal. Cabe à União estabelecer as condições de prestação do serviço, mas incumbe ao Município disciplinar o tráfego urbano. A União não poderá pretender impor o tráfego de ônibus por certas vias públicas, nem determinar a direção do tráfego. Essas são questões sujeitas à competência privativa do Município, uma vez que envolvem seu peculiar interesse. Ou seja, existe uma complexa organização normativa, em que o regime jurídico é integrado por normas provenientes de diferentes órbitas federativas”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 180.)

²⁹⁴ SANTOS, Murillo Giordan. Op. cit. p. 163.

²⁹⁵ “A procedimentalização significa a necessidade de que as decisões administrativas surjam como conclusão de uma série ordenada de atos estruturados entre si, de modo a propiciar a participação de todos os interessados, a ampla investigação da realidade dos fatos, a exposição dos motivos determinantes para as escolhas adotadas e a submissão à revisão dos entendimentos”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 181.)

jurídico vigente já contempla uma série de atos nesse sentido, os quais, sem sombra de dúvida, vêm contribuindo para tanto.

Enquanto exercício do poder regulamentar, citem-se alguns decretos editados até o momento: Decreto nº 7.746/2012, que, além de regulamentar o art. 3º da Lei nº 8.666/93 para estabelecer critérios para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável por meio das contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes, instituiu também a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP, cuja missão é propor a implementação de critérios, práticas e ações de logística sustentável no âmbito da administração pública federal à SLTI/MPOG, a qual cumprirá expedir atos normativos complementares a respeito; Decreto nº 7.404/2010, cujo teor regulamenta a Lei no 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, e cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa; Decreto nº 5.940/2006, que instituiu a separação dos resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta, na fonte geradora, e a sua destinação às associações e cooperativas dos catadores de materiais recicláveis, e dá outras providências; Decreto nº 8.538/2015, que regulamentou o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da administração pública federal.

Por outro lado, enquanto exercício do poder normativo da Administração, tem-se, por exemplo, a Instrução Normativa nº 01 de 2010, cujo teor estabelece critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras na Administração Pública Federal; Instrução Normativa nº 10/2012, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que fixa regras para elaboração dos Planos de Gestão de Logística Sustentável de que trata o art. 16 do Decreto nº 7.746/2012; Portaria nº 02 de 2010, da SLTI/MPOG, que dispõe sobre as especificações padrão de bens de Tecnologia da Informação no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional; Portaria MDIC nº 279/2011, que instituiu o regime de origem para efeitos de aplicação da margem de preferência etc.

Portanto, enquanto o exercício do poder regulamentar detalha aspectos previamente definidos pelo legislador (a exemplo do exercício de preferência e da definição de critérios de desempate), o poder normativo tem o objetivo de esmiuçar condições para o pleno atendimento das diretrizes gerais fixadas pelas leis e, inclusive, pelos próprios decretos regulamentares, relacionadas à solução a ser contratada. O exercício do poder regulamentar e normativo da Administração compreendem além de delimitadores da discricionariedade administrativa, alicerces para o pleno exercício da função administrativa nos processos de contratação pública visando ao desenvolvimento nacional sustentável.

Veja-se que até o momento foram tecidas considerações relativamente à definição de especificações sustentáveis para a solução a ser pactuada, para o que se concluiu que, na grande maioria dos casos, embora não fosse uma condição a existência de prévia normatização, sua existência é de todo desejável. No entanto, diversamente, quando o objeto da condicionante de sustentabilidade compreender um critério de preferência ou desempate, necessariamente haverá de existir autorização legal expressa para tanto.

Conforme visto no Capítulo 1, uma releitura do princípio da legalidade que ostente a juridicidade não significa afastar de todo a legalidade estrita. O que se almeja é a ampliação das fontes de análise pelo intérprete. Porém, entende-se pela existência de matérias reservadas à prévia autorização legal, razão pela qual não autorizam inovação pela Administração Pública. A eventual atuação administrativa *praeter legem* (ou seja, ante a ausência de uma previsão normativa) objetivaria resguardar o universo jurídico dos cidadãos contra intervenções estatais agressivas, que lesionassem as esferas jurídicas individuais. Justamente por isso, como adverte Daniel Wunder Hachem, não sendo esse o caso, deve ser mantida a ideia de que “o princípio da legalidade resulta uma vinculação positiva da Administração à lei, de modo que ela só poderá adotar medidas ablativas, restritivas ou supressoras de direitos se estiver embasada em prévia habilitação contida em lei formal”, entendimento adotado majoritariamente pela doutrina.²⁹⁶

²⁹⁶ A título meramente exemplificativo cite-se: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 65 e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 99 e seguintes.

Dessa análise, não seria possível à Administração, ainda que amparada em relevantes argumentos de interesse público, criar uma nova margem de preferência ou critério de desempate por meio de decretos ou outros atos normativos, a exemplo de instruções, portarias ou, ainda, pelo próprio instrumento convocatório da licitação. Idêntica racionalidade se aplica aos critérios de habilitação, embora, importante frisar, há ao menos dois dispositivos da Lei de Licitações de ampla abrangência, de cuja autorização legal torna possível definir exigências definidas em outros normativos (resoluções, instruções etc.), que estabeleçam condicionantes para o regular exercício da atividade. De toda sorte, frise-se, tal possibilidade decorre das autorizações legislativas expressas, como melhor será tratado no Capítulo 3. Ora, dentre os princípios basilares dos processos de contratação pública, positivados constitucionalmente, tem-se o princípio da isonomia e da livre iniciativa e concorrência. Desses postulados, é direito fundamental dos particulares que intencionem contratar com o Poder Público serem tratados de forma equânime, em regime de livre, ampla e irrestrita competição, a não ser que lei, em sentido formal, tenha delimitado alguma distinção (como o fez a Lei Complementar nº 123/2006 relativamente às micro e pequenas empresas).²⁹⁷

Outra discussão relevante e atual na matéria tem em vista a possibilidade de o Distrito Federal, Estados e Municípios definirem outros critérios de preferência, desempate ou habilitação, para além daqueles definidos pela União. A celeuma gira em torno de identificar se a regra que define essas temáticas compreende norma de caráter geral, na medida em que, na forma do art. 22, XXVII, da Constituição, normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III, são de competência exclusiva da União.

Como não há uma delimitação de quais regras seriam normas gerais, o assunto gera grandes discussões na rotina administrativa e nos tribunais. Consoante lição de

²⁹⁷ Explica Daniel Wunder Hachem: “A interdição de atuação administrativa *praeter legem* se destina apropriadamente à garantia da faceta defensiva, mas torna-se inócua para assegurar a implementação de todas as demais funções desses direitos. Logo, no que diz com as funções dos direitos fundamentais de cunho prestacional (em sentido amplo: fático e normativo), a Administração Pública está autorizada a agir à margem da lei e com fundamento direto na Constituição, desde que alguns critérios sejam observados para que não haja ofensa ao princípio da igualdade”. (HACHEM, Daniel Wunder. Op. cit. p. 431.)

Marçal Justen Filho, não pode a norma geral “invadir a esfera de autonomia mínima, que dá identidade a uma federação. É vedado à norma geral disciplinar o modo de administração dos bens municipais ou estabelecer regras sobre a organização do ente federativo. Ou seja, os limites da norma geral são estabelecidos pelo conceito de federação”.²⁹⁸ Partindo dessa definição, sobretudo considerando a ausência em determinada matéria para tratamento com autonomia por Estado ou Município, seria possível compreender determinado critérios para preferência entre propostas, por exemplo, como norma geral e, nesse sentido, não poderia um Município, hipoteticamente, ainda que mediante lei, criar uma nova margem de preferência em âmbito local.

Adotando tese nesse sentido, tem-se a ADI n. 3.670, julgada em abril de 2007 pelo Supremo Tribunal Federal (Rel. Min. Sepúlveda Pertence), cujo teor julgou inconstitucional a Lei distrital 3.705/2005, que criava restrições a empresas que discriminassem na contratação de mão de obra, haja vista ofensa à competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa (CF, art. 22, XXVII) e para dispor sobre direito do trabalho e inspeção do trabalho (CF, art. 21, XXIV, e art. 22, I). Ainda, em abril de 2004, o Supremo deferiu liminar na ADI nº 3.059/RS (Rel. Min. Ayres Britto), para suspender dispositivo da Lei gaúcha n. 11.871/2002, que instituíra preferência para utilização de *softwares* livres ou sem restrições proprietárias. A justificativa, uma vez mais, foi a usurpação da competência reservada à União para produzir normas gerais em tema de licitação, bem como violação ao princípio da separação de poderes. Ocorre que, em abril de 2015, por unanimidade de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADI nº 3.059/RS. Em outubro de 2012, quando iniciou o julgamento pertinente, o Ministro Ayres Britto votou pela cassação da liminar concedida anteriormente, a qual suspendia a eficácia da lei gaúcha. Para este, a lei estadual gaúcha não fere a Constituição, apenas reforça ou complementa a legislação nacional preexistente, sem contrariá-la, ao estabelecer preferência pela aquisição de *softwares* livres. O Ministro Luiz Fux, que na ocasião solicitou vista, posteriormente apresentou voto acompanhando o relator. “É que, como visto, a preferência pelo *software* livre não traduz qualquer vantagem para determinado produto. Na realidade, por *software* livre quer se designar

²⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 180-181.

apenas um arranjo contratual específico de licenciamento e não certo bem material ou imaterial”, observou. Quanto a uma possível usurpação de competência exclusiva da União, ressaltou o Ministro a existência de competência legislativa suplementar dos estados-membros para dispor sobre licitações e contratos administrativos, “a despeito de a temática não constar expressamente no rol de competências legislativas concorrentes previstas no artigo 24, da Constituição Federal”.²⁹⁹

Veja-se que a temática é polêmica. De todo modo, adotando-se a novel posição do Supremo Tribunal Federal, seria cogitável, reconhecendo-se a existência de competência legislativa suplementar dos estados-membros para dispor sobre licitações e contratos administrativos, determinado Município, Estado ou o Distrito Federal criarem por leis próprias outros critérios de preferência entre propostas, condições de desempate ou de habilitação.

Sem prejuízo à discussão acima, como, em sua esmagadora maioria, as condicionantes de sustentabilidade se materializam na definição da solução a ser pactuada, compreendendo, desse modo, em critério de aceitação da proposta, e de fiscalização pela Administração na etapa de execução contratual, tem-se que a carência quanto à eficácia das políticas públicas de fomento ao desenvolvimento nacional sustentável e as contratações administrativas podem ser contornadas pelo exercício dos poderes regulamentar e normativo da Administração, cada qual com seu conteúdo próprio.

Juarez Freitas, ao propor um catálogo das regras em matéria de sustentabilidade, quais sejam as regras legais, as regras administrativas expressas ou decorrentes do poder regulamentar e as regras interpretativas inferíveis do sistema constitucional, as quais “servem para colmatar lacunas eficacias e suprir a tópica insuficiência na proteção dos direitos fundamentais,” acertadamente conclui que “existem regras suficientes (dos três grupos citados) para se considerar plena e imediatamente aplicável o princípio constitucional da sustentabilidade, nas licitações e contratações administrativas brasileiras”.³⁰⁰ De fato, em sua maioria, repisa-se, as

²⁹⁹ Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289082>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

³⁰⁰ FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, nov./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76861>>. Acesso em: 11 junho 2012.

condicionantes de sustentabilidade sequer precisariam de regulamentação. Todavia, reconhecendo a carência das estruturas administrativas brasileiras, e a fim de conferir segurança jurídica aos certames, igualmente potencializando a eficácia das políticas públicas pertinentes, um melhor aproveitamento do poder regulamentar e normativo da Administração seria, no mínimo, bastante interessante.

3 A SUSTENTABILIDADE NOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA: A IMPLEMENTAÇÃO DE MEDIDAS CONCRETAS NAS DIFERENTES FASES, ETAPAS E ATOS

No Capítulo 2 foi possível avaliar os processos de contratação pública como ferramentas na concretização do plano de desenvolvimento nacional sustentável complexo, definido na Constituição. Conforme visto, a análise pertinente tangencia duas facetas elementares das contratações públicas e a sustentabilidade: o aprimoramento da máquina administrativa e, a outra, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável por meio das contratações públicas.

Quanto ao aprimoramento da máquina administrativa, frisou-se a relevância de práticas de gestão concatenadas ao uso racional de recursos, à redução de entraves burocráticos que tornam os processos de contratação demasiado custosos, ao repensar a organização administrativa a fim de que setores direta e indiretamente envolvidos nas contratações participem de processo coeso, integrado, eficiente e eficaz de planejamento, bem como ao combate de vícios como patrimonialismos, tráfico de influências, omissivismos e mercenarismos. Outro aspecto relevante destacado teve em vista a capacitação dos agentes envolvidos para o melhor desempenho da atividade administrativa no que tange à gestão segundo padrões alinhados à sustentabilidade.

Voltando-se a reflexão para os processos de contratação em si, foram trabalhados três pontos elementares relativamente às políticas públicas para o desenvolvimento sustentável e as contratações públicas: (i) a concepção de vantajosidade a ser considerada pela Administração, não atrelada simplesmente ao barateamento da proposta, mas sim à otimização dos dispêndios em atenção aos fins não apenas imediatos da contratação, mas igualmente mediatos, relacionados ao desenvolvimento nacional sustentável; (ii) a identificação do potencial do poder de compra estatal para impactar no plano de desenvolvimento nacional; e (iii) a relevância do poder regulamentar e normativo para a eficiência e eficácia das políticas públicas envolvendo a sustentabilidade e os processos de contratação pública.

O aspecto a ser desenvolvido no Capítulo 3 tem em vista a implementação das condicionantes relacionadas ao desenvolvimento nacional sustentável no processo de

contratação pública, ou seja, como deve se dar a atuação da Administração a fim de que esse objetivo seja alcançado.

Na forma do art. 37, XXI, da Constituição da República, bem como art. 2º da Lei nº 8.666/93, as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, salvo as hipóteses de dispensa e inexigibilidade previstas na lei. E, para tanto, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Para que esse contrato se desenvolva em atenção ao regime jurídico de Direito Administrativo aplicável, no que se inclui a análise e definição adequadas de critérios de sustentabilidade, necessária atenção a todas as fases, etapas e atos compreendidos no processo de contratação pública. Trata-se de corolário do princípio da legalidade, o qual sujeita o agente público, no exercício da função administrativa, à observância dos procedimentos definidos na legislação. Carlos Ari Sundfeld pontua que, como “a ‘vontade’ manifestada pelo Estado, na produção de seus atos (sejam legislativos, administrativos ou jurisdicionais), traduz sempre o exercício de função, segue-se que o processo é o modo normal de agir do Estado. Em outras palavras: a realização do processo é indispensável à produção ou execução dos atos estatais”.³⁰¹

Nesse sentido, o art. 4º da Lei nº 8.666/93 fixa que todos quantos participem do processo de contratação têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na legislação³⁰², compreendendo o processo de contratação ato administrativo formal. A observância do procedimento formal está diretamente relacionado à garantia da isonomia entre os concorrentes. E, justamente pensando nessa finalidade, procedimento formal jamais deve ser confundido com formalismo. Importa

³⁰¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009. p. 173.

³⁰² Conforme a literalidade do dispositivo, “Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos. Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.” Ainda que a regra fale de todos quantos participem da licitação, tem-se que a mesma racionalidade se aplica em qualquer processo de contratação, seja ele oriundo de licitação, dispensa ou inexigibilidade. Vale dizer, igualmente nas contratações diretas, o agente público está sujeito à observância do regramento e principiologia aplicável.

dizer, não se deve atuar “com rigor excessivo na interpretação dos textos normativos, porquanto está ultrapassado o posicionamento de que os intérpretes devam ser autômatos que aplicam a lei a partir de seu sentido literal”.³⁰³ O processo de contratação não é um fim em si mesmo. “As formalidades destinam-se a possibilitar a celebração de contrato válido e eficiente ao interesse público; nada mais. Caso supervalorizada a forma em detrimento da substância, o excesso deverá ser inibido administrativa ou judicialmente”.³⁰⁴

E, como a lei, a despeito de fixar o direito público subjetivo à fiel observância do procedimento descrito e, ainda, qualificar o processo de contratação como ato administrativo formal, em muitos aspectos não definiu em detalhes os atos a serem praticados ou, mesmo, a forma de resolução de possíveis conflitos que venham se apresentar na rotina administrativa dos processos de contratação, cabe ainda ao agente público o cuidado com toda a princiologia que rege os processos de contratação pública.

Assim é que o agir administrativo deve estar iluminado pelo conjunto de princípios expressos e implícitos no ordenamento,³⁰⁵ a fim de que a atuação administrativa de fato esteja consonante ao modelo de agir administrativo definido pelo plano de desenvolvimento nacional tratado no Capítulo 1. Além dos princípios da legalidade, isonomia, moralidade, publicidade e eficiência, expressamente definidos no art. 37, XXI, da Constituição, chama-se igualmente a atenção aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da impessoalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da vantajosidade, da competitividade, da probidade administrativa, do julgamento objetivo, da boa administração, da finalidade, da motivação e demais princípios correlatos.³⁰⁶⁻³⁰⁷

³⁰³ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 310.

³⁰⁴ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 32-33.

³⁰⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar dos princípios expressamente previstos no art. 37, XXI, da Constituição, lembra “que inúmeros outros mereceram igualmente consagração constitucional: uns, por constarem expressamente da Lei Maior, conquanto não mencionados no art. 37, *caput*; outros, por nele estarem abrigados logicamente, isto é, como consequências irrefragáveis dos aludidos princípios; outros, finalmente, por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 95.)

³⁰⁶ A doutrina disciplina a princiologia dos processos de contratação de formas diversas. Apenas a título exemplificativo, para Celso Antônio Bandeira de Mello, “os princípios cardeais da licitação poderiam ser resumidos nos seguintes: a) *competitividade*; b) *isonomia*; c) *publicidade*; d) *respeito às condições prefixadas no edital*; e e) *possibilidade de o disputante fiscalizar o atendimento dos princípios anteriores*.”

Desse cenário, constitui o processo de contratação pública um conjunto formal e concatenado de fases, etapas e atos, alguns explícitos, outros implícitos no ordenamento, direcionados à celebração e execução de um contrato que satisfaça os objetivos a serem perseguidos pela Administração Pública, dentre eles o desenvolvimento nacional sustentável.³⁰⁸⁻³⁰⁹ Encontra-se estruturado em três grandes fases: planejamento, seleção de proponentes³¹⁰ e contratual. Em cada uma dessas fases existem etapas específicas, que, por sua vez, acobertam uma série de atos. Cabe ao agente público avaliar, a partir dos regimes jurídicos de contratação vigentes (Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/02 e Lei nº 12.462/2011 – RDC) e principiologia a eles inerente, em que momento do processo e de que forma devem fixar as diretrizes de sustentabilidade.

A partir da leitura até o momento apresentada da sustentabilidade e os processos de contratação pública, tem-se que tais diretrizes podem estar relacionadas: (i) à pessoa do licitante; (ii) à especificação do objeto e, desse modo, como um critério de

Afora o princípio da competitividade, que, embora não mencionado especificamente pela lei em tal qualidade, é da essência da licitação (tanto que a lei o encarece em alguns dispositivos, como no art. 3º, §1º, I, e no art. 90), todos descendem do princípio da isonomia, pois são requisitos necessários para garantir-lhe a existência”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ibidem*. p. 542-543. Destaques no original.)

³⁰⁷ Nohara chama atenção, enquanto princípios correlatos nas licitações, para o princípio do sigilo na apresentação da proposta, da adjudicação compulsória e da livre competição. (NOHARA, Irene Patrícia. *Op. cit.* p. 318-319.)

³⁰⁸ Renato Geraldo Mendes trata o processo de contratação pública como um conjunto de fases, etapas e atos estruturado de forma lógica “para permitir que a Administração, a partir da identificação precisa da sua necessidade e demanda, possa definir com precisão o encargo desejado, minimizar seus riscos e selecionar, isonomicamente, se possível, a pessoa capaz de satisfazer a sua necessidade pela melhor relação benefício-custo”. (MENDES, Renato Geraldo. **O processo de contratação pública**: fases, etapas e atos. Curitiba: Zênite, 2012. p. 25.)

³⁰⁹ Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, embora tratem de “fases” para o que se chama “etapas”, apresentam a mesma racionalidade no que tange à definição do processo de contratação e seus objetivos: “Diz-se que o processo licitatório está estruturado em fases, que se definem como subconjuntos de atos endoprocessuais destinados a decidir aspectos prévios e pressupostos à escolha do licitante vencedor. Estas fases, que se concluem sempre pela produção de atos decisórios, desenvolvem-se de modo sucessivo e cronologicamente integrado: no âmbito do processo, a fase posterior sempre pressupõe preclusivamente a fase anterior. Além disso, ainda que cada fase do processo esteja vocacionada a finalidades específicas e imediatas (como a divulgação da licitação; a habilitação dos licitantes; a avaliação das propostas etc.), todas e cada uma delas orientam-se imediatamente ao escopo último da licitação – qual seja: a escolha da proposta mais vantajosa à Administração, instaladora de solução fiel ao desenvolvimento nacional sustentável”. (MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Op. cit.* p. 245.)

³¹⁰ “Também é preciso dizer que a forma de condução da fase externa não se restringe à licitação. A fase externa do processo é o momento em que se verifica a ocorrência tanto do que se chama de licitação como da sua dispensa ou inexigência. Ela é caracterizada por dois procedimentos distintos: a licitação e a contratação direta (dispensa e inexigência). A licitação, por sua vez, admite diferentes variações procedimentais, que a legislação qualifica como modalidades de licitação (concorrência, leilão, pregão etc.)”. (MENDES, Renato Geraldo. *Op. cit.* p. 30.)

classificação da proposta; (iii) como um critério de pontuação da proposta técnica em licitações do tipo melhor técnica ou técnica e preço; (iv) como critério de preferência entre propostas; (v) como critério de desempate entre propostas; (vi) como uma obrigação contratual, a ser fiscalizada e atendida na fase pertinente.

Porém, nem todo critério de sustentabilidade se insere, indistintamente, nas hipóteses acima transcritas, as quais dizem respeito a etapas diversas do processo de contratação. Aliás, a fixação de uma condicionante inadequada, não apenas em relação aos objetivos perseguidos pela política pública pertinente, mas, igualmente, à etapa e modo de comprovação respectivos, pode levar à anulação do processo de contratação por vício de legalidade.³¹¹ Conforme visto, uma das garantias do procedimento formal é justamente resguardar a isonomia, na medida em que apenas serão fixadas as condicionantes devidamente motivadas e adequadas à etapa de demonstração pertinente, resguardando, assim, a lisura, objetividade e competitividade do processo de contratação. Portanto, o correto exercício da função administrativa demanda atenção para com a sustentabilidade nos processos de contratação pública. Porém, igual zelo se impõe na delimitação dos critérios de sustentabilidade, seja quanto à forma ou momento em que devidos durante o processo de contratação pública.

Para amparar a análise pertinente, passa-se, então, a discorrer a respeito das três fases do processo de contratação: (3.1) *Fase de planejamento*: ações envolvidas no planejamento da contratação para garantia do desenvolvimento sustentável; (3.2) *Fase de seleção de proponentes*: a aplicação de preferências e benefícios para a garantia do desenvolvimento sustentável nos processos de contratação; e (3.3) *Fase contratual*: da fiscalização quanto à adoção de práticas sustentáveis.

³¹¹ A título exemplificativo, veja-se a determinação constante do Acórdão do Tribunal de Contas da União: “9.2. com fulcro no art. 71, IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992, assinar prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência desta deliberação, para que o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) adote as providências necessárias à anulação do pregão eletrônico para registro de preços 19/2011, em face das seguintes ilegalidades principais: [...] 9.2.4. estabelecimento de exigências de habilitação técnica, descritas nos subitens 10.7.1.1 a 10.7.1.5, 10.7.1.9 e 10.1.7.10 do edital, sem comprovação da pertinência e imprescindibilidade das exigências em relação ao objeto licitado, em afronta ao art. 3º, § 1º, I, art. 27 e art. 30 da Lei 8.666/1993, e inexistência de definição de parâmetros objetivos que permitissem a avaliação do cumprimento ou não dos critérios de sustentabilidade inseridos no edital”. (TCU. Acórdão nº 122/2012 – Plenário. Relator Weder de Oliveira. Data do julgamento: 25/01/2012.)

3.1 FASE DE PLANEJAMENTO: AÇÕES ENVOLTAS NO PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO PARA GARANTIA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A fase de planejamento, também chamada de fase interna da licitação, destina-se à definição dos critérios para o adequado desenrolar das demais fases: de seleção dos proponentes e de execução contratual. Como coloca Renato Geraldo Mendes, fundamentalmente, “é o planejamento (fase interna) que condiciona todas as demais fases e etapas do processo e determina ou não o sucesso da contratação. Logo, ela é a mais importante de todas as três fases, e não a licitação ou o contrato, como se imagina em razão da visão tradicional”.³¹²

É na fase de planejamento que a Administração, primeiro, cumprirá identificar a *necessidade* existente. Identificar a necessidade significa diagnosticar a demanda em suas diversas características, quantitativos, prazos para atendimento etc. Nessa etapa deve a Administração ter atenção para com a possível política de logística sustentável existente no órgão ou entidade, de modo que, ao diagnosticar a necessidade, igualmente sejam consideradas as diretrizes já definidas relativamente à política pertinente.

Feita essa avaliação, deve, então, a Administração voltar sua análise para o conhecimento das práticas de mercado e possíveis soluções disponíveis. Uma adequada definição de especificações da solução, delimitação dos critérios de aceitabilidade de propostas, de eventual pontuação de propostas técnicas, de definição de quesitos mínimos indispensáveis de habilitação, bem como das condições de execução do ajuste, demanda do setor competente envolvido uma maior aproximação junto ao mercado. É com respaldo nesse levantamento que a Administração terá condições de, motivadamente, bem definir esses aspectos, sem comprometer injustificadamente a competitividade do processo de contratação.³¹³ Não cabe uma atuação arbitrária,

³¹² MENDES, Renato Geraldo. Op. cit. p. 30.

³¹³ A aproximação do mercado é indispensável, inclusive, para aferir as vantagens que este pode oferecer à Administração. Ao refletir acerca do motivo do contrato, pontua Luiz Alberto Blanchet: “A avaliação deve, enfim, ser feita caso a caso. De qualquer modo, pode-se com segurança afirmar que um ambiente globalizado, pareça-nos ele simpático ou repugnante, não pode ser ignorado ou desprezado pela Administração Pública desde a constatação e avaliação objetiva do motivo do contrato – antes, portanto do procedimento de licitação, dispensa ou inexigibilidade – até a satisfação da finalidade do contrato administrativo (atendimento do motivo originário). A Administração deve considerar os riscos e ameaças

aleatória ou descomprometida com o plano de desenvolvimento nacional no exercício dessa atividade. “A Administração Pública é uma função, por isso não comporta o exercício de vontade individual ou psicológica. Todos os atos praticados pela Administração Pública têm caráter instrumental, devem ter uma razão de ser, devem ter uma finalidade a atingir, e isso precisa ficar claro no processo.”³¹⁴

Justamente em razão desse dever, e para que a definição dos critérios de sustentabilidade estejam consonantes ao ordenamento jurídico vigente, necessário à Administração: (a) ao descrever a necessidade, considerar os parâmetros definidos para a política de sustentabilidade no órgão ou entidade; (b) ao ponderar a solução frente àquelas disponíveis no mercado, identificar aquelas que, contendo quesitos de sustentabilidade, não restrinjam imotivadamente a competitividade, elevando de uma forma desproporcional os preços; (c) identificar se a especificação está relacionada à pessoa do licitante ou ao objeto da contratação: se a especificação estiver relacionada à pessoa do licitante, compreenderá quesito de habilitação para licitação; se a especificação estiver relacionada ao objeto – compreenderá ou quesito de aceitabilidade de proposta ou condição a ser exigida/fiscalizada na etapa de execução contratual. Ainda, pode ser o caso de o quesito de sustentabilidade não compreender uma condicionante de aceitabilidade de proposta, porém, ser considerado como critério de pontuação em licitação do tipo técnica e preço ou fator para definição de remuneração variável.

(a) Diagnóstico e definição da necessidade: política de sustentabilidade no órgão ou entidade

O diagnóstico da necessidade envolve a verificação atenciosa quanto à demanda do órgão ou entidade, seja em relação à determinada compra, execução de obra ou serviço de engenharia, execução de serviços em geral ou desenvolvimento de uma solução, em suas características e quantitativos. Tendo em vista a diretriz para o

de um mercado globalizado, mas deve também aproveitar, no interesse da coletividade, as vantagens desse mesmo mercado. Ignorá-lo poderá redundar em desvio de finalidade, eis que a finalidade efetivamente alcançada ao final da execução do objeto do contrato será o atendimento de um motivo cuja avaliação foi subjetiva, incompleta ou infiel à realidade, ignorou indispensáveis aspectos *circunstanciais*”. (BLANCHET, Luiz Alberto. Fatores vinculantes da definição do objeto do contrato administrativo em cenário globalizado. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 182 e 183.)

³¹⁴ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 106.

desenvolvimento nacional sustentável, eleita como um dos objetivos a serem perseguidos nos processos de contratação pública, já no diagnóstico da necessidade impreterível considerar aspectos dessa natureza.

Nesse sentido, de nodal importância a existência de Plano de Gestão de Logística Sustentável no órgão ou entidade, que defina as diretrizes gerais e, em sendo o caso, específicas, relacionadas às regras e práticas de sustentabilidade a serem observadas para os processos de contratação da administração.

No âmbito da Administração Pública federal, o Decreto nº 7.746/2012, em seu art. 4º, define algumas diretrizes em caráter exemplificativo, a exemplo da necessidade de considerar o menor impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água; preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local; maior eficiência na utilização de recursos naturais com água e energia; maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local; maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra; uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; e origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras.

Em seu art. 16, o normativo de 2012 já delimitava a obrigação existente para a Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes, de elaborar e implementar Planos de Gestão de Logística Sustentável, no prazo estipulado pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, prevendo, no mínimo, atualização do inventário de bens e materiais do órgão e identificação de similares de menor impacto ambiental para substituição;³¹⁵ práticas de sustentabilidade e de racionalização do uso de materiais e de serviços; responsabilidades, metodologia de implementação e avaliação do plano; e ações de divulgação, conscientização e capacitação.³¹⁶

³¹⁵ Sobre o ponto, estabelece o art. 7º da Instrução Normativa nº 01 de 2010: “Art. 7º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional deverão disponibilizar os bens considerados ociosos, e que não tenham previsão de utilização ou alienação, para doação a outros órgãos e entidades públicas de qualquer esfera da federação, respeitado o disposto no Decreto nº 99.658, de 30 de outubro de 1990, e suas alterações, fazendo publicar a relação dos bens no fórum de que trata o art. 9º. § 1º Antes de iniciar um processo de aquisição, os órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional deverão verificar a disponibilidade e a vantagem de reutilização de bens, por meio de consulta ao fórum eletrônico de materiais ociosos. § 2º Os bens de informática e automação considerados ociosos deverão obedecer à política de inclusão digital do Governo Federal, conforme estabelecido em regulamentação específica.”

³¹⁶ De acordo com o art. 4º, *caput*, da Instrução Normativa nº 10 de 2012, da SLTI/MPOG, cujo teor estabelece regras para elaboração dos Planos de Gestão de Logística Sustentável, os PLS “devem ser

Ao regulamentar o Decreto nº 7.746/2012, a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão editou a Instrução Normativa nº 10 de 2012, cujo teor estabelece regras para elaboração dos Planos de Gestão de Logística Sustentável na Administração Pública. De acordo com o art. 8º da IN, as práticas de sustentabilidade e racionalização do uso de materiais e serviços deverão abranger, no mínimo, material de consumo compreendendo, pelo menos, papel para impressão, copos descartáveis e cartuchos para impressão; energia elétrica; água e esgoto; coleta seletiva; qualidade de vida no ambiente de trabalho; compras e contratações sustentáveis, compreendendo, pelo menos, obras, equipamentos, serviços de vigilância, de limpeza, de telefonia, de processamento de dados, de apoio administrativo e de manutenção predial; e deslocamento de pessoal, considerando todos os meios de transporte, com foco na redução de gastos e de emissões de substâncias poluentes.³¹⁷⁻³¹⁸

elaborados pelo órgão ou entidade e sua delegação e aprovação será de responsabilidade do Secretário-Executivo do respectivo Ministério, ou cargo equivalente no caso das Autarquias, Fundações e empresas estatais dependentes”. E, de acordo com seus parágrafos: “§ 1º Os PLS poderão ser subdivididos, a critério de cada órgão ou entidade, em razão da complexidade de sua estrutura, sendo os resultados consolidados e apresentados pela autoridade referida no *caput* deste artigo. § 2º Na hipótese de o edifício ser ocupado por mais de um órgão ou entidade, cada PLS deverá conter as ações específicas e as compartilhadas que dependam de esforços conjuntos. § 3º Na hipótese de o órgão ou entidade não ser autorizado a realizar ações de adaptação no edifício que ocupa, tal impossibilidade deverá ser informada e justificada no PLS”.

³¹⁷ Para tanto, o art. 9º da Instrução Normativa pertinente elenca a necessidade de serem criados Planos de Ação específicos: “Art. 9º Os PLS deverão ser formalizados em processos e, para cada tema citado no art. 8º, deverão ser criados Planos de Ação com os seguintes tópicos: I – objetivo do Plano de Ação; II – detalhamento de implementação das ações; III – unidades e áreas envolvidas pela implementação de cada ação e respectivos responsáveis; IV – metas a serem alcançadas para cada ação; V – cronograma de implantação das ações; e VI – previsão de recursos financeiros, humanos, instrumentais, entre outros, necessários para a implementação das ações. § 1º Para os temas listados no art. 8º, os resultados alcançados serão avaliados semestralmente pela comissão gestora, utilizando, no mínimo, os indicadores elencados no Anexo III. § 2º Caso o órgão ou entidade inclua outros temas no PLS deverão ser definidos os respectivos indicadores, contendo: nome, fórmula de cálculo, fonte de dados, metodologia de apuração e periodicidade de apuração”.

³¹⁸ Em seu art. 11, a Instrução Normativa nº 12 ainda prevê importantes programas que poderão subsidiar a criação e implementação dos PLS, a exemplo do Programa de Eficiência do Gasto Público – PEG, desenvolvido no âmbito da Secretaria de Orçamento Federal do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SOF/MP; Programa Nacional de Conservação de Energia Elétrica – Procel, coordenado pela Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Energético do Ministério de Minas e Energia – SPE/MME; Agenda Ambiental na Administração Pública – A3P, coordenado pela Secretaria de Articulação Institucional e Cidadania Ambiental do Ministério do Meio Ambiente – SAIC/MMA; Coleta Seletiva Solidária, desenvolvida no âmbito da Secretaria-Executiva do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – SE/MDS; Projeto Esplanada Sustentável – PES, coordenado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por meio da SOF/MP, em articulação com o MMA, MME e MDS; e Contratações Públicas Sustentáveis – CPS, coordenada pelo órgão central do Sistema de Serviços Gerais – SISG, na forma da Instrução Normativa nº 1, de 19 de janeiro de 2010, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI/MP.

Veja-se que os Planos de Logística Sustentável definem práticas e critérios de sustentabilidade e racionalização, cujos parâmetros em muitos casos incidirão diretamente no diagnóstico e definição da necessidade pela Administração. Justamente por isso, ao diagnosticar e descrever a necessidade, importante já considerar as diretrizes e práticas constantes do Plano de Logística Sustentável, incidentes em cada processo de contratação, os quais devem ser objeto de constante análise e aprimoramento pela Administração.³¹⁹

(b) Definição da solução: prática mercadológica, restrição justificada da competitividade e razoabilidade de custos

Uma vez diagnosticada e descrita a necessidade, cabe ao agente público competente, mediante abrangente pesquisa de mercado, definir a solução apta a atendê-la, delimitando objetivamente as especificações mínimas indispensáveis para o escorreito atendimento do interesse público.³²⁰ Para tanto, “seria ilógico, contraditório e totalmente despropositado que a Administração definisse as especificações dos objetos a serem contratados por ela de maneira contrária às políticas públicas estatais. Este é o espaço mais apropriado e eficaz para utilizar a licitação como instrumento para a promoção das políticas públicas”.³²¹⁻³²²

³¹⁹ Em diversas manifestações, o Tribunal de Contas da União determina ao jurisdicionado atenção para com o planejamento engajado com a sustentabilidade. Nesse sentido, a título exemplificativo, no Acórdão nº 1.260/2010 – Segunda Câmara, determinou: “9.4. recomendar à Secretaria-Geral de Controle Externo que avalie a conveniência e oportunidade de orientar a Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo – Seprog e a 8ª Secex a incluírem em seu planejamento a realização de trabalho conjunto para avaliar em que medida as ações adotadas pela administração pública nas áreas de redução de consumo próprio de papel, energia elétrica e de água atingiram os objetivos propostos inicialmente: metas fixadas, acompanhamento, ações objetivas e concretas implementadas, marcos legais fixados, perspectivas, dentre outras questões julgadas relevantes pelas referidas unidades técnicas, podendo as ações serem desenvolvidas separadamente por área”. (TCU. Acórdão nº 1.260/2010 – Segunda Câmara. Relator André Luís Carvalho. Data do julgamento: 23/03/2010.)

³²⁰ Na forma do art. 40, I, da Lei nº 8.666/93, o edital conterá, entre outros elementos, a descrição do objeto da licitação, de forma sucinta e clara

³²¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 41.

³²² Acerca da definição de critérios ambientais sustentáveis, comenta a doutrina: “Tal paradigma, por óbvio, também se aplica à licitação sustentável: a exigência de caráter ambiental deve ser adotada desde que haja justificativa robusta a demonstrar sua necessidade, relevância ou pertinência. A medida essencial a ser tomada é, sem dúvida, a formalização de justificativa técnica no processo, a cargo de profissional da área, elencando as razões que levaram à opção por aquela exata configuração do objeto da licitação. Em outras palavras, a definição dos critérios socioambientais que moldarão as propostas dos licitantes deverá basear-se em fundamentos objetivos, que assegurem a proteção ao meio ambiente ao mesmo tempo em que satisfaçam adequadamente a necessidade concreta da Administração.” (TERRA, Luciana Maria Junqueira; CSIPAI, Luciana Pires; UCHIDA, Mara Tieko. Formas práticas de implementação das licitações sustentáveis: três passos para a inserção de critérios socioambientais nas contratações públicas.

Aliás, importante destacar que a atividade de planejamento da contratação é complexa, podendo demandar a atuação de profissionais de especialidades diversas para que o objetivo buscado seja atendido. Em muitas situações apenas técnicos especializados poderão, mediante parecer técnico fundamentado, motivar a solução adotada frente às diretrizes gerais constantes do Plano de Logística Sustentável do órgão ou entidade.

Porém advirta-se, ainda que um dos objetivos das políticas públicas para o desenvolvimento nacional sustentável e os processos de contratação seja, por meio do poder de compra estatal, impactar na conscientização, cultura e amadurecimento do mercado quanto à consideração de práticas sustentáveis, não se pode pretender promover esse impacto de forma a desconsiderar a realidade posta. Um aspecto inerente à política que pretende a regulação de mercado é seu caráter de evolução gradual. Conforme trecho da manifestação do Min. Rel. Benjamin Zymler do Tribunal de Contas da União, na Decisão monocrática no TC-003.405/2010-9, a adoção de restrições ambientais, discutida na análise realizada, deve se dar paulatinamente, de forma que os agentes do mercado possam se adaptar a essas novas exigências. “Caso contrário, estar-se-ia criando uma reserva de mercado para as poucas empresas que cumprirem de antemão essas exigências, implicando violação ao princípio constitucional da livre concorrência, maiores custos e reduzidas ofertas de produtos”. Cabe à Administração, sensível a essa realidade, por meio de levantamento do potencial mercado fornecedor ou prestador do serviço, investigar em que medida já está preparado para atender eventuais critérios e práticas de sustentabilidade pretendidos.

Há critérios de sustentabilidade peremptórios, já delimitados pelo ordenamento jurídico como condicionantes para o regular exercício da atividade, hipótese em que a Administração está diante de atividade vinculada, não lhe sendo possível deixar de considerar a condicionante.³²³ São critérios definidos por organismos de regulação e fiscalização competentes, a exemplo do INMETRO – Instituto Nacional de Metrologia,

In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (Coords.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 247.)

³²³ “Lembramos, por outro lado, que, com relação a diversos objetos, a especificação ultrapassa a seara técnica e adentra a esfera normativa, em razão de diplomas legais editados pelos órgãos de proteção ao meio ambiente (notadamente Ministério do Meio Ambiente, Ibama e Conama) que estabelecem parâmetros ambientais obrigatórios, a serem seguidos sobretudo pelo setor produtivo, orientando indiretamente os padrões de consumo da sociedade em geral – na qual a Administração Pública se inclui, quando exerce a posição ordinária de adquirente de bens e serviços.” (TERRA, Luciana Maria Junqueira; CSIPAI, Luciana Pires; UCHIDA, Mara Tiekko. *Ibidem*. p. 247.)

Qualidade e Tecnologia, do IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e do CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente. Nesses casos, há um elemento facilitador para o gestor público, na medida em que “os regramentos impostos por tais órgãos constituem um ponto de partida objetivo na escolha do objeto da licitação, retirando qualquer possibilidade de alegação de subjetividade ou pessoalidade”.³²⁴

Por outro lado, a grande maioria ainda é facultativa. É sobre esses últimos que reside a maior dificuldade da Administração. Geralmente os Planos de Logística Sustentável estabelecem diretrizes gerais acerca de práticas e critérios sustentáveis para os processos de contratação. À Administração, no exercício de atividade discricionária, a partir do levantamento de mercado e diligências junto aos organismos de regulação e fiscalização envolvidos, cabe identificar que práticas e critérios atenderiam os objetivos do processo de contratação (dentre eles a sustentabilidade), sem com isso restringir de forma injustificada a competitividade da licitação. Feito isso, de forma motivada, então os consideraria na descrição da solução. Trata-se de análise a ser iluminada sobretudo pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade,³²⁵ de forma a não prejudicar outros valores igualmente presentes no regime jurídico da contratação pública, especialmente a isonomia, a competitividade e a economicidade.

Tanto a Instrução Normativa nº 01/2010 (art. 2º) como o Decreto nº 7.746/2012 (art. 2º, parágrafo único), anteriormente já citados, foram sensíveis a esse aspecto, qual seja de que a adoção de critérios e práticas de sustentabilidade deverá ser justificada nos autos e preservar o caráter competitivo do certame. É evidente que, como toda e qualquer condicionante, o critério de sustentabilidade detém um caráter restritivo. Contudo, o que se coíbe é a restrição imotivada, que provoque um comprometimento da

³²⁴ TERRA, Luciana Maria Junqueira; CSIPAI, Luciana Pires; UCHIDA, Mara Tieko. *Ibidem*. p. 249.

³²⁵ Sobre o ponto comenta Joel de Menezes Niebuhr: “Advirta-se, apenas, que a especificação do objeto de modo ambientalmente adequado não prescinde de uma análise de proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a relação entre custos e benefícios. Sucede que, diante da relevância do assunto, muitos empresários, com astúcia, agregam aos seus produtos algum aspecto ambientalmente positivo e desenvolvem ação coordenada de marketing, a fim de atrair os consumidores mais engajados. O problema é que muitas vezes o benefício ambiental é irrelevante ou, em que pese haver uma característica ambientalmente positiva, o produto traz consigo várias outras negativas. E, mais, as vezes o produto é ambientalmente adequado, porém com custo altíssimo, incompatível com os orçamentos públicos. Nem sempre, em razão dos seus custos, a Administração conseguirá arcar com os produtos ambientalmente adequados e isto pode ser, a depender do caso, justificativa para definir no edital produtos que não o sejam. A pauta da sustentabilidade depende em muito da correta apreensão e aplicação da máxima da proporcionalidade. E isto, advirta-se, em todos os seus aspectos e com ênfase na definição da especificação do objeto da licitação”. (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Op. cit.* p. 44-45.)

competitividade de forma não razoável. Assim, se na comercialização de papel, por exemplo, a Administração identifica práticas sustentáveis diversas, restringir na descrição da solução apenas uma delas pode ser atentatório, injustificadamente, à competitividade.

Para além desse fator, há um outro a ser considerado, qual seja a razoabilidade dos custos envolvidos. Conforme análise desenvolvida no Capítulo 2 acerca do repensar da vantajosidade da contratação, a cautela a ser adotada tem em vista definir a solução ótima para o interesse público (considerando custos diretos e indiretos envolvidos, bem como o potencial para fomentar o desenvolvimento nacional sustentável), sopesando variações nas opções disponíveis no mercado, de modo a eleger a proposta em ambiente de maior competitividade possível e a partir do melhor parâmetro possível de aceitabilidade de custos.

Embora exista uma clara opção em pagar um valor maior pelo produto ou serviço atento a práticas e critérios sustentáveis – o que se verifica de forma notória pela criação das margens de preferência vigentes –, isso não significa autorizar a definição de qualquer solução sustentável, a partir de qualquer parâmetro de custo.

Em análise do tema, Luciana Maria Junqueira Terra, Luciana Pires Csipai e Mara Tiekou Uchida, a fim de possibilitar um parâmetro objetivo à Administração, sugerem a adoção da margem de 25% definida para produtos manufaturados e serviços nacionais abarcados por regulamentos específicos. Trata-se, na visão dos autores, de um parâmetro reputado pelo legislador “como adequado para satisfazer a finalidade da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, sem comprometer de forma desarrazoada a busca da proposta mais vantajosa que adquire contornos bastante objetivos, afastando-se do elemento puramente econômico para cumprir os demais objetivos da licitação pública”. Seguindo a presente diretriz, ainda que a margem pertinente tenha sido instituída, formalmente, para aplicação de critério de preferência em determinados processos de contratação, cogita-se adotá-la como paradigma na etapa de planejamento de quaisquer outros processos, observadas as peculiaridades do caso concreto. Desse modo, caberia verificar “se o preço médio calculado para o produto sustentável destoa de forma desproporcional do preço médio calculado para o produto não sustentável”, para o que se adotaria nessa comparação o referencial dos 25%. Se a solução sustentável residir na margem pertinente, teria o agente público um importante

subsídio para justificar sua atuação, “na medida em que a relação custo-benefício da contratação se enquadra no patamar admitido pelo ordenamento jurídico como razoável para priorização da promoção do desenvolvimento nacional sustentável”.

De toda sorte os autores mesmo advertem não ser essa uma fórmula de aplicação automática, que abrigue parâmetro único, preponderante, infalível ou incontornável.³²⁶ E nem poderia ser, na medida em que, primeiro, ao ter sido delimitada pelo legislador, a margem de 25% teve como premissa o desenvolvimento de bens e serviços nacionais e, segundo, em vista da imperiosidade de conjugar nessa análise fatores diversos, inclusive eventual restrição orçamentária.³²⁷

Em verdade, a solução ótima, embora complexa e desafiadora, está em, realizada uma esmerada análise de custos diretos e indiretos envolvidos, avaliação acerca do ciclo de vida da solução, dentre outros instrumentos que possibilitem aferir o custo (à luz da vertente ambiental, econômica e social) a longo prazo da alternativa, motivadamente, eleger a solução que contemple parâmetros de sustentabilidade, de modo a, como dito, eleger a proposta em ambiente de maior competitividade possível e a partir do melhor parâmetro possível de aceitabilidade de custos.

Toda essa análise precisa estar devidamente motivada e formalizada nos autos do processo de contratação.

(c) Fixação de condicionantes de sustentabilidade: critério de habilitação, de aceitabilidade das propostas, uma obrigação contratual, critério de pontuação de propostas em licitações do tipo técnica e preço ou fator para definição de remuneração variável

Eleita a solução sustentável em atenção às cautelas antes referidas, sobretudo a impossibilidade de restringir imotivadamente a competitividade, elevando de uma forma desproporcional os preços, necessário identificar, primeiro, se a especificação está relacionada ao objeto ou à pessoa do licitante. A depender da natureza da exigência,

³²⁶ TERRA, Luciana Maria Junqueira; CSIPAI, Luciana Pires; UCHIDA, Mara Tieko. Op. cit. p. 262-263.

³²⁷ Ao avaliar a definição da solução sustentável frente à elevação de custos, Marçal Justen Filho propõe um exemplo: “Considere-se que o aproveitamento da energia solar seja uma solução ambientalmente correta. Mas isso não autoriza que a Administração delibere substituir toda estrutura de iluminação nas repartições públicas por instrumento operante por meio de energia solar. O custo para implementar essa decisão seria vultoso e comprometeria a realização de outros desembolsos indispensáveis para promover outros valores prestigiados pela Nação. Portanto, o interesse do desenvolvimento sustentável autoriza, por exemplo, a utilização de lâmpadas mais eficientes – desde que o custo correspondente seja compatível com as finanças da entidade”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 73.)

será ela definida como quesito a ser demonstrado em determinada etapa do processo de contratação: habilitação, aceitabilidade da proposta, pontuação em certame do tipo técnica e preço ou como uma obrigação contratual.

(c.1.) Etapa de habilitação

A etapa de habilitação intenciona investigar a idoneidade do interessado (pessoa) para contratar com a Administração. Adilson Abreu Dallari frisa que não “pode a Administração deixar de fixar critérios para aferição da idoneidade, porque sem isso seria impossível a observância ao princípio da igualdade entre os licitantes”.³²⁸⁻³²⁹

No entanto, “a finalidade determinante da exigência há de ser compatível com o sistema jurídico. Não podem ser feitas exigências atentatórias contra a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (CF, art. 5º, XIII) ou contra o princípio da livre concorrência (CF, art. 170, IV).”³³⁰ Ainda, conforme a parte final do XXI do art. 37 da Constituição, as obras, serviços, compras e alienação serão contratados mediante processo de contratação contendo exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Ainda que a Constituição não tenha definido textualmente no art. 37 a possibilidade de exigir quesitos de habilitação relacionados à sustentabilidade, não se deve descuidar da análise complexa definida pelo Constituinte para o plano de desenvolvimento nacional, o qual, juntamente aos primados da livre iniciativa e concorrência, propugna pela redução de desigualdades sociais e à promoção do desenvolvimento nacional em suas diversas facetas. É essa análise complexa extraída a partir da Constituição para o plano de desenvolvimento nacional que autoriza a criação de critérios de habilitação relacionados à sustentabilidade nos processos de contratação pública.³³¹

³²⁸ DALLARI, Adilson Abreu. Op. cit. p. 148.

³²⁹ Habilitação, conforme bem esclarece Marçal Justen Filho, também compreende a designação para nomear “tanto a fase procedimental de avaliação das condições de licitar como a decisão proferida pela Administração”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 535.)

³³⁰ DALLARI, Adilson Abreu. Op. cit. p. 134.

³³¹ Na forma da parte final do XXI do art. 37 da Constituição Federal, em suas licitações, cabe à Administração exigir apenas as condicionantes de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Tendo como amparo essa matriz constitucional, Joel de Menezes Niebuhr reputa não ser permitido ao legislador formular exigências que não sejam de natureza técnica e econômica e que não sejam indispensáveis a avaliar se o licitante terá ou não condições de cumprir o contrato. Inclusive, compreende “categoricamente inconstitucionais todas as exigências de habilitação em licitação encartadas na legislação que visam a promover políticas públicas, porque evidentemente não visam a avaliar se os licitantes têm ou não condições de cumprir o futuro contrato”. (NIEBUHR, Joel de Menezes. Op. cit. p. 40.)

Porém, como, na forma do art. 5º, *caput*, da Constituição, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, a rigor somente a própria lei poderia criar distinções, tal como tratado no Capítulo 2, tópico 2.3. Não por outra razão, diz-se que a Lei nº 8.666/93, ao definir nos artigos 27 a 31 o rol de documentos de habilitação que podem ser exigidos dos licitantes, contemplou elenco *numerus clausus*. Tal como adverte Marçal Justen Filho, “É inviável o ato convocatório ignorar os limites legais e introduzir novos requisitos de habilitação, não autorizados legislativamente”.³³² Diante desse contexto, necessário avaliar em que medida as políticas públicas para o desenvolvimento nacional sustentável se mostram presentes na etapa de habilitação.

Conforme visto no Capítulo 2, tem-se a definição de critérios de habilitação que buscam priorizar a contratação de pessoas que cumpram suas obrigações relativamente às garantias trabalhistas e previdenciárias de empregados, bem como que estejam de acordo com as políticas de proteção de menores. Desse modo, a Lei nº 8.666/93, em seu art. 29, incs. IV e V, define como critério de habilitação a prova de regularidade perante a Seguridade Social e FGTS³³³, bem como a prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Ainda, na forma do art. 27, V, para poder participar de processo de contratação pública, necessário ao interessado declarar o atendimento do XXXIII do art. 7º da Constituição, ou seja, que atende a regra de “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”.

Considerando os dispositivos acima, reputa-se que aquele que fraudar os sistemas do INSS e FGTS, apresenta certidão trabalhista positiva ou, mesmo, que age em desconformidade com as regras de proteção a menores não possui idoneidade

³³² JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 537.

³³³ A necessidade de exigir prova de regularidade perante o INSS reside no art. 195, § 3º, da Constituição da República: “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...] § 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.” Já o fundamento legal que não permite a dispensa da comprovação de regularidade junto ao FGTS está prescrito no art. 2º, da Lei nº 9.012/1995: “Art. 2º As pessoas jurídicas em débito com o FGTS não poderão celebrar contratos de prestação de serviços ou realizar transação comercial de compra e venda com qualquer órgão da administração direta, indireta, autárquica e fundacional, bem como participar de concorrência pública.”

necessária para contratar com a Administração Pública. Justamente por isso, independentemente do objeto da contratação, bem como se precedido de licitação, dispensa ou inexigibilidade, tais requisitos habilitatórios jamais poderão ser dispensados.^{334_335}

Demais disso, ao menos em dois dispositivos – art. 28, V e art. 30, IV – de habilitação jurídica e qualificação técnica, respectivamente, há abertura na Lei nº 8.666/93 para a realização de outras exigências relacionadas ao desenvolvimento sustentável, quando assim previsto em normatização especial.^{336_337}

O art. 28, V, estabeleceu como critério de habilitação jurídica a apresentação de “decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir”. O art. 30, que trata dos quesitos de habilitação técnica, em seu inciso IV, prevê a possibilidade de exigir prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso. Ambas as regras tratam de exigências previstas em legislação especial³³⁸, que exijam eventuais autorizações ou registros junto aos órgãos competentes de proteção e fiscalização para o

³³⁴ Quanto à exigência de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, veja-se: “A Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) não deve ser exigida apenas nas licitações cujo objeto seja a prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra, visto que sua finalidade não consiste apenas em resguardar o Poder Público de possível responsabilização subsidiária. A CNDT foi idealizada como instrumento apto a tutelar os cidadãos em seus direitos trabalhistas, desencorajando os empregadores de incorrerem no inadimplemento de suas obrigações perante seus empregados, sob pena de não contratarem com o Poder Público. E, para cumprir essa função, é impreterível que, como regra, ela seja exigida em todos os processos de contratação pública, independentemente do objeto a ser adquirido. (Nota elaborada por Pedro Henrique Braz De Vita, integrante da Equipe Técnica Zênite.)”. (MENDES, Renato Geraldo. **LeiAnotada.com**. Lei nº 8.666/93, nota ao art. 29, inc. V, categoria Doutrina. Disponível em: <<http://www.leianotada.com>>. Acesso em: 30 set. 2015.)

³³⁵ Entende-se que para esses documentos não se aplica a regra prevista no §1º do art. 32 da Lei nº 8.666/93, segundo a qual “§ 1º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão”.

³³⁶ “É evidente que leis especiais poderão prever requisitos outros de habilitação para certas atividades (afinal, *lex specialis derogat legi generali*), mas isto não pode ser feito por meio de ato administrativo (seja ele regulamento prévio à licitação, seja o próprio edital). Por vezes o exercício de uma atividade poderá, inclusive, depender do atendimento a condição alheia àquelas estabelecidas nos arts. 27 a 32 da LGL”. (MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. cit. p. 248.)

³³⁷ O RDC – Regime Diferenciado de Contratações expressamente autorizou a possibilidade de exigir na etapa de habilitação requisitos de sustentabilidade ambiental, na forma da legislação aplicável (art. 14, parágrafo único, II, da Lei nº 12.462/2011).

³³⁸ O TCU julgou legal edital que contemplava exigências de requisitos previstos em lei especial, entendendo que a expressão “lei especial”, contida no inciso IV do art. 30 da Lei nº 8.666/93, deve ser interpretada no sentido lato, englobando inclusive regulamentos executivos. (TCU, Acórdão nº 1.157/2005, 1ª Câmara, Rel. Min. Valmir Campelo, DOU de 22.06.2005, veiculado na **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 147, p. 472, maio 2006. (Seção Tribunais de Contas).

regular exercício da atividade de comercialização de determinado produto ou execução de serviço.

Imagine-se que o objeto da contratação envolva controle de pragas e dedetização, por meio da aplicação de agrotóxicos. De acordo com a legislação específica, necessária autorização para funcionamento expedida pelo órgão competente do Estado, do Distrito Federal ou do Município, nos termos do art. 4º da Lei nº 7.802/89 (arts. 1º, XLI, e 37 a 42 do Decreto nº 4.074/02). Outro exemplo pode ser extraído da contratação de pessoa física ou jurídica que se dedique a atividades potencialmente poluidoras ou utilizadoras de recursos ambientais, relacionadas ao consumo, comercialização, importação ou transporte de determinados produtos potencialmente perigosos ao meio ambiente, ou de produtos e subprodutos da fauna e flora (art. 17, I, da Lei nº 6.938/81), como no caso de prestação de serviços de assistência técnica em aparelhos de refrigeração. Na hipótese, como a atividade do licitante, relacionada ao objeto da licitação, envolve diretamente o bem jurídico de proteção da norma, necessário exigir o quesito de habilitação jurídica, relacionado ao comprovante de registro no Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais, conforme legislação específica.

Para além de autorizações ou registros indispensáveis ao regular exercício da atividade, a garantia quanto à esmerada execução do objeto pode tornar indispensável exigir a comprovação quanto à execução pretérita de atividade compatível, especialmente em características sustentáveis, com o objeto da contratação. Imagine-se que o objeto compreenda justamente o desenvolvimento de solução sustentável para a organização de arquivos da Administração. Se o vulto e riscos envolvidos justificarem, possível à Administração, motivadamente³³⁹, exigir a apresentação de atestado de execução de serviços semelhantes em características com aquele descrito no edital.³⁴⁰

O salutar, respeitando inclusive a racionalidade presente na parte final do inciso XXI do art. 37 da Constituição, é que apenas sejam fixados quesitos de

³³⁹ Conforme bem destaca Marçal Justen Filho, “a Constituição autoriza apenas exigências que configurem um *mínimo* de segurança. Portanto, não se admitem exigências que vão além disso. Logo, a Administração não poderá respaldar seus atos com a invocação e que a exigência *amplia* sua segurança. É evidente que o aumento de segurança corresponderia à ampliação das restrições à participação. Essa não é a solução imposta pela Constituição”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 597. Destaques no original.)

³⁴⁰ Na forma do §1º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, a comprovação da aptidão referida será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes (quando for o caso), a serem apresentados na etapa de habilitação.

habilitação, inclusive aqueles relacionados a diretrizes de sustentabilidade, mínimos indispensáveis à adequada execução do objeto.³⁴¹⁻³⁴² Para tanto, indispensável a consulta junto aos organismos de regulação e fiscalização da atividade envolvida no processo de contratação, a fim de se certificar quanto a autorizações, registros e licenciamentos condicionais ao regular exercício da atividade objeto do processo de contratação.

(c.2.) Etapa de aceitabilidade das propostas ou cumprimento de obrigação contratual

Diferentemente da hipótese acima tratada, as condicionantes de sustentabilidade podem estar relacionadas não às condições pessoais de idoneidade do interessado em contratar com a Administração, mas a uma especificação técnica do objeto/solução a ser contratada.

Pode o atendimento à solução sustentável motivadamente eleita demandar uma característica da solução, um método de execução ou uma obrigação de fazer para o particular. Isso, sem prejuízo à eventual disponibilização de equipamentos, instalações, pessoal técnico especializado, atentos a critérios sustentáveis, para a regular execução do objeto. Em que pese esse tipo de exigência esteja encartada dentre os requisitos de habilitação técnica previstos na Lei de Licitações (art. 30, II, da Lei nº 8.666/93), reproduzem em verdade especificações do objeto.³⁴³ Justamente por isso, como bem esclarece Marçal Justen Filho, “cabe ao sujeito expor a proposta que pretende executar e indicar os recursos materiais e a mão de obra de que se utilizará. Rigorosamente, não há fundamento para avaliar esses temas por ocasião do julgamento da habilitação”.³⁴⁴

Logo, a despeito de visando atender uma condicionante formal prevista na Lei de Licitações ser devido ao licitante apresentar declaração formal de que disporá dos

³⁴¹ Sobre o ponto, veja-se TERRA, Luciana Maria Junqueira; CSIPAI, Luciana Pires; UCHIDA, Mara Tieko. Op. cit. p. 253.

³⁴² Não é demais ressaltar que, entre os princípios que orientam os processos de contratação, igualmente está o da universalidade. A partir disso, “não será obrigatória a estipulação de todos os requisitos previstos nos referidos artigos. Isto significa dizer que as exigências precisam ser pertinentes e proporcionais ao caso concreto: serão eleitas e dimensionadas segundo a natureza do contrato, sempre à luz do princípio da universalidade da licitação”. (MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. cit. p. 248.)

³⁴³ Quanto ao ponto, esclarece Marçal Justen Filho: “Deve-se ter em vista que os requisitos de habilitação se referem à demonstração da idoneidade do sujeito para executar o objeto do contrato. Isso não se confunde com o conteúdo da proposta propriamente dita. A experiência anterior na execução de objeto similar ao licitado é um requisito de habilitação. Mas o modo de executar o contrato não o é, eis que consiste num aspecto da proposta”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 617.)

³⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Idem.

meios indispensáveis exigidos, comprovará o atendimento pertinente apenas na etapa de execução contratual. É o que determina o § 6º do art. 30 da Lei nº 8.666/93 ao prever que as exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

Na medida em que definida uma condicionante de sustentabilidade relacionada à solução a ser contratada, de quaisquer tipos (especificação técnica do produto ou serviço, método de execução, uma obrigação de fazer, disponibilização de equipamentos, instalações, pessoal técnico especializado, atentos a critérios sustentáveis etc.), necessariamente ela deverá ser exigida como quesito de julgamento e aceitabilidade das propostas. Vale dizer, ela cumprirá estar descrita formalmente na proposta para que esta seja aceita.

No entanto, em relação à forma e momento de comprovação quanto ao atendimento do quesito sustentável, variará conforme a natureza do objeto, as obrigações envolvidas, bem como os meios disponíveis e difundidos para comprovação de atendimento da condicionante sustentável. Deve o agente público ter especial atenção quanto ao ponto, a fim de que não se crie restrição injustificada à competitividade, o que pode macular a legalidade do processo de contratação.

Quando do processo de contratação destinado à compra de bens³⁴⁵, por exemplo, a Instrução Normativa nº 01/2010 prevê que a comprovação do atendimento dos critérios de sustentabilidade “poderá ser feita mediante apresentação de certificação emitida por instituição pública oficial ou instituição credenciada, ou por qualquer outro meio de prova que ateste que o bem fornecido cumpre com as exigências do edital” (art.

³⁴⁵ O art. 5º da Instrução Normativa nº 01 de 2010 delimita a possibilidade de exigir os seguintes critérios de sustentabilidade: a. que os bens sejam constituídos, no todo ou em parte, por material reciclado, atóxico, biodegradável, conforme ABNT NBR – 15448-1 e 15448-2 (diretriz semelhante encontra-se no art. 5º do Decreto nº 7.746/2012); b. que sejam observados os requisitos ambientais para a obtenção de certificação do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO como produtos sustentáveis ou de menor impacto ambiental em relação aos seus similares; c. que os bens devam ser, preferencialmente, acondicionados em embalagem individual adequada, com o menor volume possível, que utilize materiais recicláveis, de forma a garantir a máxima proteção durante o transporte e o armazenamento; e d. que os bens não contenham substâncias perigosas em concentração acima da recomendada na diretiva RoHS (Restriction of Certain Hazardous Substances), tais como mercúrio (Hg), chumbo (Pb), cromo hexavalente (Cr(VI)), cádmio (Cd), bifenil-polibromados (PBBs), éteres difenil-polibromados (PBDEs).

5º, § 1º). Nesse caso, não deve a Administração condicionar a aceitação da proposta à apresentação de um determinado certificado, quando há mais de um, ou outro meio de prova juridicamente possível, existente para a demonstração da condicionante eleita.³⁴⁶ Por outro lado, se, realizado o levantamento pertinente na etapa de planejamento, não se verificar a existência de um certificado ou meio de prova específico, o edital pode prever que, antes da assinatura do contrato, “o órgão ou entidade contratante poderá realizar diligências para verificar a adequação do produto às exigências do ato convocatório, correndo as despesas por conta da licitante selecionada. O edital ainda deve prever que, caso não se confirme a adequação do produto, a proposta selecionada será desclassificada” (art. 5º, § 2º). Em igual sentido, art. 8º, §§1º e 2º, do Decreto nº 7.746/2012.

A título exemplificativo, no caso de compra de equipamentos cujo funcionamento consuma energia elétrica, regulamentados pelo Programa Brasileiro de Etiquetagem, a exemplo de refrigeradores, tem-se o uso obrigatório de Etiqueta Nacional de Conservação de Energia (ENCE), a fim de aferir o nível de eficiência energética (Lei nº 10.295/01, Decreto nº 4.059/01, Decreto nº 4.508/02, Instrução Normativa nº 02 de 2014, SLTI/MPOG). Nesse caso, necessário inserir no edital item de especificação técnica do produto correspondente ao nível de eficiência justificadamente exigido, e prever, como critério de aceitabilidade da proposta, cópia da Etiqueta Nacional de Conservação de Energia – ENCE do produto ofertado, para fins de análise de conformidade com a condicionante objetivamente definida no edital. E, evidentemente, até mesmo em decorrência do princípio do *pacta sunt servanda*, materializado no art. 66 da Lei nº 8.666/93³⁴⁷, a especificação pertinente igualmente cumprirá estar descrita na minuta contratual, como uma especificação a ser fiscalizada pela Administração.

³⁴⁶ Joel de Menezes Niebuhr, ao esclarecer a possibilidade de as propostas virem acompanhadas de certificação que ateste a adequação do bem à condicionante de sustentabilidade, reforça a cautela pertinente: “No tocante às certificações, são necessários alguns cuidados, especialmente para preservar a competitividade. Primeiro: a participação na licitação e o oferecimento de proposta não deve depender da vontade de entidade privada que emite a certificação. Portanto, o edital não deve prever uma única certificação, deve oferecer ao licitante mais de uma opção. Segundo, e mais importante, o edital deve permitir que a exigência de adequação ambiental seja comprovada por mais de um meio, não apenas a certificação. Inclusive, a depender da situação, que a comprovação seja realizada em sede de diligência, com fundamento no §3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93, dispensada para os licitantes que apresentassem a certificação”. (NIEBUHR, Joel de Menezes. Op. cit. p. 45.)

³⁴⁷“Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.”

Desse modo, nas contratações envolvendo compras pela Administração, em que a condicionante sustentável estiver relacionada a uma especificação do produto, possível demandar a comprovação quanto ao atendimento do quesito sustentável na etapa de aceitabilidade da proposta, mediante a apresentação de certificados ou laudos, conforme a questão estiver tratada pela legislação e difundida nos específicos segmentos.³⁴⁸ Igualmente, cumprirá descrever na minuta contratual a especificação técnica sustentável exigida e ofertada, para fins de fiscalização contratual pela Administração. Por outro lado, quando o objeto envolver a execução de serviços, geralmente os quesitos de sustentabilidade estarão relacionados a obrigações de fazer pela contratada, seja quanto à utilização de determinados produtos ou à adoção de determinadas medidas, por exemplo.³⁴⁹ Justamente por isso, inclusive seguindo a diretriz formalmente exposta na Instrução Normativa nº 01/10, o edital deverá estabelecer as práticas de sustentabilidade a serem adotadas pelas prestadoras dos serviços durante a vigência do ajuste. Logo, na etapa de aceitabilidade das propostas, cumpre apenas se certificar de que o quesito sustentável consta formalmente da proposta. A verificação e fiscalização quanto ao atendimento pertinente deve se dar na etapa de execução contratual.

Especial atenção deve existir relativamente às contratações de obras e serviços de engenharia. Ainda que, a exemplo da contratação de outros serviços, igualmente

³⁴⁸ Por oportuno, veja-se o que prevê a Lei nº 12.462/2011 (RDC): “Art. 7º No caso de licitação para aquisição de bens, a administração pública poderá: [...] III - solicitar a certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada;”.

³⁴⁹ Quanto à execução de serviços, o art. 6º da Instrução Normativa nº 01 de 2010 define que os editais deverão prever que as licitantes adotarão as seguintes práticas de sustentabilidade na execução de serviços, quando couber: a. uso de produtos de limpeza e conservação de superfícies e objetos inanimados que obedeçam às classificações e especificações determinadas pela ANVISA; b. adoção de medidas para evitar o desperdício de água tratada, conforme instituído no Decreto nº 48.138, de 8 de outubro de 2003; c. observância à Resolução CONAMA nº 20, de 7 de dezembro de 1994, quanto aos equipamentos de limpeza que gerem ruído no seu funcionamento; d. fornecimento aos empregados dos equipamentos de segurança que se fizerem necessários, para a execução de serviços; e. realização de programa interno de treinamento de seus empregados, nos três primeiros meses de execução contratual, para redução de consumo de energia elétrica, de consumo de água e redução de produção de resíduos sólidos, observadas as normas ambientais vigentes; f. separação dos resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, na fonte geradora, e a sua destinação às associações e cooperativas dos catadores de materiais recicláveis, que será procedida pela coleta seletiva do papel para reciclagem, quando couber, nos termos da IN/MARE nº 6, de 3 de novembro de 1995 e do Decreto nº 5.940, de 25 de outubro de 2006; g. respeito as Normas Brasileiras – NBR publicadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas sobre resíduos sólidos; e h. preveja a destinação ambiental adequada das pilhas e baterias usadas ou inservíveis, segundo disposto na Resolução CONAMA nº 257, de 30 de junho de 1999.

existirão obrigações a serem demonstradas na etapa de execução contratual, impreterível a cautela relativamente à aprovação de projetos básico e executivos atentos formalmente a quesitos sustentáveis e, sobretudo, à existência das autorizações ambientais pertinentes.

Tendo em vista o que dispõe o art. 12 da Lei nº 8.666/93, e a normatização federal, para a contratação de obras e serviços de engenharia, os projetos básicos e executivos a serem elaborados deverão considerar a necessidade quanto à economia da manutenção e operacionalização da edificação, a redução do consumo de energia e água, bem como a utilização de tecnologias e materiais que reduzam o impacto ambiental (art. 4º da Instrução Normativa nº 01 de 2010 e art. 6º do Decreto nº 7.746/2012), a exemplo: a. uso de equipamentos de climatização mecânica, ou de novas tecnologias de resfriamento do ar, que utilizem energia elétrica, apenas nos ambientes onde for indispensável; b. automação da iluminação do prédio, projeto de iluminação, interruptores, iluminação ambiental, iluminação tarefa, uso de sensores de presença; c. uso exclusivo de lâmpadas fluorescentes compactas ou tubulares de alto rendimento e de luminárias eficientes; d. energia solar, ou outra energia limpa para aquecimento de água; e. sistema de medição individualizado de consumo de água e energia; f. sistema de reuso de água e de tratamento de efluentes gerados; g. aproveitamento da água da chuva, agregando ao sistema hidráulico elementos que possibilitem a captação, transporte, armazenamento e seu aproveitamento; h. utilização de materiais que sejam reciclados, reutilizados e biodegradáveis, e que reduzam a necessidade de manutenção; e i. comprovação da origem da madeira a ser utilizada na execução da obra ou serviço.³⁵⁰

³⁵⁰ Seguindo diretrizes semelhantes, o Regime Diferenciado de Contratações – Lei nº 12.462/2011 –, define em seu art. 4º, §1º: “Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

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

I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; II - mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;

III - utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais; IV - avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística; V - proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; e VI - acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida”.

Todas essas condicionantes estão diretamente relacionadas à solução a ser pactuada, razão pela qual se exigirá a demonstração quanto ao seu cumprimento, primeiro, como uma condição formal de aceitação da proposta. A prova de atendimento, por outro lado, e observadas as cautelas relativamente à existência de certificações e laudos já tratadas, poderá se dar igualmente na etapa de aceitabilidade e julgamento das propostas – especialmente quanto o objeto envolver uma compra, sendo o quesito sustentável uma especificação do produto – ou, em se tratando de serviços, em que a condicionante sustentável estiver relacionada a um insumo ou condição de execução do encargo, como cumprimento de uma obrigação contratual a ser fiscalizada pela Administração.

(c.3.) Critério de pontuação das propostas técnicas e remuneração variável.

A depender das características da solução a ser contratada, especialmente nos casos envolvendo obras e serviços de engenharia, bem como no segmento de tecnologia da informação, pode a diretriz de sustentabilidade ser considerada como fator de pontuação das propostas técnicas, em licitações do tipo técnica e preço (art. 46 da Lei nº 8.666/93 e art. 20 da Lei nº 12.462/2011)³⁵¹ ou, ainda, como uma matriz para definição de remuneração variável.

As licitações do tipo técnica e preço são dirigidas às contratações de serviços predominantemente intelectuais ou, ainda, que envolvam metodologias de execução diversas, em que a busca pela melhor proposta não tem em vista propriamente o menor preço, mas a ponderação entre fatores técnicos objetivamente definidos no edital e preço.

A Lei nº 12.462/2011, que trata do Regime Diferenciado de Contratações, art. 20, §1º, define que o tipo técnica e preço será “utilizado quando a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no instrumento convocatório forem relevantes aos fins pretendidos pela administração pública”, destinando-se exclusivamente a objetos: a. de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica ou técnica; ou b. que possam ser executados com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no

³⁵¹ A Instrução Normativa nº 01 de 2010, em seu art. 3º, prevê que “Nas licitações que utilizem como critério de julgamento o tipo melhor técnica ou técnica e preço, deverão ser estabelecidos no edital critérios objetivos de sustentabilidade ambiental para a avaliação e classificação das propostas”.

mercado, pontuando-se as vantagens e qualidades que eventualmente forem oferecidas para cada produto ou solução.

Nada impede – aliás, é desejável – que fatores ligados ao desenvolvimento nacional sustentável sejam considerados no desenvolvimento de tecnologias e metodologias, razão pela qual seriam pontuados para seleção da relação de melhor custo-benefício pela Administração. O que se mostra impreterível, frise-se, é a motivação acerca da adequação do critério de pontuação frente à solução que se está contratando, sua pertinência e relevância ao atendimento dos fins pretendidos com a contratação pública. Por oportuno, se houver mais de um critério de pontuação que possa ser objetivamente definido, então, em atenção à competitividade da licitação, adequado assim prever.

Ainda, a Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações), em seu art. 10, estabeleceu expressamente, para a contratação de obras e serviços, a possibilidade de definir remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade e, dentre outros possíveis critérios, de sustentabilidade ambiental.³⁵² Mesmo em processos de contratação oriundos do regime jurídico instituído pela Lei nº 8.666/93 seria possível adotar a remuneração variável. Ora, na forma do art. 15, III, da Lei nº 8.666/93, as contratações da Administração, sempre que possível, deverão respeitar as condições de aquisição e pagamento semelhantes ao setor privado. É o mercado, portanto, que dita a existência ou não de abertura para entabular negociação pautada em remuneração variável. Logo, identificando-se essa viabilidade mercadológica, sem que disso resulte um comprometimento aos demais valores tutelados com os processos de contratação, a exemplo da isonomia e da economicidade, então possível assim proceder.

Mas a condicionante sustentável apenas poderá ser adotada como critério para definição de remuneração variável naquelas situações em que, desde logo, já não caracterizar uma obrigação contratual para o contratado. Conforme bem aponta Marçal Justen Filho, há “situações em que a execução do contrato comporta providências especialmente adequadas a preservar o meio ambiente. Em muitos casos, tais

³⁵² “A contratação com remuneração variável consiste numa avença em que o particular assume a obrigação de executar obra ou serviço (inclusive de engenharia) de acordo com parâmetros mínimos de desempenho, com a possibilidade de variação da remuneração em vista da qualidade da prestação executada e nos termos da disciplina contratual”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 206-207.)

providências nem se encontram predeterminadas pela ciência ou pela técnica, mas são resultado da atuação criativa do particular”. Logo, se o ajuste comportar “providências adicionais, que produzam benefícios extraordinários ou que reduzam de modo relevante os malefícios inerentes à atividade”, então o particular “fará jus a uma remuneração adicional em virtude do desempenho extraordinariamente benéfico para a preservação (ou recuperação) ambiental”.³⁵³

Tanto no caso de definição do quesito de pontuação de propostas para certames do tipo “técnica e preço”, como na hipótese de instituir remuneração variável vinculada a resultados atingidos dirigidos a aspectos sustentáveis, impreterível, na etapa de planejamento da contratação, definir objetivamente tais quesitos, motivando sua adequação frente aos objetivos buscados com o processo de contratação.

No caso da licitação “técnica e preço”, a demonstração quanto ao atendimento do critério pontuável se dará na etapa de julgamento das propostas técnicas. Ainda, necessário incluir o cumprimento quanto à condicionante pontuada na minuta contratual, devendo ser observada na etapa de execução e fiscalizada pela Administração. Quanto à remuneração variável, além da clareza quanto à modelagem no ato convocatório da licitação, igualmente integrará a minuta contratual, compreendendo um pacto firmado entre as partes, a ser observado durante a execução contratual, de modo que a remuneração terá um incremento diretamente relacionado aos resultados atingidos.³⁵⁴

3.2 FASE DE SELEÇÃO DE PROPONENTES: A APLICAÇÃO DE PREFERÊNCIAS E BENEFÍCIOS PARA A GARANTIA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO

A fase de seleção de proponentes, considerando a ocorrência de licitação, tem início com a publicação do ato convocatório, seguida do procedimento licitatório em si,

³⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Ibidem*. p. 216.

³⁵⁴ “Nas contratações examinadas, existe um pacto adicional estabelecendo que a superação da qualidade mínima atribuirá ao particular o direito a um benefício patrimonial diferenciado. Trata-se de uma espécie de prêmio pela superação da exigência mínima. Portanto, o atingimento do resultado mínimo não afasta a configuração do adimplemento. O devedor faz jus à remuneração apropriada, que corresponde ao índice de qualidade atingido”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Ibidem*. p. 206-208.)

até a formalização do contrato. Abrange uma sequência de atos administrativos formais³⁵⁵, definidos em conformidade com o regime jurídico aplicável em cada situação concreta. Para aquelas contratações cujos objetos se enquadrem no art. 2º da Lei nº 12.462/2011, será aplicado o Regime Diferenciado de Contratações;³⁵⁶ nas contratações de bens e serviços comuns, será aplicado o pregão, na forma da Lei nº 10.520/02;³⁵⁷ para demais objetos, aplica-se a Lei nº 8.666/93, estatuto nacional de licitações e contratos.

Independentemente do regime jurídico que orientar a fase externa da licitação, os impactos provocados pelas políticas públicas para o desenvolvimento nacional sustentável, condizentes a essa fase do processo, serão os mesmos. Decorrem das políticas públicas instituídas para o fomento de micro e pequenas empresas (Lei Complementar nº 23/2006), das políticas públicas de fomento à indústria nacional (§5º e seguintes do art. 3º da Lei nº 8.666/93), das políticas públicas de fomento ao setor de informática e automação (art. 3º da Lei nº 8.248/1991) e das políticas públicas que buscam privilegiar a contratação de empresas atentas ao dever legal de inclusão de

³⁵⁵ Frise-se, como bem esclarecem Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, que “onde está escrito ‘ato administrativo formal’ não se pode ler ‘ato administrativo formalista’. O formalismo é a degeneração das formalidades úteis e necessárias à licitação: somente estas podem ser restritivamente aceitas como válidas, compreendidas devido à sua razão de existir”. (MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. cit. p. 32.)

³⁵⁶ “Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização: I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo – Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 – CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios; 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). (Incluído pela Lei nº 12.688, de 18.07.2012) V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. (Incluído pela Lei nº 12.745, de 19.12.2012) VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

VII - das ações no âmbito da segurança pública; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015) VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015) (*eficácia suspensa por decisão proferida no MS nº 33.889, do STF.*) IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015) (*eficácia suspensa por decisão proferida no MS nº 33.889, do STF.*)”.

³⁵⁷ “Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei. Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

deficientes físicos e reabilitados da Previdência Social (incluído pela Lei nº 13.146, de 06.07.2015).³⁵⁸

Os impactos que essas políticas públicas podem reproduzir sobre a fase externa conduzirão: (a) à realização de disputa exclusiva a determinada categoria de empresas ou reservada a determinada solução; (b) fixação de critérios de desempate; (c) definição de margens de preferência; e (d) prazo diferenciado para comprovação de regularidade fiscal.

(a) Licitação com participação exclusiva de determinada categoria ou reservada a determinada solução.

Uma das formas de concretizar o fomento ao desenvolvimento nacional sustentável se dá mediante a realização de licitação com participação exclusiva de determinada categoria. À luz do ordenamento jurídico vigente, duas seriam as hipóteses: a. licitação com participação exclusiva de micro e pequenas empresas ou destinação de cota do objeto para disputa reservada para micro e pequenas empresas; ou b. contratações estratégias envolvendo tecnologia da informação e comunicação.

Conforme rapidamente pontuado no capítulo anterior, a Lei Complementar nº 147, ao alterar em 2014 a Lei Complementar nº 123/2006, tornou obrigatório o tratamento diferenciado nas licitações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, que privilegie as micro e pequenas empresas, objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.³⁵⁹

Em atenção a essa obrigatoriedade, em cada processo de contratação, e independentemente do objeto a ser contratado, necessário avaliar a incidência ou não do

³⁵⁸ Observe-se que, a despeito de a Lei nº 12.187/09, que instituiu a Política Nacional sobre Mudanças Climáticas, em seu art. 6º, XII, fazer referência à instituição de critério de preferência em licitações, até o momento, não foi objeto de regulamentação. Veja-se seu teor: “Art. 6º São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima: XII - as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, 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”.

³⁵⁹ Inclusive, na forma do parágrafo único do art. 47: “No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal”.

regime de licitações exclusivas ou com cota reservada para disputa entre micro e pequenas empresas. Se o valor da contratação for de até R\$ 80.000,00 (art. 48, I, da Lei Complementar nº 123/06), deverá ser oportunizada a participação exclusiva a micro e pequenas empresas. Frise-se que em licitação por itens ou lotes, em que a disputa se dá por itens ou lotes, de forma individualizada, então, essa análise cumpre se dar em atenção ao valor do item (na hipótese de licitação por itens) ou do lote (em caso de licitação por lotes). A disputa dos diversos itens ou lotes em único procedimento não tem o condão de descaracterizar cada qual como um processo de contratação distinto.³⁶⁰

Por outro lado, caso o valor da contratação supere o valor de R\$ 80.000,00, sendo de natureza divisível, deve-se reservar cota de até 25% do objeto para disputa em separado por micro e pequenas empresas. O desmembramento do objeto em cotas pressupõe sua divisibilidade, para o que não basta avaliar se, materialmente, o objeto é passível de fracionamento. Ou seja, não basta a análise à propósito do art. 87 do Código Civil, o qual qualifica como divisíveis os bens “que se podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam”. Ainda, necessário sopesar eventual perda significativa de economia de escala ou, mesmo, outros prejuízos aferíveis na situação concreta, a exemplo de eventual processo de padronização.³⁶¹ Concluindo-se pela divisibilidade do objeto, então, motivadamente, deve-se fixar o percentual que será destinado à disputa em separado para micro e pequenas empresas, tendo por limite 25%, de modo que as duas cotas serão disputadas em procedimentos separados, como se licitação por itens o fossem.³⁶²

³⁶⁰ O Decreto federal nº 8.538/2015, ao regulamentar a Lei Complementar nº 123/2006 para a Administração Pública federal, confirma essa linha de interpretação: “Art. 9º Para aplicação dos benefícios previstos nos arts. 6º a 8º: I - será considerado, para efeitos dos limites de valor estabelecidos, cada item separadamente ou, nas licitações por preço global, o valor estimado para o grupo ou o lote da licitação que deve ser considerado como um único item;”

³⁶¹ A análise a ser realizada se aproxima daquela enfrentada para decisão em torno da divisibilidade do objeto, tendo em vista ampliar a competitividade, sem que disso resulte prejuízo ao todo ou, mesmo, perda da economia de escala. Na forma do art. 23, §1º, da Lei nº 8.666/93, as “obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala”.

³⁶² Quanto ao ponto, comenta Marçal Justen Filho: “O Regulamento Federal parece confirmar a opção pelo fracionamento interno. Assim se passa porque o Regulamento alude a ‘cota principal’ e ‘cota reservada’, prevendo soluções cuja implementação somente poderá ser promovida caso exista uma única licitação. [...]. Antes de examinar essas regras, cabe assinalar que a existência de duas licitações autônomas, cada qual versando sobre uma cota, tornaria impossível a aplicação das soluções referidas. Isso significa que existirá uma única licitação, versando sobre duas cotas distintas e admitindo propostas parciais. Para fins de pregão (especialmente eletrônico), caberá dissociar as etapas competitivas, em vista

Tanto na hipótese de licitação com participação exclusiva de micro e pequenas empresas como naquelas com cota reservada à participação de micro e pequenas empresas, será possível fixar margem de até 10% do melhor preço válido para priorizar a contratação de empresas sediadas local ou regionalmente, conforme definição do ato convocatório.³⁶³ Ou seja, em se justificando a criação de um privilégio às micro e pequenas empresas sediadas local ou regionalmente, tendo em vista, exemplificativamente, política pública existente para o desenvolvimento de determinado segmento econômico local, a Lei autoriza a Administração fixar a preferência da micro e pequena empresa local, a qual poderá cobrir a proposta da primeira colocada.³⁶⁴

Apenas não haverá o dever de realizar a licitação exclusiva ou com cota reservada às micro e pequenas empresas nas hipóteses elencadas no art. 49 da Lei Complementar nº 123. Ou seja, quando não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados

das características da modalidade”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 141.)

³⁶³ A respeito das atualizações promovidas pela Lei Complementar nº 147/2014, recomenda-se a leitura: LIMA, Edecarlos Alves; RICARDINO, Juliana Torresan. Lei Complementar nº 147/14 e seus reflexos na participação das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 253, p. 249-257, mar. 2015.

³⁶⁴ O Decreto federal nº 8.538/2015, ao regulamentar a Lei Complementar nº 123/2006 para a Administração pública federal, disciplina o procedimento a ser adotado: Art. 9º Para aplicação dos benefícios previstos nos arts. 6º a 8º: [...] II - poderá ser concedida, justificadamente, prioridade de contratação de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de dez por cento do melhor preço válido, nos seguintes termos: a) aplica-se o disposto neste inciso nas situações em que as ofertas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente sejam iguais ou até dez por cento superiores ao menor preço; b) a microempresa ou a empresa de pequeno porte sediada local ou regionalmente melhor classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora da licitação, situação em que será adjudicado o objeto em seu favor; c) na hipótese de não contratação da microempresa ou da empresa de pequeno porte sediada local ou regionalmente com base na alínea “b”, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na situação da alínea “a”, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito; d) no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta; e) nas licitações a que se refere o art. 8º, a prioridade será aplicada apenas na cota reservada para contratação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte; f) nas licitações com exigência de subcontratação, a prioridade de contratação prevista neste inciso somente será aplicada se o licitante for microempresa ou empresa de pequeno porte sediada local ou regionalmente ou for um consórcio ou uma sociedade de propósito específico formada exclusivamente por microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente; g) quando houver propostas beneficiadas com as margens de preferência para produto nacional em relação ao produto estrangeiro previstas no art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, a prioridade de contratação prevista neste artigo será aplicada exclusivamente entre as propostas que fizerem jus às margens de preferência, de acordo com os Decretos de aplicação das margens de preferência, observado o limite de vinte e cinco por cento estabelecido pela Lei nº 8.666, de 1993; e h) a aplicação do benefício previsto neste inciso e do percentual da prioridade adotado, limitado a dez por cento, deverá ser motivada, nos termos dos arts. 47 e 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123, de 2006”.

local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; quando o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; ou quando a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.³⁶⁵

Quanto às contratações estratégicas em tecnologia da informação e comunicação, na forma do §12 do art. 3º da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 12.349/2010, quando o processo de contratação envolver implantação, manutenção ou o aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001.

A definição de sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos conta do art. 6º, XIX, da Lei nº 12.349/2010, segundo o qual “são bens e serviços de tecnologia da informação e comunicação cuja descontinuidade provoque dano significativo à administração pública e que envolvam pelo menos um dos seguintes requisitos relacionados às informações críticas: disponibilidade, confiabilidade, segurança e confidencialidade”.

O Decreto nº 7.546/2011, ao regulamentar o disposto nos §§ 5º a 12 do art. 3º da Lei nº 8.666/93, em seu art. 10, reconheceu a competência dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, de Ciência e Tecnologia e do Desenvolvimento,

³⁶⁵ A respeito do tema, definiu o Decreto federal nº 8.538/2015: “Art. 10. Não se aplica o disposto nos art. 6º ao art. 8º quando: I - não houver o mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; II - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado, justificadamente; III - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 1993, excetuadas as dispensas tratadas pelos incisos I e II do *caput* do referido art. 24, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente por microempresas e empresas de pequeno porte, observados, no que couber, os incisos I, II e IV do *caput* deste artigo; ou IV - o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar, justificadamente, pelo menos um dos objetivos previstos no art. 1º. Parágrafo único. Para o disposto no inciso II do *caput*, considera-se não vantajosa a contratação quando: I - resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência; ou II - a natureza do bem, serviço ou obra for incompatível com a aplicação dos benefícios”.

Indústria e Comércio Exterior, para, mediante ato conjunto, reconhecer a solução de tecnologia a ser contratada como estratégica. Portanto, apenas se existir ato administrativo nesse sentido é que é possível aperfeiçoar a licitação com participação restrita de proponentes cujos bens e serviços abrangem tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico.³⁶⁶

(b) Fixação de critérios de desempate

As condicionantes de sustentabilidade igualmente estão presentes na fixação de critérios de desempate entre propostas.

O empate real entre propostas, em que pese não provável, pode ocorrer. Para esse caso, a Lei nº 8.666/93 delimitou ordem de prioridade na seleção das propostas (art. 3º, §2º, incisos), tendo por objetivo fomentar a indústria nacional, promover o incentivo a empresas que invistam em pesquisa e tecnologia no país, bem como privilegiar aquelas que cumpram o dever legal relativamente à inclusão de deficientes físicos e reabilitados da Previdência Social (incluído pela Lei nº 13.146, de 06.07.2015).

A partir do parâmetro legal, será observada em ordem sucessiva a preferência aos bens e serviços: a. produzidos no país; b. produzidos ou prestados por empresas brasileiras; c. produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País; d. produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

Quanto ao primeiro critério – produzidos no país –, independe da nacionalidade do licitante. Abrange especialmente a contratação de compras cujas soluções são produzidas no país. Se as propostas em condições de empate não envolvem solução produzida no país, ou ambas o forem, então o desempate, conforme o segundo critério, terá em vista a nacionalidade da empresa proponente.³⁶⁷ Não tendo solução o desempate, o critério subsequente tem em vista a comprovação de que a empresa investe

³⁶⁶ Conforme bem observa Marçal Justen Filho, “a regra em questão não exclui o cabimento de configuração de hipótese de inviabilidade de competição, que acarrete a contratação direta por inexigibilidade de licitação. Ou seja, a disciplina sobre a preferência numa eventual licitação não equivale a tornar obrigatória a licitação. O dispositivo é interpretado no sentido de que, se estiverem presentes os pressupostos de uma licitação, poderá ser aplicada a preferência em questão”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 122.)

³⁶⁷ Conforme bem alerta Marçal Justen Filho, “não cabe estabelecer critério discriminatório fundado na nacionalidade ou residência dos sócios da pessoa jurídica”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Ibidem*. p. 105.)

em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País, o que mais uma vez independe de sua nacionalidade. Conforme o último critério, à luz da legislação recente, não se resolvendo o desempate pelos anteriores, a definição do vencedor teria em vista a realidade de empresa atenta ao dever legal de inclusão de deficientes físicos e reabilitados da Previdência Social. À luz do art. 93 da Lei nº 8.213/1991, a empresa com cem ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção: até 200 empregados, 2%; de 201 a 500 empregados, 3%; de 501 a 1000 empregados, 4%; e de 1001 em diante, 5%.

Se, aplicados os critérios acima, a condição de empate real se mantiver, a solução será o sorteio, na forma do art. 45, §2º, da Lei nº 8.666/93.³⁶⁸

(c) Definição de margens para exercício de preferência

Uma outra forma de impactar na etapa de julgamento de propostas, considerando critérios de sustentabilidade, é por meio da definição de margens para exercício de preferência.

Há três situações autorizadas em lei e já regulamentadas para definição de margens para exercício de preferência. A primeira relacionada ao fomento de micro e pequenas empresas, e as outras duas ao fomento da indústria nacional. A diferença entre as duas últimas reside no fato de que uma delas se dirige à contratação de bens e serviços de informática e automação (Lei nº 8.248/91, regulamentada no âmbito federal pelo Decreto nº 7.174/2010) e, a outra, genericamente, a bens e serviços nacionais (art. 3º, §5º e seguintes, da Lei nº 8.666/93, regulamentada pelo Decreto nº 7.546/2011, aplicável em todas as esferas administrativas).

Para uma operacionalização adequada do exercício de preferências, necessário conhecer cada uma dessas preferências e, posteriormente, o modo de operacionalizá-las, de modo a resguardar os objetivos intentados com as políticas públicas pertinentes.

(c.1) Exercício de preferência por micro e pequenas empresas.

³⁶⁸ “Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle. [...] § 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo”.

Quanto ao exercício da preferência por micro e pequenas empresas, necessário existir uma condição de empate ficto. O empate ficto tem em vista condição estabelecida pela Lei Complementar nº 123/2006 para fomentar o segmento de micro e pequenas empresas. Para tanto, entende-se por empate aquelas hipóteses em que as propostas apresentadas pelas micro e pequenas empresas sejam iguais ou superiores em até 10% (nas modalidades da Lei nº 8.666/93) ou 5% (no pregão – Lei nº 10.520/02) do melhor preço válido. Em se inserindo o licitante nesses casos, será oportunizado a ele cobrir a melhor oferta.³⁶⁹

Quanto à comprovação da condição de micro e pequena empresa, como tem em vista não apenas o exercício do direito de preferência, mas igualmente benefício relacionado à habilitação (regularidade fiscal), mostra-se interessante que já na abertura da licitação a empresa apresente declaração atestando sua condição de micro ou pequena empresa.³⁷⁰

(c.2) Bens e serviços de informática e automação

A Lei nº 8.248/91 definiu a obrigação para os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União de darem preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e que cumpram processo produtivo básico.

O Decreto nº 7.174/2010 foi o responsável por regulamentar o tema na esfera federal. De acordo com o regulamento, a preferência será assegurada seguindo a seguinte ordem (art. 5º): a. bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o Processo Produtivo Básico (PPB), na forma definida pelo Poder Executivo Federal; b. bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; e c. bens e serviços produzidos de acordo com o PPB, na forma definida pelo Poder Executivo Federal.

³⁶⁹ A respeito do critério de desempate, ver OLIVEIRA, Antonio Flavio de. Estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte e critério de desempate em licitação. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte [s.n.] v. 6, n. 69, p. 85-88, set. 2007.

³⁷⁰ Nesse sentido, o Decreto nº 8.538/2015, art. 13, §2º, dispõe que deverá “ser exigida do licitante a ser beneficiado a declaração, sob as penas da lei, de que cumpre os requisitos legais para a qualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte, microempreendedor individual, produtor rural pessoa física, agricultor familiar ou sociedade cooperativa de consumo, estando apto a usufruir do tratamento favorecido estabelecido nos art. 42 ao art. 49 da Lei Complementar nº 123, de 2006”.

Para tanto, são considerados bens e serviços de informática e automação com tecnologia desenvolvida no País aqueles cujo efetivo desenvolvimento local seja comprovado junto ao Ministério da Ciência e Tecnologia (art. 6º). A questão foi regulamentada pela Portaria MCT nº 950/2006, ao menos no que diz respeito aos produtos de informática. Para comprovar que o bem de informática ou automação compreende solução desenvolvida no País, necessário à empresa interessada encaminhar requerimento ao MCT, de Reconhecimento da Condição de Bem Desenvolvido no País, devidamente instruído com os documentos definidos na Portaria. Feito isso, será possível consultar no sítio eletrônico do MCT os produtos e respectivos modelos que obtiverem o reconhecimento da condição de bem de informática e automação desenvolvido no País.

O processo produtivo básico, por sua vez, “consiste na descrição das técnicas, materiais e tecnologias necessários à fabricação e prestação de um certo objeto na área industrial”. A condicionante tem em vista verificar se o PPB atende determinados requisitos, “destinados a assegurar um grau mínimo de nacionalização da atividade de produção e a obtenção de vantagens para a Nação brasileira”.³⁷¹ Quanto à comprovação de atendimento ao processo produtivo básico, se dará por meio de consulta ao sítio eletrônico do Ministério da Ciência e Tecnologia ou da Superintendência da Zona Franca de Manaus – SUFRAMA; ou por documento expedido para esta finalidade pelo Ministério da Ciência e Tecnologia ou pela SUFRAMA, mediante solicitação do licitante (art. 7º).

Assim, será oportunizada a preferência aos licitantes cujas propostas finais estejam situadas até dez por cento acima da melhor proposta válida (art. 8º, II), momento em que, para exercer a preferência, cumprirão comprovar o atendimento ao quesito pertinente (de bem desenvolvido no País e/ou que cumpra o processo produtivo básico). Seguindo a ordem do art. 5º do Decreto nº 7.174/2010, aos licitantes que estiverem na margem de 10% da melhor proposta válida será oportunizado oferecer nova proposta, para igualar ou superar a melhor oferta, caso em que será declarado vencedor. Veja-se que, diferentemente da política pública que beneficia as micro e pequenas empresas, não se mostra necessário reduzir a proposta, bastando igualar a ela.

³⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 109.

(c.3) Bens e serviços nacionais

As Leis nº 12.349/2010 e nº 13.146/2015, ao alterarem o art. 3º, §5º, da Lei nº 8.666/93, instituíram a possibilidade de criação de margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais, e a segunda, para bens e serviços produzidos ou prestadores por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

Tratam-se de políticas públicas instituídas pela União, no âmbito de sua competência exclusiva. A Lei nº 13.146/2015 ainda depende de regulamentação para ser aplicada. Quanto à margem de preferência instituída pela Lei nº 12.349/2010, foi regulamentada pelo Poder Executivo Federal por meio do Decreto nº 7.546/2011, que, no art. 3º, §2º, fixou a possibilidade de os Estados, Distrito Federal, municípios e os demais poderes da União adotarem as margens de preferência fixadas pelo Poder Executivo federal. Logo, a medida é em princípio peremptória apenas para órgãos da administração direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

Mas há hipóteses em que, mesmo para o Executivo federal, não se aplicarão as margens de preferência em apreço. São as situações de bens e serviços cuja capacidade de produção ou prestação no País seja inferior à quantidade a ser adquirida ou quando for inferior ao quantitativo mínimo fixado no edital para preservar a economia de escala (art. 3º, §9º, da Lei nº 8.666/93 e art. 4º do Decreto nº 7.546/2011). Nesses casos, necessário ao agente público competente motivar adequadamente a situação nos autos do processo, deixando claro a não incidência da margem de preferência no ato convocatório da licitação.

Um outro aspecto que deve ser sopesado refere-se ao fato de que a incidência da margem de preferência para bens e serviços nacionais depende da edição de regulamentos específicos, que indiquem os bens ou serviços a que serão fixadas as margens de preferência e em que percentuais (limitado a 25%, conforme art. 3º, §8º, da Lei nº 8.666/93). Para que o produto ou serviço possa gozar da preferência, necessário que, além de ter sido contemplado em decreto específico, atenda a regulamentos

técnicos pertinentes e a normas técnicas brasileiras³⁷². Até dezembro de 2015, eram dezessete decretos que regulamentavam a fixação de margens de preferência, nos mais variados segmentos, a exemplo de fármacos e medicamentos, aquisição de caminhões, brinquedos, máquinas, equipamentos e licenciamento de uso de programas de computador.³⁷³

Portanto, ao deflagrar processo de contratação, deve o agente público competente ter atenção quanto à existência ou não de margem de preferência para o objeto a ser contratado. Se houver, deve indicar expressamente no ato convocatório da licitação.

A política pública que institui margens de preferência para produtos e serviços nacionais estabeleceu dois tipos de margem de preferência: a normal e a adicional. A margem de preferência normal compreende o diferencial de preços entre os produtos manufaturados nacionais³⁷⁴ e serviços nacionais³⁷⁵ e os produtos manufaturados estrangeiros e serviços estrangeiros. Já a margem de preferência adicional representa, em acréscimo à condição anterior, o diferencial de preços entre produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais, resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica

³⁷² O Decreto nº 7.546/2011, em seu art. 2º, VII, define normas técnicas brasileiras como sendo aquelas “produzidas e divulgadas pelos órgãos oficiais competentes, entre eles a Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT e outras entidades designadas pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO”.

³⁷³ Decreto nº 7.713/2012 – para aquisição de fármacos e medicamentos descritos no Anexo I; Decreto nº 7.756/2012 – para aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos; Decreto nº 7.767/2012 – para aquisição de produtos médicos; Decreto nº 7.810/2012 – para aquisição de papel-moeda; Decreto nº 7.812/2012 – para aquisição de veículos para vias férreas; Decreto nº 7.816/2012 – para aquisição de caminhões, furgões e implementos rodoviários; Decreto nº 7.840/2012 – para aquisição de perfuratrizes e patrulhas mecanizadas; Decreto nº 7.841/2012 – Altera o Anexo I ao Decreto nº 7.709, de 3 de abril de 2012, que dispõe sobre a margem de preferência para aquisição de retroescavadeiras e motoniveladores; Decreto nº 7.843/2012 – para aquisição de disco para moeda; Decreto nº 7.903/2013 – para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação que menciona; Decreto nº 8.002/2013 – para aquisição de pás carregadoras, tratores de lagarta e produtos afins; Decreto nº 8.184/2014 – para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação; Decreto nº 8.185/2014 – para aquisição de aeronaves executivas; Decreto nº 8.186/2014 – para aquisição de licenciamento de uso de programas de computador e serviços correlatos; Decreto nº 8.194/2014 – para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação; Decreto nº 8.223/2014 – para aquisição de brinquedos; Decreto nº 8.224/2014 – para aquisição de máquinas e equipamentos.

³⁷⁴ Consoante ao art. 2º, IV, do Decreto nº 7.546/2011, compreende produto manufaturado nacional o “produto que tenha sido submetido a qualquer operação que modifique a sua natureza, a natureza de seus insumos, a sua finalidade ou o aperfeiçoamento para o consumo, produzido no território nacional de acordo com o processo produtivo básico definido nas Leis nºs 8.387, de 30 de dezembro de 1991, e 8.248, de 23 de outubro de 1991, ou com as regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo federal, tendo como padrão mínimo as regras de origem do Mercosul”.

³⁷⁵ Por serviço nacional, entende-se o “serviço prestado no País, nos termos, limites e condições estabelecidos nos atos do Poder Executivo que estipulem a margem de preferência por serviço ou grupo de serviços”. (art. 2º, V, do Decreto nº 7.546/2011.)

realizados no País, e produtos manufaturados estrangeiros e serviços estrangeiros. Diferentemente das hipóteses de preferência da Lei Complementar nº 123/2006 e da Lei nº 8.248/91, as margens de preferência normal e adicional para produtos e serviços nacionais definem um limite percentual a ser aplicado sobre a melhor proposta de produto ou serviço estrangeiro, sobre o qual se dispõe a pagar preço maior.

Importante apenas observar que, a despeito de a política pública ter em vista fomentar a indústria nacional, ela o faz relativamente àqueles nacionais cuja atividade atenda a todos os requisitos fixados na normatização (decretos, regulamentos específicos, normas técnicas brasileiras etc). Considerada essa premissa, por meio da margem de preferência normal para os produtos manufaturados e para serviços nacionais se fomentaria a geração de empregos e de renda e reflexos na arrecadação de tributos, e por meio da margem de preferência adicional, mais elevada, se prestigiariam produtos e serviços nacionais que, além de atenderem aos requisitos anteriores, são resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País.³⁷⁶

A partir disso, identificada a proposta de menor preço, que cote bem ou serviço estrangeiro, sobre ela será calculada a margem de preferência normal e a adicional. Feito isso, necessário identificar a existência de licitantes nas condições preferenciais (e que comprovem o preenchimento das condicionantes para o exercício de preferência pertinente). O vencedor compreenderá aquele que, inserido na margem, detenha o menor preço. Assim, se na margem houver três licitantes, um cotando bem ou serviço nacional e dois cotando produto ou serviço nacional resultante de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, então será o vencedor aquele que detiver a proposta melhor classificada.

Dessa forma, veja-se que não há preferência entre propostas de licitantes que cote bens e serviços nacionais, uns com produto resultante de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, e outros não. Tratam-se de margens que apenas definem um valor adicional limite a que o Poder Público se sujeita a pagar em prestígio aos fins indiretos do processo de contratação. Assim, coexistindo licitantes nas duas

³⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 119.

condições na margem de preferência, o de menor preço é que em princípio será o vencedor da licitação.³⁷⁷

Antes, porém, necessário aplicar a margem de preferência instituída pela Lei Complementar nº 123/06, de modo a favorecer pequenas empresas cujas propostas também tenham contemplado produto ou serviço nacional, como a frente será melhor explicado.

(c.4) Coordenação na aplicação de preferências

Um ponto relevante na análise relacionada ao exercício de preferências nas licitações tem em vista o modo de operacionalizá-las, a fim de não anular os fins buscados com as políticas públicas pertinentes. Justamente por isso, necessário atenção com algumas diretrizes.

A primeira delas tem em vista o fato de que, como as políticas públicas direcionadas à aquisição de bens e serviços de informática e automação e aquelas relativas a bens e serviços nacionais intencionam um mesmo objetivo, qual seja o fomento da indústria nacional, se o processo de contratação envolver bens e serviços de informática e automação, não será aplicada a preferência para bens e serviços nacionais. O Decreto nº 8.538/2015, que regulamenta no âmbito federal a Lei Complementar nº 123/2006, ao tratar do exercício de preferências nas licitações, esclareceu esse aspecto. De acordo com seu art. 5º, §9º, III, “quando aplicada a margem de preferência a que se

³⁷⁷ Sobre o tema, veja-se a explicação de Renato Geraldo Mendes: “Contratação pública – Margem de preferência em relação aos produtos e serviços nacionais – Resumo dos principais aspectos legais – Renato Geraldo Mendes.

É possível resumir o conteúdo do art. 3º da Lei nº 8.666/93 no que diz respeito aos produtos e serviços nacionais da seguinte forma: a) a preferência prevista nos seus inúmeros parágrafos foi regulada no Decreto nº 7.546/11; b) nas licitações, deve ser dada preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais (§ 5º); c) a preferência será viabilizada por meio de uma margem percentual que incidirá sobre o preço dos produtos e serviços estrangeiros (§§ 5º e 8º); d) a margem de preferência é a aceitação do governo de pagar mais caro para assegurar preferência aos produtos e serviços nacionais (§ 8º); e) a margem será definida por meio de ato do Poder Executivo (§ 8º); f) a margem pode ser normal (§ 5º) e adicional (§ 7º); g) a margem adicional será aplicada de forma cumulada com a margem normal apenas quando os produtos e serviços nacionais forem resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País (§ 7º); h) o limite máximo da margem (normal e adicional) é de 25% sobre os produtos e serviços estrangeiros (§ 8º); i) a margem só é aplicável se houver produtos ou serviços estrangeiros sendo propostos na licitação (§ 5º); j) é possível aplicar a margem para os produtos e serviços oriundos do Mercosul (§ 10); k) a aplicação da margem de preferência não afasta a obrigação de assegurar tratamento privilegiado às pequenas empresas (§ 14); l) a margem de preferência deve ser aplicada antes de assegurar tratamento privilegiado às pequenas empresas (ME e EPP); m) a margem de preferência só será aplicada quando a capacidade de produção do mercado for superior à demandada pela Administração (§ 9º); n) ainda que existam outras preferências para produtos e serviços nacionais definidas em lei, as previstas no art. 3º da Lei nº 8.666/93 devem prevalecer na escolha da melhor proposta (§ 15)”. (MENDES, Renato Geraldo. Op. cit. 2015.)

refere o Decreto nº 7.546, de 2 de agosto de 2011, não se aplicará o desempate previsto no Decreto nº 7.174, de 2010”.

Outra diretriz a ser considerada refere-se àquela fixada no art. 3º, § 15, da Lei nº 8.666/93. Segundo o dispositivo, as preferências delimitadas no §5º (bens e serviços nacionais) prevalecem sobre as demais preferências previstas na legislação quando estas forem aplicadas sobre produtos ou serviços estrangeiros.

Ainda que a margem de preferência instituída para bens e serviços de informática não esteja expressa no §5º do art. 3º, idêntica racionalidade deve ser adotada.

O art. 8º do Decreto nº 7.174/2010, na definição do procedimento a ser adotado para aplicação do direito de preferência, considera como primeira análise a verificação de micro e pequenas empresas em condição de empate ficto. Tal previsão levou a Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União a defender no Acórdão nº 4.241/2012, que na aplicação da preferência disciplinada pelo Decreto nº 7.174/10, uma vez exercido o direito de preferência previsto na Lei Complementar nº 123/06 por uma pequena empresa, resolve-se o certame, não se processando a aplicação do direito de preferência previsto na Lei nº 8.248/91.³⁷⁸ Ou seja, se exercida a preferência por uma micro ou pequena empresa, sequer seria verificada a existência de licitantes na margem de preferência para bens e serviços de informática.

³⁷⁸ Sobre o assunto, destaca-se trecho dos Votos do Ministro Relator e Revisor: “Voto do Ministro Relator 13. Acompanhamento do posicionamento do Parquet especializado. 14. Com efeito, o Decreto nº 7.174, de 2010, não tencionou fixar critério para desempate entre as microempresas e empresas de pequeno porte e as empresas beneficiadas com a preferência prevista no art. 3º da Lei nº 8.248, de 1991. 15. O que o art. 8º do referido regulamento fez foi estabelecer uma ordem para a aplicação das preferências de que trata: em primeiro lugar, aplicam-se as regras de preferência para as ME/EPP, previstas no art. 44 da Lei Complementar nº 123, de 2006; e, apenas posteriormente, aplicam-se as regras do art. 3º da Lei nº 8.248, de 1991, “com a classificação dos licitantes cujas propostas finais estejam situadas até dez por cento acima da melhor proposta válida, conforme o critério de julgamento, para a comprovação e o exercício do direito de preferência”. 16. E aí, como bem anotou o MPTCU, a existência de empresas que se enquadrem no primeiro critério afasta a possibilidade de se aplicarem as regras atinentes ao segundo. [...] Voto do Ministro Revisor. Desde logo, manifesto-me de acordo com as análises desenvolvidas pelo eminente Relator e pelo nobre Representante do Ministério Público quanto ao exercício do direito de preferência nas licitações realizadas para aquisição de bens e serviços de TI. 2. De fato, não há como dar razão à empresa representante e à instrução da Secex/RS, que defendem que a ordem de preferência estabelecida no art. 8º do Decreto 7.174/2010 deve ser seguida de forma cumulativa. [...] 24. Já com relação ao art. 8º do Decreto 7.174/2010, verifica-se que a sistemática ali estabelecida coaduna-se com o disposto no art. 45 da LC 123/2006. Isto é, primeiro, aplicam-se as regras relativas ao direito de preferência das microempresas e empresas de pequeno porte; não ocorrendo a contratação dentro deste grupo, passa-se a aplicar as regras atinentes ao direito de preferência dos fornecedores de TI fundado nas características dos bens e serviços, sem diferenciação quanto ao porte dos licitantes; não ocorrendo contratação mais uma vez, aplicam-se as regras usuais de licitação”. (Destacou-se.)

A falta de clareza quanto às regras a serem aplicadas tem provocado na rotina administrativa as mais variadas formas de concretização do exercício das preferências, o que se mostra extremamente prejudicial à segurança jurídica relativa ao processo formal da licitação e, o que é pior, uma crise de eficácia relativamente às políticas públicas pertinentes.

É necessário interpretar o sistema de regras vigente, observando evidentemente as diretrizes fixadas pelo legislador para o exercício das preferências, porém solucionando possíveis conflitos de regras em atenção aos fins buscados pelas políticas públicas pertinentes.

Sendo os objetivos das políticas públicas instituídas para preferência de bens e serviços nacionais (Lei nº 12.232/2010) e bens e serviços de informática (Lei nº 8.248/91) o mesmo, que em última análise busca fomentar a indústria nacional e as tecnologias desenvolvidas no País, não parece fazer sentido adotar um alinhamento para a preferência de bens e serviços nacionais e outro para bens e serviços de informática. Mais do que isso, devem as políticas públicas se compatibilizarem umas com as outras, com regras claras que possibilitem resguardar o benefício instituído por ambas. Do contrário, a própria eficácia da política estará sendo colocada em xeque.

Seguindo a presente racionalidade, entende-se que, mesmo na hipótese de contratação de bens e serviços de informática, obtida a classificação final de propostas, a primeira medida compreenderá identificar os licitantes na margem de preferência de até 10% (dez por cento) da melhor proposta válida, primeira colocada, que cotou bem ou serviço estrangeiro, para então considerar, dentre esses, aqueles na condição de micro e pequenas empresas.

Em síntese, para as contratações de bens e serviços de informática contemplados com margem de preferência, tendo o primeiro colocado cotado bem ou serviço estrangeiro, e aplicada a margem de 10%, seria o procedimento: a. verificação de licitantes classificados que apresentem “bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o Processo Produtivo Básico (PPB)” (art. 5º, I). Se mais de um licitante estiver nessa condição, e um deles for micro ou pequena empresa, então será oportunizado a este exercer a preferência; b. se não exercida a preferência nos moldes anteriores, identificar dentre as empresas classificadas aquelas que cotaram “bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País” (art. 5º, II). Se mais de um

licitante estiver nessa condição, e um deles for micro ou pequena empresa, então será oportunizado a este exercer a preferência; c. se não exercida a preferência nos moldes anteriores, identificar dentre as empresas classificadas aquelas que cotaram “bens e serviços produzidos de acordo com o PPBs” (art. 5º, III). Se mais de um licitante estiver nessa condição, e um deles for micro ou pequena empresa, então será oportunizado a este exercer a preferência; d. nas hipóteses a, b e c, se houver mais de um licitante na condição pertinente, e não houver micro ou pequena empresa, então o exercício da preferência se dará pelo licitante melhor classificado.

Com esse procedimento são prestigiadas as micro e pequenas empresas que atendam a política pública de fomento da informática. Ou seja, resguardam-se ambas as políticas públicas: de fomento ao micro e pequeno empresariado e de desenvolvimento da indústria nacional.

O recente Decreto federal nº 8.538/2015 parece ter confirmado esse alinhamento. Em seu art. 5º, §9º, II, estabeleceu que, “nas contratações de bens e serviços de informática e automação, nos termos da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, as microempresas e as empresas de pequeno porte que fizerem jus ao direito de preferência previsto no Decreto nº 7.174, de 12 de maio de 2010, terão prioridade no exercício desse benefício em relação às médias e às grandes empresas na mesma situação”.

Para que se possa identificar as micro e pequenas empresas que façam jus ao direito de preferência do Decreto nº 7.174/2010 (bens e serviços de informática) frente às demais empresas na mesma situação, primeiro deve-se aplicar a margem especificada no decreto respectivo.

Um outro reflexo desse alinhamento tem em vista o benefício instituído em favor de micro e pequenas empresas que atendam os critérios para preferência de bens e serviços de informática, qual seja, para que tenham preservada a preferência em seu favor, não necessitarão ter sua proposta na condição de empate ficto com a primeira colocada. Se primeiro aplicado o critério da Lei Complementar nº 123/2006, a própria margem instituída em favor das micro e pequenas empresas que façam jus ao direito de preferência do Decreto nº 7.174/2010 (bens e serviços de informática) frente às demais empresas na mesma situação restará prejudicada. Lembrando ainda que, para o exercício da preferência prevista no Decreto nº 7.174/2010, diferentemente da instituída

pela Lei Complementar nº 123/2006, a microempresa não precisará reduzir o valor cotado pelo primeiro colocado, bastando igualar a ela.

(d) Prazo diferenciado para comprovação de regularidade fiscal

O regime diferenciado que busca fixar medidas consentâneas ao desenvolvimento nacional sustentável pode estar ainda relacionado à etapa de julgamento da habilitação nas licitações. É a Lei Complementar nº 123/2006, que cria benefício dessa natureza em favor das micro e pequenas empresas. De acordo com os artigos 42 e 43, se a micro empresa ou empresa de pequeno porte estiver em condição irregular perante o fisco, terá um prazo diferenciado para comprovação da regularidade pertinente. De acordo com o §1º do art. 43, verificada a irregularidade fiscal, será assegurado o prazo de cinco dias úteis, prorrogável por igual período, a critério da Administração³⁷⁹, para a regularização da documentação, pagamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

Em caso de não regularização no prazo estabelecido, a micro empresa ou empresa de pequena porte decairá do direito pertinente, para o que deverá a Administração retomar o procedimento relativamente aos licitantes remanescentes, observada a ordem de classificação. Importante observar que o benefício habilitatório se restringe à regularidade fiscal. Logo, se a micro ou pequena empresa estiver com documentação irregular de outra natureza, a exemplo da qualificação econômico-financeira, não terá em seu favor o prazo diferenciado.

³⁷⁹ Para Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti, há um dever para a Administração em prorrogar o prazo, caso não demonstrada a condição regular no lapso inicialmente concedido. Apenas em hipótese de urgência ou prazo insuficiente para o empenho é que possível deixar de atender eventual solicitação de prorrogação do prazo. “De toda sorte, a urgência de contratação constitui, como visto acima, conceito jurídico indeterminado, a ser avaliado nas circunstâncias do caso. Se a Administração concluir pela urgência, terá o motivo necessário e suficiente para indeferir o pedido de prorrogação. Caso contrário, motivo não haverá para o indeferimento e a prorrogação se impõe, sob pena de invalidade da decisão que a indeferisse. Não há solução intermediária, nos termos da norma”. (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 91.)

3.3 FASE CONTRATUAL: DA FISCALIZAÇÃO QUANTO À ADOÇÃO DE PRÁTICAS SUSTENTÁVEIS

A fase contratual se inicia com a assinatura do contrato. Abriga as prestações e contraprestações ajustadas entre as partes, vinculadas aos critérios definidos na fase de planejamento e materializados no ato convocatório e especialmente consignadas na proposta vencedora da licitação. Nessa fase do processo de contratação, destacam-se dois fatores relevantes decorrentes das políticas públicas para o desenvolvimento nacional sustentável: (a) o dever de fiscalização da Administração enquanto elemento de controle das obrigações pactuadas; e (b) a existência de obrigações compartilhadas pela Administração Pública.

(a) Dever de fiscalização da Administração enquanto elemento de controle das obrigações pactuadas

Nessa fase do processo de contratação, de nodal importância se reveste o papel fiscalizador da Administração Pública. O art. 67, *caput*, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93 impõem à Administração o dever de indicar representante, especialmente designado, para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato. O dispositivo ainda autoriza a contratação de terceiros para assistir e subsidiar a atuação do representante da Administração, caso assim se mostre necessário. Trata-se de uma prerrogativa da Administração a ser exercida pelo representante indicado, ao qual “caberá anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados ou, se as decisões ultrapassarem sua competência, solicitá-las a seus superiores”.³⁸⁰

O Tribunal de Contas da União, em diversas manifestações, reforça esse dever de indicação do representante da Administração, individualizando o servidor pertinente, para fins de acompanhamento e possível controle em torno dos atos praticados durante a execução contratual.³⁸¹ Ora, de nada adiantaria aplicar diversas condicionantes

³⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 284.

³⁸¹ “O TCU, em processo de auditoria, determinou à entidade que designasse formalmente empregado responsável pela fiscalização do contrato e indicou o procedimento a ser adotado, por esse fiscal, para recebimento e ateste de produtos e serviços. Consoante anotado pela Unidade Técnica, a fiscalização da

relacionadas à sustentabilidade na definição da solução a ser contratada, exigir quesitos de habilitação dessa natureza e, ainda, fixar obrigações contratuais diretamente relacionadas ao fomento do desenvolvimento nacional sustentável pertinentes ao objeto da contratação, se não implementados mecanismos eficientes e eficazes de controle e fiscalização. Justamente por isso, mostra-se essencial a designação de representante da Administração para a fiscalização do contrato celebrado.

A depender da complexidade da solução pactuada, inclusive relativamente aos critérios sustentáveis fixados, pode ser necessário, como a própria Lei autoriza, a contratação de terceiros para subsidiar o fiscal da Administração. O salutar é que o exercício da fiscalização se dê de modo correto, por pessoal com capacidade adequada para aferir o cumprimento dos compromissos assumidos e, para caso assim não tenha ocorrido, que impulse o processo administrativo próprio para apuração das possíveis faltas contratuais.

Aliás, tendo em vista não apenas o caráter retributivo, mas sobretudo educativo da sanção, de todo recomendável especificar nas minutas contratuais as penalidades que serão aplicadas na hipótese de incumprimento das obrigações relacionadas aos critérios sustentáveis. Na forma do regime jurídico vigente, as sanções poderão ser de natureza pecuniária (multa) ou administrativa (advertência, suspensão do direito de licitar e contratar, declaração de inidoneidade e impedimento de licitar e contratar), e encontram previsão nos arts. 86 e 87 da Lei nº 8.666/93 e art. 7º da Lei nº 10.520/02. Frise-se que a apuração e incidência de sanção impõe a observância de correto processo administrativo, que observe os direitos à ampla defesa e contraditório prévios e oportunidade recursal *a posteriori* da decisão administrativa. Não é demais reforçar, igualmente, o dever de cautela relativamente aos princípios da razoabilidade e

execução do contrato é procedimento indispensável para assegurar o exato cumprimento de seus termos, tendo fundamento no princípio constitucional da eficiência. Com base nesses fundamentos, foi determinado que, “9.2.2. **nos procedimentos de recebimento e de atesto de produtos e serviços, principalmente em contratações de objetos de maior complexidade, façam constar do processo de pagamento documento assinado pelo responsável pela fiscalização do contrato, com a devida identificação (nome, cargo e matrícula) desse agente, que contenha análise com detalhamento dos requisitos considerados para o aceite ou o atesto, com demonstração de que os produtos ou serviços entregues atenderam ao objeto contratado, ou, quando for o caso, o detalhamento dos serviços prestados ou memória de cálculo do valor a ser pago, de forma a assegurar transparência ao processo de liquidação da despesa; 9.2.3. formalizem a designação formal de empregado para exercer a fiscalização dos contratos, com base no princípio constitucional da eficiência** (art. 37, *caput*, da Constituição Federal/1988)”. No mesmo sentido: Acórdão nº 768/2013, Plenário. (TCU, Acórdão nº 526/2013, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, DOU de 18.03.2013.)”. (MENDES, Renato Geraldo. Op. cit. Destaques no original.).

proporcionalidade, de modo a se eleger a sanção adequada a apenar a irregularidade praticada.³⁸²

Luciana Maria Junqueira Terra, Luciana Pires Csipai e Mara Tieko Uchida relacionam a eficiência das previsões relacionadas à sustentabilidade diretamente à “fiscalização constante e rigorosa do cumprimento das obrigações contratuais impostas ao contratado, a cargo de profissional com experiência na área, com a aplicação oportuna de sanções sempre que houver conduta culposa por parte da empresa”.³⁸³

Segundo Juarez Freitas, na fase contratual conferir-se-á, se a estimativa “compreensiva dos custos diretos e indiretos, acolhida no texto do contrato, resultou bem-sucedida na execução, consoante sopesamento e pesagem dos custos e benefícios, expostos à reavaliação permanente dos aspectos comensuráveis e incomensuráveis, sempre com proporcionalidade e respeito ao equilíbrio econômico-financeiro intangível”.^{384_385}

(b) Existência de obrigações compartilhadas pela Administração Pública

A fase contratual do processo de contratação não apenas sintetiza responsabilidades para o contratado, a serem fiscalizadas pela Administração, mas

³⁸² “[...] 2. O art. 87, da Lei nº 8.666/93, não estabelece critérios claros e objetivos acerca das sanções decorrentes do descumprimento do contrato, mas por óbvio existe uma gradação acerca das penalidades previstas nos quatro incisos do dispositivo legal. 3. Na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo, sem perder suas características e atributos do período anterior, passa a ser informado pela noção de boa-fé objetiva, transparência e razoabilidade no campo pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual. 4. Assim deve ser analisada a questão referente à possível penalidade aplicada ao contratado pela Administração Pública, e desse modo, o art. 87, da Lei nº 8.666/93, somente pode ser interpretado com base na razoabilidade, adotando, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial, e a proporcionalidade”. (STJ, REsp nº 914.087, Rel. Min. José Delgado, DJ de 04.10.2007, veiculado na **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 167, p. 101, jan. 2008. Seção Jurisprudência.)

³⁸³ TERRA, Luciana Maria Junqueira; CSIPAI, Luciana Pires; UCHIDA, Mara Tieko. Op. cit. p. 258-259.

³⁸⁴ FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, nov./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76861>>. Acesso em: 11 junho 2012.

³⁸⁵ “A incorporação da sustentabilidade ao procedimento licitatório, recorte proposto, implica aprimoramento do processo jurídico, político e administrativo de tomada de decisão: a escolha sustentável do licitante mais apto, a fiscalização pautada por esteios de sustentabilidade e o encerramento contratual condizente com o amálgama das dimensões sustentáveis aumentam a eficiência e o controle de resultados nascidos de uma procedimentalização democrática”. (PIRES, Maria Coeli Simões; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da. Sustentabilidade, licitação e pós-modernidade: pluridimensionalidade e releituras necessárias. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coords.). **Contratações públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 354.)

igualmente o compromisso da própria Administração Pública relativamente às temáticas sujeitas à responsabilidade compartilhada.

Juarez Freitas destaca ser imprescindível assumir, nos contratos administrativos, “a responsabilidade compartilhada pela destinação final dos resíduos e, quando couber, pela logística reversa. Novamente, não se trata de matéria de maior ou menor predileção do administrador, mas de *incontornável obrigação legal e constitucional*”.³⁸⁶ Para melhor esclarecer a temática, o autor exemplifica com a implementação de soluções destinadas ao reuso de água e a adoção de medidas de poupança de energia. Tratam-se de soluções “resultantes deontológicas do princípio constitucional da sustentabilidade e das regras que, expressamente ou por inferência, ajudam a densificá-lo”. E esclarece o autor, “o desperdício pode configurar, se doloso, uma quebra da probidade administrativa. A obra errada e inútil, o serviço nefasto e o produto nocivo compõem o quadro das inadmissíveis violações ao princípio”.³⁸⁷

O compromisso para com o desenvolvimento nacional sustentável é de todos. Justamente por isso, não basta o envolvimento da Administração Pública com a atividade de fiscalização quanto ao cumprimento das condicionantes de sustentabilidade ajustadas. Deve ela também se engajar nesse propósito, alinhando suas condutas às soluções consoantes ao princípio da sustentabilidade.

³⁸⁶ FREITAS, Juarez. Op. cit.

³⁸⁷ FREITAS, Juarez. Op. cit.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da pesquisa realizada e da leitura que se propõe do ordenamento jurídico vigente, as conclusões alcançadas no trabalho foram as seguintes:

1. Enfrentar o tema do desenvolvimento sustentável impõe transpor algumas crises de percepção, especialmente aquelas relacionadas a paradigmas reducionistas, advenham eles de um recorte doutrinário ou científico. As forças da natureza e os desvios e instabilidades do mercado demandam uma atuação e estudo abrangente constantes, que possibilitem avaliar de forma complexa o agir humano e, nesse sentido, potencializar a redução de riscos ao pleno desenvolvimento das pessoas, presentes ou futuras.

2. A opção jurídico-política brasileira para o plano de desenvolvimento nacional, materializada na Constituição da República, jamais poderá ser confundida com mero crescimento econômico. O conteúdo normativo constitucional impõe um plano de desenvolvimento complexo, que abarca diferentes contextos como a cultura, a tecnologia, o turismo, o mercado, a máquina administrativa e que, conjuntamente, via implementação de políticas públicas complexas, promova a distribuição de riquezas, o pleno exercício dos direitos sociais, o desenvolvimento do potencial humano e do bem-estar em equilíbrio, prezando-se pelas gerações futuras.

3. Um dos aspectos que compõem a complexidade do plano de desenvolvimento nacional compreende a sustentabilidade e suas múltiplas dimensões, entre elas: (3.1) a *espacial*, (3.2) a *social*, (3.3) a *econômica* e (3.4) a *ambiental*. Uma leitura dessas dimensões conforme a tessitura constitucional demanda resgatar três princípios ético-jurídicos, consagrados no modelo de desenvolvimento previsto na Constituição, e que conformam o valor da sustentabilidade: o bem-estar, a solidariedade e a preocupação com as presentes e futuras gerações (a *solidariedade intergeracional*).

3.1 A *dimensão espacial* não tem em vista um conteúdo autônomo propriamente, mas sim instrumental. Ela possibilita, a partir da realidade empírica, delimitar um contexto político-institucional estabelecido para estudar a concretização do modelo de desenvolvimento sustentável eleito, sopesar as diversas confluências com o ambiente interno e externo ao espaço fixado, sob as diversas dimensões, de modo a ser

possível fortalecer o plano existente, alterá-lo ou, até mesmo, redimensionar a abrangência espacial.

3.2 A *dimensão social* pressupõe o inafastável compromisso para com os direitos fundamentais sociais, relaciona-se ao padrão de vida do indivíduo e sua potencialidade de fazê-lo ir ao encontro de suas habilidades e de sua identidade cultural.

3.3 A *dimensão econômica*, que jamais deve ser confundida com crescimento econômico, puro e simples, abarca as estratégias de desenvolvimento econômico considerando as limitações naturais, seus potenciais riscos e ganhos à presente e às futuras gerações, bem como a sua condição de viabilizar maior distribuição de renda a partir de uma economia solidária e responsável. A dimensão econômica está diretamente relacionada à atividade de planejamento abrangente.

3.4 A *dimensão ambiental* reclama a consciência de que o ser humano integra o meio e, desse modo, se não preservado este, aquela verá sua ruína; a atenção para com a limitação dos recursos naturais quando do planejamento econômico; a consideração em torno do impacto significativo sobre a cultura, especialmente estímulos à mudança no padrão de consumo e da importância, dentre outras estratégias, das trocas como forma de potencializar o reuso e a cooperação em âmbito internacional, na medida em que os riscos, sobretudo na esfera ambiental, não encontram delimitação espacial.

4. O *gerenciamento da máquina pública* também compreende uma dimensão da sustentabilidade, relacionada à atuação administrativa, sobretudo quando consideradas as transformações vividas pelo Direito Administrativo, em especial a consideração da pessoa como destinatário principal da Administração Pública. Desse novo paradigma, tem-se uma transmutação dos princípios da legalidade e da eficiência e uma ênfase ao direito fundamental à boa administração. Da visão essencialmente estrita da legalidade passou-se ao dever de juridicidade. Da eficiência vista como mero incremento na redução de custos passa-se à compreensão de que será eficiente o agir administrativo na medida em que atento à produção dos fins de interesse público buscados e à promoção da excelência na gestão pública, direcionada para a melhor utilização possível dos meios disponíveis para a maximização dos objetivos definidos para o plano de desenvolvimento nacional. Ademais, o reconhecimento da existência normativa de um direito fundamental à boa administração surge como a materialização

de uma garantia ao cidadão para o correto exercício da função administrativa, que observe todas essas diretrizes.

5. Mesmo antes das alterações provocadas pela Lei nº 12.349/10 sobre a Lei nº 8.666/93, já seria possível implementar condicionantes de sustentabilidade nos processos de contratação pública, haja vista todo o modelo constitucional vigente, já sensível a esse dever jurídico. Sem prejuízo dessa constatação, a sustentabilidade impactou efetivamente sobre os processos de contratação a partir das alterações provocadas pela Lei nº 12.349/10, no art. 3º da Lei nº 8.666/93. A partir desse, não novo, mas enfatizado paradigma, a doutrina passou a discorrer sobre as denominadas *licitações sustentáveis*. Optou-se, neste trabalho, pela expressão *processos de contratação pública sustentáveis*, que tem em vista duas facetas elementares das contratações públicas e da sustentabilidade: de um lado, o aprimoramento da máquina administrativa e, de outro, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável por meio das contratações públicas, sejam elas decorrentes de certame licitatório, dispensa ou inexigibilidade de licitação.

6. Muito embora já exista o dever, inclusive positivado, de implementar a sustentabilidade nos processos de contratação há alguns anos, é notória a existência de dificuldades nesse sentido, o que impacta na eficácia dessas políticas públicas. Entre os fatores que mais fragilizam a consideração de aspectos sustentáveis nos processos de contratação, está a percepção equivocada de agentes públicos em torno do que seria a proposta mais vantajosa e dos reflexos dos critérios sustentáveis sobre a isonomia. A seleção da proposta mais vantajosa em condições isonômicas não traduz o mero barateamento do preço a partir da mais ampla competitividade. Para que se atenda aos deveres de vantajosidade e do respeito à disputa isonômica, faz-se necessário definir a solução ótima para o interesse público (considerando custos diretos e indiretos envolvidos, bem como o potencial para fomentar o desenvolvimento nacional sustentável), sopesando variações nas opções disponíveis no mercado, de modo a eleger a proposta em ambiente de maior competitividade possível e a partir do melhor parâmetro possível de aceitabilidade de custos.

7. Do forte poder de compra estatal, tem-se relevante instrumento de transformação e de regulação do mercado. De toda sorte, cabe aos agentes públicos envolvidos na arquitetura de políticas públicas um zelo relativamente ao bom

andamento das licitações, primando pela sua eficiência. A eficácia deve ser um critério norteador do desenho de políticas públicas para o uso nas contratações públicas visando ao desenvolvimento nacional sustentável, de modo que se mostra relevante avaliar cautelosamente, mediante estudos fundamentados, as medidas que serão adotadas, a fim de que não se desequilibre, em desprestígio dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, outros valores jurídicos igualmente importantes nas compras públicas. Sem prejuízo a essa orientação, o regime jurídico vigente aplicável aos processos de contratação pública claramente opta por um modelo de políticas públicas para o desenvolvimento nacional sustentável complexo, direcionado à satisfação de uma multiplicidade de objetivos, relacionados às diversas facetas do modelo de desenvolvimento nacional definido na Constituição da República: há aquelas direcionadas ao desenvolvimento sustentável na gestão pública, assim como as que se direcionam ao uso dos processos de contratação pública visando ao fomento do desenvolvimento nacional sustentável em suas diversas facetas.

8. Grande parte da normatização existente em matéria de contratações públicas sustentáveis consigna apenas diretrizes gerais relativas às condicionantes a serem consideradas nas contratações públicas. A ausência de critérios claros contribui para a omissão ou, o que é o pior, para fixação de critérios inadequados, levando à anulação de procedimentos e/ou a questionamentos pelos órgãos de controle. Nesse cenário, ainda que para a maioria das condicionantes sustentáveis não fosse necessário um detalhamento por meio de atos normativos, sendo possível detalhá-los e justificá-los nos próprios autos da contratação, é de todo recomendável assim proceder. Em outros termos, o exercício do poder normativo da Administração pode contribuir para reduzir a justificável insegurança com que muitas vezes se deparam os agentes públicos, configurando medida que potencializa a eficácia das políticas públicas envolvendo o uso dos processos de contratação para o desenvolvimento nacional sustentável.

9. O bom conhecimento do processo de contratação pública, em suas fases, etapas e atos, é essencial para bem aplicar as condicionantes sustentáveis, de forma a preservar a competitividade e a isonomia, sem provocar máculas à garantia do processo formal. O processo pode ser dividido em (9.1) *Fase de planejamento*: ações envoltas no planejamento da contratação para garantia do desenvolvimento sustentável; (9.2) *Fase de seleção de proponentes*: aplicação de preferências e benefícios para a garantia do

desenvolvimento sustentável nos processos de contratação e (9.3) *Fase contratual*: fiscalização quanto à adoção de práticas sustentáveis.

10. Na fase de planejamento, cuida-se de bem especificar a necessidade concreta da Administração, conhecer as soluções disponíveis no mercado e, motivadamente, descrever os critérios sustentáveis que serão adotados na contratação a ser realizada. Justamente em razão desse dever, e para que a definição dos critérios de sustentabilidade estejam consonantes ao ordenamento jurídico vigente, é necessário que a Administração: (10.1) ao descrever a necessidade, considere os parâmetros definidos para a política de sustentabilidade no órgão ou entidade; (10.2) ao ponderar a solução frente àquelas disponíveis no mercado, identifique aquelas que, contendo quesitos de sustentabilidade, não restrinjam imotivadamente a competitividade, elevando de uma forma desproporcional os preços; (10.3) identifique se a especificação está relacionada à pessoa do licitante ou ao objeto da contratação: se a especificação estiver relacionada à pessoa do licitante, compreenderá quesito de habilitação para licitação; se a especificação estiver relacionada ao objeto – compreenderá ou quesito de aceitabilidade de proposta ou condição a ser exigida/fiscalizada na etapa de execução contratual. Ainda, pode ser o caso de o quesito de sustentabilidade não compreender uma condicionante de aceitabilidade de proposta, porém, ser considerado como critério de pontuação em licitação do tipo técnica e preço ou fator para definição de remuneração variável.

11. A fase de seleção de proponentes, considerando a ocorrência de licitação, tem início com a publicação do ato convocatório, seguida do procedimento licitatório em si, até a formalização do contrato. Abrange uma sequência de atos administrativos formais, definidos em conformidade com o regime jurídico aplicável em cada situação concreta (Lei nº 12.462/2011, Lei nº 10.520/02 ou Lei nº 8.666/93). Os impactos que as políticas públicas vigentes podem provocar sobre a fase externa da licitação conduzirão: (11.1) à realização de disputa exclusiva a determinada categoria de empresas ou reservada a determinada solução; (11.2) fixação de critérios de desempate; (11.3) definição de margens de preferência; e (11.4) prazo diferenciado para comprovação de regularidade fiscal.

12. Na fase contratual, destacam-se dois fatores relevantes decorrentes das políticas públicas para o desenvolvimento nacional sustentável: (12.1) o dever de

fiscalização da Administração enquanto elemento de controle das obrigações pactuadas; e (12.2) a existência de obrigações compartilhadas pela Administração Pública. O compromisso para com o desenvolvimento nacional sustentável é de todos. Justamente por isso, é necessário tanto o envolvimento da Administração Pública na atividade de controle e penalização em caso de descumprimento de uma condicionante sustentável, quanto a atuação compartilhada na hipótese de destinação final dos resíduos e, quando couber, pela logística reversa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. España: Siglo Veintiuno, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. Desenvolvimento, Estado e Administração Pública. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Orgs.). Curso de direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2006.

BETIOL, Luciana Stocco; UEHARA, Thiago Hector Kanashiro; LALOË, Florence Karine; APPUGLIESE, Gabriela Alem; ADEODATO, Sérgio; RAMOS, Lígia; MONZONI NETO, Mario Prestes. **Compra sustentável: a força do consumo público e empresarial para uma economia verde e inclusiva**. São Paulo: Programa Gestão Pública e Cidadania, 2012.

BIDERMAN, Rachel et al. **Guia de compras públicas sustentáveis: uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável**. 2. ed. Disponível em: <http://archive.iclei.org/fileadmin/user_upload/documents/LACS/Portugues/Servicos/Ferramentas/Manuais/Compras_publicas_2a_ed_5a_prova.pdf>. Acesso em: 08 set. 2015.

BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (Coords.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 183-230.

BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 145-204.

BITENCOURT NETO, Eurico. Há um direito fundamental à boa administração pública? In: GODINHO, Helena Telino Neves; FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros (Coords.). *Direito constitucional em homenagem a Jorge Miranda*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BITTENCOURT, Sidney. **Licitações sustentáveis: o uso do poder de compra do Estado fomentando o desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

BORGES, Gabriela Lira. Licitações conjuntas, dever de licitar e eficiência na contratação pública. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 242, p. 338-344, abr. 2014.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito administrativo: o estado, o particular e o desenvolvimento sustentável**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. Fatores vinculantes da definição do objeto do contrato administrativo em cenário globalizado. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 175-186.

BLIACHERIS, Marcos Weiss. Licitações sustentáveis: política pública. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (Coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 141-156.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORBA, Julian. Cultura política, ideologia e comportamento eleitoral: alguns apontamentos teóricos sobre o caso brasileiro. **Opinião Pública**, Campinas, vol. 11, n. 1, Mar. 2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-62762005000100006>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Tribunal de Contas da União. **Informativo de Licitações e Contratos n. 245**. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/173177>. Acesso em: 10 de jan. 2015.

_____. Gov.br. **Diretrizes**. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/o-gov.br/principios>>. Acesso em: 27 set. 2015.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Informativo sustentável**. Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/gestor-de-compras/sustentabilidade/compras-sustentaveis>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289082>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. São Paulo: Cultrix, 2004.

_____. **As conexões ocultas**. São Paulo: Cultrix, 2006.

CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. Finalmente a aldeia global? In: SILVA, Christian Luiz da; MENDES, Judas Tadeu Grassi (Orgs.). **Reflexões sobre o desenvolvimento sustentável: agentes e interações sob a ótica multidisciplinar**. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 153-193.

CENTRO Latinoamericano de Administración para El Desarrollo (CLAD). **Carta iberoamericana dos direitos e deveres do cidadão em relação com a administração pública**. Disponível em: <<http://old.clad.org/documentos/declaraciones/Carta%20Iberoamericana%20de%20los%20deberes%20y%20derechos%20-%20documento%20aprobado.pdf/view>>. Acesso em 09: de jan. 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 3, p. 291-300, 2003.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DE GIORGI, Rafaelle. O risco na sociedade contemporânea. **Revista Sequência, Florianópolis**, ano XV, n. 28, p. 45-54, jun. 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ESPÍRITO SANTO, Leonardo Motta. O desenvolvimento nacional sustentável e a aplicação da margem de preferência nas contratações públicas. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coords.). **Contratações públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 295-301.

FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FINGER, Ana Cláudia. Licitações sustentáveis como instrumento de política pública na concretização do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente

equilibrado. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 121-153, jan./mar. 2013.

FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, ano 14, n. 1, jan/jun. 2014.

_____. **Ciência do direito tributário no Brasil: crítica e perspectiva a partir de José Souto Maior Borges**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRANCO, Caroline da Rocha. Licitações ecoeficientes e as políticas públicas ambientais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 275-286, jan./mar. 2013.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo e gestão sustentável. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 229, p. 270-276, mar. 2013.

_____. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, nov./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76861>>. Acesso em: 11 junho 2012.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FREITAS, Thiago Pereira de. **Sustentabilidade e as contratações públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político**. São Paulo: Manole, 2003.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GUERRA, Evando Martins; PINHEIRO, Luís Emílio. Políticas públicas na fase interna da licitação. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coords.). **Contratações públicas**: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 257-266.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. Contrataciones públicas constitucional y socialmente sostenibles: el caso argentino. In: PERNAS GARCÍA, J. José; VALIM, Rafael (Dir.). **Contratación pública sostenible**: una perspectiva ibero-americana. La Coruña: Bubok Publishing S. L., 2015.

HABILITAÇÃO. Documentação. Pessoa física. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 245, p. 711, jul. 2014. (Seção “Perguntas e Respostas”).

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 346-354, jan./jul. 2013.

_____. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

_____. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses. **Contratação direta sem licitação**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013.

_____. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007.

KARKACHE, Sergio. **Princípio do tratamento favorecido**: o direito das empresas de pequeno porte a uma carga tributária menor. Curitiba: [s.n.], 2010.

LIMA, Edcarlos Alves; RICARDINO, Juliana Torresan. Lei Complementar nº 147/14 e seus reflexos na participação das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 253, p. 249-257, mar. 2015.

LÖWY, Michael. **Ecologia e socialismo**. São Paulo: Cortez, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Renato Geraldo. **LeiAnotada.com. Lei nº 8.666/93**. Disponível em: <<http://www.leianotada.com>>. Acesso em: 07 set. 2015.

_____. **O processo de contratação pública**: fases, etapas e atos. Curitiba: Zênite, 2012.

MENEGUIN, Fernando B.; SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. **Há incompatibilidade entre legalidade e eficiência?** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, ago/2013 (Texto para Discussão nº 133). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 28 jun. 2015.

MEZZAROBA, Orides; STRAPAZZON, Carloz Luiz. Direitos fundamentais e a dogmática do bem comum constitucional. **Sequência**: estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, ano XXXIII, vol. 33, n. 64, p. 335-372, jul. 2012.

MILESKI, Helio Saul. Tratamento diferenciado e favorecido em licitações públicas: aperfeiçoamentos legais introduzidos ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº 147/2014). **Interesse Público – IP, Belo Horizonte**, ano 16, n. 86, p. 51-70, jul./ago. 2014.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Políticas públicas e parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na administração consensual. **Revista de Direito do Estado – RDE**, Rio de Janeiro, Renovar, ano I, n. 1, p. 105-117, jan./mar. 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. Licitação pública e contrato administrativo. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Antonio Flavio de. Estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte e critério de desempate em licitação. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte [s.n.] v.6, n. 69, p.85-88, set. 2007.

ORMEROD, Alexandre Rodriguez Bueno. **Administração pública dialógica e legitimação da atuação administrativa**. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: <www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos.../alexandreormerod.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2015.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais**: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PERNAS GARCÍA, Juan José. Apuntes introductorios sobre la contratación pública verde em Europa y em España. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo**: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 125-138.

PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha; ARAUJO, Ana Luiza Gomes de; RODRIGUES, Maria Isabel Araújo. Compras públicas sustentáveis. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coords.). **Contratações públicas**: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 317-325.

PIRES, Maria Coeli Simões; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da. Sustentabilidade, licitação e pós-modernidade: pluridimensionalidade e releituras necessárias. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coords.). **Contratações públicas**: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 341-356.

RELIEF. **Sustainable procurement resource center**: information, news and exchange. Disponível em: <<http://www.sustainable-procurement.org/about-us/past-projects/relief/>>. Acesso em: 08 set. 2015.

REVISTA ZÊNITE – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 136, jun. 2005. (Seção Perguntas e Respostas).

_____, Curitiba: Zênite, n. 147, maio 2006. (Seção Tribunais de Contas).

_____, Curitiba: Zênite, n. 167, jan. 2008. (Seção Jurisprudência).

REYNA, Justo J. Globalización, pluralidad sistémica y derecho administrativo: apuntes para un derecho administrativo multidimensional. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo**: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 25-53.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. As ações repetitivas e a exigência de soluções complexas. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 23, n. 87, jul./set. 2014.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa administração pública**. Tradução por Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 13-50, jan./mar. 2012.

RUOCCO, Graciela. La “buena administración” y el “interés general”. **A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 27-45, jul./set. 2012.

SAMPAIO, Ricardo Alexandre. A adoção do registro de preços para serviços contínuos – Breve comentário. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 240, p. 149-153, fev. 2014.

SANTANA, Jair Eduardo. Pensamentos linear-cartesiano, sistêmico e complexo aplicados à governança pública: as aquisições governamentais. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 226, p. 1207-1217, dez. 2012.

SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. **Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa**: reflexos práticos da LC nº 123/06. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitações e o estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte**. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, Murillo Giordan. Poder normativo nas licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (Coords.). **Licitações e contratações públicas Sustentáveis**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 157-181.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Christian Luiz da. Desenvolvimento sustentável: um conceito multidisciplinar. In: SILVA, Christian Luiz da; MENDES, Judas Tadeu Grassi (Orgs.). **Reflexões sobre o desenvolvimento sustentável**: agentes e interações sob a ótica multidisciplinar. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 11-40.

SILVA, Renato Cader da. **Compras compartilhadas sustentáveis**. Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/paginas/artigos/compras-compartilhadas-sustentaveis>>. Acesso em: 08 set. 2015.

SILVA, Renato Cader da Silva; BARKI, Teresa Villac Pinheiro. Compras públicas compartilhadas: a prática das licitações sustentáveis. **Revista do Serviço Público Brasília**, v. 63, n. 2, p. 157-175, abr./jun. 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TERRA, Luciana Maria Junqueira; CSIPAI, Luciana Pires; UCHIDA, Mara Tiekó. Formas práticas de implementação das licitações sustentáveis: três passos para a inserção de critérios socioambientais nas contratações públicas. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (Coords.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis: Vozes, 2000.

VALIM, Rafael. La contratación pública sostenible em Brasil. In: PERNAS GARCÍA, J. José; VALIM, Rafael (Dir.). **Contratación pública sostenible**: una perspectiva ibero-americana. La Coruña: Bubok Publishing S. L., 2015.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. Sustentabilidade das escolhas públicas: dignidade da pessoa traduzida pelo planejamento público. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 127-149, jul./set. 2011.

VILLAC, Teresa. Direito internacional ambiental como fundamento principiológico e de juridicidade para as licitações sustentáveis no Brasil. In: SANTOS, Murillo Giordan;

VILLAC, Teresa (Coords.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 43-68.

ZANOTELLI, Maurício. A compreensão dos direitos humanos como condição de possibilidade de interpretar o direito administrativo: um vir-à-fala hermenêutico. In: SILVA, Maria Teresinha Pereira e; ZANOTELLI, Maurício (Coords.). **Direito e administração pública**: por uma hermenêutica compatível com os desafios contemporâneos. Curitiba: Juruá, 2011.