

Artigo
A INSERÇÃO DA SUSTENTABILIDADE NA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS.

AUTORES: MARCIO REMO CONDEIXA DA COSTA E MARIA REGINA DA COSTA DUARTE.

RESUMO

O presente artigo aborda a evolução do tema desenvolvimento nacional sustentável nas Licitações pátrias. Tal previsão legal introduziu a necessidade da observância da sustentabilidade nas licitações viabilizando como dever legal de todo gestor público dar a sua devida efetividade compras, serviços e obras públicas com a observância ao princípio constitucional da eficiência administrativa e do meio ambiente equilibrado. Ademais, buscou-se ainda a formatação do conceito da vantagem ambiental e da economicidade das licitações sustentáveis sob a ótica inclusive do Tribunal de Contas da União.

Palavras-chave: licitações. Contratos administrativos, sustentabilidade, economicidade e vantagem ambiental.

1. INTRODUÇÃO

Diante do conceito de que a licitação se constitui no procedimento administrativo específico para contratação de serviços ou aquisição de produtos pelos entes da Administração Pública direta ou indireta, para que façam uso regular dos seus orçamentos, ou seja, da verba pública, foi editada no dia 1 de abril de 2021, a nova Lei Federal nº 14.133/21 que fundamenta os procedimentos licitatórios brasileiros, em substituição a Lei Federal nº. 8.666/93, sendo instituída como a lei de licitações e contratos administrativos.

Após a edição mencionada, vale recordar a Lei n. 8.666/93 sobre o objeto do presente artigo, desenvolvimento sustentável, quando teve seu conteúdo alterado e acrescentado pela Lei Federal n. 12.349/2010, convertida pela Medida Provisória 495/10 que por sua vez teve como precedente normativo a Instrução Normativa 01/2010 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão do Governo Federal, conhecida como IN 01/2010-MP

Naquela oportunidade, cabe destacar a redação do caput do então art. 3º da então Lei 8.666/93, que incluiu como finalidade da licitação: o desenvolvimento nacional sustentável, alçando-o ao mesmo nível de relevância ao princípio da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para administração.

Com mais esse objetivo, a licitação passou a ter mais um desafio à época: além de optar pela proposta mais vantajosa e respeitar a isonomia entre os licitantes, passou a promover o desenvolvimento nacional sustentável.

Com a edição da Lei nº 14.133/21, vislumbramos no seu teor doze menções ao tema “sustentabilidade”, nos diversos aspectos do processo de contratação e da execução contratual culminando com a sua consagração como princípio expresso no artigo 5º. do aludido diploma.

Ainda sobre o histórico do tema desenvolvimento sustentável, seu conceito foi disseminado em 1987, por meio do documento intitulado "Nosso Futuro Comum", também conhecido como Relatório Brundtland, que visava discutir um novo modelo de desenvolvimento que conciliasse o crescimento econômico com a justiça social e a preservação do meio ambiente. Esse documento foi elaborado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas-ONU, e difunde uma nova visão da relação homem meio ambiente, na qual o desenvolvimento sustentável foi definido como:

O desenvolvimento que procura satisfazer as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades, significa possibilitar que as pessoas, agora e no futuro, atinjam um nível satisfatório de desenvolvimento social e econômico e de realização humana e cultural, fazendo, ao mesmo tempo, um uso razoável dos recursos da terra e preservando as espécies e os habitats naturais (ONU, 1987).

Desse modo, a introdução de critérios de sustentabilidade nas compras públicas traz uma nova forma de planejar, executar controlar as licitações, tomando-as ainda mais complexas.

Tratando-se da licitação como um conjunto de atos administrativos emanados pelos gestores públicos como um procedimento que efetivamente sustenta toda gama logística de interesse público dos Governos, é primordial fazer menção ao principal órgão de controle da Administração Pública, o Tribunal de Contas da União, abreviado tecnicamente como TCU.

Sem poder estar à margem das recentes mudanças legais implantadas, o TCU já a partir da IN 01/2010 MP se viu obrigado a enfrentar as questões relacionadas às licitações públicas sustentáveis como posicionamentos extraídos através de julgamentos e acórdãos, justificando a sua competência legal de órgão fiscalizador e de controle da. Administração Pública.

Assim, com a análise da inserção da sustentabilidade nas licitações, sua formação através de antecedentes históricos, diante da própria visão do TCU, da legalidade, melhor e do melhor preço, será estabelecido como finalidade um parâmetro atual das instituições públicas no que tange a própria gestão ambiental dos órgãos da Administração Pública.

2. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

Santiago (2009) conceitua licitação sustentável como o procedimento que permite a introdução de critérios ambientais, sociais e econômicos nas aquisições de bens. contratações de serviços e execução de obras, tendo por fim o desenvolvimento da sociedade em seu sentido amplo e a preservação de um meio ambiente equilibrado. Segundo Biderman (2008), a licitação sustentável é uma solução para integrar considerações ambientais e sociais em todos os estágios do processo da compra e contratação dos agentes públicos (de governo) com o objetivo de reduzir impactos à saúde humana, ao meio ambiente e aos direitos humanos. A licitação sustentável permite o atendimento das necessidades específicas dos consumidores finais por meio da compra do

produto que oferece o maior número de benefícios para o ambiente e a sociedade. A licitação sustentável é também conhecida como .compras públicas sustentáveis., .ecoquisição., .compras verdes., .compra ambientalmente amigável, .e .licitação positiva..

Apesar de não haver definição legal de licitação sustentável- que é uma expressão cunhada doutrinariamente, existem leis federais, decretos estaduais e, inclusive a Instrução Normativa do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão disciplinando sua aplicabilidade. (IN 01/2010 MP)

Ressalta-se que uma licitação é sustentável nas diversas fases da contratação: previamente no planejamento do que como contratar, na opção por um bem ou serviço que, comparativamente a outro, gere menos danos ao meio ambiente; na exigência de observância de legislação ambiental incidente, na fiscalização contratual e na destinação ambiental adequada dos resíduos que decorreram da contratação. (SANTOS e BARKI, 2011)

Pode-se então conceituar licitação sustentável como um procedimento administrativo que objetiva escolher a proposta mais vantajosa para a administração pública com respeito ao princípio da isonomia levando em consideração ainda critérios sustentáveis.

Será demonstrado que as licitações sustentáveis regularmente operacionalizadas se encontram amplamente corroboradas por princípios constitucionais intrínsecos, como da economicidade e expressos como da própria eficiência prevista no artigo 37 da Constituição Federal.

Júnior (2006) destaca o objetivo ideal que o Estado deve alcançar mediante a licitação, que pelo menor preço se empreenda melhor serviço e nesse patamar mais vantajosa não é a proposta de menor preço, mas a que se apresente mais adequada no que tange ao interesse coletivo.

O Prof. Marçal (2009) afirma que a economicidade exige a escolha da solução mais conveniente e eficiente no que diz respeito à boa gestão dos recursos públicos.

Segundo CANOTILHO, 2008, o Administrador deverá sempre levar em conta critérios sustentáveis nas licitações.

3. ANÁLISE DA LEGALIDADE DAS LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS

Antes da alteração na Lei de Licitações e Contratos que adicionou como uma das finalidades da licitação na Lei 8.666/93, a expressa promoção do desenvolvimento nacional sustentável poderia suscitar dúvidas quanto à legalidade e uma possível "afronta à isonomia", decorrente da inserção de critérios sustentáveis como forma de selecionar a propostas mais vantajosas nos certames licitatórios.

Diante desse raciocínio, os critérios sustentáveis sob a ótica de uma visão primária e inacabada foram entendidos como uma forma de burlar a isonomia, servindo como

mecanismo de favorecimento e privilégios, somente àquelas empresas licitantes dotadas de tal especialidade, além das próprias habilitações legais exigidas estas sim dotadas de isonomia

Para solucionar os dilemas e de modo inovador à época, a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão SLTI/MP editou, no ano de 2010, a Instrução Normativa IN 01 que estabelece critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços e obras por parte dos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Embora a referida norma tenha sido a vanguarda, sua legalidade era questionada, principalmente quanto ao instrumento (IN 01) e seu alcance. Além disso, da ausência de previsão legislativa expressa decorria que a implementação da licitação: dependia da sensibilidade do gestor acerca da importância de inserir critérios ambientais nas contratações de serviços e obras e nas aquisições de bens, como observaram Santos e Barki (2011).

Vale destacar que o receio dos agentes públicos de implementar as licitações sustentáveis também advinha de outros fatores, como falta de apoio e ausência de ferramentas já testadas e validadas.

Neste diapasão o relatório de auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União - TCU, acerca das ações de uso racional adotadas pela Administração Pública Federal, das 71 instituições entrevistadas, 73% admitiram que não realizam licitações sustentáveis afrontando o disposto IN 01 do Ministério do Planejamento. (Acórdão 1752/2011- Plenário)

Com a inclusão expressa do termo sustentável na lei geral de licitações à época, essa discussão parece estar dirimida, pondo fim ao receio quanto a sua implantação. Observa-se que antes já havia permissão para levar em conta a sustentabilidade na Administração Pública tendo em vista o Brasil ser signatário de diversos tratados internacionais relativos ao desenvolvimento sustentável.

Senão vejamos:

[...] em 2002, na Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+10), em: Johannesburgo, foi proposta a elaboração de um conjunto de programas para apoiar e fortalecer iniciativas nacionais e regionais na busca de padrões de consumo e de produção mais sustentáveis, conhecido como Processo Marrakesh e coordenado pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente - PNUMA e pelo Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas -UNDESA O Brasil aderiu a esse Processo em 2007. (Acórdão 1752/2011)

Cabe ressaltar, porém, que o ordenamento legal brasileiro já contemplava em seu bojo leis que amparavam não de forma expressa, mas por via indireta o uso da sustentabilidade na Administração Pública.

A própria Lei Federal nº 12.187/2009 acerca da Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC positivou critérios de preferência nas licitações públicas para propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais.

No mesmo sentido a também Lei Federal nº. 12.305/2010 referente à Política Nacional de Resíduos Sólidos PNRS, estabelece como objetivos a prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para produtos reciclados e recicláveis e para bens, serviços e obras que sejam considerados com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis.

Ainda nessa seara, mais uma vez o TCU já havia se manifestado favoravelmente à época, ainda apenas sob o manto da mencionada Instrução Normativa (IN), sobre a juridicidade das compras verdes conforme Acórdão 1.260/2010 no qual, embora o ponto principal da decisão não tenha sido a IN, a Corte de Contas assim se pronunciou: A partir de uma primeira leitura desse normativo, observa-se o foco maior em novas obras, abrangendo medidas para redução do consumo de energia elétrica e água, e, em relação à aquisição de bens e serviços, exigências a serem cumpridas pelas empresas contratadas. (Acórdão 1.260/2010)

Embora atualmente exista previsão legal expressa para implementação das licitações sustentáveis, sua execução já era possível uma vez que a Constituição Federal já as autorizava, bastava apenas a interpretação sucinta do seu artigo 225 que prescreve que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e cabendo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para e , as presentes e futuras gerações, a seguir:

(...) Art. 225 Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Nota-se, então, que a observância de critérios sustentáveis nas licitações contidos na Lei Federal 8.666/93 e na nova Lei, não eram faculdades do gestor, mas sim, imposição constitucional e legal em respeito aos princípios da eficiência, da economicidade e do meio ambiente equilibrado e do próprio princípio do desenvolvimento sustentável agora expresso no artigo 5º. da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei Federal nº. 1.433/2021. Neste sentido, a discricionariedade do agente público não reside em decidir motivadamente sobre a conveniência e oportunidade de se realizar licitações sustentáveis ou não. Não se trata de dever moral, mas de respeito ao princípio da legalidade e da eficiência decorrentes do Estado de Direito (Acórdão 1752/2011).

Tratando-se em particular do mencionado princípio da eficiência na Constituição Federal de 1988, insta salientar que tanto o artigo 37 caput, quanto o artigo 5º. da Lei 14.133/2021 os elencam como um dos princípios expressos a serem observados na atuação administrativa. No entanto, no entender de Melo (2009), não seria necessário positivá-lo expressamente na Constituição Federal como princípio, tendo em vista que, independentemente de estar cristalizado na Carta Magna, sempre foi dever do administrador público atuar com eficiência na otimização dos serviços públicos, em decorrência de um princípio mais amplo, o Princípio da Boa Administração, advindo do direito italiano como precedente originário.

Falzone (apud Melo 2009) prescreve que dever de eficiência não se põe simplesmente como um dever ético ou como mera aspiração deontológica, senão como um dever atual e estritamente jurídico.

A redação conferida ao artigo 3º da Lei 8.666/93 e atualmente a previsão do artigo 5º. da Lei 14.133/2021 que consagrou a sustentabilidade como princípio exposto, foram determinantes para a introdução dos critérios ambientais nas licitações brasileiras. O que antes gerava dúvidas no tocante ao princípio da isonomia frente à implementação das licitações, sustentáveis, agora restou ultrapassado.

Desse modo, não seria agora que, sob a guarida de uma norma legal específica sobre licitações, com a inclusão expressa da sustentabilidade como princípio que a legalidade das licitações sustentáveis seria afastada.

4. DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA E DO MENOR PREÇO

Conforme exposto, em dezembro de 2010 foi incluída no artigo 3º da Lei 8.666/1993 a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como uma das finalidades da licitação, mais tarde e atualmente consagrada como princípio no artigo 5º. da Lei 14.133/2021. Além disso, em que pese a consagração do princípio do desenvolvimento nacional sustentável, sabe-se que, embora pese o fato da licitação buscar ênfase na sustentabilidade, ela ainda continua visando a seleção da proposta mais vantajosa para a administração.

Teleologicamente o objetivo do legislador, não se reservou a criar novas formas de seleção, somente incluir no procedimento licitatório as formas sustentáveis a partir da sua consagração como princípio exposto na lei.

Vários autores afirmam que proposta mais vantajosa não é nem deve ser vista como sinônimo de menor preço. No voto que fundamentou o Acórdão 227/2002 do Plenário do TCU, o Ministro Guilherme Palmeira se pronunciou no sentido de que as propostas desclassificadas atendiam plenamente ao conceito amplo de que a proposta mais vantajosa para a Administração, o qual, como se sabe, envolve aspectos outros que não somente o quesito preço [...]

Sobre o tema o Ministro Relator (TCU) Marcos Bemquerer Costa discorreu:

[...] o conceito da proposta mais vantajosa, inserido no caput do artigo 3º da Lei n. 8.666/1993, não se confunde com o de "mais barato, visto que sua compreensão pressuporia o atendimento das exigências constitucionais de economicidade e eficiência, em seguida, ampara o entendimento nos ensinamento de António Carlos Cintra do Amaral, textualmente. E comum considerar-se que a maior vantagem para a Administração está sempre no menor preço. Isso reflete o entendimento, equivocado, de que a lei consagra a tese de que o mais barato é sempre o melhor, sem contemplação com a técnica e a qualidade. Esse entendimento não corresponde ao disposto na Lei 8.666/93 e conflita com os princípios da razoabilidade, eficiência e economicidade, que regem os atos administrativos, inclusive os procedimentos / licitatórios Acórdão 1978/2009-Plenário

O entendimento deturpado de se considerar a vantajosidade apenas como menor, desembolso de recursos financeiros, pode estar relacionada a alguns fatores. A uma, o Brasil, não obstante o crescimento econômico dos últimos anos, sempre a sofreu com a limitação de recursos e uma infinidade de necessidades a serem, cobertas logo, quanto menor fosse o dispêndio de recursos, mais áreas poderiam ser atendidas. Assim, a busca pelo menor preço sempre foi visada pela Administração Pública quando das aquisições de bens e contratações de serviços.

Tradicionalmente, as licitações públicas sempre buscavam assegurar a isonomia entre licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para administração, o que na maioria dos casos, era sinônimo de menor preço. Tal prática se consolidou rapidamente, principalmente quando foi instituída a modalidade Pregão pela Lei 10.520/2002 e seu uso se tomou obrigatório para aquisição de bens e serviços comuns conforme o recente Decreto nº. 10.024, de 20 de setembro de 2019.

Se de fato fosse o desejo do legislador ordinário obrigar que a Administração Pública sempre contratasse pelo menor preço, isso estaria explícito na base legal que rege a matéria, Marçal (2009) explica que:

A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato. [...] A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e a particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação.

Assim se afigura uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.

O Prof. Júnior (2006) destaca o objetivo ideal que o Estado deve alcançar mediante a licitação, que pelo menor preço se empreenda o melhor serviço. Versa ele sobre vantajosidade: Mais vantajosa não é a proposta de menor preço, mas a que se apresente mais adequada, mais favorável, mais consentânea com o interesse da Administração, observadas, sem dúvida, outras condições com o prazo, o pagamento do preço, a qualidade, o rendimento.

O professor Marçal (2009) acrescenta:

O preço representa o fator de maior relevância, em princípio, para seleção de qualquer proposta. A licitação sempre visa obter a melhor proposta pelo menor custo possível. [...]

Quando institui licitação de menor preço, a Administração selecionará como vencedora a proposta de melhor preço. Na lei anterior, estabelecia-se uma presunção relativa, no sentido de que a oferta de menor preço seria a mais vantajosa para a Administração Pública. A supressão da regra expressa não elimina a presunção, tendo em vista que menor preço não envolve apenas uma consideração a valores absolutos.

O melhor preço configura-se em função da avaliação dos valores globais que a Administração desembolsará para fruição do objeto licitado. Não há defeito em se examinar questões técnicas para definir o melhor preço. Assim, o exame do rendimento e a apuração

das qualidades propostas, enquanto meio de definir o melhor preço, não desnaturam a licitação. O melhor preço estará inserido no conceito da razoabilidade quanto as próprias especificações técnicas do objeto.

Diante disso, limitar-se a escolher o vencedor da licitação exclusivamente pelo fato de seu produto ser o mais barato do ponto de vista financeiro é administrar de forma retrógrada e ineficiente.

O princípio da eficiência previsto nos artigos 37 caput da Constituição Federal e 5º. da Lei 14.133/2021, impõe que as compras governamentais sejam decididas sem que sejam levados em conta aspectos como qualidade, durabilidade, gastos com manutenção, custo de operação, além, é claro, da variável ambiental, entre outros. Administrar recursos públicos exige do gestor visão gerencial e maior zelo com o resultado de suas ações.

Se, no momento de ofertar seu lance no certame, o licitante pondera fatores como: quantidade demandada, local de entrega, frete, impostos, forma de pagamento para serem critérios que definirão seu preço e lucro, logo a Administração Pública poderá até por conta da sua soberania, definir quanto está disposta a pagar, considerar aspectos como: preço, durabilidade, impacto ambiental, e a qualidade do serviço.

Segundo Marçal (2009) tornou-se inquestionável que a decisão de contratar exige do interessado uma ponderação sobre todas as despesas necessárias à obtenção da utilidade sobre a qual versa dita contratação. O custo de uma utilidade não se confunde com o seu preço. Existem inúmeras despesas, arcadas pelo adquirente, que não integram o valor pago à outra parte. Assim, a contratação exige que o sujeito desembolse valores com assessoria (jurídica, técnica etc.) necessária à formalização da avenca. Mais relevante, no entanto, pode ser o desembolso necessário à adoção de providências posteriores ao mero ajuste, indispensáveis, à obtenção concreta e material da utilidade adquirida. Isso abrange assessoria jurídica para recorrer ao Poder Judiciário e assim por diante.

Por outro lado a Administração também deve analisar os custos e não somente o preço quando define de quem vai contratar, quanto vai demandar e quanto está disposta a pagar. Deve ela verificar a vantajosidade não apenas financeira, mas também, ambiental dos produtos a serem adquiridos.

Assim cabe o entendimento de que mais vantajosa não é a proposta de menor preço, mas sim, aquela que se mostra mais compatível e aderente ao interesse público, levando em conta outras condições como qualidade e desempenho. (JUNIOR, 2006)

Portanto, importa relevar que a vantajosidade não deve ser atrelada exclusivamente ao fator financeiro. Ao Estado, são devidas prestações satisfatórias aliadas à qualidade apropriada Marçal (2009) exemplifica que de nada adiantaria ao poder público pagar valor ínfimo para receber objeto imprestável. Muitas vezes, a vantagem técnica apresenta relevância tamanha que o Estado tem de relegar a questão financeira.

Assim, o fator ambiental e sustentável, desde que objetivamente demonstrado e passível de verificação e comparação, é elemento imprescindível para escolha da proposta mais vantajosa, sem se olvidar do menor preço.

Diante das questões trazidas a baila acerca da sustentabilidade nas licitações, da eficiência nas contratações e da vantajosidade que terminantemente não implica na economia trazida pelos menores valores a serem contratados, estabeleceu-se um verdadeiro dilema.

Na verdade a sustentabilidade na contratação se faz conveniente e oportuno na medida em que se insere como critério paralelo à vantajosidade, onde o menor preço poderá ser relegado a segundo plano no momento em que se busca o alcance da finalidade do interesse coletivo no bojo do planejamento do certame nas suas fases preliminares.

Em prosseguimento, para ilustrar vejamos os termos do artigo 5º. da Lei nº. 14.133/2021 e dos demais que positivam o entendimento exposto:

DOS PRINCÍPIOS

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

CAPÍTULO I

DO PROCESSO LICITATÓRIO

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto; (grifo nosso)

No que tange a fase preparatória da Licitação:

Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

(...)

VIII - a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto; (grifo nosso)

O desenvolvimento sustentável como princípio expresso do artigo 5º. da nova Lei 14.133/2021, deve ser respeitado e viabilizado nas licitações e futuras contratações independente do critério de vantajosidade dos preços de mercado, de maneira concomitante, onde não haja supressão de um princípio expresso (sustentabilidade) em detrimento de um pressuposto estabelecido como requisito (vantajosidade) no certame, ou seja um não suprime o outro, pois o que se busca de acordo com a nova lei é exatamente a conjugação dos seus valores intrínsecos, diante disso, a licitação deverá ser sedimentada nos princípios do seu artigo 5º. onde consta a sustentabilidade devidamente agregada aos critérios de vantajosidade, também expressos no diploma legal, estabelecendo verdadeira regra conjugada.

5. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E A VANTAGEM ECONÔMICA DAS LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS

Sobre o princípio da eficiência que se direciona a otimização dos serviços a serem prestados pela Administração Pública à coletividade em diversos aspectos, nada mais relevante do que se analisar também os critérios de economicidade nas gestões públicas.

O Prof. Marçal (2009) afirma que a economicidade exige escolha da solução mais conveniente e eficiente no que diz respeito à boa gestão dos recursos públicos. Ora, se economicidade e eficiência tendem a conviver harmoniosamente, nada mais esperado que a aquisição de bens e serviços sustentáveis seja vista como uso eficiente e racional dos recursos públicos. Desse modo, a inserção de critérios sustentáveis nas licitações se coaduna perfeitamente como forma para selecionar a proposta mais vantajosa uma vez que é obrigação de todo e qualquer agente público agir com eficiência e nos limites da lei. E as leis impõem que os recursos sejam bem geridos.

Quanto ao entendimento do Prof. Silva (2006), o princípio da eficiência orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo.. Logo, o princípio da eficiência administrativa consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para prestação de serviços públicos de qualidade em condições econômicas e de igualdade de consumidores. (SILVA, 2006)

Por outro lado, o art. 225 da CF estabelece que o Poder Público deve defender o meio ambiente e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Canotilho (2008) entende que a determinação constitucional impõe a todos os órgãos públicos o dever de considerar o meio ambiente em suas decisões, adicionando a cada uma das suas missões primárias, não por opção, mas por obrigação, a tutela ambiental:

Antagonicamente, os próprios comandos constitucionais reduzem a discricionariedade da Administração Pública, pois impõem ao administrador o permanente dever de levar em conta meio ambiente e de, direta e positivamente, protegê-lo, bem como exigir seu respeito pelos demais membros da comunidade abrindo a possibilidade de questionar ações administrativas que de forma significativa prejudiquem os sistemas naturais e a biodiversidade. (CANOTILHO, 2008)

Conclui-se que o gestor deve se atentar para o aspecto ambiental sem se esquecer de considerar o princípio da eficiência. Por fim, tolera-se que o custo da licitação sustentável seja superior, ainda que se pondere o ciclo de vida do produto, desde que tal custo não seja exorbitante ou desarrazoado. (BIM in SANTOS e BARKI, 2011)

O manual do LEAP- Local Authority Environmental Management and Procurement. um projeto co-financiado pela União Européia que objetiva permitir que os gestores realizem de forma sistemática, eficaz e eficiente compras verdes enquadradas, ou não, em um Sistema de Gestão Ambiental SGA constatou que, de fato, os produtos ambientalmente eficientes de uma forma geral são realmente mais caros, entretanto, observa que a aquisição conjunta desses produtos pelas cidades européias possui a força de reduzir custos unitários nestas aquisições como também impulsionar o mercado no desenvolvimento destes. (LEAP, 2006)

Em razão de ser necessário um desembolso maior para adquirir bens sustentáveis, havia muitos críticos que argumentavam que a incorporação do aspecto ambiental às compras públicas iria de encontro ao princípio da economicidade.

Entretanto, tal argumento naufraga uma vez que o eventual aumento imediato do preço do produto e serviços pode ser compensado, a médio e longo prazo, pela diminuição dos danos ambientais. (BARCESSAT in SANTOS e BARKI, 2011)

Marçal (2009) corroborando tal entendimento assevera que:

O critério de seleção da melhor alternativa não é sempre a maior vantagem econômica. Deve-se examinar se a busca pela maior vantagem não colocará em riscos outros valores, de hierarquia superior. Se a solução economicamente mais vantajosa puser em risco a integridade de vidas humanas, o Estado deverá optar por alternativa. Estará obrigado a escolher via mais onerosa economicamente, mas adequada a preservar a integridade dos indivíduos. Ora, sem meio ambiente, o homem não

sobrevive, sua integridade estará ameaçada. Respeitar a natureza e sua resiliência e dever de todos. Estudos apontam que as consequências das mudanças climáticas já podem ser percebidas pela atual sociedade, ou seja, não estamos preservando a terra para gerações futuras, mas cuidando de nossa integridade no presente momento. Assim, justifica-se que sejam inovadas as exigências contidas nas especificações técnicas dos produtos para incluir o aspecto ambiental a fim de alterar os níveis de consumo e a forma arcaica de comprar da administração pública visando alcançar a vantajosidade das propostas.

Ao abordar o conceito de vantajosidade, o Ministro do TCU Marcos Vilaça salientou que:

A proibição estabelecida pela Lei está vinculada ao princípio da indisponibilidade do interesse público, pelo qual o gestor não está autorizado a recusar propostas mais vantajosas à Administração. Ocorre, entretanto, que a vantajosidade não pode ser aferida em todos os casos apenas com base no preço, apesar de ser este, obviamente, o seu indicativo mais preciso (Acórdão 256/2005-Plenário)

Por sua vez, o Ministro Augusto Nardes da Corte de Contas Federal expôs em seu voto relativo ao Acórdão 332/2010- Plenário que o julgamento das propostas quanto a sua

vantajosidade se dá segundo os critérios previstos no instrumento editalício não sendo objeto de apreciação as propostas que não preencham os requisitos previstos na lei e no edital.

Das deliberações acima, conclui-se que vantajosidade não deve ser medida somente tendo por base o preço uma vez que há outros fatores que podem tornar uma proposta mais vantajosa malgrado seu preço mais elevado. Também se chega à conclusão que a apreciação das propostas quanto a sua vantajosidade deve ser feita em conformidade com a lei do certame, qual seja, o edital. Assim, necessária a correta, objetiva e clara definição dos critérios que servirão de parâmetro para se chegar à proposta vencedora.

A vantajosidade determinada no artigo 3º da Lei de Licitações e Contratos espelha basicamente a busca por contratação que seja tanto economicamente mais vantajosa – menor gasto de dinheiro público – quanto que assim o seja qualitativamente, melhor gasto.

Diante do exposto, utilizando-se do conceito de ecoeficiência, pode-se definir vantajosidade ambiental como sendo a qualidade de um objeto ou serviço de possuir um desempenho econômico/ambiental mais eficiente, com custo de operação e manutenção menor, menos agressivo ao meio em comparação a outro produto convencional.

6. CONCLUSÃO

Conclui-se, após as análises realizadas quanto a legalidade, nos preceitos doutrinários e na jurisprudência do TCU como órgão máximo de controle da Administração

Pública que foi de curial relevância a inserção do Desenvolvimento Nacional Sustentável no artigo 3º da Lei Federal nº. 8.666/93 e mais tarde com a consagração de tal pressuposto na forma de princípio expresso com o artigo 5º. da Lei Federal nº. 14.133/2021.

Sobre o enfoque nos entendimentos emanados nas decisões do TCU, nota-se a sinalização e a sedimentação de que os órgãos e entidades federais utilizem critérios de sustentabilidade quando de suas contratações de serviços e obras ou aquisição de bens e ainda, conforme o próprio TCU, nas avaliações ordinárias dos editais de licitações, ainda que não haja questionamento sobre o tema em tela, deva ser orientado por tal tribunal a inclusão da variável ambiental nos instrumentos convocatórios e sua efetiva concretização nas ações governamentais.

Quanto ao princípio da eficiência atrelado à economicidade, é relevante a definição de que proposta mais vantajosa não deve ser sinônimo de menor preço. Para avaliar a vantajosidade das propostas, faz-se necessário diferenciar custo de preço conforme demonstrado.

Sobre a observância de princípios Constitucionais são fundamentais tanto pelos executores quanto pelos “controladores”, uma vez que a inclusão de critérios sustentáveis nos editais seja por respeito ao pressuposto da Lei 8.666/93 ainda em licitações intercorrentes, quanto em respeito pelo princípio expresso da nova Lei 14.133/2021, não deve permitir a compra de bens excessivamente caros tampouco deixar inócuas as disposições contidas nos diplomas legais apontados.

Nessa linha, cunhou-se o conceito da vantagem econômica ambiental para definir a qualidade de um bem ou serviço que, embora possa ser “mais caro” do ponto de vista financeiro, agride menos o meio ambiente e requer menos recursos naturais para sua produção e manutenção, ou seja, seu custo é menor do que um produto convencional, propiciando, dessa forma, uma vantagem ambiental, que, em última instância, pode ser uma prática para subsidiar a economicidade da escolha por produtos sustentáveis.

Conclui-se, ainda, que a inserção de critérios de sustentabilidade nos editais de licitações depende da massificação dos benefícios atrelados ao próprio tema. Com a sustentabilidade servindo de base nas especificações dos bens e serviços a serem licitados, os gestores podem dar efetividade às licitações sustentáveis.

Assim, recomenda-se a adaptação dos editais e termos de referência com a inclusão do aspecto ambiental nas ações administrativas vez que é totalmente legal e viável conforme o próprio princípio expresso no artigo 5º da nova Lei de Licitações.

Deve-se também frisar que, embora o princípio ao meio ambiente equilibrado seja um direito fundamental, não há que se falar em supremacia deste direito em detrimento de outros princípios ou à privação da população de bens e serviços

essenciais. A harmonização de princípios é condição primordial para que o Estado Brasileiro alcance o desenvolvimento sustentável.

Ressaltando que a Administração Pública tem a missão fundamental de incentivar um padrão de produção e consumo mais sustentáveis na sociedade, tendo em vista seu relevante poder de compra, capaz de induzir mudanças de mercado e fomentar boas práticas de gestão e um consumo mais responsável.

Diante disso é dever de todo gestor público que busca agir de forma eficiente e em respeito ao meio ambiente e ao desenvolvimento nacional sustentável, em contrapartida, adquirir bens e contratar serviços não sustentáveis exigirá dos agentes públicos motivação robusta e exaustivamente fundamentada para respaldar tal decisão.

Finalmente consigna-se que é dever fundamental da Administração Pública zelar pelos princípios e diretrizes emanados pela Lei de Licitações que visam proteger o meio ambiente, observando a vantagem econômica, a eficiência e a economicidade.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCESSAT, Lena. Papel do Estado brasileiro na ordem econômica e na defesa do meio ambiente: necessidade de opção por contratações públicas sustentáveis. In: SANTOS, Murilo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). Licitações e contratações públicas sustentáveis. Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2011.

BARKI, Teresa Villac Pinheiro. Curso: Contratações públicas sustentáveis, Curitiba, 2011.

BIDERMAN, Rachel; MACEDO, Laura Silvia Valente de; MONZONI, Mario e MAZON, Rubens. Guia de compras públicas sustentáveis: Uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável, 2 Edição, Editora FGV, Rio de Janeiro, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 2ª Edição Revisada. Ed. Saraiva, São Paulo, 2008.

FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos, Administrativos, Ed. Dialética, 11 edição, São Paulo, 2009.

JÚNIOR, José Cretella. Das Licitações Públicas, editora forense, 18ª edição, Rio de Janeiro, 2006.

LEAP Leap Gpp Toolkit. c. Disponível em: <<http://www.leapgpptoolkit.org/index.php?id=3113>>. Acesso em 1º de julho 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes Direito Administrativo Brasileiro, atualizada em sua 18ª edição por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, 2006.

, Relatório Brundtland - Nosso Futuro Comum. Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas, 1987.

SACHS, Ignacy. Caminhos para o desenvolvimento sustentável. Ed. Garamond, São Paulo, 2000.

SANTIAGO, Leonardo Ayres Aspectos das Licitações Sustentáveis. Disponível em <http://www.licitacoessustentaveis.com/2009/08/apresentacao.html>. Acesso. em junho de 2011.

SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2011.

SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 2ª Edição, de acordo com a Emenda Constitucional 52, Ed. Malheiros. São Paulo, 2006.

Palavras Chaves

Palavras-chave: licitações. Contratos administrativos, sustentabilidade, economicidade e vantajosidade ambiental.