

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

COGEAE

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

**AMPLITUDE NORMATIVA E LEGALIDADE ACERCA DA ELEIÇÃO DE CRITÉRIOS
SUSTENTÁVEIS NAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: ASPECTOS
DOS LIMITES E VALIDADE DE DISPOSIÇÕES REGULAMENTARES**

RODRIGO COELHO MELARÉ

**São Paulo - SP
2014**

RODRIGO COELHO MELARÉ

**AMPLITUDE NORMATIVA E LEGALIDADE ACERCA DA ELEIÇÃO DE CRITÉRIOS
SUSTENTÁVEIS NAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: ASPECTOS
DOS LIMITES E VALIDADE DE DISPOSIÇÕES REGULAMENTARES**

Monografia apresentada à Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo como
requisito parcial para obtenção do título de
Especialista em Direito. Área de Concentração:
Direito Administrativo.

Orientadora: Prof^ª FLÁVIA GIORGINI FUSCO
CAMMAROSANO

**São Paulo - SP
2014**

**AMPLITUDE NORMATIVA E LEGALIDADE ACERCA DA ELEIÇÃO DE CRITÉRIOS
SUSTENTÁVEIS NAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: ASPECTOS
DOS LIMITES E VALIDADE DE DISPOSIÇÕES REGULAMENTARES**

RODRIGO COELHO MELARÉ

Esta monografia foi apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo e aprovada em sua forma final pela Banca Examinadora, formada por:

Presidente: Professora Flávia Giorgini Fusco Cammarosano

Membro: Professor (a)

Membro: Professor (a)

São Paulo, 15 de outubro de 2014

Dedico este trabalho a todos meus familiares, em especial aos meus pais, José Carlos Melaré e Vera Lúcia Coelho Melaré, bem como aos meus irmãos, Janaína Coelho Melaré e Alfredo Melaré Neto, pela atenção constante, aconchego, exemplo de vida, luta e sacrifício ilimitado em todos os sentidos. Dedico, outrossim, a todos aqueles que, de uma forma ou de outra, contribuíram para a consecução deste, em especial a Vanessa de Barros Fuster, pelo carinho e inspiração.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos respeitosos amigos Srs. Armando Marcondes Machado Júnior, Walter Penninck Caetano, Marcelo Palavéri, Elisangela Fernandes dos Reis, Renato de Sá Jorge, Eliseu Dutra Rossi, Luciane Tavano Rocha e demais colegas do Departamento Jurídico da Conam, por terem proporcionado momentos de aprendizagem e experiência no mundo do Direito.

E, finalmente, a Deus, por essa força suprema, que sempre irradiou energia positiva na minha vida e especificamente em meu trilhar no mundo jurídico.

“Ser ecologista, não é apenas ser contra aquilo que se chama Progresso, não é apenas ser anti-qualquer coisa ou anti-tudo ou porque está na moda, não é apenas ser por certas manifestações com o seu quê de folclore (que também é, aliás, importante); ser ecologista é sobretudo acreditar que a vida pode ser melhor se as mentalidades mudarem e tiverem em consideração os ensinamentos que a velha Terra e ainda o velho Universo não cessam de nos transmitir.”

(Fernando Pessoa)

“Leva tempo para alguém ser bem sucedido porque o êxito não é mais do que a recompensa natural pelo tempo gasto em fazer algo direito.”

(Joseph Ross)

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

Dentro do âmbito das relações jurídicas que a Administração Pública realiza, o instituto da licitação, como qualquer procedimento, tem, ao longo dos anos, passado por diversas transformações com a finalidade de torná-la compatível com a atual realidade e estrutura estatal, bem como com determinados valores sociais e culturais que, com o passar dos tempos, ganham maior ou menor relevância pública.

Paralelo a isso, o Estado hodierno, devido à amplitude de atividades e interesses perseguidos, reputa-se na obrigação de intervenção em outras áreas como regulador, fiscalizador e controlador, precipuamente na seara econômica, setor ainda bastante indiferente e avesso aos diversos e relevantes valores presentes na sociedade.

Emerge, pois, a ideia de que a expressão “*desenvolvimento*” em sentido lato deve ser entendida dentro de um prisma diferente da tradicional (enfoque prioritário na economia) no sentido da busca, mesmo que tardia, da consolidação da sustentabilidade que se levará a termo por meio da proteção harmônica dos seguintes fatores axiológicos: jurídico-político, ético, social e ambiental os quais estão amparados na Constituição Federal de 1988 e em normas infraconstitucionais. Inclusive é dos Tratados Internacionais que imana ampla gama de parâmetros morais influenciadores dos razoáveis comportamentos esperados das pessoas físicas e jurídicas.

E não é diferente no âmbito das licitações e contratos administrativos, porquanto urge que os aplicadores do Direito se direcionem nessa linha protetiva e harmônica de valores no sentido de tratar nos instrumentos convocatórios de critérios e parâmetros sustentáveis isonômicos, razoáveis e justificados, porquanto o Estado dispõe de regramento suficiente para isso, a exemplo das capitulações constantes nos artigos 170, inciso VI, e 225 da Constituição Federal de 1988.

Ademais, atualmente diversos diplomas legais influenciados por Tratados Internacionais já estampam normas de sustentabilidade em seus correspondentes textos, em especial a Lei Federal nº 8.666, de 1993, com a recente alteração do artigo 3º introduzida pela Lei Federal nº 12.349, de 2010 (fruto da Medida Provisória nº 495, de 2010), razão pela qual restou espantada qualquer dúvida a respeito da indispensabilidade e vinculação do estabelecimento de critérios e condições sustentáveis ambientais e sociais em instrumentos convocatórios e em cláusulas contratuais.

Ocorre que, com a finalidade de tornar explícito e exequível esse novel dispositivo, constata-se que alguns órgãos governamentais vem utilizando o Poder Regulamentar com o escopo de inovar na ordem jurídica, portanto, destoando da autorização conferida pela Constituição Federal de 1988, no artigo 80, inciso IV, que somente admite o trato do Decreto Regulamentar executivo, isto é, daquele estabelecido para a fiel execução dos termos da lei que o legitima. Além disso, essa tipologia desvirtuosa do Decreto Regulamentar, ato administrativo que é, desrespeita, também, a lei e o regime jurídico-administrativo que cerca todo ato dessa natureza nos elementos componentes do conteúdo, da finalidade e da causa.

Portanto, dentre outras considerações pertinentes ao instituto das licitações e dos contratos administrativos, à obrigatoriedade acerca da eleição de critérios e parâmetros sustentáveis ambientais e sociais nas licitações e contratos públicos e à amplitude normativa e compatibilidade com o desenvolvimento nacional sustentável, destacou-se os limites das normas regulamentares disciplinadoras da sustentabilidade existente em nosso ordenamento jurídico, mais especificamente dos artigos 2º, 5º e 7º do Decreto Federal nº 7.746, de 2012.

Concluiu-se que o texto regulamentar ensejador do comando discricionário (facultatividade) da exigência de critérios de sustentabilidade ambiental e social inovou os termos do artigo 3º da Lei Federal nº 8.666 de 1993 em flagrante afronta à Constituição Federal e, com mais rigor, ao princípio da legalidade e ao interesse público primário, visto que no sistema

normativo brasileiro não se concebe os denominados “*decretos autônomos*”. Como se reiterou constantemente, o decreto regulamentar deverá constituir-se em respeito à lei para que seja válido. *In casu*, o novel texto da lei regente (art. 3º) vinculou o dever da Administração Pública à sua aplicação às licitações públicas e contratos administrativos que leva a efeito, não sendo admitido a um regulamento tratá-lo como facultativo, isto é, como discricionário o que a lei regulou como dever-poder vinculante.

Por derradeiro, afigura que a melhor exegese seria o raciocínio de que a facultatividade presente como regra no texto dos dispositivos do regulamento deverá ser entendida como exceção e, para tanto, ser justificada no processo administrativo, sob pena de restar comprometida a efetividade do desenvolvimento nacional sustentável e, em decorrência disso, a salubridade das presentes e futuras gerações.

Palavras-chave: Licitações Públicas e Contratos Administrativos. Breve abordagem. Desenvolvimento Sustentável. Sustentabilidade nas licitações e contratos públicos. Obrigatoriedade e Legalidade na eleição de critérios sustentáveis em editais de licitação e contratos administrativos. Poder Regulamentar estatal. Limites. Artigo 80, inciso IV, da Carta Magna. Artigos 2º, 5º e 7º do Decreto Federal nº 7.746, de 2012. Extrapolação do limite do Poder Normativo do Poder Executivo. Inovação da ordem jurídica não admitida. Inconstitucionalidade e ilegalidade do ato administrativo regulamentador.

ABSTRACT

Within the framework of legal relations acted by the Public Administration, the establishment of competitive bidding, like any other procedure, has undergone several transformations over the years, in order to make it compatible with the current reality structure of state-owned corporation, as well as with certain social and cultural values that have become more or less publicly relevant over time.

Parallel to this, currently the State, due to the range of activities and interests it pursues, is deemed obliged to intervene in other areas as a regulatory, supervisory and controlling body, primarily in the economic area, since this sector still quite indifferent and averse to diverse and relevant values in society.

Therefore, there comes up the idea that the expression “development”, within its broader meaning, must be understood through a different standpoint from the traditional sense (with its primary emphasis on economy) aiming at the search for, regardless of how late, the consolidation of sustainability, effected through the protection of the following harmonic axiological factors: legal, political, ethical, social and environmental, which are all supported by both the Federal Constitution of 1988 and non-constitutional rules. It is from International Treaties that a wide range of moral parameters emanate, which can influence on the reasonable behaviour expected from both individuals and legal entities.

In the scope of competitive biddings and procurement/government contracts, it is urged that the executors of the law should aim at this protective and harmonious values, in order to include in the bidding invitations sustainable isonomic criteria and parameters that are reasonable and justified. The State has enough rulings to enforce that, such as those in Articles 170, Item VI, and 225 of the Federal Constitution of 1988.

Moreover, several legal instruments currently influenced by International Treaties already

include sustainability standards in their corresponding texts, especially the Federal Law No. 8,666, of 1993, with the recent amendment of Article 3, introduced by Federal Law No. 12,349 of 2010 (arising from the Provisional Decree No. 495 of 2010). Based on such instruments, any doubt about the indispensability and bounding of the establishment of sustainable — both social and environmental —, criteria and conditions to competitive biddings and contractual clauses has been dispelled.

It happens that, in order to regulate this new device, it appears that some government bodies have been using rulings with the aim of innovating the legal order, thus jarring the authority granted by the Federal Constitution of 1988, Article 80, Item IV. Such article only admits the executive regulatory decree, i.e., that one established for the faithful performance of the terms of the law that legitimizes it. Furthermore, such mischaracterizing typology of the regulatory decree, which is an administrative act, also violates the law and the legal and administrative regime that supports every administrative act in the component elements of the content, purpose and cause.

Thus, among other pertinent considerations on competitive biddings and government contracts, the obligation of selecting sustainable social and environmental criteria and parameters for them, and the wide scope of rules and their compatibility with national sustainable development considerations, the limits of the existing disciplinary regulations ruling the sustainability in our legal system, more specifically of the Articles 2, 5, and 7, of the Federal Decree No. 7,746, of 2012 were highlighted.

The conclusion is that the regulatory text that gives cause to the discretionary act (optionality) for the requirement of sustainability criteria, has innovated the terms of Article 3 of the Federal Law No. 8,666 of 1993 in flagrant affront to the Federal Constitution and, more rigorously, to the principle of legality and to the interest of the primary public, since the in the Brazilian normative system it is not possible to conceive the so-called “autonomous decrees”.

As it is constantly reiterated, the decree shall be constituted in respect for the law to be valid. In this case, the new text of the governing law (article 3) has bound the duty of the Public Administration to its application to public procurements and government contracts that takes effect, not allowing its treatment by any regulation as optional, i.e., as discretionary what the law has regulate as a binding duty-power.

Lastly, it appears that the best exegesis would be that the optionality included as a rule in the text of the provisions of regulations should be understood as an exceptions and, therefore, be justified in the administrative process, under the risk of compromising the effectiveness of sustainable national development and, as a result, the health of present and future generations.

Keywords: Competitive Biddings and Government Contracts. Brief approach. Sustainable Development. Sustainability in procurement and public contracts. Obligation and legality in the selection of sustainable criteria in the bidding documents and administrative contracts. Regulatory state power. Limits. Article 80, item IV of the Federal Constitution. Articles 2, 5 and 7 of the Federal Decree n° 7.746 of 2012. Extrapolation of the normative power. Non-allowed innovation of law. Unconstitutionality and illegality of regulatory administrative act.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO..... | 16 |
| 2. PANORAMA GERAL DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS E PRINCÍPIOS INFORMADORES. FUNDAMENTOS, CONCEITO E ASPECTOS RELEVANTES.. | 21 |
| 2.1. DOS PRINCÍPIOS DAS LICITAÇÕES – BREVES CONSIDERAÇÕES..... | 24 |
| 2.1.1. Princípio da igualdade | 26 |
| 2.1.2. Princípio da legalidade..... | 28 |
| 2.1.3. Princípio da moralidade administrativa..... | 29 |
| 2.1.4. Princípio da publicidade | 30 |
| 2.1.5. Princípio da probidade administrativa..... | 31 |
| 2.1.6. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório..... | 33 |
| 2.1.7. Princípio da economicidade ou da vantajosidade..... | 34 |
| 2.1.8. Princípio do procedimento formal | 35 |
| 2.1.9. Princípio do sigilo na apresentação das propostas | 35 |
| 2.1.10. Princípio da adjudicação compulsória ao vencedor | 36 |
| 2.2. MODALIDADES E PECULIARIDADES INTRÍNSECAS..... | 37 |
| 3. MEIO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE – POSTURA ÉTICA..... | 43 |
| 3.1. CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL..... | 48 |
| 3.2. PILARES ESTRUTURANTES DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL AXIOLÓGICO HARMONIOSO..... | 50 |
| 4. SUSTENTABILIDADE NAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CONCEITO E ASPECTOS RELEVANTES..... | 53 |
| 4.1. CRITÉRIOS SUSTENTÁVEIS E APARENTE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS | |

| | |
|---|-----------|
| FINALÍSTICOS DA IGUALDADE E DA CONTRATAÇÃO MAIS VANTAJOSA..... | 56 |
| 4.2.ARCABOUÇO NORMATIVO IRRADIANTE DA SUSTENTABILIDADE NAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS..... | 61 |
| 5. LIMITES DO PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ASPECTOS DA LEGALIDADE ESTRITA, DA VINCULAÇÃO E DA DISCRICIONARIEDADE..... | 69 |
| 5.1. LIMITES DOS ARTIGOS 2º, 5º E 7º DO DECRETO FEDERAL Nº 7.746, DE 2012 – INOVAÇÃO NORMATIVA NÃO AUTORIZADA EM LEI..... | 77 |
| 6. CONCLUSÃO..... | 83 |
| 7. REFERÊNCIAS..... | 88 |
| 8. ANEXOS..... | 90 |

1 INTRODUÇÃO

Dentro do âmbito dos negócios jurídicos existentes, desde os tempos remotos até os hodiernos, tem-se que o Poder Público, tanto a Administração Direta quanto a Indireta, com o crescimento de sua estrutura, passou a se interessar em firmar contratos com terceiros para o atendimento do interesse público secundário e primário.

Deveras, indiscutível que o Poder Público jamais conseguiria, *de per si*, executar diretamente todos os serviços públicos e a produção da totalidade de bens necessários à sua manutenção, circunstância que gerou aos particulares uma aproximação mais efetiva com o intento da constituição de elos jurídicos administrativos com essa entidade complexa denominada, *lato sensu*, Estado.

Transcorrido considerável lapso temporal e confirmado o interesse anteriormente anotado, deparou-se com os recentes dados estatísticos extraídos do sítio eletrônico (ComprasNet) da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, órgão integrante do Ministério do Planejamento, que demonstra a proporção do vulto das contratações públicas no âmbito da União entre o período de janeiro a dezembro de 2013, contemplando todas as modalidades licitatórias.

Dessa forma, tem-se que entre *"janeiro e dezembro de 2013, as compras governamentais movimentaram R\$ 68,4 bilhões na aquisição de bens e serviços por meio de 223,2 mil processos, levando-se em consideração todas as modalidades de contratação"*¹.

O ilustre professor e administrativista Carlos Ari Sundfeld, referente à temática das licitações, ao prefaciá-las em uma das edições do *"Guia Valor Econômico"*, destacou que em *"todo o mundo, as contratações com o Estado são muito cobiçadas. Desde as gigantescas*

¹ Disponível em: <http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/estatisticas/01_a_10_informativo_comprasnet_dados_gerais_2013.pdf>. Acesso em: 30 de jul. 2014. 19:15:25.

corporações empresariais até o micro-empresariado, todos desejam esse mercado. Mas conquistá-lo é um desafio e tanto"².

Por outro lado, em que pese o aumento colossal das demandas pactícias com o Estado, não se discute que para a efetivação dessas relações as partes estarão delimitadas a um regime próprio de atuação, diverso daquele existente entre os particulares.

Nesse passo, consubstanciado no regime jurídico administrativo, representativo de normas que contemplam princípios, regras e procedimentos peculiares à temática do Direito Administrativo, exsurge do âmago deste gênero maior da Ciência do Direito Público um subcampo específico, o designado regime das licitações e contratos administrativos.

Destarte, essa realidade abrangente das contratações públicas está adstrita à determinados procedimentos que a Administração deverá valer-se para o atingimento de suas finalidades.

Concebe-se, pois, o instituto da Licitação Pública e do Contrato Administrativo, cujo fundamento conceutivo está insculpido no artigo 37, inciso XXI, da Carta Magna, regulamentado pelos diplomas legais, vale conferir: Leis Federais nº 8.666, de 1993 e nº 10.520, de 2002.

De outra sorte, *pari passu* ao fator correspondente ao poderio de compra estatal e ao regime jurídico demarcador de seu atuar administrativo, pode-se afirmar com considerável segurança que a denominada "*tese do Estado Mínimo*"³ não prosperou.

Desta forma, o Estado, atento aos negativos reflexos do liberalismo cego e avesso a determinados valores existentes na sociedade da época, foi obrigado a se preocupar com outros assuntos extrínsecos à sua típica atuação.

² BATISTA, Henrique Gomes; PRESTES, Cristiane. **Guia Valor Econômico de Licitações**, 1ª Ed. Globo, 2004, p. 5.

³ **Licitações e Contratações Sustentáveis**/Coordenadores: Murillo Giordan Santos; Teresa Villac Pinheiro Barki; prefácio de José Renato Nalini. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 11.

Nesse sentido, passou a intervir sobremaneira em outras esferas com o fito de atender a uma enorme gama e demanda de atividades. Outrossim, passou a promover um amplo controle de outras áreas e setores específicos não exclusivos do Estado, sob pretexto social, com o intento de amenizar as distorções econômicas e conter abusos afrontosos aos direitos e às garantias individuais.

Grande medida dessa influência reguladora, fiscalizadora e controladora estatal destinada a proteger determinados valores ofendidos pelo desenfreado e cruel formato de desenvolvimento moderno tem amparo jurídico em diversas fontes do direito.

A Constituição Federal de 1988, mais especificamente na capitulação dos artigos 170 e 225, determinou o trato harmonioso entre prioridades das mais diversas áreas, dentre as quais a que ora se discorre no presente estudo, considerando a interconexão das dimensões jurídica-política, ética, econômica, social e da ambiental.

Neste ponto é que se projeta a temática do trabalho na direção dos efeitos dessas considerações sinérgicas no âmbito do instituto das licitações e contratos administrativos, ou seja, a ponderação desses valores diante da *"amplitude normativa e legalidade acerca da eleição de critérios sustentáveis nas licitações e contratos administrativos e os aspectos dos limites e validade de disposições regulamentares"*.

Com base nas influências de Tratados Internacionais, na existência de suficiente normatividade pátria estampada na Constituição Federal de 1988, em leis legitimamente editadas, dentre outras fontes, ficará demonstrado no presente estudo, com base em pesquisa teórico-dogmática com abrangência inter e transdisciplinar, o entendimento no sentido de que atualmente o Estado dispõe de regramento para harmonizar os fatores econômicos, sociais e ambientais dentro dos prismas político e ético, mais especificamente para eleger critérios sustentáveis nas licitações públicas e contratos administrativos sem que, com isso, se

desrespeite os mandamentos constitucionais legais, dentre os quais os princípios da isonomia e da economicidade.

Ficará assentada a necessidade e a obrigatoriedade do estabelecimento de parâmetros isonômicos no sistema jurídico pátrio, isto é, da eleição de critérios especiais equiparadores e equânimes em licitações e contratos administrativos, a despeito da aparente caracterização de afronta aos comandos legais e princípios informados anteriormente.

Desta forma, os certames e as decorrentes contratações públicas eticamente sustentáveis não abdicariam dos contornos procedimentais tradicionalmente existentes, nem, tampouco, desconsiderariam a influência da função social e ambiental como meta de uma melhor qualidade de vida para a coletividade de hoje e do futuro, servindo como instrumentos balizadores para se levar a cabo essa iniciativa mais razoável esperada do Poder Público, cujo destino de sua atuação sempre deverá ser guiado prioritariamente pelo interesse público primário.

Em regra, afigura-se um dever-poder⁴ dos entes envolvidos no enfrentamento dessas questões, e não facultativo, como se constata dos artigos 2º, 5º e 7º do Decreto Federal nº 7.746, de 2012, situação esta que, salvo melhor juízo, incorre em vício de inconstitucionalidade e ilegalidade, passível de invalidação em nosso sistema jurídico.

Nesse diapasão, compreende-se que o Poder Público, diante do princípio da legalidade estrita, está vinculado e tem o dever de conceber critérios e parâmetros dessa ordem, bem como de aplicá-los concretamente, e não a facultatividade, porquanto a lei prescreveu o dever expressamente no artigo 3º da Lei Federal nº 8.666, de 1993, alterada pela Lei Federal nº 12.349, de 2010, fruto da conversão da Medida Provisória nº 495, de 2010, publicada no DOU em 20.07.2010.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2012, p. 72.

Nesses termos, restaram aduzidas algumas considerações jurídicas e conclusões acerca do extrapolamento do limite do poder normativo do executivo, que, por intermédio dos preceitos do indigitado regulamento federal, inovou na ordem jurídica no sentido de ampliar a discricionariedade administrativa sem amparo legal, facultando a eleição dos mencionados critérios e não trazendo os pormenores e as exceções para a efetiva aplicação da lei.

Em decorrência disso, a abordagem encetou, entre outras considerações mais genéricas sobre o instituto das licitações e contratos administrativos, na invocação da invalidade das aludidas normas contempladas no Decreto Regulamentar retromencionado, devido a constatação da inconstitucionalidade e da ilegalidade que as acomete, porquanto em nosso sistema normativo não há permissão para os denominados "*Regulamentos Autônomos*", e sim somente àqueles consubstanciadores de pormenores para a execução da lei, isto é, para a sua fiel e efetiva aplicação, conforme os termos do artigo 80, inciso IV, da Constituição Federal de 1988. Ademais, circunscrito ao enfoque da função administrativa, afigurou frustrado alguns dos pressupostos ou elementos do ato administrativo regulamentar, leia-se, o conteúdo, a finalidade e a causa, carecendo, com isso, de legitimidade no mundo jurídico.

E, para concretizar esse desiderato analítico, mister discorrer antes e sucintamente sobre o aspecto da constituição e dos fundamentos do instituto das Licitações Públicas para que, diante da análise de seus elementos estruturais, possa-se enveredar na temática objeto desse trabalho.

2 PANORAMA GERAL DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS E PRINCÍPIOS INFORMADORES. FUNDAMENTOS, CONCEITO E ASPECTOS RELEVANTES

Desde há muito tempo, o legislador pátrio vem cuidando da concepção de meios tendentes a propiciar à Administração Pública, *lato sensu*, a qualidade de suas atividades, mais especificamente aquelas relativas aos negócios jurídicos realizados.

Dentre esses, exsurgiu o instituto da Licitação Pública, cuja origem etimológica deriva do Latim *licitatione*, “*oferta de lanços num leilão ou hasta pública*”, do verbo *licitari*, “*oferecer qualquer quantia no ato de arrematação, de adjudicação, hasta pública ou partilha judiciária*”⁵.

Nota-se que a origem do procedimento ora comentado remonta a longínquas datas⁶, desde os tempos da Idade Média em que os Estados Medievais da Europa utilizavam tal expediente denominado “*Vela e Prego*”. Consistia no ato de se apregoar um determinado bem, na maioria das vezes uma obra, e, enquanto a vela era consumida pelas chamas, os interessados faziam suas ofertas com o fito de disputarem o objeto disponibilizado. Com a extinção do fogo, havia a adjudicação àquele que tivesse oferecido o melhor preço para o Poder Público.

⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 1211.

⁶ “[...] Esse tipo de venda já existia na Roma Antiga e era utilizado para a comercialização do espólio das guerras. Os produtos eram expostos em meio a lanças fincadas no chão e a população fazia ofertas de compra por eles. Aos poucos, esse processo foi estendido aos contratos públicos para a compra de produtos pelo governo. No entanto, a história conta que, mesmo antes de Roma, as licitações já eram utilizadas. Alguns especialistas afirmam que seu conceito – a obtenção dos melhores resultados para as contratações – estava presente no Código de Hamurabi, elaborado em 1.694 antes de Cristo pelo rei da Babilônia, ou mesmo entre os chineses. Mais tarde, o Código de Justiniano – a compilação das leis romanas, realizada entre 533 e 565 pelo imperador Justiniano, governante do Império Bizantino, e que serviu de base para o direito civil romano, origem do direito de todos os países latinos – generalizou a venda pública de bens fiscais, estendendo-a mais tarde à contratação de obras públicas. Um censor era encarregado de dirigir a contratação das obras, preparar o contrato e adjudicar a licitação. Ele tinha a possibilidade de vetar fornecedores que não considerasse idôneos ou que tivessem deixado contratos anteriores sem total cumprimento. Após a Idade Média, com o surgimento de grandes obras de interesse coletivo, tiveram início os procedimentos licitatórios propriamente ditos para enfrentar a competição entre participantes interessados. Nessa época, normalmente o responsável pela licitação acendia uma vela, e os interessados em vender ao governo podiam fazer suas ofertas até que a vela se consumisse por completo. [...]” BATISTA, Henrique Gomes ; PRESTES, Cristiane. op.cit., p. 132.

No Brasil, conforme a exposição do mestre Hely Lopes Meirelles⁷:

“A sistemática da licitação sofreu fundamental modificação no Direito brasileiro desde seu incipiente tratamento no Código da Contabilidade Pública da União, de 1922, até o Decreto-lei 200, de 1967, Lei 5.456, 1968, Lei 6.946, de 1981, e Decreto-lei nº 2.300, de 1986, ora revogados e substituídos pela Lei nº 8.666, de 21.6.1993, modificada pelas Leis 8.883, de 8.6.1994, 9.648, de 27.5.1998, 10.973, de 2.12.2004, 11.079, de 30.12.2004 e 11.107, de 6.4.2005.”

Portanto, no ordenamento jurídico pátrio, o instituto começou a vicejar em meados do ano de 1922 sendo oriundo do Código de Contabilidade Pública da União através de seu Regulamento. Mais tarde, algumas décadas depois, outras normas relativas à matéria foram instituídas pelo Decreto-Lei nº 200, de 1967. O Decreto-Lei nº 2.300, de 1986, por sua vez, conferiu maior amplitude regulamentadora.

No entanto, foi em 1988, com a promulgação da Carta da República, que ficou estampado, no artigo 37, inciso XXI⁸, o princípio da licitação, sendo esta a regra pré-contratual para toda Administração Pública nacional. E, para regulamentar esse preceito constitucional, surgiu a primeira lei propriamente dita que tratou do assunto, a Lei Federal nº 8.666, de 1993, fruto de todas as influências normativas acima colacionadas. Algum tempo depois sofreu inovações, leia-se: Leis nº 8.883, de 1994, nº 9.032, de 1995 e nº 9.854, de 1999.

Com o passar dos anos, muitas outras modificações se verificaram, dentre elas o surgimento, por meio da Lei Federal nº 10.520, de 2002, da modalidade licitatória mais

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitações e Contrato Administrativo**. 14ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 27.

⁸ 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

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

utilizada hoje no Brasil, o Pregão, tanto em sua forma presencial, quanto eletrônica, sendo um modal com parâmetros e ritos mais céleres para a contratação de bens e serviços comuns.

É indubitável que o avanço da legislação na busca da adaptação às mudanças da sociedade e do mundo fenomênico é de grande importância e de tal monta que os efeitos de seus princípios e regras espalharam por todas as esferas políticas e em todos os poderes do Estado de Direito e Democrático, projetando influxos nos mais diversos setores, precipuamente naqueles cujas atividades são as de bem administrar os recursos públicos.

Nesse toar, oportuno trazer à baila a conceituação do instituto da Licitação Pública apresentada por ilustres juristas para esclarecer as considerações até aqui levadas a efeito.

Sayagues Laso (1978 apud DALLARI, Adilson de Abreu)⁹ enuncia em termos claros e objetivos que:

“[...] a licitação pode ser definida como um procedimento relativo ao modo de celebrar determinados contratos, cuja finalidade é a determinação da pessoa que ofereça à Administração condições mais vantajosas, após um convite a eventuais interessados para que formulem propostas, as quais serão submetidas a uma seleção.”

Hely Lopes Meirelles¹⁰ itera seus brilhantes ensinamentos ao aduzir que:

“7.2.1. *Conceito e finalidade da licitação* – Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. Tem como pressuposto a competição.”

Em sua festejada obra, o administrativista Marçal Justen Filho¹¹ conceitua o instituto:

⁹ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p.3.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 281.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 11.

“Licitação é o procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminados, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração, assegurando-se a ampla participação dos interessados, com observância de todos os requisitos legais exigidos.”

Relativamente às fases do certame que se desdobram para o atingimento da necessidade da Administração Pública, cumpre trazer à colação o magistério do exímio doutrinador Diogenes Gasparini¹². Senão vejamos:

“A licitação, como procedimento administrativo, compreende uma série de atividades e a prática de um conjunto de atos tendentes, uma e outra, a alcançar um só resultado, ou seja, a escolha da melhor proposta para o contrato ou ato de interesse da pessoa licitante. Essas diversas atividades e atos costumam ser agrupados pela doutrina em duas partes, uma *interna*, também chamada de *processo*, e outra *externa*, designada de *procedimento*.”

Destarte, conforme se verifica, o processo da licitação segue dois importantes momentos: a fase interna, aquela relativa aos preparativos iniciais que ocorre na intimidade da Administração Pública, e a fase externa, que trata do procedimento competitivo propriamente dito respeitador de uma sequência concatenada de atos realizados em sessão pública, com base em termos, condições e cláusulas previamente definidas no edital regularmente elaborado e publicado em meios idôneos (v.g., art. 21 da Lei Federal nº 8.666, de 1993), cuja finalidade é a contratação do bem, serviço ou obra com aquele contemplado com a adjudicação do objeto disputado durante o transcorrer do procedimento administrativo.

2.1 DOS PRINCÍPIOS DAS LICITAÇÕES – BREVES CONSIDERAÇÕES

Sem dúvida, a Ciência do Direito, em seus diversos ramos, dispõe de princípios, isto é, de normas genéricas acima das regras jurídicas, que alicerçam todo o sistema, a exemplo do que ocorre com a específica temática da licitação e contrato administrativo.

Tais preceitos fundamentais e estruturais extraídos do regime jurídico-administrativo

¹² GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 656.

de direito público e particularizado no domínio do instituto licitatório estarão presentes em todas as modalidades de licitação e refletirão na interpretação dos agentes públicos no momento de aplicar as disposições positivas das leis de regência da matéria e regulamentos, garantindo a proposta mais vantajosa dentro de exigências e condicionantes igualitárias de competição. Eis o norte teleológico do interesse público nessa seara, objetivo precípua que a sociedade espera de todos os agentes públicos que exercem direta ou indiretamente qualquer função administrativa do Estado.

Nesse diapasão, Celso Antônio Bandeira de Mello¹³ nos brinda com o notável conceito de princípio, senão vejamos:

“Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.’ Eis porque: ‘violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.”

José Cretella Júnior¹⁴, quanto à referida enunciação, ensina que “*Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subseqüentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces, os fundamentos da ciência*”.

Procedida essa exposição preambular, mister, *in acto*, apresentar os princípios básicos que orientam o instituto das Licitações e Contratos Públicos no Brasil, de forma sucinta e sem maiores aprofundamentos, com o cuidado de evitar que as considerações tornem-se fastuosas, eis que não correspondem diretamente ao escopo do trabalho.

¹³ MELLO, *Ibd.*, p. 54.(Cf. nota de rodapé nº 4)

¹⁴ JÚNIOR, José Cretella. **Filosofia do Direito Administrativo**. 10ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004, p. 35.

2.1.1 Princípio da igualdade

Esse é um dos postulados mais importantes de todo o ordenamento jurídico e, por assim dizer, de todo o Estado de Direito e Democrático. É considerado um direito fundamental constitucionalmente garantido, conforme artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988¹⁵.

Da mesma forma, o artigo 37, *caput* e inciso XXI da Carta Magna trazem a representação desse valor, tratando-se de princípio presente também no artigo 4º do Regulamento nº 3.555, de 2000, e no artigo 3º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Inobstante essa consideração, oportuno reconhecer, outrossim, que esse postulado alberga outros princípios de tamanha importância e decorrentes do regime das licitações e contratos administrativos, como o da impessoalidade, o da competitividade, o da publicidade, o da vinculação ao instrumento convocatório.

Em se tratando de licitações, este princípio amplo indica que todos os licitantes participantes deverão ser tratados, como regra, isonomicamente, sem distinção.

Uma vez mais, pela relevância e grande valor de seus ensinamentos, cumpre reverenciar as ponderações do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶ no sentido de que:

"O princípio da *igualdade* implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia. É o que prevê o já referido art. 37, XXI, do Texto Constitucional."

¹⁵ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

¹⁶ MELLO, *Ibd.*, p. 542. (Cf. nota de rodapé nº 4)

Como já asseverado anteriormente, uma das decorrências lógicas da igualdade é o denominado princípio da impessoalidade. Trata-se de postulado moral, porquanto tem o escopo de evitar favoritismos por conta de qualquer circunstância subjetiva geradora de desconforto ou resistência do agente público diante de qualquer participante que deseja firmar um futuro contrato com a Administração Pública.

Encerra, por sinal, reforço aos princípios da legalidade, moralidade e julgamento das propostas de forma objetiva, tudo para coroar outro importante princípio, que é o da vantajosidade ou justo preço.

De mais a mais, na mesma trilha do valor do capítulo que ora se examina, concebe-se o princípio do julgamento objetivo, o qual determina que todas as regras de julgamento deverão ser prévias, objetivas, claras e indúvidas, por meio de critérios concretos e isonômicos levados a efeito pela Administração para o cotejo com as ofertas dos licitantes.

Márcio Fernando Elias Rosa¹⁷, enuncia que:

“O edital deve estabelecer o tipo de licitação: de menor preço, de melhor técnica, de técnica e preço e de maior lance ou oferta. Inadmissível a mera referência genérica do julgamento a ser feito ou a simples referência a artigo da lei. O edital deve ser claro o suficiente para que se conheça antes o critério de julgamento que será usado.”

Ademais, como o saudoso administrativa Hely Lopes Meirelles sempre prelecionou, *"a margem de valoração subjetiva e de descricionarismo no julgamento é reduzida e delimitada pelo estabelecido no edital"*¹⁸.

Portanto, para o instituto da licitação não restar frustrado em sua finalidade e em decorrência de poder ser a qualquer momento declarado nulo pelos órgãos de controle, mister que respeite, entre outros preceitos, o artigo 41, § 1º, da lei de regência das licitações e contratos administrativos no rumo da vedação de qualquer elemento ou fator sigiloso, secreto,

¹⁷ ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito Administrativo**, Vol. 19. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p.110.

¹⁸ MEIRELLES, Ibid., p. 40. (Cf. nota de rodapé nº 7)

subjetivo ou reservado que tenha o condão de violar o postulado constitucional da igualdade *lato sensu*, e, a par disso, como metaforicamente advertiu Francis-Paul Bénôit (2007, apud MEIRELLES, Hely Lopes)¹⁹: "*O processo de concorrência não deve ser uma comédia, mais ou menos representada, antes do início da qual já se sabe quem será o candidato escolhido*".

2.1.2 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade pode ser analisado em seu sentido amplo, constante do artigo 5º, *caput*, da Lei Maior, abrangendo todas as pessoas físicas e jurídicas do país.²⁰ Em sentido mais preciso, presta-se a orientar a atuação da Administração Pública, que sempre estará cingida aos contornos legais, conforme os termos do artigo 37, *caput*²¹, diferente do que ocorre com o particular, que tem liberdade para fazer tudo o que a lei não o proíbe.

Para o Poder Público, os preceitos legais ditam, com primazia, os passos que seus agentes devem trilhar no sentido de atingir o interesse coletivo e se conformar com o sistema democrático o qual todos estão inseridos.

Para o ilustre doutrinador Seabra Fagundes²², o fato de a Administração Pública somente atuar se estiver conformada à lei (princípio da legalidade), na realidade, retrata um vínculo de subsunção do desempenho fático de sua atividade com as normas formais e previamente concebidas pelo legislador, havendo excepcionalmente um campo de discricção administrativa para a escolha entre uma alternativa ou outra demarcada pela lei. Esta consideração pode ser sintetizada, consoante o próprio autor destaca, na seguinte observação:

¹⁹ MEIRELLES, *Ibid.*, p. 41. (Cf. nota de rodapé nº 7)

²⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

²¹ 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

²² FAGUNDES, Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. pp. 4 e 5.

"Administrar é aplicar a lei de ofício".

Este princípio também está insculpido no artigo 2º da Lei Federal nº 9.784, de 1999, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Eis o dispositivo:

“Art. 2º - A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da **legalidade**, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”
(destaque nosso)

Mais especificamente no que tange à licitação, a supramencionada Constituição Federal de 1988 (art. 37, XXI) e os artigos 3º e 4º da Lei Federal nº 8.666, de 1993, estampam as normas condizentes com a obrigatoriedade da atuação administrativa nessa seara.

Portanto, em todas as etapas do transcorrer dos atos e fatos jurídicos do procedimento licitatório e do contrato administrativo, o Poder Público deverá pautar-se nos termos da lei ou nos espaços por ela autorizados, jamais podendo distanciar-se de seus termos no sentido de enunciar normas regulamentares inovadoras da ordem jurídica, sob pena de caracterização de invalidade do ato viciado, conseqüente nulidade, podendo, inclusive, gerar a responsabilização daquele que deu causa.

2.1.3 Princípio da moralidade administrativa

Com estreita relação ao princípio da probidade administrativa, este não é conceituado como o senso comum o aprecia. Aqui, a moral é aquela pertinente às ações dos agentes públicos com base nas atividades intrínsecas no âmbito do órgão o qual desenvolve suas funções, de modo que são rechaçadas as condutas tendentes a lesar moralmente a Administração, independentemente de causar prejuízos materiais.

O insigne doutrinador Márcio Cammarosano, em sua festejada obra *"O Princípio*

*Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa*²³, esclarece que:

“Legalidade é qualidade do que é legal, do que está de acordo com a lei. Moralidade é qualidade do que é moral. Logo, cabe indagar: quer a Constituição que a Administração Pública tenha sua atuação pautada também por outras regras de comportamento que não apenas as qualificadas como legais? Além das regras consubstanciadas na legislação das lei, devem ser atendidas regras morais? Que regras afinal são essas?

[...]

De qualquer forma sustentamos, como consta da primeira síntese conclusiva, que o princípio da moralidade não está referido à moral comum – e convém acrescentar, individual ou social – ou a este ou a este ou aquele ideal de justiça consubstanciado nas convicções pessoais de quem quer que seja, ou numa suposta justiça absoluta, universal. Trata-se de moral jurídica.”

Deveras, conforme se observa pela abalizada doutrina, o princípio que ora se examina é entendido como princípio jurídico, e não como valor moral genérico. Suas raízes estão fincadas no ordenamento jurídico ontologicamente considerado, cuja norma maior é a Constituição Federal de 1988, norma esta influenciadora imanente de todas as demais que deverão conformar-se sob pena de revogação ou inconstitucionalidade; eis a compreensão do sistema normativo pátrio.

2.1.4 Princípio da publicidade

Princípio presente no artigo 37 e em outros da *lex fundamentalis* é considerado um dos mais importantes postulados. Diz respeito a um aspecto essencial que é o da publicidade dos atos administrativos, que deverá ser, em regra, da forma mais ampla possível, com o fito de proporcionar, outrossim, o amplo controle da legalidade da atividade administrativa. Esse preceito fundamental conclama que os atos do Poder Público deverão ser públicos, isto é, estar à disposição de qualquer interessado.

Com isso, toda a população deverá ter direito ao amplo acesso às informações

²³ CAMMAROSANO, Márcio. **O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, pp. 21/66.

públicas, ao acompanhamento dos atos de interesse próprio ou geral, ao controle e à fiscalização diante da prestação de contas realizada pelos mais diversos entes públicos.

Em decorrência disso, diante de eventual negativa ou restrição injustificada do Poder Público no fornecimento ativo ou passivo das informações, os interessados poderão valer-se de ferramentas jurídicas para o alcance daqueles propósitos; leia-se: mandado de segurança, ação popular, *habeas data*, entre outras.

No que tange às licitações públicas, a publicidade, constante como princípio do artigo 3º da lei de regência, tem fundamental importância tanto para fins de proporcionar a ampla participação do certame (art. 21), quanto para o controle dos atos administrativos derivados (arts. 15, § 2º, 16, 38, II e XI, 61, parágrafo único), no sentido de que quanto mais ampla a divulgação dos atos (edital, atos decisórios, entre outros), maior também é a amplitude de conhecimento e controle dos potenciais interessados e da população em geral. Além disso, temos, outrossim, o aspecto da eficácia dos atos decorrentes da publicidade, pois, a partir desta, presumir-se-ão válidos até que se prove o contrário.

2.1.5 Princípio da probidade administrativa

Aliado ao princípio da moralidade administrativa, este também é essencial no ordenamento jurídico pátrio, particularmente no âmbito do Direito Administrativo. Trata da honestidade e probidade que todo agente público deve se pautar, mormente nas atividades que envolvem a gestão do dinheiro público.

Na realidade, esse postulado constitucional - artigo 37, §4º, da Constituição Federal de 1988 e artigo 3º da Lei Federal nº 8.666, de 1993 - indica que, para fazer valer a eficiência nos gastos públicos, não é suficiente despender valores para suprir necessidades; o indispensável, além disso, é retirar a melhor utilidade possível, sob pena de o agente público

sofrer as consequências punitivas da lei, por conta de dolo, negligências, entre outras condutas negativas e prejudiciais ao erário.

Note, a propósito, as disposições dos artigos supramencionados:

- Constituição Federal de 1988:

“ 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

- Lei Federal nº 8.666, de 1993:

“Art. 3º 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 e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, **da probidade administrativa**, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.”

Portanto, a diretriz da probidade administrativa impõe que todo ato administrativo, mais especificamente o procedimento do certame licitatório, deverá ser levado a efeito por

meio de padrões de atuação permeados pela honestidade, lealdade e boa-fé dos agentes envolvidos em respeito às normas, bem como na relação com eventuais licitantes.

2.1.6 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

O instrumento convocatório, mais conhecido como Edital, é denominado como a lei interna da licitação. Em virtude disso é que as suas componentes disposições e exigências deverão ser respeitadas tanto pelos licitantes, quanto pela própria Administração Pública. Com isso, observa-se a clara vinculação dos termos editalícios para ambas as partes, tudo isso para evitar favorecimentos indevidos para este ou aquele licitante e respeitar os princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, julgamento objetivo e da probidade administrativa.

A lei regente das licitações e contratos públicos insculpe nos artigos 3º, 41, 54, §1º, 55, inciso XI, os contornos do princípio *sub examine*.

A respeitável doutrina de José dos Santos Carvalho Filho²⁴ sustenta que:

“Se o instrumento de convocação, normalmente o edital, tiver falha, pode ser corrigido, desde que ainda oportunamente, mas os licitantes deverão ter conhecimento da alteração e a possibilidade de se amoldarem a ela.

Vedado à Administração e aos licitantes é o descumprimento das regras de convocação, deixando de considerar o que nele se exige, como, por exemplo, a dispensa de documento ou a fixação de preço fora dos limites estabelecidos. Em tais hipóteses, deve dar-se a desclassificação do licitante, como, de resto, impõe o art. 48, I, do Estatuto.”

Depreende-se, nessa perspectiva, que esse princípio representa uma garantia tanto ao administrador público, quanto aos administrados. Logo, as normas constantes no instrumento convocatório deverão ser respeitadas rigorosamente, sob pena de invalidade do ato com todos os prejuízos e responsabilidades que poderão advir em momento posterior diante do

²⁴ CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 246.

enfrentamento de eventuais questões pelos órgãos de controle.

2.1.7 Princípio da economicidade ou da vantajosidade

A licitação pública, de modo geral busca, precipuamente, a melhor contratação possível dentro de parâmetros de preço e de qualidade. Para tanto, deverá levar em conta se ambos atendem às necessidades públicas e da Administração. Esse princípio está elencado em dispositivos da Lei Federal nº 8.666, de 1993, retratando uma das principais finalidades da licitação, porquanto o certame licitatório destina-se, dentre outras garantias, "*a seleção da proposta mais vantajosa para a administração*", consoante dispõe o artigo 3º.

Com base em uma compreensão mais ampla da presente abordagem, bem ensina o já citado administrativista Diogenes Gasparini²⁵ no sentido de que:

"A procura da melhor proposta para certo negócio é procedimento utilizado por todas as pessoas. Essa busca é, para umas, facultativa, e, para outras, obrigatória. Para as pessoas particulares é facultativa. Para, por exemplo, as públicas (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município, autarquia) e governamentais (empresa pública, sociedade de economia mista, fundação), é, quase sempre, obrigatória, já que essas entidades algumas vezes estão dispensadas de licitar e em outras tantas a licitação é para elas inexigível ou mesmo vedada."

Portanto, desde que sejam respeitadas a fase interna com os estudos das dimensões quantitativas e qualitativas do objeto e os levantamentos dos preços reais de mercado, bem como os ritos procedimentais do certame regularmente publicado, os atos que o constituem, o tempo necessário para a sua realização, os valores despendidos para tanto e a economia auferida aos cofres públicos, logicamente estará sendo garantida a economicidade nas contratações públicas. Com isso, diante do comportamento idôneo, o agente público estará amparado, outrossim, pelos princípios da moralidade e probidade, porquanto refletiu em economia para os cofres públicos.

²⁵ GASPARINI, *Ibd.*, p. 532. (Cf. nota de rodapé nº 12)

2.1.8 Princípio do procedimento formal

Este postulado está em harmonia com o da legalidade. A lei é que determina os atos e fases de um determinado processo ou procedimento. Nessas disposições, por ser determinação normativa, há a obrigatoriedade do respeito aos ritos, fases e atos que se articulam, tal como ocorre num edital de licitação em que as partes envolvidas estão estritamente vinculadas - princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Ocorre que, o entendimento recorrente é o de que a aplicabilidade de uma regra ou princípio jurídico jamais será absoluto, devendo haver o mínimo de ponderação para a extração do real direito. Adilson Abreu Dallari²⁶ oferta as seguintes orientações:

"[...] deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade. Se houver um defeito mínimo, irrelevante para essa comprovação, isto não pode ser colocado como excludente do licitante. Deve haver uma certa elasticidade em função do objeto, da razão de ser da fase de habilitação; interessa, consulta ao interesse público, que haja o maior número possível de participantes."

Tem-se nítido, pois, que, embora seja essencial o atendimento do rigor formal aduzido nos termos acima, hodiernamente, está-se diante daquilo que se pode denominar de formalismo moderado nos procedimentos e atos administrativos, a exigir, para a garantia da celeridade e desde que não haja prejuízos para o procedimento e às partes envolvidas, que sejam relevados ou supridos determinados vícios sanáveis, precipuamente aqueles que possam ser claramente verificados, como erros ortográficos, de cálculo, dentre outros.

2.1.9 Princípio do sigilo na apresentação das propostas

Estampado no artigo 3º, §3º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei Federal nº 8.666, de 1993 – esse princípio tem como finalidade garantir a igualdade e

²⁶ DALLARI, *Ibd.*, p. 137. (Cf. nota de rodapé nº 9)

moralidade do certame, bem como a objetividade do julgamento, não permitindo a violação do sigilo dos elementos constantes da proposta de cada licitante antes da abertura do respectivo envelope.

Segue o texto do dispositivo licitatório em comento:

“Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

[...]

Parágrafo 3º - A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.”

Certamente o legislador pátrio, atento a eventual lesão aos valores dantes aludidos e à conseqüente frustração da legitimidade da disputa, procurou preservar o conteúdo da proposta, permitindo a sua devassa somente em momento oportuno para que não haja o benefício indevido de quem quer que seja com o conhecimento prévio do teor proposto.

2.1.10 Princípio da adjudicação compulsória ao vencedor

É considerado mais um princípio indispensável do procedimento licitatório a determinar que, como regra, ao vencedor do certame será conferido o direito da posterior contratação caso esta venha a se efetivar.

Hely Lopes Meirelles²⁷, com a maestria que o tornou reconhecido no âmbito do Direito Administrativo, outrora já esclarecia que:

²⁷ MEIRELLES, op. cit., p. 41. (Cf. nota de rodapé nº 7)

“A adjudicação compulsória do objeto da licitação ao vencedor é também princípio irrelegável no procedimento licitatório. Vencida a licitação, nasce para o vencedor o direito subjetivo à adjudicação, isto é, a atribuição de seu objeto a quem foi classificado em primeiro lugar. E essa adjudicação é obrigatória, não podendo a Administração atribuir o objeto da licitação a outrem que não seja o vencedor, salvo se este desistir expressamente da licitação ou não firmar o contrato no prazo estabelecido no edital ou fixado pela Administração na convocação para sua assinatura, a menos que ocorra justo motivo para a recusa ou adiamento (arts. 50 e 64).”

Desta feita, em suma síntese, o significado desse princípio se direciona na senda de que, se a Administração for contratar o respectivo objeto terá de sê-lo com a empresa que logrou êxito no certame licitatório prévio ou alguma das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade.

2.2 MODALIDADES E PECULIARIDADES INTRÍNSECAS

No âmago da estrutura normativa erigida pelo legislador pátrio, precisamente nos preceitos da Lei Federal nº 8.666, de 1993, parece ter sido oportuna a concepção de uma taxonomia por meio qual foram eleitos alguns modais para o fim de tornar mais sistemático os procedimentos, levando-se em conta as peculiaridades e a natureza de objetos pretendidos além da dimensão valorativa que tomam em determinados casos.

Assim, tem-se o estabelecimento de modalidades licitatórias enquadráveis em situações fáticas diversas, conforme a necessidade administrativa no caso concreto. Consoante os artigos 22 e 23 da lei de regência das licitações e contratos administrativos, oportuno destacar as 5 (cinco) modalidades instituídas, além do mais recente modal procedimental, leia-se, o Pregão, constante na Lei Federal nº 10.520, de 2002, cujo artigo 1º estabelece o objeto sobre o qual recaem os atos pertinentes.

Oportuna a transcrição dos preceitos mencionados:

*** Lei Federal nº 8.666/1993:**

“Art. 22. São modalidades de licitação:

I - concorrência;

II - tomada de preços;

III - convite;

IV - concurso;

V - leilão.

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

[...]

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);

c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).”

*** Lei Federal nº 10.520/2002:**

“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.”

Em síntese, extrai-se que a modalidade denominada "*Concorrência*" é aquela que dispõe, entre seus requisitos basilares, da exigência de ampla publicidade (art. 21), do prazo mais delongado para a apresentação das propostas (art. 21, § 2º, I e II) e do permissivo para qualquer interessado em participar da disputa desde que atendam aos requisitos estabelecidos em lei e no edital.

Ademais, poderá revestir-se dos tipos "*menor preço*", "*melhor técnica*" e de "*técnica e preço*" (art. 45, § 1º), além do mais contempla um rito mais complexo que as demais, bem como o limite valorativo para a sua utilização condiz com contratos de valores vultosos (acima de R\$ 1.500.000,00 para obras e serviços de engenharia; além de R\$ 650.000,00 para a aquisição de bens e outros serviços).

A "*Tomada de Preços*", por sua vez, é aquela delimitada a determinado valor inferior à Concorrência, leia-se, acima de R\$ 150.000,00 até R\$ 1.500.000,00 para obras e serviços de engenharia e acima de R\$ 80.000,00 até R\$ 650.000,00 para a aquisição de bens e outros serviços, permitida àqueles que de antemão encontram-se cadastrados ou que apresentem a

documentação até o terceiro dia anterior ao do recebimento das propostas.

Fator diferencial entre esta modalidade e as demais é a habilitação prévia constante em registros cadastrais dos órgãos competentes que emitirão oportunamente os CRCs – Certificados de Registro Cadastral.

Como subsequente modalidade, cumpre fazer sumária referência a mais singela e corriqueiramente utilizada, porém com menos frequência que dantes, designada de "*Convite*", que tem como limite valorativo até R\$ 150.000,00 para obras e serviços de engenharia e até R\$ 80.000,00 para compras e outros serviços. Consiste no encaminhamento de uma carta a pelo menos três interessados do ramo, com requisitos específicos, solicitando-lhes que apresentem suas propostas, num determinado prazo (art. 22, § 3º, e 21, § 2º, IV). Esse formato procedimental não demanda acentuado rigor habilitatório e prescinde de publicação, eis que a escolha derivará daqueles que, em regra, receberam as aludidas cartas.

Por seu turno, o modal denominado "*Concurso*" foi concebido com o fito de se escolher um trabalho técnico ou artístico, fruto da intelectualidade, correspondente ao critério de julgamento comumente utilizado que é o de "*melhor técnica*", tendo como contrapartida um prêmio ou uma remuneração, consoante os termos dos artigos 13, §1º, e 22, §4º, da lei regente das licitações e contratos administrativos.

Trata-se de ato de natureza peculiar, parcialmente dispensativo das formalidades aplicadas à Concorrência. Necessita, conforme os artigos 51, §5º, e 52, de um regulamento, o qual pode ser entendido como aquele típico e especificamente editado pela autoridade competente ou constituído com o próprio instrumento convocatório.

No que concerne à modalidade "*Leilão*", é a utilizada para a venda de bens móveis inservíveis e imóveis contanto que prévia e idoneamente avaliados, sendo desnecessário qualquer exigência habilitatória, porquanto a venda é feita à vista ou em exíguo prazo, de

acordo com os termos da lei (art. 22, § 5º).

A já reiterada e abalizada doutrina²⁸ entende que a Administração poderá valer-se de dois tipos de leilão:

"[...] o *comum*, privativo de leiloeiro oficial, onde houver, e o *administrativo* propriamente dito. O *leilão comum* é regido pela legislação federal pertinente, mas as condições específicas poderão ser estabelecidas pela Administração interessada, observados os princípios básicos da licitação; o *leilão administrativo*, feito por servidor público, que antes só era admitido para a venda de mercadorias apreendidas como contrabando ou abandonadas nas alfândegas, nos armazéns ferroviários, nas repartições públicas em geral, pode, agora, ser utilizado em qualquer caso. É o que se infere da Lei 8.666, de 1993, que, ao cuidar do leilão como modalidade licitatória, permite seja 'cometido a leiloeiro oficial ou a servidos designado pela Administração' (art. 53 – grifamos). O essencial é que o *procedimento* atenda às normas da legislação pertinente a leilões em geral (art. 53, *in fine*)."

Por derradeiro nesse tópico, é conveniente tratar da mais novel das modalidades e uma das mais utilizadas hodiernamente, denominada de "*Pregão*", desdobrada em sua dimensão presencial e eletrônica, e regulada pela Lei Federal nº 10.520, de 2002 e outras normas regulamentares.

A sua incidência compatibiliza-se com objetos cuja natureza abrange a aquisição de bens e serviços comuns, os quais deverão ser padronizados em desempenho, qualidade e harmonia com as especificações usuais do mercado, considerações estas que constarão indubitavelmente nos termos do edital, consoante artigo 1º e parágrafo único.

Esse sistema formal apresenta muitas vantagens ao ser comparado com as demais modalidades tradicionais, permitindo entendê-la como a mais célere devido ao fato de apenas existir uma única sessão, um único momento para a interposição de recursos e, precipuamente, pela inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas, estas últimas transcorrendo por primeiro, seguido daquela.

Portanto, vistas essas considerações de ordem genérica a respeito do instituto das

²⁸ MEIRELLES, *Ibid.*, p. 101. (Cf. nota de rodapé nº 7)

licitações públicas - normas manifestadas por princípios e regras, representativo de um procedimento ordenado por uma série de atos e fatos jurídicos, tendo em mira a finalidade de uma relação jurídica, passa-se, a partir das linhas subsequentes, à abordagem jurídica da sustentabilidade e dos reflexos de suas diretrizes e normas na seara do direito administrativo pós-moderno, mais especificamente no campo de análise atinente às licitações públicas e contratos administrativos.

3 MEIO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE - POSTURA ÉTICA

Antes de se adentrar no contexto do desenvolvimento sustentável, mister fazer uma rápida digressão a respeito da expressão "*Meio Ambiente*", etimologicamente originada do latim "*ambiens*", a significar tudo o que "*cerca e envolve os seres vivos ou as coisas, por todos os lados*", isto é, representa "*o conjunto de condições naturais e de influências que atuam sobre os organismos vivos e os seres humanos*"²⁹.

Nesse sentido, de uma maneira ampla, cuida-se da dimensão espacial que, artificial, cultural e naturalmente, insere todos os seres, repercussivo direta ou indiretamente em suas existências, razão pela qual merece criteriosa atenção e cuidados de todos os envolvidos nesse cenário.

Um dos maiores expoentes do Direito Ambiental, o respeitado doutrinador Édis Milaré, em sua obra *Direito do Ambiente*³⁰, destaca que:

"No conceito jurídico mais em uso de meio ambiente podemos distinguir duas perspectivas principais: uma estrita e outra ampla. Numa visão estrita, o meio ambiente nada mais é do que a expressão do patrimônio natural e as relações com e entre os seres vivos. Tal noção, é evidente, despreza tudo aquilo que não diga respeito aos recursos naturais. Numa concepção ampla, que vai além dos limites estreitos fixados pela Ecologia tradicional, o meio ambiente abrange toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais correlatos. Temos aqui, então, um detalhamento do tema: de um lado, com o meio ambiente natural, ou físico, constituído pelo solo, pela água, pelo ar, pela energia, pela fauna e pela flora; e, do outro, com o meio ambiente artificial (ou humano), formado pelas edificações, equipamentos e alterações produzidos pelo homem, enfim, os assentamentos de natureza urbanística e demais construções. Em outras palavras, quer-se dizer que nem todos os ecossistemas são naturais, havendo mesmo quem se refira a 'ecossistemas sociais' e 'ecossistemas naturais'. Esta distinção está sendo, cada vez mais, pacificamente aceita, quer na teoria, quer na prática.

Nessa perspectiva ampla, o meio ambiente seria 'a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.'

²⁹ HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque. **Dicionário Aurélio Eletrônico – Século XXI**. Versão 3.0. Nova Fronteira, 1999.

³⁰ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 136 e 136.

Desse particular cenário, oportuno empreender o exame do instituto do Direito Ambiental, conceito não pacífico na doutrina, definido como o conjunto de princípios e normas vinculantes à atividade potencial ou efetivamente prejudicial ao meio ambiente, cujos efeitos repercutem na hígida qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Sobre a importância dos princípios e normas ambientais, uma vez mais as lições do insigne jurista (Milaré, 2013)³¹ no sentido de que:

"Esses princípios e normas buscam facilitar um relacionamento harmonioso e equilibrado do homem com a natureza, regulando, como se disse, toda atividade que, direta ou indiretamente, possa afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão de maior abrangência (ambiente natural e ambiente criado). É evidente que a consecução desse desiderato, a par de suas normas de caráter essencialmente preventivo, deva contar também com regras de cunho sancionador, aplicáveis contra qualquer lesão ou ameaça a direito."

No texto da Carta Magna brasileira de 1988, o meio ambiente tem especial proteção, especialmente por existir um espaço específico que o alberga (Capítulo VI – art. 225) e por representar um bem de uso comum do povo, um direito individual e coletivo com força de cláusula pétrea além de ser tutelado pelo Estado e por toda a sociedade (artigo 5º, inciso LXXIII).

Ademais é competência administrativa de todos os entes federativos a sua proteção (art. 23, VI e VII), bem como legislativa para a União, os Estados e o Distrito Federal (art. 24, VI e VIII). Inclusive, no dispositivo pertinente à Ordem Econômica, o meio ambiente merece destaque com a previsão da autorização de critérios diferenciados conforme o impacto ambiental de determinadas iniciativas (art. 170, VI).

A Política Nacional do Meio Ambiente proveniente da Lei Federal nº 6.938, de 1981, nos artigos 2º e 3º, traz os contornos finalísticos e conceituais do instituto ora examinado, estabelecendo, no inciso I do último preceito, que Meio Ambiente é "*o conjunto de condições,*

³¹ MILARÉ, *Ibd.*, p. 101. (Cf. nota de rodapé nº 30)

leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

Além disso, conforme já fora assinalado em linhas preambulares, em nossos tempos o complexo das atividades desenvolvidas em âmbito privado e pelo Estado tem sofrido e sofrerá ainda mais o influxo de exigências oriundas do Poder Público soberano, por meio de seu poder de polícia, com a finalidade de harmonizar os fatores jurídico-político, ético, econômico, social e ambiental em busca do real desenvolvimento.

De facto, atualmente diversos pensadores e estudiosos do direito, em geral atuantes nas searas constitucional, administrativa e ambiental, têm-se inclinado a respeito da discussão sobre a eleição de um novo paradigma de desenvolvimento, cujos reflexos pudessem influenciar, também, na concepção de uma nova fórmula de atuação estatal sustentável e respeitadora do ordenamento jurídico, especialmente daquilo que substancialmente decorre dessa proteção jurídica, leia-se, o ser humano de hoje e o do porvir.

Dessa forma, por meio da implementação de políticas públicas eficientes e da concretização das mesmas, projetar-se-ia um ambiente propício para a harmonia entre os fatores relativos à atividade econômica, social e ambiental dentro de um prisma ético-político e jurídico no sentido de evitar tanto quanto possível o comprometimento dos recursos naturais e o esgotamento destes sem critérios razoáveis de utilização.

Inclusive essa preocupação tem refletido em parte considerável da população, sociedades privadas e públicas mundiais envolvidas direta ou indiretamente no propósito de se enfrentar a questão, mesmo que um tanto tardia, de como tratar da escassez cada vez mais vasta de recursos naturais e das decorrentes consequências danosas de um desenvolvimento pautado prioritariamente em comportamentos econômicos capitalistas impiedosos dos homens que priorizam com indiferença a atividade econômica em prejuízo de outros valores, dentre os

quais o social e o ambiental.

Nesse panorama, exsurge o que recorrentemente se denomina de "*sustentabilidade*", termo cuja acepção não se restringe em si mesma com a demarcação de um único escopo em detrimento de outros; vai além, na direção de uma dimensão ampla com efeitos reflexivos na qualidade de vida em sua plenitude, além da mera sobrevivência física.

Portanto, tem-se que a sustentabilidade é o "*princípio constitucional que determina promover o desenvolvimento social, econômico, ambiental, ético e jurídico-político, no intuito de assegurar as condições favoráveis para o bem-estar das gerações presentes e futuras*".³²

Trata-se de um novo paradigma a influenciar o comportamento humano, estatal e a ética para as decorrentes e efetivas implementações concretas que, para o respeitado magistrado José Renato Nalini, em sua obra "*Ética ambiental*"³³, a sustentabilidade somente terá espaço e função a partir do momento que a mentalidade e a consciência das pessoas mudarem indefectivelmente no sentido de que:

“Somente uma conversão – ou uma reconversão ética – poderá inverter o círculo vicioso da inércia, da ganância, do desperdício, da insensibilidade, para uma existência de zelo pela natureza. De uso responsável. De desenvolvimento sustentável. De sensibilidade ambiental. De amor à natureza e de amor ao próximo. De respeito à vida. De luta permanente para consecução de uma vida digna.

[...]

‘A ética ecológica não se preocupa com a correção de alguns efeitos não desejados pelo paradigma econômico e social predominante. Existem muitos economistas e políticos que sustentam que o paradigma científico, tecnológico e econômico que prevalece em nossos dias é o correto e que bastaria alguns ajustes aqui e ali. No meu ponto de vista isso significa escapismo, evasão e uma carência total de imaginação. Se é certo que o sistema de vida em sua globalidade está em perigo, então se requer um novo paradigma para a ciência, a tecnologia, a economia e assim por diante.’ (GEIKO MÜLLER FAHRENHOH)”

³² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 50.

³³ NALINI, José Renato. **Ética ambiental**. 3ª ed., Campinas: Millennium, 2010, pp. XIX e XXXIX da apresentação da obra.

Em realce ao contexto ético da sustentabilidade, Édis Milaré³⁴ preleciona que:

“1.2 Em busca de uma saída

Em verdade, a agressão aos bens da natureza e à própria teia da vida, pondo em risco o destino do homem, é uma das calamidades geradoras do "pânico universal" que assombra a humanidade neste inquietante início de milênio.

Por isso, nos últimos anos, a sociedade vem acordando (embora lentamente) para a problemática ambiental. O mero crescimento econômico, mito generalizado, vem sendo repensado com a busca de fórmulas alternativas, como o eco-desenvolvimento ou o desenvolvimento sustentável, cuja característica principal consiste na possível e desejável conciliação entre o desenvolvimento integral, a preservação do meio ambiente e a melhoria da qualidade de vida – três metas indispensáveis. Crescimento econômico, tão só, mais do que pouco é desastroso.”

O doutrinador Juarez Freitas citado anteriormente, em sua obra “*Sustentabilidade – Direito ao futuro*”³⁵, discorre que:

“Existe um Direito Administrativo, antes e depois da incidência cogente do princípio da sustentabilidade. Antes, as escolhas das propostas mais vantajosas nas licitações eram unidimensionais e simplistas. Após, os critérios sociais, ambientais e econômicos começam a ter presença obrigatória nos editais.”

Em vista disso, extrai-se do presente contexto a indispensabilidade de políticas públicas eficientes - já ocorrente em nosso país, inobstante a habitual morosidade prejudicial, que guiem a consciência do povo e de seus representantes na concepção de instrumentos jurídicos idôneos a fim de tornar efetiva essa nova modelagem ética de comportamento e atuação *lato sensu* e administrativa com o objetivo de chegar-se ao desenvolvimento sustentável real e almejado.

Com o propósito de perscrutar algumas vias adequadas e seguras para a implementação dessa novel sistemática, mister seguir no enfrentamento do conceito de desenvolvimento sustentável e, por conseguinte, tecer algumas considerações ao ensejo da reflexão sobre a compatibilidade desse valor com a ordem normativa pertinente ao campo das licitações e contratos administrativos, bem como da indispensabilidade da utilização de meios

³⁴ MILARÉ, *Ibd.*, p. 57. (Cf. nota de rodapé nº 30)

³⁵ FREITAS, *Ibd.*, pp. 258-259. (Cf. nota de rodapé nº 32)

e critérios sustentáveis aptos a operacionalizar as necessárias e fundamentais mudanças dos padrões de consumo e produção das sociedades.

Por fim, tratar-se-á de uma das questões mais relevantes do presente estudo no sentido de examinar e concluir algumas considerações sobre os limites e a validade de normas disciplinadoras da sustentabilidade existente em nosso ordenamento jurídico, mais especificamente dos artigos 2º, 5º e 7º do Decreto Federal nº 7.746, de 2012.

3.1 CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Nessa trilha, após o avanço analítico das considerações universais sobre a sustentabilidade, enfrentam-se particularmente os contornos definidores da expressão "*desenvolvimento sustentável*" consolidado na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), conhecida como Eco – 92, por meio do Relatório de Brundtland da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento.

Nesse importante evento foi debatido, de um lado, sobre a temática do desenvolvimento e, de outro, sobre a conservação ambiental, sendo o "*desenvolvimento sustentável*" considerado como uma indeclinável meta a ser seguida pelos países signatários da convenção internacional na orientação do estabelecimento de programas e políticas com base em estudos inovadores de padrões de produção e consumo sustentável, bem como eventuais mudanças de paradigmas no sentido da perspectiva de um novo horizonte inconciliável com comportamentos comprometedores da qualidade ambiental.

Oportuno observar relevante excerto do documento histórico denominado Agenda 21³⁶:

"[...] caso se integrem as preocupações relativas a meio ambiente e desenvolvimento e a elas se dedique mais atenção, será possível satisfazer às necessidades básicas, elevar o nível da vida de todos, obter ecossistemas melhor

³⁶ CNUMAD. **Agenda 21 Global, subitem 1.1**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>>. Acesso em: 13 de ago. 2014. 20:08:12

protegidos e gerenciados e construir um futuro mais próspero e seguro. São metas que nação alguma pode atingir sozinha; juntos, porém, podemos – em uma associação mundial em prol do desenvolvimento sustentável."

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar em Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 3.540-MC (v. ANEXO A), em que se discutiu o caráter constitucional do princípio do desenvolvimento sustentável e o suporte legitimador dos compromissos internacionais assumidos pelos signatários, cuja relatoria foi incumbida ao Min. Celso de Mello.

Cumpra fazer menção ao trecho do decisório segundo o qual:

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

Nessa toada, restou verificada a amplitude e a importância da expressão "*desenvolvimento sustentável*", que sinteticamente pode ser definida como aquele conjunto de ações materiais e tecnológicas condicionadas a padrões e critérios vinculativos de qualidade sustentável.

Trata-se de um desenvolvimento que visa manter em equilíbrio diversos valores constitucionalmente amparados por meio de parâmetros específicos e justicados com o fim da busca de padrões estáveis de processos, comportamentos, produção e demais variantes, sem comprometimento das presentes e futuras gerações.

3.2 PILARES ESTRUTURANTES DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL AXIOLOGICAMENTE HARMONIOSO

Impende nesse vagar reforçar e encarecer que o desenvolvimento não deve ser analisado em si mesmo e visto sob uma única perspectiva, apartado de outras considerações valorativas. A posição mais arrazoada e comumente utilizada orienta-se na equalização dos valores sociais, econômicos e ambientais sendo que, se não verificada mútua sinergia desses elementos, poderá restar comprometida a real e atual significação do termo "*desenvolvimento*".

Em recente trabalho intitulado "*A licitação pública no Brasil e sua Nova Finalidade Legal – A Promoção do Desenvolvimento Nacional Sustentável*", o conceituado doutrinador Daniel Ferreira discorre que "[...] *ou o desenvolvimento é triplamente sustentável – no viés econômico, social e ambiental – ou não é desenvolvimento.*"³⁷

Para o jurista Juarez Freitas, a axiologia da sustentabilidade é mais ampla do que, em geral, sustentam alguns pensadores. Nesse ponto, propõe uma releitura da sustentabilidade ao acrescentar aos fatores susoreferidos as dimensões éticas e jurídico-políticas.

Assevera a sustentabilidade como "*multidimensional, porque o bem-estar é multidimensional*" e que é "*indispensável cuidar do ambiental, sem ofender o social, o econômico, o ético e o jurídico-político*". Para o ilustre autor, deverá haver a interconexão entre as aludidas noções, eis que "*uma dimensão carece logicamente do reforço das demais*".³⁸

Nessa releitura, o valor que emerge da sustentabilidade teria o condão de influenciar na acepção da expressão "*desenvolvimento*", tornando cada caractere valorativo um elemento indispensável dentro de um mesmo sistema, cujo equilíbrio e funcionamento de sua

³⁷ FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 52.

³⁸ FREITAS, *Ibd.*, p. 57. (Cf. nota de rodapé nº 32)

"*mecânica*" dependerá do funcionamento harmonioso de cada uma de suas peças.

A respeito do fator social, este revela a indispensabilidade do atendimento da dignidade no sentido do inescapável compromisso com os direitos fundamentais sociais, não admitindo exclusões e imposições abomináveis, exceto considerações compensativas por meio de ações afirmativas.

Harmonizados com os demais valores, tem-se o domínio ético no sentido da busca da conscientização das pessoas sobre a importância da cultura da solidariedade, isto é, no desenvolvimento do raciocínio que tenha como fator conclusivo o bem-estar não só para as presentes como também para as futuras gerações.

Do fator econômico, extrai-se o sentido de razoabilidade nas ponderações que deverão ser feitas entre o resultado economicamente encetado na constituição de patrimônio e os aludidos valores representativos da justiça, conformadores não com o imediatismo, mas sim com uma visão reflexiva de ações a médio e logo prazo.

Acerca do valor jurídico-político, refere-se à extensão do rigor influenciador da sustentabilidade, cuja eficácia na implementação das políticas públicas independe de regulamentação, tratando de dever constitucional a proteção do meio ambiente e o direito subjetivo do cidadão para as presentes e futuras gerações.

Logo, urge que esses pilares sejam vislumbrados harmoniosamente na execução das atividades privadas e públicas, cuja consequência esperada seja sempre um produto sustentável social e ambientalmente oriundo de considerações e conclusões razoáveis dos agentes públicos e de toda a sociedade.

Posto isto, extrai-se dessas considerações uma observação de fundamental importância, eis que o Estado representa um papel de amplo ator e regulador.

Mais especificamente no campo das atividades administrativas, leia-se, na seara das licitações e contratos administrativos, o ente soberano e grandioso concebido como Estado

compra e toma serviços em dimensões sobremaneira consideráveis, consoante já destacado em linhas anteriores. Nesse contorno, essa pessoa jurídica exerce a sua função de ator como parte nas relações jurídicas que pactua. Mas não se restringe somente a isso.

Em decorrência desse extenso campo de atuação, não parece desarrazoado que indireta, moderada e motivadamente esse ente possa atuar como interventor e regulador daquilo que se pode identificar como a função social das licitações e contratações públicas, no sentido de induzir justificadamente o mercado na trilha sustentável da qualidade de seus produtos, dos processos de produção e prestação de serviços, da inovação tecnológica, entre outras formas juridicamente aceitáveis, na busca do desenvolvimento socioambiental.

Os fundamentos constitucionais dessas premissas encontram-se nos artigos 170, inciso VI, 174 e 225, que cuidam do princípio da defesa do meio ambiente de forma ampla ou especificamente dentro do âmbito da ordem econômica, inclusive mediante tratamento diferenciado, conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. O aludido artigo 174 dispõe que o Estado, como ente normativo e regulador da atividade econômica, deverá desempenhar as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Dessa forma, o governo, além de obter os bens e serviços indispensáveis ao desenvolvimento de suas atividades, desempenhará, por meio do procedimento prévio de escolha do objeto pretendido, uma função paralela fomentadora e indutora no sentido de regular a economia, por meio do exercício de sua competência legislativa e regulamentar, influenciando moderadamente nos processos produtivos de bens, na prestação de serviços e na execução de obras com a finalidade de apontar a direção e dirigir os passos rumo ao horizonte da qualidade social e ambiental.

4 SUSTENTABILIDADE NAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CONCEITO E ASPECTOS RELEVANTES

Verificada a amplitude e o sentido da expressão "*desenvolvimento sustentável*", convém fazer um novo corte metodológico no trabalho no sentido de buscar harmonizar as considerações relativas à sustentabilidade anteriormente abordadas e o instituto das licitações públicas e contratos administrativos.

Nessa vereda, ao ensejo do enfoque das licitações sustentáveis, propõe-se uma nova sistemática ao instituto, no propósito de adequar o tradicional formato constante na Lei Geral de Licitações – Lei Federal nº 8.666, de 1993, àquilo que pode ser concebido como "*consumo sustentável*", termo este levado a efeito na meta da Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P), proveniente do Programa criado no ano de 2001 pelo Ministério do Meio Ambiente para incorporar princípios de gestão ambiental na Administração Pública³⁹.

Em geral, as licitações públicas e contratos sustentáveis serão aqueles que, a par dos requisitos máximos comumente exigidos tradicionalmente na lei regente, levarão em consideração em determinadas fases procedimentais passíveis de implementação (v.g., elaboração do objeto, habilitação e em cláusulas contratuais) os fatores e critérios ambientais, sociais e econômicos.

Assim, por exemplo, para fins de julgamento das propostas, a Administração Pública estabeleceria previamente que os licitantes pontuariam conforme alguns parâmetros sócioambientais contemplados no específico instrumento e em normas legítimas, conformando-os com outros tipos de licitação como aqueles pertinentes à técnica e/ou preço, constantes no artigo 45 da lei regedora das licitações e contratos públicos.

Além disso, tem-se notado que no dia a dia⁴⁰, a Administração Pública, no

³⁹ FERREIRA; MOREIRA; RAMOS. *Advocacia cidadã e a agenda ambiental da administração pública*. Revista da AGU, p.330.

⁴⁰ "Nos doze meses de 2013, as compras sustentáveis movimentaram R\$ 40,4 milhões na aquisição de bens, por meio de 1.457 processos." (Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Estatisticas/2013/01_A_12_INFORM>

desempenho de suas atividades, tem se valido de normas introdutoras de instrumentos jurídicos na busca da real sustentabilidade. Assim ocorre no âmbito da União ao tratar do controle de determinados objetos, a exemplo dos agrotóxicos (v.g., Lei Federal nº 7.802, de 1989 – Decreto nº 4.074, de 2002, e Lei Federal nº 12.305, de 2010), aparelhos elétricos em geral (v.g., Lei Federal nº 10.295, de 2001, – Decreto nº 4.059, de 2001), aparelhos eletrodomésticos (v.g., Resolução Conama nº 20, de 2004) e construção civil (v.g., Instrução Normativa SLTI MPOG nº 01, de 2010).

A Administração Pública, nesse caso, conformará no edital essas considerações acerca do estabelecimento de critérios sustentáveis tanto nas especificações do objeto, quanto para fins de habilitação e condições mínimas em cláusulas contratuais. No caso de inexistir embasamento autorizador em normas pertinentes aplicadas por Ministérios competentes ou por órgãos de proteção, como o IBAMA, CONAMA, dentre outros, a inserção de critérios e exigências sustentáveis não deixam de ser obrigatórias, porém deverão ser justificadas técnica e objetivamente no processo administrativo e com a indicação no instrumento convocatório para evitar qualquer questionamento no tocante à eventual restrição à competitividade ou qualquer favoritismo a este ou aquele interessado (art. 3º da Lei Federal nº 8.666, de 1993).

Para todos os efeitos, o mais acertado seria conceber o comportamento administrativo no propósito da avaliação da necessidade com base em um "*interesse qualificado e justificado*" no sentido da busca garantidora não somente da aquisição, obra ou prestação de serviço economicamente condizente com o interesse público secundário da Administração Pública, mas sim com o interesse da coletividade primariamente considerada que implora padrões de ética e qualidade social e ambiental, valores estes que deverão ser perseguidos por toda a sociedade e precipuamente pelo Estado de Direito Democrático.

Nesses termos, oportuno considerar que os contornos conceituais da expressão

"licitações sustentáveis" podem ser ordenados tendo por base duas colunas estruturais: de um lado o conceito corrente de licitação, condizente com a predominância e prioridade do procedimento administrativo que ultimar-se-á em um novo ato (contrato); e de outro, o valor que o qualifica, isto é, o da sustentabilidade, sendo a qualidade determinante da consciência intergeracional no sentido de assentar o comportamento administrativo e dos particulares no desígnio da harmonia entre os fatores jurídico-político, ético, econômico, social e ambiental, para a melhor qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Proveitoso anotar o conceito concebido pelo insigne administrativista Juarez Freitas⁴¹, senão vejamos:

"[...] de forma mais completa, são os procedimentos administrativos por meio dos quais um órgão ou entidade da Administração Pública 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."

Nesse contexto, define-se licitações sustentáveis como sendo um processo administrativo peculiarizado, alicerçado constitucionalmente e legalmente, que, por meio de critérios isonômicos, busca a contratação **realmente mais vantajosa** de bens, serviços e obras públicas, de acordo com as condições e especificações sustentáveis constantes no edital ou convite, levando em consideração parâmetros e critérios objetivos, diferenciados e justificados na caracterização do objeto, na habilitação e/ou nas cláusulas contratuais, avaliando os custos *versus* benefícios, cujos efeitos econômicos, sociais e ambientais serão considerados a médio e longo prazo.

⁴¹ FREITAS, *Ibd.*, p.257. (Cf. nota de rodapé nº 32)

4.1 CRITÉRIOS SUSTENTÁVEIS E APARENTE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS FINALÍSTICOS DA IGUALDADE E DA CONTRATAÇÃO MAIS VANTAJOSA

Já se asseverou que a regra do procedimento licitatório está orientada na constituição e no seguimento de algumas fases consubstanciadas em atos e fatos jurídicos encadeados com a finalidade de, em última análise, culminar no ato da contratação do adjudicatário.

Esse *iter* procedimental alicerçado por meio de normas jurídicas abrange exigências, condições e requisitos que deverão ser aplicados com razoabilidade para que o atuar administrativo não configure desvio de finalidade, flagrante ilegalidade, ou, pior ainda, arbitrariedade vedada pelo direito.

Nessa toada, consoante os termos do artigo 37, inciso XXI, da Magna Carta de 1988, as exigências e condicionantes nas licitações deverão respeitar, além dessa norma maior e os princípios constitucionais e infra, outrossim, as leis, os pertinentes regulamentos de execução e demais normas legítimas.

Assim, para fins do certame, somente se permitirá o estabelecimento de contornos indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, sendo vedado aos agentes públicos, conforme se depreende do art. 3º, § 1º, do diploma licitatório, estabelecer cláusulas que, de uma forma ou de outra, frustrem o caráter competitivo do certame.

Cumpre transcrever os dispositivos supramencionados:

*** Constituição Federal de 1988:**

“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:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure

igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual **somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.**”

*** Lei Federal nº 8.666/1993:**

“Art. 3º 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** e será processada e julgada em estrita **conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.**

§ 1º É **vedado** aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes **ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato**, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.” (d.n.)

O caráter competitivo da licitação decorre do postulado constitucional da igualdade constante em dispositivos como aqueles insertos nos artigos 5º e 37 da Carta Republicana.

Assim temos o postulado da igualdade de todos perante a lei. De um lado, os particulares somente estarão proibidos de agir nos casos em que a lei os tolher expressamente. Por sua vez, o Poder Público apenas estará autorizado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se existir alguma lei que permita ou autorize o seu atuar.

Ademais, em consonância com essas considerações equânimes, convém anotar que uma das condicionantes legais verificadoras da regular disputa é aquela condizente com a fase de julgamento das propostas que deverá ser objetivo.

Conforme se depreende dos termos do artigo 45, § 1º e incisos da lei de regência das licitações e contratos administrativos, os critérios de julgamento insculpidos são o de menor preço, o de melhor técnica, o de técnica e preço e o de maior lance ou oferta.

Nesse sentido, com base nas normas gerais de licitação e contratos administrativos e

arrimado nos princípios da isonomia, da contratação mais vantajosa e da promoção do desenvolvimento sustentável, poder-se-ia sustentar que o estabelecimento de critérios sustentáveis teria o condão de configurar o direcionamento do certame em flagrante afronta ao postulado da igualdade que ora se examina?

Não parece convincente se a resposta à indagação for afirmativa, eis que, se a eleição dos parâmetros sustentáveis for razoável e, conforme o caso, justificada técnica e objetivamente, no sentido de serem condizentes com o específico objeto posto em causa e harmonizada com as demais normas e valores existentes no sistema jurídico, fundamentado estará o critério utilizado.

Corroborativo desse entendimento, oportuno trazer à colação excerto de decisório proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG (Apelação Cível nº 1.0024.06.935535-2/003) que trata de aspectos acerca da postulação de anulação de decisão administrativa que inabilitou determinado licitante que não atendeu à exigência habilitatória de licenciamento ambiental em certame que tinha como objeto a aquisição de móveis:

“No exercício de sua competência regulamentar, o Poder Executivo poderá exigir a apresentação de licenciamento ambiental para habilitação de empresa em licitação para aquisição de bens móveis, já que se afigura exigência de qualificação técnica que não implica discriminação injustificada entre os concorrentes, assegura a igualdade de condições entre eles e retrata o cumprimento do dever constitucional de preservação do meio ambiente.”

Ademais, esse princípio, como qualquer norma jurídica desse nível, não pode ser considerado de aplicação absoluta, em detrimento de qualquer outro, devendo, a depender das circunstâncias, ser ponderado com os demais incidentes, a exigir, inclusive, um amoldamento interpretativo que terá como fruto uma nova norma conducente da concreta efetivação do direito desde que, reitere-se, haja suporte no sistema jurídico pátrio.

A doutrina do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello brilhantemente estampada em compêndio de artigos recentemente publicado denominado “*Grandes temas de Direito*

*Administrativo*⁴² é enfática no sentido de que:

“(a) o próprio das leis é *desigualar* situações; (b) até mesmo desigualações que parecem discrepar à força aberta de dispositivo constitucional explícito são – com justiça – por todos recebidas como perfeitamente cabíveis e consentâneas com o princípio da igualdade; (c) o conteúdo do princípio da igualdade, seu alcance (ou seja, aquilo que realmente com ele se visa), é impedir *determinadas* discriminações.”

Nesse toar, consoante se observou no capítulo anterior, existe uma infinidade de exemplos de normas que introduzem certificações e outros aspectos de controle da qualidade de processos, produtos e serviços permissivos de um tratamento de desigualação logicamente justificado em face dos valores até aqui discorridos. Desde que tais exigências sejam razoáveis e harmonizadas com o sistema jurídico, não haveria razão para o impedimento dessa ordem de condicionamento em editais e contratos administrativos.

Além disso, surgiu a novel alteração da lei geral de regência das licitações e contratos administrativos que afastou qualquer dúvida quanto à possibilidade de estabelecimento de critérios isonômicos, em que pese o fato de que, mesmo antes da vigência do atual texto do artigo 3º da Lei Federal nº 8.666, de 1993, já fosse possível elencar cláusulas nessa direção⁴³, eis que o ordenamento desde há muito albergava normas e valores suficientes, inclusive constitucionalmente por meio dos artigos 170 e 225.

Outra questão interessante a se enfrentar é se seria juridicamente plausível a Administração Pública contratar obras, bens e serviços, cujo preço, pelas peculiaridades das especificações sustentáveis, esteja em patamar superior àqueles comumente verificados de maneira ampla no mercado?

Com efeito, em que pese existam muitas críticas a respeito de eventual afronta ao princípio da contratação mais vantajosa, afigura-se como possível esse proceder desde que

⁴² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 193

⁴³ O artigo 7º, § 5º, da lei das licitações e contratos administrativos já previa para a conformação do objeto aspectos de *discrímén* justificado em algumas circunstâncias.

minuciosamente motivado e que não se frustrem as normas constantes no ordenamento jurídico dentre as quais alberga o princípio da razoabilidade, no sentido da incompatibilidade do critério eleito pela falta de pertinência lógica entre o valor do bem e os benefícios trazidos à qualidade de vida da coletividade.

Ademais, contanto que o Poder Público promova o certame regularmente e os critérios eleitos sejam razoáveis no sentido da não frustração cabal do caráter competitivo do certame e não represente ônus demasiado aos envolvidos, em especial ao interesse público primário, mesmo que, em tese, haja moderada elevação do valor desses especiais bens, serviços e obras, esses contornos estarão justificados pela natureza peculiar dos fatores dos processos sustentáveis envolvidos, considerando as vantagens qualitativas ambientais, sociais e existenciais que advirão a médio e longo prazo.

Assim, se o enfoque da análise se dirigir no sentido de que o Poder Público está contratando obras, bens ou serviços com peculiaridades objetivas constantes em normas ou justificadas de fato e que, por isso mesmo, são diversas daquelas rotineiramente ajustadas e comumente encontradas no mercado, poder-se-ia entender, por razões lógicas, que o enfoque de preços neste cenário específico será guiado para outra concepção dimensional e qualitativa além daquela abrangência material constitutiva do menor preço tradicionalmente conferida.

A Corte de Contas da União, em decisão pronunciada em Plenário por meio de Acórdão nº 256/2005, já se manifestou a respeito da amplitude da aceção do conceito de vantajosidade, aduzindo 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”.

Portanto, o princípio da economicidade ou o da contratação mais vantajosa, embora à primeira vista pareça violado pela eleição de eventuais critérios sustentáveis para fins da concepção do objeto, da habilitação ou de cláusulas contratuais, o fato é que essa consideração é somente aparente, uma vez que os recursos públicos deverão ser gastos lógica

e prioritariamente em prol do interesse público primário⁴⁴, que reclama não só a atenção ao aspecto financeiro da licitação, mas também a qualidade dos gastos públicos com efeitos não temporalmente imediatistas para as presentes e futuras gerações.

Assim, o atuar administrativo transcorrerá não apenas com base em aspectos formais priorizantes de traços econômicos e financeiros reflexivos do critério "*menor preço*", mas sim em valorações outras que permitam a equalização do custo *versus* benefício para toda a sociedade.

4.2 ARCABOUÇO NORMATIVO IRRADIANTE DA SUSTENTABILIDADE NAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Da concepção do Estado brasileiro com os qualificativos de "*Direito*" e "*Democrático*" revela-se que os poderes constituídos somente atuam se estiverem legitimamente embasados em normas jurídicas.

Contudo, importante notar que alguns valores declarados internacionalmente por meio de Convenções e Tratados Internacionais influenciam sobremaneira todos aqueles envolvidos, de sorte a gerar um vínculo moral norteador de condutas. Se assim não o fosse, não haveria sentido a existência desses pactos, eis que a convenção se origina para alguma finalidade cooperativa, e a consequência seria a perda de interesse, de recursos financeiros e provavelmente o fracasso.

Nessa senda, o estudioso e aplicador do direito não deve olvidar que as contratações públicas sustentáveis, além de estarem amparadas constitucionalmente e infra em nosso ordenamento jurídico, sofrem as influências de convenções extranacionais das quais o Brasil seja parte signatária.

Por se cuidar de tema de grande relevância mundial, visto que a preservação do meio

⁴⁴ MELLO, *Ibd.*, p.66. (Cf. nota de rodapé nº 4)

ambiente em determinada circunstância de espaço e tempo repercute em outras dimensões da existência de maneira global, seria mais que indispensável que as mais diversas nações envolvidas nesses acordos envidassem esforços na busca de patamares melhores de qualidade socioambiental permeados por uma postura política embasada na ética e juridicamente nos valores albergados no ordenamento jurídico.

Consoante os termos do artigo 84, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988, compete ao Presidente da República a celebração de Tratados Internacionais e atos afins, condicionados ao referendo legislativo para posterior promulgação pelo chefe do Poder Executivo Federal.

A partir de então, após incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, terá força obrigatória como comando de lei ordinária ou de emenda constitucional se neste caso tratar-se de direitos humanos (art. 5º, §3º).

Assim, o Direito Internacional, com seu conteúdo principiológico, cumpre um fundamental papel como orientador de condutas em âmbito interno de cada país subscritor. Esses valores reflexivos dos compromissos internacionais aderidos emanam carga axiológica ética e moral muitas vezes influenciando os membros do parlamento no sentido de orientá-los na senda da concepção de normas harmoniosas com aqueles fins amplos internacionais.

Portanto, não se discute que o ordenamento jurídico seja inspirado por princípios e valores dessa envergadura, cujos influxos se comunicarão ao Estado nas políticas públicas que enceta e nas posteriores execuções concretas de normas oriundas na senda do desenvolvimento sustentável, precipuamente em assuntos relativos à função administrativa, como no caso da sustentabilidade com enfoque nas licitações e contratações públicas.

De fato, conforme se observará nas seguintes linhas, essas influências alienígenas têm refletido no ordenamento pátrio gerando, por partes dos legisladores, a instituição de diversas normas, estas que determinam o dever-poder dos aplicadores do direito em

interpretá-las e aplicá-las aos casos concretos incidentes, porquanto indefectivamente inspiram amplamente o *modus procedendi* de suas atividades. Assim, especialmente no que concerne às atribuições emergentes da função administrativa, estas devem ser desempenhadas em harmonia com os fatores jurídico-políticos, éticos, econômicos, sociais e ambientais oriundos dessas normas extranacionais, na busca de efeitos materiais qualitativos mais acentuados em benefício das presentes gerações e com o olhar atento para as futuras.

Nessa vereda, inquestionável a repercussão de princípios emanados de Tratados Internacionais, dentre os quais o da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, que originou a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento; o da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, de 1972, o da Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio, de 1985 e o Protocolo de Montreal sobre substâncias que destroem a camada de ozônio, de 1987.

Por sua vez, como nunca antes vislumbrado no Brasil, a Constituição Federal de 1988, influenciada pelos valores e princípios internacionais, ambientais e sociais e atenta aos reclamos da população por uma qualidade de vida saudável à sua dignidade (art. 1º, III), contemplou em seu texto importantes considerações, mais especificamente nos artigos 170, inciso VI, e 225 e seguintes que trazem os contornos principiológicos da tutela ambiental. Mesmo no capítulo específico da Ordem Econômica, a tutela ambiental tem expressa previsão, tendo como fim assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social e, dentre outros valores, a *"defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação"*.

O artigo 225, por seu turno, inaugura o capítulo constitucional específico para a tutela do meio ambiente inserto no Título da Ordem Social. O presente dispositivo traz o conteúdo, a abrangência e todos aqueles que direta e indiretamente deverão zelar pela

proteção ambiental, porquanto todos *“têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”*.

Convém destacar que não é de hoje que a temática da sustentabilidade já alcançava determinadas capitulações legais, conforme alguns preceitos da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente - Lei Federal nº 6.938, de 1981, cujo artigo 4º e incisos I e III trazem como objetivos da aludida Política a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico por meio de critérios e padrões de qualidade ambiental.

O artigo 10, por sua vez, impõe que dependerão de prévio licenciamento ambiental as construções, instalações, ampliações e o funcionamento de estabelecimentos e atividades que utilizem recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores, ou que sejam capazes de causar degradação ambiental.

Esse mesmo diploma determina expressamente no artigo 5º que as diretrizes da Política Nacional deverão ser tratadas em normas de cada ente federativo, demonstrando, com isso, o fator vinculativo da exigência da preservação da qualidade ambiental por parte de todos, e, com mais razão, pelo Poder Público.

Outros diplomas consubstanciam normas determinantes da sustentabilidade de grande relevo no ordenamento jurídico e com ampla repercussão no dia a dia da Administração Pública.

A Lei Federal nº 12.187, de 2009, instituidora da Política Nacional sobre a Mudança do Clima (PNMC), traz disposições expressas nos artigos 3º e 4º, os quais fazem menção ao desenvolvimento sustentável. Especialmente, com o fito da harmonização dos pilares do desenvolvimento econômico e social com a proteção ambiental, o legislador cuidou de elencar

norma definidora de critérios de preferências nas licitações e concorrências públicas para ajustes oriundos do regime das Parcerias Público-Privadas, consoante os termos do artigo 6º, inciso XII, no caso de objetos que permitam a elaboração de propostas propiciadoras de economia de água, de energia elétrica e outros recursos naturais e de redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos.

Na mesma linha e finalidade protecional, foi promulgada a recente Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos, leia-se, a Lei Federal nº 12.305, de 2010 que, dentre os objetivos de sua aplicação, traz o seguinte:

“Art. 7º - São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

I - proteção da saúde pública e da qualidade ambiental;

II - não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos, bem como disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos;

III - estímulo à adoção de padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços;

IV - adoção, desenvolvimento e aprimoramento de tecnologias limpas como forma de minimizar impactos ambientais;

[...]

XI - prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para:

a) produtos reciclados e recicláveis;

b) bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis;

[...]” (d.n.)

Relevante, outrossim, nessa Lei de Resíduos Sólidos, a normativa interdisciplinar do artigo 5º no sentido de proporcionar a articulação com outras políticas de infraestrutura e de educação ambiental. Dentre os princípios da referida norma tem-se o da prevenção e da precaução (art. 6º, I), bem como o do desenvolvimento sustentável (inc. IV).

Registre-se, outrossim, que desde a muito tempo a tradicional lei geral de regência das licitações e contratos administrativos, Lei Federal nº 8.666, de 1993, já elencava em

alguns de seus dispositivos normas condizentes com a proteção ambiental (artigo 12 e incisos I, IV, V, VI e VII - requisitos indispensáveis à formatação dos projetos básicos e executivos para a realização de obras e a prestação de serviços, dentre os quais o estudo prévio de impacto ambiental), porém com pouca ou quase nenhuma repercussão direta nos certames licitatórios e decorrentes contratos.

Contudo, referido diploma sofreu recente alteração oriunda da Lei Federal nº 12.349, de 2010, fruto da Medida Provisória nº 495, de 2010, que trouxe em seu artigo 3º, além do respeito aos princípios da isonomia e da busca da contratação mais vantajosa, mais uma finalidade legal para o regime licitatório, qual seja, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Oportuna a transcrição da novel capitulação legal:

“Art. 3º 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** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)” (d.n.)

Decorre dessa alteração legislativa a lógica de que todos esses valores finalísticos das licitações e contratos administrativos deverão ser considerados para fins do desenvolvimento de critérios e parâmetros razoáveis e sustentáveis no momento da escolha do objeto que satisfaça não só direta e economicamente a Administração contratante, mas também indiretamente toda a coletividade.

Parece razoável que haja harmonia de todos os valores albergados no dispositivo alterado, isto é, não se trata mais de priorizar o interesse predominante do fator econômico mais vantajoso e a isonomia, mas, antes, o dever de temperá-los como os demais no escopo do respeito, outrossim, da sustentabilidade ambiental e social.

Com o fito de regulamentar o aludido artigo 3º recentemente alterado, surge o

Decreto Federal nº 7.746, de 2012, que traz normas respeitantes a critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela Administração Pública Federal.

Dentre os preceitos componentes do regulamento extrai-se, por pertinente ao presente estudo, os artigos 2º, 5º e 7º, os quais **facultam** ao Poder Público a adoção de critérios e práticas de sustentabilidade para fins de licitação e execução contratual; senão vejamos:

“Art. 2º A administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes **poderão adquirir bens e contratar serviços e obras considerando critérios e práticas de sustentabilidade objetivamente definidos no instrumento convocatório**, conforme o disposto neste Decreto.

Parágrafo Único. A adoção de critérios e práticas de sustentabilidade deverá ser **justificada nos autos e preservar o caráter competitivo do certame**.

[...]

Art. 5º A administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes **poderão exigir no instrumento convocatório para a aquisição de bens que estes sejam constituídos por material reciclado, atóxico ou biodegradável, entre outros critérios de sustentabilidade**.

[...]

Art. 7º O instrumento convocatório **poderá prever que o contratado adote práticas de sustentabilidade na execução dos serviços contratados e critérios de sustentabilidade no fornecimento dos bens.**” (d.n.)

Segundo se verá das linhas subsequentes, a lei regente das licitações e contratos administrativos, recentemente alterada pela Lei Federal nº 12.349, de 2010, é determinante ao exigir postura administrativa mais rigorosa no sentido do estabelecimento de critérios isonômicos na senda da sustentabilidade, não admitindo margem discricionária para os aplicadores do direito para a elaboração de normas regulamentares que inovem na ordem jurídica com o objetivo de facultar onde a lei não permitiu, porquanto esta trouxe comando vinculante, sob pena da frustração aplicativa da regra normativa superior e, bem assim, de ofensa ao sistema hierárquico das normas.

De qualquer forma, essas exigências justificadas com finalidade reguladora da função social e ambiental das atividades dos particulares deverão ser introduzidas de forma gradual (TC – 003.405/2010-9 – Decisão Monocrática proferida pelo Ministro Benjamin Zymler – v. ANEXO B), sem que isso represente omissão por parte da Administração Pública.

Por derradeiro, no presente tópico, ainda em nível infralegal, oportuno trazer a lume algumas considerações pertinentes da Instrução Normativa nº 1, de 2010, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), por meio da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI)⁴⁵. Vale conferir:

“Art. 1º Nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, as especificações para a aquisição de bens, contratação de serviços e obras por parte dos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional **deverão conter critérios de sustentabilidade ambiental**, considerando os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias-primas.

Art. 2º Para o cumprimento do disposto nesta Instrução Normativa, o instrumento convocatório **deverá formular as exigências de natureza ambiental** de forma a não frustrar a competitividade.

Art. 3º 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.”
(d.n.)

Constata-se nestas capitulações, diferente do que se observará nas linhas subsequentes com a análise dos termos de algumas das disposições do Decreto Federal nº 7.746, de 2012, o acerto e adequação jurídica da aludida Instrução Normativa nº 1, porquanto os dispositivos regulamentares retromencionados incorretamente estamparam comando vinculante da obrigatoriedade da eleição de critérios de sustentabilidade nas licitações e contratações públicas no âmbito da União.

⁴⁵ Norma que teve a sua juridicidade reconhecida em Acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União – TCU (Acórdão nº 1..260 de 2010 – Processo nº 001.066/2010-2).

5 LIMITES DO PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ASPECTOS DA LEGALIDADE ESTRITA, DA VINCULAÇÃO E DA DISCRICIONARIEDADE

É sabido e consabido que todos os Poderes constituídos em nosso sistema federativo – Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, deverão atuar com base na legalidade do desempenho das competências constitucionais e infraconstitucionais representadas por normas ensejadoras das atividades típicas e atípicas.

Entende-se como atividade típica de determinado Poder aquela prestante à determinado objeto condizente com o fim primordial e compatível com a natureza justificadora da criação da entidade, isto é, pertinente à própria razão de sua existência.

Nesse diapasão, ao Poder Legislativo cumpre, em regra, a deliberação e a edição de leis genéricas e abstratas, enquanto que ao Executivo e Judiciário compete a interpretação e a aplicação dos comandos deliberados *a priori*.

Não resta dificultosa a consideração de que o poder legiferante desempenha uma função, se não a mais importante, a de fundamental relevo, até porque na omissão de sua peculiar atribuição na regulação inaugural de alguma matéria, isto é, sem a edição de lei que discipline determinado assunto, os demais poderes não poderão agir no sentido de inovar na ordem jurídica, sob pena de afronta, dentre outros, aos postulados da Supremacia da Constituição, da Legalidade e da Tripartição dos Poderes (autonomia federativa).

Por outro lado, as atividades atípicas são aquelas desempenhadas por cada um dos Poderes com escopo secundário àquela típica desenvolvida, até porque se fosse exigir a providência atípica para um Poder por meio de outro que tipicamente as desempenha, este restaria prejudicado em sua própria e típica atividade pela qual fora modelado constitucionalmente.

Oportuno exemplificar: considere a principal atividade do Poder Legislativo que é a de editar normas genéricas e abstratas. Em que pese esse seja o objeto típico de seu atuar, ele

terá de contratar bens e serviços para atendimento de suas necessidades, atividades estas que foram concebidas particularmente para o Poder Executivo.

Nesse sentido, se fosse condicionar que o Poder Executivo atribuisse para o atendimento das necessidades administrativas daquele outro Poder (função atípica deste), correria-se o risco do engessamento da atividade típica do Executivo pelo acúmulo de atribuições para auxiliar esfera que não lhe apetece. O raciocínio se aplica aos demais poderes no desempenho de suas atividades típicas e atípicas.

A propósito, a Constituição Federal de 1988 traz estampado no artigo 2º o fator estruturante organizacional do Estado consistente na tripartição de poderes ao fixar que "*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*".

Em decorrência da teoria e da configuração pragmática da independência e harmonia entre os poderes dentro da Federação e com a formação e a evolução do Estado de Direito Democrático, foi erigido o basilar princípio da legalidade já abordado nesse trabalho e que merece somente uma pequeno registro, porquanto pairante em todo o sistema jurídico pátrio. Logo no artigo inaugural da lei maior (art. 1º) observa-se que "*a República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito*".

No *caput* do artigo 5º consta que "*todos são iguais perante a lei*", e na cabeça do artigo 37, que trata das normas disciplinadoras da Administração Pública, aproximando-se à temática desse trabalho, encontra-se insculpido que "*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 [...]*".

Em avanço à análise e com o intento de afinar mais a abordagem, tem-se o instituto do Poder Regulamentar, subordinado ao princípio da legalidade anteriormente versado,

comumente exercido pelos poderes e definido como a prerrogativa normativa para a edição de atos com o fito da explicitação da lei, tornando-a concretizadora do intento legiferante.

Esse poder indelegável do desempenho da função administrativa tem suas raízes fundamentais fincadas na própria Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;”

O saudoso mestre Hely Lopes Meirelles⁴⁶ preleciona que:

“A faculdade normativa, embora caiba predominantemente ao Legislativo, nele não se exaure, remanesecendo boa parte para o Executivo, que expede regulamentos e outros atos de caráter geral e efeitos externos. Assim, o regulamento é um complemento da lei naquilo que não é privativo da lei.

[...]

Sendo o regulamento, na hierarquia das normas, ato inferior à lei, não a pode contrariar, nem restringir ou ampliar suas disposições. Só lhe cabe explicitar a lei, dentro dos limites por ela traçados, ou completá-la, fixando critérios técnicos e procedimentos necessários para sua aplicação.” (d.n.)

Reporte-se novamente à doutrina do exímio professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁷, o qual realça que:

"[...] o art. 84, IV, delimita, então, o sentido da competência regulamentar do Chefe do Poder Executivo ao estabelecer que o Presidente da República compete "sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução". Nisto se revela que **a função regulamentar, no Brasil, cinge-se exclusivamente à produção destes atos normativos que sejam requeridos para "fiel execução" da lei. Ou seja: entre nós, então, como se disse, não há lugar senão para os regulamentos que a doutrina estrangeira designa como 'executivos'**". (d.n.)

Portanto, tendo em vista a Constituição Federal de 1988 e a posição da balizada

⁴⁶ MEIRELLES, *Ibd.*, pp. 131 e 132. (Cf. nota de rodapé nº 10)

⁴⁷ MELLO, *Ibd.*, p. 349. (Cf. nota de rodapé nº 4)

doutrina, resta evidente que no ordenamento jurídico brasileiro os regulamentos têm como inescapável papel o da fiel execução da lei, não sendo admitida margem de discricionariedade para contrariar, restringir ou ampliar o comando vinculante que a lei regedora trouxe na aplicação da hipótese de incidência em determinados casos, sob pena de caracterização de inconstitucionalidade decorrente da intolerável invasão de competência do órgão legiferante pela Administração Pública com a edição de normas gerais e abstratas inovadoras originalmente na ordem jurídica, bem como de ilegalidade pela afronta às normas componentes do regime jurídico-administrativo.

Releva destacar que os regulamentos oriundos do desempenho da função administrativa editados por agente competente para tanto, incluídos os Decretos Regulamentares, são, como espécie dos atos jurídicos gerais ou normativos, considerados atos administrativos⁴⁸e, como conclusão lógica, estarão submetidos à Constituição Federal de 1988, aos ditames da legalidade e ao regime jurídico administrativo com todas as suas particularidades, dentre as quais o condicionamento legitimador em face de todos os requisitos constituintes do ato administrativo, a exemplo dos pressupostos da existência, validade e eficácia.

Convém ressaltar que dentro da classificação dos atos administrativos contempla-se, outrossim, a existência de duas espécies de atos, os denominados atos vinculados e os discricionários.

Atos vinculados são aqueles para os quais a lei estabelece todos os requisitos e condições de sua aplicação no sentido de absorver, praticamente em sua totalidade, a discricionariedade do administrador e, por conta disso, se desatendido *"qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado"*⁴⁹.

⁴⁸ MEIRELLES, *Ibd.*, p. 182. (Cf. nota de rodapé nº 10)

⁴⁹ MEIRELLES, *Ibd.*, p. 171. (Cf. nota de rodapé nº 10)

Por sua vez, tem-se os atos discricionários entendidos como aqueles propiciatórios de escolhas decorrentes de espaços existentes nas leis⁵⁰ e que permitem ao Poder Público alguma margem subjetiva para eleger uma ou mais iniciativas na senda que, arrazoadamente, melhor atenda ao interesse público primário.

Contudo, esse espaço de atuação juridicamente permitido jamais admitirá arbitrariedades, porquanto de uma forma ou de outra o atuar administrativo sempre estará debaixo da lei e na direção da melhor iniciativa que atenda as reais necessidades públicas e administrativas.

O saudoso administrativista Hely Lopes Meirelles⁵¹ aborda a questão com a maestria que lhe é peculiar:

“Atos discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização.

[...]

Já temos acentuado, e insistimos mais uma vez, que ato discricionário não se confunde com ato arbitrário. Discricção e arbítrio são conceitos inteiramente diversos. Discricção é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, portanto, quando permitido pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é, sempre e sempre, ilegítimo e inválido.”

É indiscutível que a discricionariedade sempre sofrerá delimitação que se justifica para evitar eventuais desvirtuamentos e indesejados direcionamentos que possam, em última análise, afrontar outros valores constitucionais e legais.

Do presente raciocínio, poder-se-á sustentar que no caso de descumprimento dessa ordem lógica de considerações, o Poder Público incorrerá em ilegalidade, com as consequências desse vício, isto é, a possibilidade da decretação de invalidade do ato decorrente da nulidade, providência decisória esta levada a efeito pela Administração Pública

⁵⁰ Estas que jamais irão conformar todas as realidades do mundo fenomênico em pormenores e detalhamentos.

⁵¹ MEIRELLES, *Ibd.*, p. 172. (Cf. nota de rodapé nº 10)

ou pelo Poder Judiciário.

Nesse diapasão, a sempre respeitada doutrina⁵² destaca a razão finalística da Administração Pública por meio de seus atos:

"A Administração Pública, como instituição destinada a realizar o Direito e a propiciar o bem comum, não pode agir fora das normas jurídicas e dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, com destaque para o da moralidade administrativa, nem relegar os fins sociais a que sua ação se dirige. A legitimidade da atividade decorre do respeito à lei e aos referidos princípios. Se, por erro, culpa, dolo ou interesses escusos de seus agentes, a atividade do Poder Público desgarrar-se da lei, divorciar-se dos princípios, é dever da Administração invalidar, espontaneamente ou mediante provocação, o próprio ato, contrário à sua finalidade, por inoportuno, inconveniente, imoral ou ilegal. Se o não fizer a tempo, poderá o interessado recorrer às vias judiciárias."

Oportuno registrar, ainda, que a nulidade advirá de vícios em maior ou menor grau em alguns dos elementos, requisitos ou pressupostos componentes do ato administrativo, leia-se, o sujeito, o objeto, a pertinência à função administrativa, o conteúdo, a forma, o motivo, a vontade, os requisitos procedimentais, a finalidade, a causa ou a formalização.

Cumprido, pela pertinência e inclusive pela incidência na temática desenvolvida no presente estudo, evidenciar e particularizar alguns dos elementos e pressupostos do ato administrativo denominados "*conteúdo*", "*finalidade*" e "*causa*", cada qual com suas nuances e escopos definidos dentro da reverenciada doutrina. Para o célebre professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁵³:

"**27. Conteúdo** – normalmente designado objeto, por muitos doutrinadores – é aquele que o ato dispõe, isto é, o que o ato decide, anuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica. É, em suma, a própria medida que produz a alteração na ordem jurídica. Em última instância, é o próprio ato, em sua essência.

Ato cujo conteúdo seja ilícito evidentemente é inválido, ensejando a decretação de nulidade.

[...]

44. Finalidade é o bem jurídico objetivado pelo ato. Vale dizer, é o resultado previsto legalmente como o correspondente à tipologia do ato administrativo,

⁵² MEIRELLES, *Ibd.*, p. 203. (Cf. nota de rodapé nº 10)

⁵³ MELLO, *Ibd.*, pp. 397/398; 409/410 e 412. (Cf. nota de rodapé nº 4)

consistindo no alcance dos objetivos por ele comportados. Em outras palavras: é o objetivo inerente à categoria do ato.

45. Não se pode buscar através de um dado ato a proteção de um bem jurídico cuja satisfação deveria ser, em face da lei, obtida por outro tipo ou categoria de ato. Ou seja: **cada ato tem a finalidade em vista da qual a lei o concebeu**. Por isso, por via dele **só se pode buscar a finalidade que lhe é correspondente, segundo o modelo legal**.

[...]

A propósito do uso de um ato para alcançar finalidade diversa da que lhe é própria, costuma-se falar em 'desvio de poder' ou 'desvio de finalidade'.

[...]

50. Causa: 'É uma relação de adequação entre os pressupostos do ato e seu objeto', diz André Gonçalves Pereira, ou seja, é o vínculo de pertinência entre o motivo e o conteúdo do ato. Pode-se defini-la, de maneira mais correta como 'a correlação lógica entre o pressuposto (motivo) e o conteúdo do ato em função da finalidade tipológica do ato'. Com efeito: tal correlação só é reconhecível e só faz sentido em vista da finalidade legal correspondente ao ato.

[...]

Então, a falta de 'causa', na acepção adotada, invalida o ato administrativo, isto é, se o agente se baseia em motivos que não mantêm congruência, pertinência, com o ato que praticou, este estará viciado. A ausência de adequação lógica entre o pressuposto em que o agente se fundou e o ato que praticou compromete irremissivelmente sua conduta. É que, na lapidar expressão de Caio Tácito: 'A regra de competência não é um cheque em branco.' (d.n.)

Perceptível que a ofensa a qualquer um dos elementos constituintes, pressupostos ou requisitos do ato administrativo supramencionados, a depender do vício incidente, comprometerá o ato, podendo gerar a invalidade deste com as consequências e efeitos advindas da correspondente decretação decisiva.

Desta feita, acerca do elemento “*conteúdo*” do ato administrativo, isto é, daquilo que o ato dispõe, enuncia, resguarda, modifica, extingue ou declara, este para ser válido, deverá, entre outras considerações, ser lícito no sentido de estar em conformidade com a lei e possível no mundo jurídico, ainda mais se tratar de ato cuja origem motivadora, a exemplo de uma lei, não permita a discricionariedade, eis que para a manifestação da “*atividade vinculada, o autor do ato deve limitar-se a fixar como objeto deste o mesmo que a lei previamente já estabeleceu*”

[...]”⁵⁴, sob pena de invalidade.

Relativamente ao pressuposto teleológico da “*finalidade*”, este identifica o escopo do bem jurídico objetivado pelo ato, ou seja, o resultado previsto legalmente na indeclinável senda do interesse público. O não atendimento desse pressuposto, representará “*abuso de poder sob a forma de desvio de finalidade*”⁵⁵ com todas as consequências prejudiciais respeitante à nulidade a depender da gravidade do vício.

Por seu turno, tem-se o pressuposto lógico da “*causa*” do ato administrativo a representar um dos componentes mais importantes alçados pela doutrina. Diz respeito a adequação lógica que sempre deverá existir entre o motivo e o conteúdo do ato, tendo em vista a finalidade tipificada (interesse público) da lei que o fundamenta. Nesse sentido, a falta dessa pertinência entre os fatores aludidos, ensejará a invalidade do ato, pois é de rigor a congruência entre o que se almeja cuidar como conteúdo do ato e o motivo legitimador *a priori*.

Nunca é demais enfatizar que, acerca das consequências e dos efeitos da invalidação de atos eivados de ilegalidade em maior ou menor grau, o princípio da legalidade deverá ser respeitado inexoravelmente, porquanto trata-se de fundamento basilar e condicionante do dever-poder de revisão desses tipos de atos, tanto no sentido de extirpá-los do mundo jurídico quanto na senda de corrigi-los, conforme o caso.

Constata-se dos engenhosos ensinamentos que é um dever-poder dos agentes públicos a conformação estrutural de cada ato que leva a efeito no dia a dia administrativo para a fiel execução das leis, sob pena de, em face do descumprimento de alguns dos requisitos essenciais de qualquer ato administrativo consoante a gravidade de sua ofensa, a exemplo dos indicados anteriormente, ensejar o surgimento de um vício revelador de invalidade a ser decretado por autoridade competente em respeito ao princípio da legalidade.

⁵⁴ FILHO, *Ibd.*, p. 111. (Cf. nota de rodapé nº 24)

⁵⁵ FILHO, *Ibd.*, p. 121. (Cf. nota de rodapé nº 24)

Assim, considerando a hipótese de eventual lei, por meio da tipologia de seus termos, vincular determinada atividade administrativa. Nesse caso, o conteúdo de eventual norma regulamentar (ato administrativo) deverá conformar-se com o teor daquela outra que é hierarquicamente superior, não sendo admitido o estabelecimento de contornos inovadores em normas de escalão subalterno.

Com efeito, dentro do enfoque da função administrativa e do regime jurídico que a delimita, em razão de vício de ilegalidade em sentido amplo correspondendo ao defeito em qualquer elemento ou pressupostos analisados (o conteúdo, a finalidade e a causa do ato), a regra é a da consequência lógica na mira da declaração de invalidade do ato pela nulidade incidente, exceto razões justificadas que permitam a convalidação, saneamento ou outra providência saneadora.

De mais a mais, a exemplo de um ato normativo e administrativo regulamentar editado pelo Poder Executivo que contrarie os termos do artigo 80, inciso IV, não deve ser olvidada a consideração quanto a existência de inconstitucionalidade (art. 102, I, "a" e art. 103 da Constituição Federal de 1988) passível de sua decretação por órgão competente no caso de desetendimento de requisito substancial ou material, considerando a incompatibilidade do objeto de eventual ato normativo com os termos da Constituição Federal de 1988).

5.1 LIMITES DOS ARTIGOS 2º, 5º E 7º DO DECRETO FEDERAL Nº 7.746, DE 2012 - INOVAÇÃO NORMATIVA NÃO PERMITIDA EM LEI.

Depois de versar sobre o tema em seu contexto geral e normativo acerca da sustentabilidade e das licitações públicas, bem como especificamente das questões da legalidade e do limite normativo das normas de escalão regulamentar, convém tratar do exame da validade ou invalidade dos artigos 2º, 5º e 7º do Decreto Federal nº 7.746, de 2012, que

regulamentou o artigo 3º da Lei Federal nº 8.666, de 1993.

A propósito, transcreve-se novamente o texto regulamentar:

“Art. 2º A administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes **poderão adquirir bens e contratar serviços e obras considerando critérios e práticas de sustentabilidade** objetivamente definidos no instrumento convocatório, conforme o disposto neste Decreto.

Parágrafo Único. A **adoção de critérios e práticas de sustentabilidade deverá ser justificada** nos autos e preservar o caráter competitivo do certame.

[...]

Art. 5º A administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes **poderão exigir no instrumento convocatório para a aquisição de bens que estes sejam constituídos por material reciclado, atóxico ou biodegradável, entre outros critérios de sustentabilidade.**

[...]

Art. 7º O instrumento convocatório **poderá prever que o contratado adote práticas de sustentabilidade na execução dos serviços contratados e critérios de sustentabilidade no fornecimento dos bens.**”

Extrai-se indubitavelmente do teor dos dispositivos trazidos à colação o fator facultativo da eleição de critérios e práticas de sustentabilidade ambiental e social sem qualquer parâmetro razoável e em desacordo com o rigor vinculante do texto da Lei Federal nº 8.666, de 1993 (art. 3º), restando invertida a linha mestra do comando normativo da finalidade do "*desenvolvimento sustentável*" contemplado pelo legislador pátrio competente, ainda mais pelo fato de o objeto protegido constante no preceito legal apontado ser de indispensável essência e relevância, sendo inescapável a proteção do meio ambiente e do bem estar social e, em decorrência, da saúde e da dignidade humana.

Com efeito, segundo se constatou em parágrafos anteriores, a lei de regência das licitações e contratos administrativos, com a recente alteração e redação do artigo 3º, oportunizada pela Medida Provisória nº 495 de 2010 e consolidada pela Lei Federal nº 12.349 de 2010, trouxe comando expresso e vinculativo para os aplicadores da lei.

Cumpra trazer à colação os termos da capitulação legal em comento:

“Art. 3º **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** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)” (d.n.)

Nesse contexto de sujeição do atuar administrativo, resta indubitável que o conteúdo das disposições regulamentares acima transcritas demonstra o contrário do que a lei (art. 3º) entende como motivação razoável para o desempenho administrativo de qualquer aplicador do direito.

Essas considerações afiguram, salvo melhor juízo, como desrespeitosas da Constituição Federal de 1988 (afrenta ao artigo 84, inc. IV) e da legalidade (ofensa aos elementos e pressupostos do ato administrativo discorridos anteriormente, leia-se, o conteúdo, a finalidade e a causa) com a possibilidade de a qualquer momento serem declaradas inconstitucionais pela Corte Suprema e ilegais pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário, neste caso se provocado por quem de direito.

Nunca é demais reiterar a sustentação argumentativa de que ao regulamento federal não é permitido inovar na ordem jurídica no sentido de facultar àquilo que a lei não permitiu que o fizesse, como se verificou com os termos das normas dos artigos 2º, 5º e 7º.

Essa posição se justifica, porquanto o aludido artigo 3º trouxe comando expresso e vinculativo ao prescrever que, dentre outras considerações, 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[...]"***

Nesse sentido, para a pormenorização da norma, por meio de Regulamento para a posterior aplicabilidade, à autoridade pública, metaforicamente, somente seria permitido

cuidar de uma incisura no produto do preceito e extrair dele o seu substrato, não sendo admitido qualquer fator estrógeno inovador, distópico e dissociador dos contornos estampados na *lex* orientadora, sob pena do comprometimento da “*eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário*”.⁵⁶

Com efeito, consoante o elemento “*conteúdo*” do ato administrativo (Decreto Federal nº 7.746 de 2012), aquilo que algumas de suas disposições (arts. 2º, 5º e 7º) enunciam para a tutela do bem jurídico objeto da norma, ou seja, o aspecto facultativo na eleição de critérios e parâmetros de sustentabilidade em editais de licitação e contratos administrativos, parece desbordar do fundamento da lei orientadora, porquanto segundo se observou anteriormente, o artigo 3º traz comando obrigatório e vinculante e não discricionário para garantir, dentre outros valores, o “*desenvolvimento nacional sustentável*”.

No mesmo diapasão, afigura seguro sustentar, outrossim, que o pressuposto teleológico da “*finalidade*” restou ferido pelos artigos regulamentares sob comento, porquanto em face das proposições estampadas nas normas com teor facultativo, a dificuldade de se garantir o interesse público primário na senda da qualidade social e do meio ambiente ecologicamente equilibrado será sobremaneira maior.

Desta feita, ao contrário dos termos da lei regente das licitações e contratos administrativos e da Instrução Normativa nº 1 da MPOG vistas anteriormente, o aludido Decreto Regulamentar ao imprimir em seus termos, como conteúdo e regra, a opção de escolha à Administração Pública no que concerne à definição de critérios e parâmetros sustentáveis nas licitações e contratos públicos na esfera federal, crê-se que isso poderá gerar indiferença e, talvez, resistência na utilização de procedimentos representativos desse novel papel indutor da atividade econômica para o atingimento da concretização dos valores constantes no texto do artigo 3º da lei geral, dentre os quais, a busca do interesse público

⁵⁶ MEIRELLES, *Ibd.*, p. 171. (Cf. nota de rodapé nº 10)

primário no norte do desenvolvimento sustentável para o bem-estar social e ambiental das presentes e futuras gerações, representando um grande risco de insucesso e fracasso da eficácia da reiterada norma superior (art. 3º da Lei Federal nº 8.666, de 1993).

Nesse sentido, se a lei traz na hipótese o comando vinculante para a garantia do valor sob análise e a Administração edita ato administrativo facultando essa determinação, a razão lógica é a de que tais dispositivos do aludido Ato Regulamentar são ilícitos, representando um abuso de poder da autoridade subscriitora, sendo um dever-poder a invalidação dos mesmos por si mesma ou por órgãos de controles competentes. Logo, a constatação é a de que a finalidade tipológica do artigo 3º tem um comando vinculante e o desvio de finalidade culminou com a inovação da ordem legal, desamparada de qualquer competência constitucional e legal legitimadora desse proceder, que flexibilizou o que a lei não autorizou fazê-lo.

Por derradeiro, outro pressuposto (lógico) componente do ato administrativo que entende-se frustrado, é a “*causa*”. Esta será legítima se o motivo justificador do ato e o conteúdo deste estiverem adequados logicamente, tendo em vista a finalidade tipológica pública do ato a ser indefectivelmente perseguida.

In facta, da avaliação das indigitadas normas regulamentares – artigos 2º, 5º e 7º do Decreto Federal nº 7.746, de 2012, verifica-se a falta de pertinência lógica entre o motivo, isto é, os termos vinculantes do artigo 3º da Lei Federal nº 8.666, de 1993 e o conteúdo dos dispositivos regulamentares que facultam a eleição de critérios isonômicos de sustentabilidade, contrariando, consoante já destacado, a Constituição Federal de 1988, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos e comprometendo, a bem da verdade, a eficácia normativa e a finalidade do interesse público constante do preceito legal.

Portanto, resta clara a incompatibilidade do motivo (dispositivo vinculante da lei – art. 3º) e o conteúdo dos dispositivos *sub examine* (arts. 2º, 5º e 7º), tendo em vista a

finalidade de interesse público que conclama, além de outros valores albergados pelo sistema jurídico pátrio, o indeclinável dever da promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas licitações e contratos administrativos.

De mais a mais, dentro da lógica de que toda regra tem a sua exceção, afigura-se como posição bastante razoável o entendimento de que a eleição de critérios sustentáveis nas licitações e contratos públicos deverá ser obrigatória como regra, somente cabendo avaliar considerações excludentes no caso de circunstâncias motivadas no processo administrativo que demonstrem valor demasiado do objeto e a desvantajosidade ao interesse público ou comprometam sobremaneira a competitividade do certame no caso concreto.

Nesses termos, caberia à Administração justificar a exceção a exemplo do que ocorre comumente em qualquer caso excepcional.

Aliás, nesse quadrante, nunca é demais lembrar as lições do renomado administrativista Juarez Freitas⁵⁷, o qual sustenta que *"a sustentabilidade não é princípio abstrato ou de observância protelável: vincula plenamente e se mostra inconciliável com o reiterado descumprimento da função socioambiental de bens e serviços"*.

⁵⁷ FREITAS, *Ibd.*, p. 39.(Cf. nota de rodapé nº 32)

6 CONCLUSÃO

Em face de todas as considerações aduzidas no presente trabalho, pode-se concluir que a abrangência das licitações e contratos administrativos no cenário cotidiano das atividades administrativas tem tomado um vulto nunca antes visto no mundo e particularmente no Brasil.

Com efeito, o Estado tem se agigantado sobremaneira, e, por conta disso, têm sido exigidas providências múltiplas desse ente, dentre as quais o estabelecimento de uma infinidade de relações com terceiros para atendimento de suas finalidades internas e do interesse público primário.

O instituto das Licitações Públicas e Contratos Administrativos diretriz concebida na Constituição Federal de 1988 e regulamentada pela Lei Federal Geral nº 8.666, de 1993, tem desempenhado um papel indispensável como fator moralizador dos ajustes levados a efeito pela Administração Pública no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em que pese esteja necessitando de alterações formais e materiais adaptativas à evolução da sociedade.

De outra sorte, nos dias atuais, não resta dificultosa a constatação de que o desenvolvimento *lato sensu* não deve ser analisado em si mesmo, e sim qualificado com o valor da sustentabilidade no sentido de harmonizar os fatores jurídico-político, a ética, o social e o ambiental; e o Poder Público por razões de interesses primários da coletividade e não seus, pela lógica, jamais deverá esquivar-se dessa realidade.

Essa influência tem permitido que estudiosos das mais diversas áreas concentrem seus estudos nessa temática com o intento de uma constante busca por uma conscientização e efetivação de uma proposta inovadora com apelo sustentável.

Mesmo que tardiamente, parte-se da compreensão de uma realidade espacial holística de mundo em que cada ser constituinte interage com os demais. Assim, o fato de se

estar inserido dentro desse sistema ambiental, as consequências prejudiciais que incidem em um determinado elemento constituinte indefectivelmente refletirão em outras searas, podendo, na pior das hipóteses, representar a degradação de uma infinidade de seres, dentre os quais o de maior valor constitucional, leia-se, o ser humano, cuja dignidade deverá condizer com a qualidade de vida em sua maior abrangência.

À guisa dessa evolução nos últimos anos tanto pelos diversos setores da sociedade quanto pelo Poder Público no desenvolvimento de suas atividades, constata-se o evoluir progressivo jurídico da sustentabilidade precipuamente no âmbito da Administração Pública; todavia, essa situação precisa se consolidar, eis que, se assim não ocorrer com celeridade, poder-se-á comprometer a salubridade das presentes e, ainda mais, das futuras gerações.

Assim, em uma das vias de atuação, o Estado Administrativo, utilizando-se de seu potencial de compra, por meio do instrumento da licitação e dos contratos sustentáveis, deverá cumprir o seu papel, não mais somente nos moldes prioritariamente econômicos tradicionais, mas sim guiado pelo perfil regulatório e interventivo na economia com a definição de condições e critérios de escolha justificados juridicamente para aqueles interessados em se relacionar com a Administração no sentido da oferta de bens, da prestação de serviços, da execução de obras, entre outros objetos.

Essa função social regulatória relevantíssima, em que pese a geração de resistências corporativas de uma infinidade de setores do mercado, como ocorre em qualquer ordem de mudanças, influenciará a médio e longo prazo nas adaptações dos processos e fatores de produção, proporcionando as adequações indispensáveis para o atingimento do escopo harmonioso dos valores tratados nesse trabalho.

Desta feita, emerge que os comandos constitucionais dos artigos 170 e 225 já acolheram as bases para o desenvolvimento sustentável e as raízes para o enfrentamento normativo das licitações e contratos administrativos.

Respectivos valores deverão ser harmonizados no sentido de se respeitar a livre iniciativa no desenvolvimento das atividades econômicas sem olvidar da garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado, da digna tutela social, tendo em vista a proeminência da dignidade da pessoa humana.

Decorrente desse embasamento constitucional, bem como de orientações oportunas de Tratados Internacionais assinados pelo Brasil, além de disposições legislativas e regulamentares, a exemplo das normas da Lei de Mudanças Climáticas (Lei Federal nº 12.187, de 2009), da Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei Federal nº 12.305, de 2010), da recente Instrução Normativa nº 1, de 2010 da SLTI/MPOG, foi surgindo o arcabouço jurídico condutor da interpretação sustentável desde há muito factível de implementação.

No entanto, com a evolução das normas nesse sentido, chegou-se ao atual cenário obrigatório das licitações e contratações sustentáveis. Isso se deu por meio da nova redação do artigo 3º da lei regente das licitações e contratos administrativos, que espancou qualquer dúvida a respeito da força pujante já outrora extraída do sistema jurídico, contudo não efetivada juridicamente por normas claras nesse sentido.

Portanto, a adoção de critérios de sustentabilidade nas licitações e contratos administrativos é um dogma hodiernamente, fator que jamais deverá ser omitido pelos agentes competentes na eleição de parâmetros razoáveis.

Trata-se de norma de ordem pública, não permitindo a sua disposição, até porque os dois principais vetores da Administração Pública são os princípios da Supremacia do Interesse Público e o da Indisponibilidade do Interesse Público.

Nesse sentido o Estado jamais poderá dispor do sistema normativo e legal constitutivo de componentes delimitadores que busca no âmbito das licitações e contratos harmonizar os pilares jurídico-político, ético, ambiental e social, cujos destinatários últimos

são os seres humanos presentes e das gerações futuras.

Restou demonstrado também que não existe uma incompatibilidade entre as licitações e os ajustes sustentáveis com os princípios finalísticos da contratação mais vantajosa e da igualdade (competitividade), tratando-se de mera aparência, eis que a conclusão razoável advirá da ponderação dos reiterados valores retratados por normas legítimas dentro do ordenamento jurídico.

Fator de grande realce é aquele relativo à amplitude do Poder Regulamentar dos poderes constituídos. De direito, esses poderes estão adstritos à lei para fins de sua atuação típica e atípica.

Consoante se observou, as normas regulamentares do Decreto Federal nº 7.746, de 2012 (arts. 2º, 5º e 7º), consequência de ato administrativo que são, afiguram-se como desrespeitosas da Constituição Federal de 1988, de importantes diplomas legais (entre os quais a própria Lei Federal nº 8.666, de 1993, com a novel capitulação do artigo 3º) e do regime jurídico-administrativo no tocante aos elementos componentes e pressupostos de qualquer ato administrativo, leia-se, o conteúdo, a finalidade e a causa. Logo, segundo o entendimento alicerçado nesse trabalho, afiguram eivadas de inconstitucionalidade e ilegalidade, sendo inválidas e, como regra, carecendo de decretação de nulidade pelos meios idôneos e órgãos competentes.

Destaca-se que jamais a lei de licitações com o novel texto proporcionado pela Lei Federal nº 12.349, de 2010, reservou ao Administrador Público margem discricionária no sentido de facultá-lo no proceder da eleição de critérios sustentáveis nas licitações e contratos públicos.

Essa consideração, se levada a efeito pelo Poder Público, representa uma inovação legislativa irremissível no sistema jurídico pátrio que não contempla os denominados "*Regulamentos Autônomos*", consoante se extraí claramente do artigo 84, inciso IV, da Magna

Carta.

Por derradeiro, parece que a única consideração mais razoável e condizente com o sistema jurídico pátrio seria a de que a não eleição de critérios sustentáveis, exceção à regra obrigatória e vinculante, somente se justificaria no caso de haver minuciosa demonstração objetiva no processo administrativo da inviabilidade fática do trato de critérios e parâmetros sustentáveis nos editais e termos contratuais, em razão de flagrante desvantajosidade ou comprometimento cabal da competitividade, sob pena de o recente dispositivo da lei de licitações se frustrar e representar "*letra morta*".

7 REFERÊNCIAS

Disponível em: <http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/estatisticas/01_a_10_informativo_comprasnet_dados_gerais_2013.pdf>. Acesso em: 30 de jul. 2014. 19:15:25.

BATISTA, Henrique Gomes ; PRESTES, Cristiane. **Guia Valor Econômico de licitações**, 1ª ed.: Globo, 2004.

Licitações e Contratações Sustentáveis/Coordenadores: Murillo Giordan Santos; Teresa Villac Pinheiro Barki; prefácio de José Renato Nalini. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitações e Contrato Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008.

GASPARINI, Diogenes, **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JÚNIOR, José Cretella. **Filosofia do Direito Administrativo**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito Administrativo, volume 19**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FAGUNDES, Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

CAMMAROSANO, Márcio. **O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque. **Dicionário Aurélio Eletrônico – Século XXI**. Versão 3.0. Nova Fronteira, 1999.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NALINI, José Renato. **Ética ambiental**. 3ª ed. Campinas: Millennium, 2010.

Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>>. Acesso em: 13 de ago. 2014. 20:08:12

FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FERREIRA; MOREIRA; RAMOS, **Advocacia cidadã e a agenda ambiental da administração pública**. Revista da AGU.

Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Estatisticas/2013/01_A_12_INFORMATIVO_COMPRASNET_Compras_Sustentaveis_2013.pdf>. Acesso em: 14 de out. 2014. 12:05:25

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

8 ANEXOS

ANEXO A

ADI 3540 MC/DF – DISTRITO FEDERAL
MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Relator (a): Min. CELSO DE MELLO
Julgamento: 01/09/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528

[...]

Ementa

EMENTA: MEIO AMBIENTE – DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) – PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE – DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE – NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGENERACIONAIS – ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) – ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE – MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI – SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGIAS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/ OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL – RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) – COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES – OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) – A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) – DECISÃO NÃO REFERENDADA – CONSEQUENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de

titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. **A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE.** - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, ART. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. **A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA.** - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. **O ART. 4º DO CÓDIGO FLORESTAL E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.166-67/2001: UM AVANÇO EXPRESSIVO NA TUTELA DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.** - A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público – qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) – autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações exigências abstratamente estabelecidas em lei, não

resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III).

Decisão

O Tribunal, por maioria, negou referendo à decisão que deferiu o peido de medida cautelar, restaurando-se, desse modo, em plenitude, a eficácia e a aplicabilidade do diploma legislativo ora impugnado nesta sede de fiscalização abstrata, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Nelso Jobim. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso e, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Falara, pelo requerente, o Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República; pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa, Advogado-Geral da União; pelos amici curiae, Estados de São Paulo, Minas Gerais e Espírito Santo; Confederação Nacional da indústria – CNI e Instituto Brasileiro de Mineração – IBRAM, respectivamente, os Doutores José do Carmo Mendes Júnior, Procurador-Geral do Estado, em exercício; Lyssandro Norton Siqueira, Procurador-Geral do Estado; Maria Cristina de Moraes, Procuradora-Geral do Estado, em exercício; Maria Luiza Werneck dos Santos e Marcelo Lavocat Galvão. Plenário, 1º. 09.2005;

Dados disponíveis

em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283540%2ENU ME%2E+OU+3540%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%29%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ns5ckfj>> Acesso em 02.10.2014

ANEXO A

TC – 003.405/2010-9 – Min. Relator Benjamin Zymler:

“[...] louvável a preocupação dos gestores em contratar empresas que adotem em seus processos produtivos práticas responsáveis ambientalmente. [...] a adoção dessas restrições ambientais deve se dar paulatinamente, de forma que os agentes do mercado possam se adaptar a essas novas exigências antes delas vigorarem plenamente. 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. [...]”