



**Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP**  
**Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em**  
**Direito Administrativo**

**BEATRIZ MONZILLO DE ALMEIDA**

**A contratação pública sustentável sob a ótica  
dos princípios gerais de licitação.**

**Brasília - DF**

**2011**

**BEATRIZ MONZILLO DE ALMEIDA**

**A contratação pública sustentável sob a ótica  
dos princípios gerais de licitação.**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu (\*) do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup> Júlia Maurmann Ximenes

**Brasília - DF**

**2011**

**BEATRIZ MONZILLO DE ALMEIDA**

**A contratação pública sustentável sob a ótica  
dos princípios gerais de licitação.**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu (\*) do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup> Júlia Maurmann Ximenes

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_/\_\_/\_\_, com menção \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_\_).

Banca Examinadora:

---

**Presidente: Prof.**

---

**Integrante: Prof.**

---

**Integrante: Prof.**

## RESUMO

O objetivo do presente trabalho consiste em examinar a juridicidade das contratações públicas sustentáveis sob a ótica de dois dos princípios fundamentais da licitação, a saber: economicidade e liberdade de competição. Busca-se, dessa forma, verificar se a inserção de critérios ecológicos nos certames licitatórios acarreta ônus excessivo ao erário e/ou restringe indevidamente a concorrência nas contratações públicas. A pesquisa foi estruturada em três capítulos e desenvolvida sob uma abordagem dogmática, isto é, analisando-se o tripé: doutrina, legislação e jurisprudência. No primeiro capítulo, demonstrou-se que a implementação da contratação sustentável está amparada por acordos internacionais, disposições constitucionais, legais e infra-legais. No capítulo subsequente, analisou-se essa prática sob o ponto de vista de seus custos, chegando-se à conclusão de que o valor eventualmente mais elevado dos produtos ou serviços ecológicos, por si só, não pode servir de obstáculo a essa modalidade de contratação. Ponderou-se, todavia, que a Administração não está obrigada a contratar o produto mais caro ou o mais moderno, a pretexto de contribuir para a preservação do meio ambiente. No derradeiro capítulo, analisou-se a contratação "verde" sob a ótica da liberdade de competição, ocasião em que se concluiu que a Administração possui a discricionariedade de inserir determinados critérios em suas licitações, sem que isso signifique restrição indevida da concorrência.

Palavras-chave: Contratação pública sustentável. Juridicidade. Economicidade. Livre concorrência.

## **ABSTRACT**

The aim of this study is to examine the juridicity of sustainable public procurement from the perspective of two fundamental principles of public bidding, namely: economy and free competition. In other words, it aims to analyse whether the inclusion of ecological criteria in bidding contests entail excessive burden to the treasury and/or unduly restricts competition in public procurements. The research was structured in three chapters and developed under a dogmatic approach. In the first chapter, it was shown that the implementation of sustainable procurement is supported by international agreements and by constitutional and infra constitutional rules. In the subsequent chapter, this practice is analyzed from the perspective of its costs, coming to the conclusion that the higher value of green products or services, by itself, can not serve as an obstacle to this type of contract. However, it was explained that the Administration is not obligated to hire the most expensive product or the most modern, on the pretext of contributing to the preservation of the environment. In the final chapter, the "green" public procurement was studied from the point of view of the principle of free competition, at which time it was concluded that the Administration has the discretion to enter certain criteria in their bids, without unduly restricting competition.

Keywords: Sustainable public procurement. Juridicity. Economy. Free competition.

# SUMÁRIO

Introdução .....	06
1. A contratação pública sustentável e as normas gerais das licitações .....	11
1.1 Fundamentos da contratação pública sustentável .....	11
1.2 As normas gerais das licitações como eventuais obstáculos à implementação das contratações sustentáveis .....	16
2. Economicidade X Sustentabilidade .....	20
2.1. O preço elevado como eventual obstáculo para a contratação sustentável .....	20
2.2. Licitação sustentável do tipo menor preço .....	24
2.3. A discricionariedade da Administração no tocante à escolha do objeto da licitação .....	27
2.4. O momento de optar pela contratação sustentável .....	29
2.5. Soluções administrativas .....	30
3. A liberdade de concorrência nas contratações públicas sustentáveis .....	32
3.1. A razoabilidade e a pertinência dos critérios ambientais .....	34
3.2. Critério ecológico como requisito de desempate .....	37
3.3. Sustentabilidade na execução do contrato .....	39
3.4. Critérios ambientais como requisito de habilitação .....	41
4. Conclusões .....	42
5. Referências bibliográficas .....	48

## INTRODUÇÃO

A preocupação do ordenamento jurídico brasileiro com o meio ambiente é relativamente recente. Embora as constituições anteriores tenham feito algumas referências esparsas aos recursos naturais<sup>1</sup>, foi apenas com a promulgação da Lei Fundamental de 1988 que se assegurou o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e impôs-se ao poder público e à coletividade o dever de preservá-lo e defendê-lo<sup>2</sup>.

A partir de então, o tema ganhou especial atenção, passando-se a desenvolver ações com o intuito de assegurar a efetividade de tal direito. Em um primeiro momento, a atuação estatal tinha um caráter eminentemente regulador, fiscalizatório. Noutros termos, o Poder Público limitava-se a controlar a atuação dos particulares, definir espaços e componentes ecológicos a serem protegidos e expedir licenciamentos.

Nessa época, ainda não havia a plena consciência de que a própria Administração Pública poderia figurar como potencial agressora do meio ambiente<sup>3</sup> e que, por tal razão, também deveria preocupar-se com a sustentabilidade de suas atividades.

Esse cenário, todavia, vem sofrendo mudanças. Atualmente, é incontestável que a atuação do Estado em prol da natureza pode ser bem mais abrangente do que o simples fiscalizar. Como bem afirmou JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO<sup>4</sup>, "as imposições constitucionais ecológicas estão abertas à (pluri)diversidade de formas de protecção". Não por outra razão, vem ganhando força a ideia disseminada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD)<sup>5</sup>, realizada no Rio de Janeiro em 1992, de que as Administrações Públicas em geral – e não apenas os órgãos de proteção ambiental – podem, e devem, contribuir com a redução de resíduos e diminuição da emissão de gases de efeito estufa.

1 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 51.

2 Art. 225. 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.

3 LOZANO CUTANDA, Blanca. **Derecho Ambiental Administrativo**. 10ª ed. Madrid: Dykinson, 2009, p. 114.

4 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 182.

5 Também conhecida como ECO-92.

Conforme reconhecido no item 4.23 da Agenda 21<sup>6</sup>, os entes governamentais são grandes consumidores de bens e serviços, "podendo exercer considerável influência tanto sobre as decisões empresariais como sobre as opiniões do público".

Essa concepção foi o ponto de partida para que, dez anos mais tarde, na Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável, realizada em Joanesburgo, fosse produzido um documento intitulado Plano de Implementação<sup>7</sup>, no qual os países signatários se comprometeram a tomar medidas para "promover as políticas de compras públicas que incentivem o desenvolvimento e a disseminação de bens e serviços ambientalmente saudáveis."

Na esteira das recomendações internacionais, o Brasil editou a Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009, fazendo constar, em seu art. 6º, XII<sup>8</sup>, que o estabelecimento de critérios ecológicos nas licitações públicas é um dos instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC. Mais recentemente, editou também a Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, que alterou o art. 3º da Lei de Licitações<sup>9</sup>, inserindo a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como diretriz dos procedimentos de contratação pública.

---

6 Documento assinado por 179 países participantes da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD), que constitui a mais abrangente tentativa já realizada de promover, em escala planetária, um novo padrão de desenvolvimento, denominado "desenvolvimento sustentável". O termo "Agenda 21" foi usado no sentido de intenções, desejo de mudança para esse novo modelo de desenvolvimento para o século XXI. Fonte: [www.mma.gov.br](http://www.mma.gov.br), Acesso em 21 de abril de 2011.

7 Disponível em: <[www.mma.gov.br/estruturas/ai/\\_arquivos/pijoan.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/ai/_arquivos/pijoan.doc)>, Acesso em 21 de abril de 2011.

8 Art. 6º São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima:  
(...)

XII - as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, **dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas**, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos; (Grifou-se).

9 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. (Grifou-se).

Diante da evolução normativa da matéria, tornou-se evidente a necessidade de os entes públicos se preocuparem com a sustentabilidade de suas contratações. Todavia, a inserção de critérios ecológicos nas licitações ainda suscita questionamentos que merecem ser estudados.

Segundo pesquisa encomendada pela Direção Geral de Meio Ambiente da Comissão Europeia<sup>10</sup>, o maior empecilho para a realização de uma compra sustentável consiste na percepção de que os produtos ecológicos são mais caros que os demais. Embora referido estudo não tenha abrangido a realidade brasileira, percebe-se que as dificuldades ali apontadas também podem ser verificadas em nosso país. Com efeito, se os procedimentos licitatórios visam a contratação da proposta mais vantajosa, o preço elevado dos produtos e serviços "verdes" poderia, em tese, inviabilizar sua aquisição.

Além disso, a contratação sustentável também pode gerar dúvidas referentes à eventual limitação da concorrência, à quebra da isonomia entre os participantes e ao direcionamento da compra pelo órgão público adjudicante.

Considerando as questões acima mencionadas, o presente trabalho pretende investigar em que medida as contratações públicas sustentáveis são compatíveis com os princípios e regras gerais da licitação.

O objeto deste estudo reveste-se de relevância e atualidade não apenas em razão das recentes inovações legislativas, mas também pelo fato de que, em 2012, o Brasil sediará a Conferência das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável, oportunidade em que os países participantes realizarão um balanço sobre a efetiva implementação das recomendações exaradas durante a ECO-92.

Assim, buscando compreender as dificuldades que envolvem a efetivação das contratações públicas sustentáveis e contribuir para o debate em torno da concretização dessa prática, o presente trabalho terá uma abordagem essencialmente dogmática e será estruturado em três capítulos:

---

<sup>10</sup> BOUWER M, et al. **Green Public Procurement in Europe 2005 - Status overview**. Disponível em: <<http://europa.eu.int/comm/environment/gpp/media.htm#state>>. Acesso em 10 de abril de 2011.

No primeiro deles, tratar-se-á dos fundamentos da contratação pública sustentável e dos princípios gerais da licitação que supostamente representariam obstáculo à efetivação daquela prática.

No segundo capítulo, analisar-se-á o suposto conflito entre a contratação sustentável e o princípio da contratação mais vantajosa, buscando-se verificar se o preço mais elevado dos produtos ecológicos seria um impeditivo jurídico para realização das licitações "verdes".

Por fim, no terceiro capítulo investigar-se-á se inserção de critérios ecológicos nas licitações restringe o caráter competitivo da licitação.

# 1. A CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL E AS NORMAS GERAIS DAS LICITAÇÕES.

## 1.1. Fundamentos da contratação pública sustentável

O Direito Administrativo vem demonstrando, neste século XXI, novas preocupações no tocante às licitações. Além das questões tradicionais, relacionadas à garantia da concorrência, da boa gestão dos recursos, da imparcialidade das entidades adjudicadoras e da prevenção contra a corrupção, discute-se agora a possibilidade de os contratos administrativos servirem como instrumento de realização de políticas públicas<sup>11</sup>.

Segundo JOSÉ M<sup>º</sup> GIMENO FELIÚ, os contratos firmados pela Administração não constituem exclusivamente um meio de abastecimento do Estado, mas também uma forma de intervenção na vida econômica, social e política do país<sup>12</sup>. Isto significa que a contratação pública não deve mais ser considerada um fim em si mesma, mas sim uma ferramenta jurídica a serviço da Administração, para o cumprimento efetivo de seus fins<sup>13</sup>.

Não basta, portanto, que as licitações sejam presididas pela busca da maior eficiência econômica, como ocorre nas empresas privadas<sup>14</sup>. É preciso dar a este instituto jurídico o alcance necessário para que possa auxiliar ou influenciar a concretização de políticas de interesse geral.

Diante dessa perspectiva dos contratos administrativos e da crescente preocupação ambiental demonstrada por diversos Estados, percebeu-se que a inserção de critérios ecológicos na contratação pública poderia constituir eficaz medida para reduzir a emissão de gases de efeito estufa, difundir a consciência ambiental e estimular o mercado a produzir maior quantidade de bens ecológicos.

11 ESTORNINHO, Maria João. **Direito Europeu dos Contratos Públicos**: um olhar português. Coimbra: Almedina. 2006, p. 7.

12 GIMENO FELIÚ, José M<sup>º</sup>. **La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española**. Madrid: Civitas, 2006, p. 17.

13 *Id. ibid.* p. 16.

14 MARTINEZ FONS, Daniel. **Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública**. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3175812>>, p.7, Acesso em 10 de março de 2011.

Surge, então, o conceito de contratação "verde", segundo o qual as licitações públicas devem dar preferência aos produtos com menor impacto ambiental, cujo processo de produção incorpore padrões socioambientalmente sustentáveis<sup>15</sup>. Dito de outro modo, os contratos da Administração devem prestigiar não apenas o valor econômico dos bens ou serviços a serem adquiridos, mas também sua durabilidade, sua eficiência energética, seu impacto no meio ambiente, o volume de resíduo que produzem, dentre outros fatores.

Com a adoção de parâmetros ecológicos para a seleção das melhores propostas, o Poder Público pode colaborar efetivamente com a preservação do meio ambiente e, ainda, estimular os agentes econômicos a se adequarem aos novos padrões de exigência. Como se sabe, à medida que um grande consumidor<sup>16</sup> passa a demandar que os bens, serviços e obras estejam dentro de certos padrões, o setor produtivo se adapta a essas exigências, o que acaba por tornar os produtos ecológicos mais comuns e acessíveis ao público em geral.

Nessa ordem de ideias, é possível afirmar que a contratação pública sustentável, além de configurar uma boa prática administrativa, é também uma forma de intervenção do Estado na ordem econômica. Isso porque o mercado, por si só, dificilmente teria a iniciativa de adotar práticas ecológicas, não fosse a demanda estatal. Trata-se, por assim dizer, de uma espécie de fomento, em que o Poder Público incentiva a adoção de modos de produção ecologicamente sustentáveis em troca da possibilidade de as empresas celebrarem contratos com a Administração.

Essa é também a visão de LENA BARCESSAT<sup>17</sup> para quem "o Poder de compra da administração, (...) deve, sem sombra de dúvidas, ser utilizado com finalidades regulatórias, tornando o Estado um fomentador do desenvolvimento socioambiental".

---

15 FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. As licitações públicas e as novas leis de mudança climática e de resíduos sólidos. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p.118.

16 As contratações públicas representam aproximadamente 15% do PIB, segundo dados constantes na página web do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Disponível em: <http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/?p=1407>. Acesso em 09 de março de 2011.

17 BARCESSAT, Lena. Papel do Estado brasileiro na ordem econômica e na defesa do meio ambiente: necessidade de opção por contratações públicas sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 67-81. p. 77.

De fato, se a atuação fiscalizatória do Poder Público não foi capaz de deter o processo de degradação do ecossistema<sup>18</sup>, é chegada a hora de mudar a estratégia e promover o incentivo ao desenvolvimento sustentável por meio de ações positivas por parte do Estado.

Aliás, essa obrigação decorre do próprio texto Constitucional, que, na parte final do já citado artigo 225, impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender o meio ambiente e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Dever este que, segundo FERNANDA LUIZA FONTOURA DE MEDEIROS<sup>19</sup>, não se reveste apenas de caráter negativo (abstencionista), mas também de caráter positivo (prestacional), na medida em que impõe a todos a obrigação de não degradar e, ao mesmo tempo, a obrigação de fazer algo em prol do meio ambiente.

Não fosse o bastante, o artigo 170, VI<sup>20</sup>, do texto fundamental, com a redação que lhe foi dada pela Emenda nº 42, de 19 de dezembro de 2003, assegurou a todos uma existência digna, por meio da "defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços de seus processos de elaboração e prestação."

A proteção ambiental é, portanto, um valor encampado constitucionalmente, um paradigma da ordem jurídica e, como tal, representa um interesse público, ou seja, uma diretriz efetivamente vinculante para a máquina estatal<sup>21</sup>. Como bem ponderado por CANOTILHO, "não está na livre disposição dos poderes públicos decidir se o ambiente (os elementos naturais da vida) devem ou não ser protegidos e defendidos. A imposição constitucional é clara: devem!"<sup>22</sup>

18 LOZANO CUTANDA, Blanca. Eclósión y crisis del derecho ambiental. **Revista de Administración Pública**, n. 174, Madrid, septiembre-diciembre (2007), p. 367.

19 MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio ambiente: direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 127.

20 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. (Redação determinada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003).

21 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 104.

22 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2ª ed. Coimbra: Almedina,

Nesse panorama, as contratações públicas sustentáveis despontam como importante instrumento estatal capaz de conferir eficácia plena aos citados comandos constitucionais. De fato, é por meio dessa prática que o Estado não apenas concretiza o dever de proteção ambiental, mas também confere tratamento diferenciado a produtos e serviços com menor impacto ambiental, nos exatos termos dos dispositivos constitucionais acima mencionados.

Vale salientar, outrossim, que o princípio do desenvolvimento sustentável encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro<sup>23</sup>.

Ainda que alguns importantes acordos internacionais em matéria ambiental não tenham sido internalizados em nosso ordenamento jurídico por meio do procedimento constante no art. 84, VIII da Constituição Federal<sup>24</sup>, é evidente que tais compromissos gozam de obrigatoriedade moral e devem ser cumpridos pelos órgãos da Administração.

Por outro viés, vale lembrar que o Código Civil brasileiro consagrou o princípio da função social do contrato<sup>25</sup>, segundo o qual as partes de uma relação jurídica não devem buscar unicamente a satisfação de seus interesses individuais, mas também o atendimento de "interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica"<sup>26</sup>. Assim, os deveres dos contratantes não se restringem àqueles assumidos inter-partes, abrangendo também o dever implícito de não causar danos à sociedade.

Sob este prisma, parece claro que o princípio da autonomia da vontade, fruto do paradigma do Estado Liberal, paulatinamente, vem dividindo espaço com valores transindividuais, tais como a proteção dos consumidores, das relações de trabalho, do meio ambiente, dentre outros. No caso dos contratos administrativos, essa constatação é

---

2008, p. 181.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.540-MC. Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 03 de fevereiro de 2006.

24 "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

III - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional";

25 Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

26 TEPEDINO, Gustavo. *et al.* **Código civil interpretado conforme a Constituição da República** - vol. II. Rio de Janeiro: Renovar. 2006, p.14.

ainda mais evidente, uma vez que a finalidade destes negócios jurídicos não é outra senão atender aos interesses da coletividade.

Nesse contexto, um contrato público que não observa normas de sustentabilidade ambiental viola duplamente o ordenamento jurídico, seja por não respeitar o direito-dever de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, seja por violar o princípio da função social do contrato.

Em que pesem todos os fundamentos favoráveis à implementação da contratação pública sustentável, esta prática ainda se encontra pouco disseminada no país, o que leva à indagação acerca dos motivos pelos quais boa parte dos entes públicos ainda relutam em inserir critérios de sustentabilidade nos certames licitatórios.

Defende-se neste estudo que a resistência em relação à implementação dessa prática está relacionada à percepção equivocada das normas gerais da licitação.

## **1.2. As normas gerais das licitações como eventuais obstáculos à implementação das contratações sustentáveis**

Diferentemente do que acontece num processo privado de formação de vontade negocial, o Poder Público, para celebrar contratos, "necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da lei"<sup>27</sup>.

Esse rito, denominado licitação, tem por objetivo assegurar a liberdade de competição entre os interessados e, conseqüentemente, viabilizar a contratação da proposta mais vantajosa para a Administração. Afinal, quanto maior o número de concorrentes, maior a probabilidade de se selecionar a melhor oferta.

Mas não é só. O processo licitatório, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição

---

<sup>27</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros. 2006, p. 502.

Federal<sup>28</sup> também visa a assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes. Nos dizeres de MARIA JOÃO ESTORNINHO<sup>29</sup>, é através de exigências procedimentais que se procura "salvaguardar a imparcialidade e a igualdade nas relações entre as entidades administrativas e os cidadãos." Evita-se, desta forma, que a contratação seja maculada pelo vício do patrimonialismo<sup>30</sup>, isto é, que gestores inescrupulosos confundam a esfera pública e a esfera privada, valendo-se do erário para obter privilégios pessoais em detrimento do bem comum.

Assim, com a finalidade de evitar a restrição indevida da concorrência e garantir a contratação da melhor proposta para o interesse público, doutrina e jurisprudência sempre conferiram máxima efetividade ao disposto no artigo 3º, §1º, I, da Lei de Licitações<sup>31</sup>, impedindo o estabelecimento de requisitos impertinentes ou irrelevantes nos certames licitatórios.

Não são raros os julgados do Tribunal de Contas da União que recomendam a exclusão do edital de licitação de "quaisquer exigências que sejam impertinentes ou irrelevantes para o específico objeto a ser licitado, por constituírem restrições ao caráter competitivo, nos termos do art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93."<sup>32</sup>

O Poder Judiciário, de forma semelhante, vem decidindo que o ordenamento jurídico "não prestigia decisão assumida pela Comissão de Licitação que inabilita

28 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. (Grifou-se).

29 ESTORNINHO, Maria João. **Direito Europeu dos Contratos Públicos**: um olhar português. Coimbra: Almedina. 2006, pp. 358-359.

30 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2011, p.210.

31 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 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. (Grifou-se).**

32 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 001.645/2004-2. Acórdão nº 1.748/2004 - Plenário. Relator: Min. Benjamin Zymler. Diário Oficial da União de 23 de novembro de 2004.

concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato"<sup>33</sup>. De fato, a estipulação de critérios indevidos em um certame licitatório deve ser coibida, porquanto atenta contra o princípio da isonomia e contra o caráter competitivo do certame, tornando o procedimento mais dispendioso.

Por causa desse entendimento consolidado, as contratações sustentáveis encontraram alguns obstáculos em seu surgimento. Receava-se que a inserção de requisitos ecológicos nos certames pudesse limitar a concorrência e acarretar desigualdades entre os participantes, causando prejuízos ao erário.

Tal concepção, todavia, revela-se equivocada. Conforme se demonstrará a seguir, os critérios ambientais, via de regra, são razoáveis e pertinentes, razão pela qual podem – e devem – ser levados em consideração nas licitações.

Por outro lado, isso não significa que, a pretexto de se realizar uma contratação sustentável, a Administração possa aniquilar a competitividade ou pagar qualquer preço pelos bens e serviços sustentáveis, sacrificando importantes valores envolvidos na exigência constitucional do procedimento licitatório<sup>34</sup>.

Nos próximos capítulos, analisar-se-á a contratação pública sustentável sob a ótica dos citados princípios licitatórios, buscando-se verificar se esse procedimento é compatível com os princípios e valores que regem a matéria.

---

33 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo nº MS 5.779/DF, Primeira Seção. Relator Ministro JOSÉ DELGADO, Diário Oficial da União de 09 de setembro de 1998.

34 BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 186.

## 2. ECONOMICIDADE X SUSTENTABILIDADE

### 2.1. O preço elevado como eventual obstáculo para a contratação sustentável

A dificuldade de contratar uma proposta ecológica em vez da mais barata não ocorre apenas na realidade brasileira. Segundo o já citado trabalho intitulado "Green Public Procurement in Europe"<sup>35</sup>, para os sete países europeus mais avançados em termos de contratações sustentáveis<sup>36</sup>, o principal obstáculo para a realização de uma compra "verde" consiste na percepção de que os produtos ecológicos são mais caros que os demais. De fato, em uma análise perfunctória, pode parecer inconcebível admitir que a Administração contrate um serviço ou adquira um bem por um valor considerado acima do de mercado.

Esta ideia, contudo, é equivocada. Malgrado o preço supostamente mais elevado dos produtos ecológicos, demonstrar-se-á a seguir que - tomadas algumas cautelas - não há qualquer problema jurídico em dar preferência a tais itens em detrimento daqueles que não respeitam as regras de sustentabilidade ambiental.

Em primeiro lugar, cabe lembrar que a Administração Pública não visa lucros, mas sim o atendimento do interesse público. Dessa forma, pagar mais por um produto ou serviço que efetivamente ocasionará menor impacto ao meio ambiente, em princípio, não deve ser visto como uma irregularidade, mas sim como um meio de fortalecer a política de desenvolvimento sustentável.

Nessa diretriz, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que "a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais, nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica".<sup>37</sup>

35 BOUWER M, et al. **Green Public Procurement in Europe 2005 - Status overview**. Disponível em: <<http://europa.eu.int/comm/environment/gpp/media.htm#state>>. Acesso em 10 de abril de 2011.

36 Áustria, Dinamarca, Finlândia, Alemanha, Holanda, Suécia e Reino Unido.

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.540-MC. Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 03 de fevereiro de 2006.

Com efeito, o ideal de economizar recursos públicos não deve se sobrepor ao dever constitucional de promoção do desenvolvimento sustentável, uma vez que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não está condicionado a sua vantajosidade financeira.

Não se pretende dizer com isso que a Administração esteja obrigada a realizar contratações sustentáveis a qualquer custo. Como se sabe, os recursos orçamentários são finitos, cabendo ao gestor decidir qual a melhor forma de aplicá-los.

Desta feita, se uma determinada tecnologia ecológica somente estiver disponível a preço considerado exorbitante, é evidente que o Poder Público não estará obrigado a contratá-la. Do contrário, o Estado se tornaria incapaz de efetivar outras prestações constitucionais que lhe foram incumbidas, o que, certamente, não foi a intenção do constituinte.

Da mesma forma, é correto afirmar que a licitação sustentável não pressupõe, necessariamente, a contratação da melhor ou mais moderna tecnologia existente no mercado. Neste ponto, cabe citar a lição de EDUARDO FORTUNATO BIM<sup>38</sup>, para quem

o Estado não é obrigado a seguir modismos ou estudos científicos novos e não amadurecidos na comunidade científica, principalmente nos casos do monopólio, ou quase monopólio, da informação por uma entidade ou grupos específicos, que podem ter interesse em apresentar um quadro caótico visando, por exemplo, reduzir o impacto sobre o meio ambiente ou simplesmente conseguir mais verbas para suas pesquisas.

Logo, compete ao Poder Público, por meio de seu corpo técnico, conhecer e analisar as tecnologias existentes no mercado, ponderando o seu custo-benefício para, só então, definir qual delas é a melhor, de acordo de suas possibilidades financeiras e orçamentárias.

---

<sup>38</sup> BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 207.

De fato, não se pode deixar nas mãos do mercado a definição daquilo que é melhor para o interesse público, sob pena de "o terrorismo argumentativo dos profetas ambientais do apocalipse, baseado mais na criatividade e na especulação do que no amadurecimento científico"<sup>39</sup> onerar o Estado com novas tecnologias cujos resultados não justificam o preço do produto.

Fechando este parênteses, é possível concluir que realizar uma licitação sustentável não significa contratar a melhor tecnologia ambiental disponível, mas sim a melhor tecnologia disponível a um custo razoável<sup>40</sup>.

Dessa forma, quando se afirma que o preço mais elevado de um bem ou serviço ecológico não pode servir de obstáculo para a licitação sustentável, está-se partindo do pressuposto de que o objeto que se pretende contratar já teve sua eficácia testada e aprovada pela Administração e de que seu valor é razoável.

Por outro vértice, cabe salientar que, na maioria dos casos, a diferença de valores entre um bem ecológico e um tradicional é mínima e acaba sendo compensada com os inúmeros benefícios trazidos pela versão sustentável.

Nessa perspectiva, destaca-se o ensinamento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>41</sup>, para quem o preço nominalmente mais baixo nem sempre é o menor preço. De fato, existem fatores, tais como o rendimento, que, "por certo, podem interferir na identificação do preço, propiciando um objetivo reconhecimento daquele que é de veras o menor, ainda quando nominalmente não o apareça a um primeiro súbito de vista"<sup>42</sup>. É exatamente sob esse enfoque que se deve examinar o custo de um produto sustentável.

Além do valor do produto propriamente dito, é necessário levar em consideração os custos ambientais decorrentes da exploração desordenada da natureza. Nos dizeres de BLANCA LOZANO CUTANDA<sup>43</sup>, "los costes económicos de no actuar frente a la degradación ambiental van a ser enormes, muy superiores a los que suponen adoptar ahora medidas

39 *Id. Ibid.* p. 207.

40 *Id. Ibid.* p. 210.

41 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006, p. 580.

42 *Id. Ibid.* p. 580.

43 LOZANO CUTANDA, Blanca. Eclósión y crisis del derecho ambiental. **Revista de Administración Pública**, n. 174, Madrid, septiembre-diciembre (2007), p. 394.

efectivas"<sup>44</sup>. Assim, é preferível gastar um pouco mais com a implementação das contratações sustentáveis do que expender recursos incalculáveis no futuro para tentar reverter os danos ambientais já concretizados.

Apenas para ilustrar o presente trabalho, cabe mencionar algumas das vantagens econômicas que podem ser proporcionadas pela implementação dessa prática. A primeira delas é, sem dúvida, a redução do impacto no meio ambiente. Mas não é só. A contratação "verde" ajuda a estimular o comportamento ecologicamente correto, o que reduziria os custos do Estado com a educação ambiental. Além disso, referido modelo aumenta a demanda pelos produtos e serviços ecológicos, incentivando a produção de insumos menos agressivos ao meio ambiente, ocasionando a redução de seus preços e, conseqüentemente, tornando-os mais acessíveis aos consumidores. Acrescente-se a isso o fato de que, com a difusão da cultura de práticas sustentáveis, o Estado acaba economizando recursos que eventualmente seriam gastos com a implementação de outras políticas ambientais ou com a reparação de danos causados pela exploração indevida da natureza.

Diante desses argumentos, não há dúvida de que o preço mais elevado de referidos produtos muitas vezes acaba sendo neutralizado pelas vantagens trazidas pela institucionalização da contratação pública sustentável.

Conclui-se, com isso, que o custo direto dos produtos ou serviços ecológicos, por si só, não pode servir de justificativa para a não realização de contratações sustentáveis.

## **2.2. Licitação sustentável do tipo menor preço**

Partindo-se do pressuposto de que a Administração pode contratar um produto ou serviço ecológico ainda que seu preço seja mais elevado, impõe-se verificar, na prática, como tornar viável essa contratação.

---

<sup>44</sup> Em tradução livre: os custos econômicos de não atuar contra a degradação ambiental serão enormes, muito superiores aos de adotar agora medidas efetivas.

Quando se fala em licitação, imediatamente se pensa em menor preço<sup>45</sup>. Embora o bem ou serviço mais barato nem sempre seja o melhor para a Administração, o fato é que referido critério – por ser o mais objetivo, viabilizar o melhor controle das contratações públicas e, aparentemente, acarretar menor onerosidade ao erário – acaba sendo o mais adotado pelas legislações que regulam a matéria.

A possibilidade de se mensurar o custo-benefício dos serviços a serem contratados existe, mas é restrita. Em nosso ordenamento jurídico, essa avaliação costuma ser feita de forma mais nítida nas licitações do tipo melhor técnica ou melhor técnica e preço – utilizadas exclusivamente para a contratação de serviços de natureza eminentemente intelectual<sup>46</sup>. Nos demais casos, a regra é a contratação da proposta que oferecer o valor mais baixo.

Isso não quer dizer que nas licitações do tipo menor preço a qualidade dos insumos ou serviços seja irrelevante. Ora, se o artigo 3º da Lei nº 8.666/93 dispõe expressamente que a licitação se destina a obter a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, é evidente a possibilidade de se rejeitar ofertas cujos itens não apresentem qualidade compatível com a finalidade a que se destina. Caso contrário, não seria uma contratação vantajosa.

Para tanto, é necessário estipular no edital os requisitos mínimos a serem atendidos pelos licitantes. Conforme ponderado por EDUARDO FORTUNATO BIM<sup>47</sup>, "é a competição que preordena a proposta mais vantajosa à Administração Pública, mas é a competição nos termos do edital que definirá qual proposta interessa à Administração."

Com efeito, a própria Lei nº 8.666/93<sup>48</sup>, ao definir os tipos de licitação, determinou

---

45 Existem outros critérios de seleção da melhor proposta, no entanto, o critério econômico é o mais comum.

46 Art. 46, da Lei n. 8.666/93: "Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior".

47 BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 190.

48 Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar

que, no tipo menor preço, será vencedor aquele que "apresentar proposta de acordo com as especificações do edital ou convite" e, cumulativamente, ofertar o preço mais baixo. Deste modo, há que se concluir que esta modalidade de certame não busca contratar o que há de mais barato no mercado, mas sim a proposta mais vantajosa dentre aquelas que atenderam aos requisitos mínimos estipulados no edital.

Assim, pode-se afirmar que uma contratação vantajosa começa pela definição precisa do objeto que se pretende contratar. Tal tarefa, contudo, não é das mais simples, pois determinada característica que, para uns, é considerada essencial, para outros, pode ser interpretada como impertinente, onerosa ou restritiva da concorrência.

Em razão da subjetividade de tais conceitos, muitas vezes a Administração se vê obrigada a contratar um bem ou serviço mais barato e de qualidade inferior, por não conseguir descrever no edital as especificações que espera do produto sem esbarrar no óbice do artigo 3º, § 1º, I da Lei de Licitações.

Com a edição de normas que estimulam a realização de contratações sustentáveis, esse debate ganha força. Isso porque a falta de conhecimento técnico de grande parte dos servidores públicos acerca dos componentes que qualificam um bem ou serviço como sustentável, aliada à escassez de normas sobre o tema, tornam ainda mais difícil a tarefa de discriminar no edital as características do item a ser contratado.

Sem uma definição correta do objeto, corre-se o sério risco de frustrar o caráter competitivo da licitação e de pagar mais caro por um produto que não surtirá os resultados ambientais esperados.

Tais irregularidades, no entanto, não são inerentes ao procedimento da contratação sustentável, mas sim uma decorrência de eventuais dificuldades operacionais da Administração, as quais poderão ser evitadas por meio de regulamentações mais detalhadas, capacitação de pessoal etc.

---

sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

Dessa forma, é correto concluir que a contratação sustentável é compatível com a licitação do tipo menor preço.

### **2.3. A discricionariedade da Administração no tocante à escolha do objeto da licitação**

Conforme visto acima, o fato de existirem produtos ou serviços mais baratos não significa que a Administração terá obrigatoriamente que contratá-los. Ninguém seria capaz de defender, por exemplo, que o Poder Público devesse adquirir computadores obsoletos em virtude de estes custarem menos do que as máquinas mais modernas.

Essa constatação está relacionada à discricionariedade administrativa. Embora não esteja expresso na Lei de Licitações, é certo que a definição do objeto do contrato passa pelo crivo da conveniência e da oportunidade do administrador<sup>49</sup>, mediante apresentação das devidas justificativas.

O mesmo raciocínio deve ser utilizado para as licitações sustentáveis, isto é, o administrador possui a discricionariedade de optar pela contratação de um bem ou serviço que cause menor impacto ambiental, ainda que este produto não seja o mais barato do mercado.

Chama-se a atenção, no entanto, para um diferencial. No exemplo fornecido no primeiro parágrafo deste tópico, a autoridade tem ampla discricionariedade para decidir as especificações do objeto que pretende contratar. Basta que justifique sua escolha, demonstrando sua pertinência e relevância, tomando cautela para não restringir o caráter competitivo da licitação.

Por outro lado, no tocante às contratações sustentáveis, a discricionariedade do

---

<sup>49</sup> SANTOS, Murillo Giordan. Poder normativo nas licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 156.

administrador é, por assim dizer, reduzida. Isso porque, havendo a possibilidade de o ente público realizar uma licitação sustentável, não é dada ao administrador a faculdade de não implementá-la. É que, em razão das normas de proteção ao meio ambiente, o Poder Público não apenas pode, como deve, dar preferência aos produtos e serviços que acarretem menor prejuízo ao meio ambiente.

No entanto, é necessário deixar claro que a contratação sustentável não depende apenas da discricionariedade do administrador, devendo o Poder Público editar normas que auxiliem os gestores a discernir o que deve e o que não deve ser feito em termos de contratações sustentáveis. Conforme alertado por MURILLO GIORDAN SANTOS<sup>50</sup>,

deixar somente sob o critério da conveniência e da oportunidade do administrador a opção por contratações sustentáveis pode colocar em risco essa ideia, pois uma série de fatores pode limitar essa escolha: falta de capacitação dos gestores para a escolha dos bens, serviços e obras que atendam a critérios de sustentabilidade; controvérsias sobre a efetividade dessas contratações sob o ponto de vista da sustentabilidade; temor dos gestores em reduzir a competitividade dos certames, com a conseqüente responsabilização que pode recair sobre eles; além, é claro, da segurança jurídica, que deve ser sempre privilegiada.

Neste ponto, vale salientar que a regulamentação existente no Brasil a respeito da contratação sustentável ainda é incipiente. Se, por um lado, sobram normas e recomendações a respeito do dever de promoção do desenvolvimento sustentável, por outro, faltam parâmetros técnicos e jurídicos para a operacionalização dessa modalidade de contratação.

Assim, não basta proclamar a licitação sustentável como a salvação de todos os problemas ambientais, é preciso fornecer meios e diretrizes para que os critérios ecológicos inseridos nas licitações surtam realmente o efeito esperado.

De qualquer forma, o que se pretende deixar claro neste tópico é que o preço dos produtos sustentáveis, por si só, não deve ser considerado um obstáculo para a contratação verde, uma vez que em todo e qualquer tipo de licitação, o gestor tem a discricionariedade de escolher o objeto mais conveniente para a Administração e para o

---

<sup>50</sup> *Id. ibid.* p. 157.

interesse público.

## **2.4. O momento de optar pela contratação sustentável**

Neste passo, é oportuno tecer considerações sobre o momento em que o administrador deverá fazer a opção pelo bem ou serviço sustentável.

Como se sabe, o julgamento das propostas deve ser feito com o máximo de objetividade, de acordo com o tipo de licitação adotado no edital, exclusivamente em função dos fatores nele previstos, "de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle"<sup>51</sup>.

Assim, em nome dos princípios da publicidade, da transparência e do julgamento objetivo, é necessário que os editais dos certames estabeleçam expressamente quais requisitos serão valorados pela Administração.

Dessa forma, não pode a Administração, no momento do julgamento, recusar uma proposta mais barata sob o fundamento de que outra oferta é mais ecológica ou vice-versa.

É imprescindível que os entes públicos, ao decidirem contratar, façam um planejamento adequado, de modo a definir previamente a qualidade que se espera do produto ou do serviço, os requisitos ambientais que deverão ser atendidos, dentre outras especificações. Ao proceder dessa forma, será possível eliminar propostas que, embora apresentem o preço mais o baixo, não atendam às necessidades da Administração.

Este procedimento, em tese, não deve causar dúvidas, pois, conforme já mencionado alhures, o gestor público possui discricionariedade para descrever no edital as características do produto ou serviço do qual a Administração necessita, desde - por óbvio - que esta escolha não restrinja indevidamente a concorrência ou direcione a

---

<sup>51</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 22<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros. 2006, p. 579.

contratação a um fornecedor pré-determinado.

Feitas essas considerações, conclui-se este tópico dizendo que a opção pela licitação sustentável não deve ser feita no momento do julgamento das propostas, mas durante o planejamento e a elaboração do edital, quando a Administração deverá especificar expressamente que o certame se destinará tão-somente à contratação de produtos ou serviços que atendam a requisitos ecológicos pré-estabelecidos.

## **2.5. Soluções administrativas**

Se - não obstante tudo o que foi dito - o valor dos produtos sustentáveis ainda for considerado um empecilho para as contratações verdes, é possível que os gestores públicos criem estratégias criativas para aumentar a demanda e, assim, conseguir a redução dos preços.

A título de exemplo vale citar a iniciativa do Jardim Botânico do Rio de Janeiro, que criou o projeto intitulado "Almoxarifado Sustentável"<sup>52</sup>, que nada mais é do que a compra compartilhada de materiais de expediente ecológicos. Isto é, vários entes públicos se unem para efetuar uma compra em comum, o que acaba por reduzir o valor de cada item, em razão do ganho de escala.

Outra possibilidade consiste em criar catálogos de produtos ecológicos, contendo a descrição dos itens considerados sustentáveis, de modo a simplificar a elaboração das especificações técnicas a serem incluídas nos editais de licitação. Facilitando-se os respectivos procedimentos administrativos, a contratação sustentável se torna mais acessível e mais utilizada, ocasionando, assim, a baixa dos preços.

Vê-se, portanto, que a Administração Pública dispõe de ampla margem de liberdade para estabelecer procedimentos de contratação que tenham por finalidade a proteção do meio ambiente.

---

<sup>52</sup> Informação disponível em: <<http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/?p=1346>>. Acesso em 15 de abril de 2011.

### 3. A LIBERDADE DE CONCORRÊNCIA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS

O procedimento licitatório tem o objetivo de garantir a contratação da melhor proposta para o Poder Público – como visto anteriormente – e também assegurar a ampla competição entre aqueles que almejam contratar com a Administração. Neste capítulo, analisar-se-á a contratação sustentável sob a ótica desta segunda finalidade.

Conforme ensinam EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ<sup>53</sup>,

la libertad de concurrencia es uno de los principios tradicionales de la contratación de los entes públicos y persigue una doble finalidad: proteger los intereses económicos de los mismos suscitando en cada caso la máxima competencia posible y garantizar la igualdad de acceso a la contratación con ellos.<sup>54</sup>

Essa liberdade de concorrência é viabilizada por meio da igualdade de oportunidades conferida aos licitantes e encontra fundamento direto no princípio da moralidade administrativa, previsto no art. 37, "caput", da Constituição Federal<sup>55</sup>.

Com efeito, ao permitir a ampla e isonômica participação dos interessados, busca-se evitar a prática de eventuais condutas ímprobas por parte de alguns administradores que, movidos por razões escusas, poderiam direcionar a contratação, dando preferência a determinado licitante em detrimento de outros.

Nessa perspectiva, há quem defenda que o objetivo imediato do procedimento licitatório não é contratar a proposta mais vantajosa, mas sim evitar a "ocorrência do arbítrio e do favoritismo"<sup>56</sup>.

53 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo I**. 14ª ed. Madrid: Civitas, 2008. p.719.

54 Em tradução livre: A liberdade de concorrência é um dos princípios tradicionais da contratação pública e persegue uma dupla finalidade: proteger os interesses econômicos dos entes públicos, suscitando em cada caso a máxima concorrência possível, e garantir a igualdade de acesso à contratação com referidos entes.

55 "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: (...)"

56 DELGADO, José Augusto. Do conceito de licitação ao seu objeto. **Revista Forense** v. 79, nº 283, pp. 15-35, jul./set. 1983. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9542>>. Acesso em: 29 de julho de 2011.

Sendo assim, poder-se-ia imaginar que a estipulação de requisitos ecológicos nos editais de licitação seria um suposto impeditivo da licitação "verde", por restringir a concorrência, excluindo do certame as empresas que não se adequaram aos padrões de sustentabilidade ambiental.

Esta ideia, contudo, não merece guarida.

Dizer que o procedimento licitatório deve ser aberto à livre concorrência não significa que qualquer um está autorizado a contratar com o Poder Público. Como se sabe, existem diversos requisitos a serem preenchidos, a fim de que uma pessoa ou empresa possa participar de tais certames. A capacidade civil, a solvência econômica, a regularidade fiscal, a aptidão técnica e a inexistência de sanções administrativas são alguns dos exemplos de exigências que devem ser atendidas por aqueles que desejam celebrar negócios com os entes públicos.

É comum, portanto, que a liberdade de concorrência seja restringida – por meio de lei – sempre que necessário para assegurar a regularidade do certame licitatório e o atingimento de seus fins.

Além disso, conforme já mencionado nos capítulos anteriores, a Administração possui a discricionariedade de estipular no edital as características – pertinentes e relevantes – do objeto que pretende contratar. Dessa forma, aqueles que não conseguem atender a tais exigências também podem ser excluídos do certame, sem que isso configure qualquer afronta à igualdade ou à livre concorrência.

Logo, é possível concluir que a liberdade de concorrência não é um valor absoluto, devendo ser sopesado com outros princípios e regras da licitação. Aliás, se até os direitos fundamentais são passíveis de ponderação, não há motivos para afirmar que a liberdade de competição nos certames licitatórios não possa ser restringida em razão de determinados interesses públicos.

Diante dessas considerações, investigar-se-á no tópico seguinte em que medida a inserção de critérios ambientais nas contratações públicas pode ser considerada

pertinente e relevante, nos termos do art. 3º, § 1º, I da Lei de Licitações, isto é, sem configurar restrição indevida da concorrência.

### **3.1. A razoabilidade e a pertinência dos critérios ambientais**

Para saber se determinado requisito constante em um edital de licitação restringe indevidamente a concorrência basta verificar se o critério de discriminação eleito pela Administração é razoável e pertinente.

Conforme bem ponderado por MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>57</sup>, "o que se veda é a adoção de exigência desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares". A "contrario sensu", se a restrição for proporcional e necessária para atender ao interesse coletivo, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão.

Partindo-se desse pressuposto, parece claro, em uma primeira análise, que a inserção de critérios ambientais nos editais das licitações públicas não fere a liberdade de competição.

De fato, em nosso ordenamento jurídico a proteção ambiental foi erigida ao patamar de direito e dever fundamental pelo próprio Poder Constituinte. O legislador ordinário, por sua vez, estabeleceu, no art. 3º da Lei de Licitações, que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável é uma das diretrizes dos procedimentos de contratação pública. O art. 6º da Lei nº 12.187/2009, definiu que a inserção de critérios ecológicos nas licitações é um dos instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima. Buscando dar efetividade a referidos comandos, o Poder Executivo editou a Instrução Normativa nº 1/2010 SLTI, que traz diversas obrigações de cunho ambiental para as empresas contratadas.

Diante de tantas previsões normativas, pode-se afirmar que a licitação "verde"

---

<sup>57</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p 80.

deixou de ser uma mera faculdade, para se tornar um dever da Administração Pública.

Com efeito, se a proteção do meio ambiente e o estímulo ao desenvolvimento sustentável são deveres de todos – inclusive dos entes públicos – não se afigura correto que Administração celebre contratos com empresas que não zelem por tais valores. Isso significaria anuir com uma conduta que, em verdade, o Estado deveria coibir.

De outra face, considerando que o direito ao meio ambiente sadio é constitucionalmente assegurado e que os contratos administrativos são procedimentos cuja finalidade, em última análise, é a satisfação do interesse geral, não é lógico que os entes públicos contratem bens ou serviços de quem não cumpre as normas ambientais<sup>58</sup>. Dito de outro modo, é contraditório que um determinado interesse público seja atendido por meio da violação de um interesse maior, que é a preservação do meio ambiente.

Em sentido semelhante, BERNAL BLAY<sup>59</sup> argumenta que, "si la contratación pública es un medio al servicio de fines públicos, (...) quienes se encuentran sujetos a la normativa reguladora de la contratación pública tienen una responsabilidad de atender a dichos fines (...) <sup>60</sup>". Ou seja, aqueles que contratam com a Administração também são responsáveis pelo atingimento do interesse público visado pelo Estado.

Por outro prisma, cabe ressaltar que o estabelecimento de requisitos para participação nos certames licitatórios não tem por objetivo restringir a concorrência, mas sim assegurar que as empresas competirão em igualdade de condições, de acordo com parâmetros mínimos previamente estipulados pela Administração. Evita-se, dessa forma, que um licitante ofereça preços mais baixos em razão da exploração clandestina do meio ambiente, por exemplo. Isto sim seria anti-isonômico e um atentado contra a livre concorrência<sup>61</sup>, pois colocaria em posição desvantajosa a empresa que cumpre com suas obrigações ambientais.

58 MARTINEZ FONS, Daniel. **Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública**. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3175812>>, p.7. Acesso em 10 de março de 2011.

59 BERNAL BLAY, Miguel Ángel. Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público. **Revista Aragonesa de Administración Pública**. 2008. p. 214.

60 Em tradução livre: Se a contratação pública é um meio a serviço de fins públicos, aqueles que se sujeitem às normas da contratação pública têm a responsabilidade de atender a referidos fins.

61 MARTINEZ FONS, Daniel. **Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública**. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3175812>>, p.15. Acesso em 10 de março de 2011.

Diante de tudo o que foi dito, há que se concluir que a suposta limitação da concorrência pela estipulação de critérios ecológicos nos certames licitatórios deve ser vista como um falso problema, não podendo ser considerada como empecilho à implementação das contratações sustentáveis.

É evidente, contudo, que, como em qualquer licitação, o administrador público deve agir com lealdade e boa-fé, não podendo se valer da contratação sustentável como pretexto para limitar injustificadamente a concorrência ou direcionar a contratação para fornecedores pré-escolhidos.

### **3.2. Critério ecológico como requisito de desempate.**

Se a inserção de critérios ecológicos nas licitações deve ser feita desde a publicação do edital, conclui-se que produtos sustentáveis, em regra, nunca competirão, em um mesmo certame, com produtos não sustentáveis.

Em que pese o lado positivo de se limitar uma contratação pública apenas à objetos ambientalmente corretos, esta prática poderia distanciar a Administração Pública da noção de custo-benefício.

É que, ao realizar uma licitação exclusivamente destinada à contratação de bens e serviços sustentáveis, a Administração deixa de ter a noção do valor do produto tradicional, dificultando a avaliação acerca da vantajosidade de tal contratação.

Como se sabe, em alguns casos, o custo de um produto considerado sustentável pode não justificar o incremento do valor a ser pago pelo ente contratante. Ou, dito de outra forma, um produto sem a "etiqueta" da sustentabilidade pode não ser tão maléfico ao meio ambiente a ponto de ser sumariamente excluído de um certame.

Tendo isso em vista, poder-se-ia indagar sobre a possibilidade de, em uma

mesma licitação, concorrerem produtos ecológicos e não ecológicos, estabelecendo-se critérios de desempate em prol dos primeiros.

Esta prática é, em tese, possível, a exemplo do que dispõe o artigo 44 da Lei Complementar nº 123/2006<sup>62</sup>, que fomenta a participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos certames licitatórios por meio do estabelecimento de critério de desempate em prol de tais pessoas jurídicas.

Segundo referida lei, é assegurada, como critério de desempate, a preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, entendendo-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas por estas empresas sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

Como se sabe, estas pessoas jurídicas não possuem volume de vendas tão expressivo como o das grandes empresas, razão pela qual dificilmente conseguem preços tão competitivos quanto estas. Ao estabelecer o empate ficto e a preferência para as empresas menores, o Estado consegue neutralizar as diferenças entre os licitantes, favorecendo a igualdade de oportunidades para todos.

Ora, se a medida acima relatada apresentou resultados positivos no que diz respeito ao aumento da participação das microempresas e das empresas de pequeno porte nas licitações, é evidente que também poderá contribuir para o incremento das contratações sustentáveis.

No entanto, é oportuno ressaltar que a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade, razão pela qual os procedimentos acima sugeridos somente poderão ser implementados se houver lei que os regulamente, sob pena de serem considerados ilegais e anti-isonômicos.

---

62 "Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço."

De fato, ao prever critérios de desempate no artigo 3º, § 2º da Lei de Licitações<sup>63</sup>, o legislador o fez taxativamente, não deixando margem para a discricionariedade do administrador, razão pela qual esta medida, por mais benéfica e isonômica que possa parecer, não poderá ser utilizada até que haja lei que a regule.

### 3.3. Sustentabilidade na execução do contrato

Existem situações em que o item a ser contratado não possui versão ecológica. Neste caso, a Administração poderá estipular cláusulas de execução, de modo que a contratação pública produza o menor dano possível ao meio ambiente. De fato, embora determinado bem ou serviço não seja sustentável, é viável que o seu modo de fornecimento ou de execução seja feito de acordo com padrões ecológicos.

Conforme exemplifica JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ<sup>64</sup>, os entes públicos podem determinar no edital que os bens adquiridos sejam embalados a granel, e não por unidade; que as embalagens sejam reutilizáveis; que o contratado fique encarregado da recuperação ou reutilização dos produtos usados e, ainda, do recolhimento, reciclagem ou reutilização dos dejetos produzidos durante o consumo do produto. Enfim, são diversas as possibilidades de se conferir certa dose de sustentabilidade a uma licitação para aquisição de bens.

No tocante à contratação de serviços, a situação não é diferente. É possível exigir, por exemplo, que os contratados mantenham um programa interno de treinamento de seus funcionários, a fim de orientá-los sobre a redução do consumo de energia elétrica e água e a diminuição de desperdícios. Outra ideia interessante consiste na fixação de horários alternativos para a execução do contrato, de modo a não agravar problemas de

<sup>63</sup> "§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência sucessivamente, aos bens e serviços:

I - produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;

II - produzidos no país;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras;

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País".

<sup>64</sup> GIMENO FELIÚ, José María. **La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española**. Madrid: Civitas, 2006. p. 217.

trânsito e de estacionamento e, assim, reduzir a emissão de Co<sup>2</sup> nos horários de pico.

Nestes casos, a inexistência de ofensa ao princípio da liberdade de concorrência é ainda mais evidente, uma vez que todas as empresas são capazes de tomar medidas práticas para reduzir os impactos ambientais de suas próprias atividades.

O único inconveniente de se estipular cláusulas ecológicas apenas no momento da execução é que, se o contratado não as cumprir, a Administração terá que rescindir o contrato, causando, por conseguinte, prejuízos ao interesse público e gastos indevidos ao Estado.

Por isso, GIMENO FELIÚ<sup>65</sup> sugere que esta possibilidade seja analisada com cautela e defende que o melhor procedimento, a fim de dotar as contratações sustentáveis de eficácia real, consiste em utilizar os parâmetros ecológicos como critério de seleção. Assim, o Poder Público teria a segurança de só adquirir ou contratar serviços que realmente sejam menos agressivos ao meio ambiente.

Em que pese o entendimento do autor acima mencionado, cabe dizer que a recente edição da Lei 12.305/2010 consagrou referida prática, prevendo, em seu artigo 3º, XII, a sistemática da logística reversa, que nada mais é do que

um instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou em outra destinação final ambientalmente adequada.

Esta medida pode ser eficaz, desde que a Administração se comprometa a fiscalizar e a cobrar do contratado o atendimento de referida obrigações, aplicando-se sanções contratuais sempre que necessário.

### **3.4. Critérios ambientais como requisito de habilitação**

---

<sup>65</sup> *Id. ibid*, p. 218.

Se, por um lado, não há dúvida sobre a possibilidade de inserir critérios de sustentabilidade ambiental no objeto do contrato e em suas cláusulas de execução, o mesmo não se pode dizer em relação à fase de habilitação dos licitantes.

A habilitação, conforme JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO<sup>66</sup>, "é a fase do procedimento em que a Administração verifica a aptidão do candidato para a futura contratação". Deste modo, não compete à entidade adjudicante, nesta etapa, fazer qualquer exigência que não esteja relacionada estritamente com o cumprimento do contrato.

Aliás, a própria Constituição Federal, em seu artigo 37, XXI, indica que o processo de licitação pública "somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

Neste ponto, cabe salientar que a legislação prevê, taxativamente, cinco aspectos que medem a habilitação do licitante, a saber: habilitação jurídica; qualificação técnica; qualificação econômico-financeira; regularidade fiscal; e cumprimento do disposto no art. 7º, XXXIII da Constituição Federal.

Logo, é vedado aos agentes públicos restringir a concorrência por meio da estipulação de novos requisitos de habilitação – tais como a comprovação de não haver sido condenado por infrações ambientais ou a apresentação da certificação ISO 14000 – por mais pertinentes que possam parecer.

Isso porque "os requisitos da habilitação são interpretados restritivamente pela jurisprudência e somente são admitidos quando têm por fim garantir o cumprimento do contrato"<sup>67</sup>.

---

66 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 15ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006, p. 234.

67 BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 195.

## 4. CONCLUSÕES

O objetivo do presente trabalho consistia em investigar a contratação pública sustentável sob a ótica dos princípios da economicidade e da livre concorrência.

Buscou-se, dessa forma, verificar se os preços supostamente mais elevados dos produtos ecológicos poderiam inviabilizar a efetivação das chamadas contratações "verdes" e se a inserção de critérios de sustentabilidade nas licitações públicas ofenderia a liberdade de competição.

No tocante ao princípio da contratação mais vantajosa, ficou claro que, tomadas algumas cautelas, o valor dos produtos ecológicos, ainda que superior ao dos convencionais, não impede a efetivação da licitação sustentável. Isso porque o Estado não deve visar lucros, mas sim o atendimento do interesse público.

Nessa perspectiva destacou-se que o propósito de economizar recursos públicos não deve se sobrepor ao dever constitucional de promoção do desenvolvimento sustentável, uma vez que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não está condicionado a sua vantajosidade financeira.

Por outro lado, ressaltou-se que a Administração não está obrigada a realizar contratações sustentáveis a qualquer custo, competindo ao gestor decidir qual a melhor forma de aplicar os recursos orçamentários que, como cediço, são finitos.

Da mesma forma, salientou-se que a licitação sustentável não pressupõe, necessariamente, a contratação da melhor ou mais moderna tecnologia existente no mercado. Neste diapasão, defendeu-se que o Poder Público, por meio de seu corpo técnico, deve conhecer e analisar as tecnologias existentes no mercado, para, só então, definir qual delas é a melhor, de acordo de suas possibilidades financeiras e orçamentárias.

Ainda no que diz respeito à economicidade, registrou-se que, na maioria dos casos, a diferença de valores entre um bem ecológico e um tradicional é mínima e acaba

sendo compensada com os inúmeros benefícios trazidos pela versão sustentável.

Por tais razões, concluiu-se que o custo direto dos produtos ou serviços ecológicos, por si só, não pode servir de justificativa para a não realização de contratações sustentáveis, devendo-se considerar também os benefícios indiretos.

Em seguida, analisou-se a questão sob o ponto de vista prático, buscando-se verificar como implementar a contratação de um produto ou serviço ecológico, considerando que a regra em nosso ordenamento jurídico é a contratação pelo menor preço.

Chegou-se, então, ao entendimento de que a licitação pública não busca contratar o que há de mais barato no mercado, mas sim a proposta mais vantajosa dentre aquelas que atenderam aos requisitos mínimos estipulados no edital.

Nessa esteira, defendeu-se que o Administrador possui discricionariedade para definir o objeto que pretende contratar. No entanto, alertou-se que tal tarefa não é simples, uma vez que determinada característica que, para uns, é considerada relevante, para outros, pode ser considerada impertinente ou restritiva da concorrência.

Diante disso, ponderou-se sobre a necessidade de edição de normas que forneçam parâmetros técnicos aos administradores públicos, para que possam definir corretamente o objeto a ser licitado.

No tópico subsequente, buscou-se deixar claro que a opção pela licitação sustentável não deve ser feita no momento do julgamento das propostas, mas sim durante o planejamento da licitação, de modo a deixar claro aos participantes quais os requisitos serão valorados pela Administração.

Constatado que o valor do produto ou serviço ecológico, por si só, não impede a realização de contratações sustentáveis, passou-se a analisar a matéria sob a ótica do princípio da liberdade de concorrência, cuja finalidade precípua é a garantia da moralidade da licitação.

Destacou-se nesse capítulo que a estipulação de requisitos ecológicos nos editais de licitação, em regra, não viola a ampla competição.

Para chegar-se a esta conclusão, teceram-se considerações sobre a liberdade de contratar com o Poder Público e observou-se que tal direito, como qualquer outro, não é absoluto.

De fato, é comum que a liberdade de concorrência seja restringida – por meio de lei – sempre que necessário para assegurar a regularidade do certame licitatório e o atingimento de seus fins. A título de exemplo, citaram-se diversos exemplos, tais como a exigência de comprovação da capacidade civil, da solvência econômica, da regularidade fiscal, da aptidão técnica, dentre outros.

Além disso, voltou-se a frisar que a Administração possui a discricionariedade de estipular no edital as características do objeto que pretende contratar. Dessa forma, aqueles que não conseguem atender a tais exigências podem ser excluídos do certame, sem que isso configure qualquer afronta à igualdade ou à livre concorrência.

Nessa linha, esclareceu-se que a inserção de determinado requisito no edital somente violaria a livre concorrência se fosse considerado impertinente ou irrelevante, o que, via de regra, não é o caso dos critérios ecológicos.

Já caminhando para o final do trabalho, salientou-se que a celebração de negócios com empresas que não zelam por valores ambientais equivale a anuir com uma conduta que, em verdade, o Estado deveria coibir.

Asseverou-se, outrossim, que os contratos administrativos são procedimentos cuja finalidade, em última análise, é a satisfação do interesse geral. Dessa forma, celebrar um contrato não sustentável seria um ato contraditório da Administração, pois significaria atender um determinado interesse público por meio da violação de um interesse maior, que é a preservação do meio ambiente.

Sob outro enfoque, pontou-se que o estabelecimento de requisitos para participação nos certames licitatórios não tem por objetivo restringir a concorrência, mas

sim assegurar que as empresas competirão em igualdade de condições, de acordo com parâmetros mínimos previamente estipulados pela Administração, evitando-se, dessa forma, que um licitante ofereça preços mais baixos em razão da exploração clandestina do meio ambiente, por exemplo.

Diante de tudo o que foi dito, concluiu-se que a suposta limitação da concorrência pela estipulação de critérios ecológicos nos certames licitatórios deve ser vista como um falso problema, não podendo ser considerada como empecilho à implementação das contratações sustentáveis.

Em que pese tal entendimento, ressaltou-se que, como em qualquer licitação, o administrador público deve agir com lealdade e boa-fé, não podendo se valer da contratação sustentável como pretexto para limitar injustificadamente a concorrência ou direcionar a contratação para fornecedores pré-escolhidos.

Sob o ponto de vista prático, reputou-se pertinente tecer algumas linhas sobre a possibilidade de implementar a contratação sustentável por meio da inserção de critérios de desempate em prol dos produtos e serviços ecológicos.

Embora reconhecendo que essa prática vem sendo utilizada com êxito no fomento à participação das microempresas e empresas de pequeno porte, verificou-se que o estabelecimento de critério de desempate para favorecer os produtos ecológicos somente poderá ser implementado por meio de lei.

Ainda no que concerne ao aspecto prático do tema, sublinhou-se que, na hipótese de o item a ser contratado não possuir versão ecológica, a sustentabilidade da licitação poderá ser obtida por meio da estipulação de cláusulas de execução que busquem reduzir o impacto da contratação no meio ambiente. Isto é, embora determinado bem ou serviço não seja sustentável, é viável que o seu modo de fornecimento ou de execução seja feito de acordo com padrões ecológicos.

De tudo o que foi dito, pode-se afirmar que a inserção de parâmetros ecológicos nas contratações públicas não viola os princípios da licitação acima mencionados. Sem embargo, como em qualquer outro procedimento licitatório, é necessário tomar as

cauteladas devidas, a fim de evitar o direcionamento da contratação e a ofensa aos princípios da isonomia e da ampla concorrência.

Diante dessas constatações, conclui-se o presente trabalho dizendo que a hipótese inicial foi confirmada, pois restou comprovado que a baixa disseminação da prática de contratação sustentável deve-se, em boa parte, à percepção equivocada das normas gerais da licitação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 10<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARCESSAT, Lena. Papel do Estado brasileiro na ordem econômica e na defesa do meio ambiente: necessidade de opção por contratações públicas sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 67-81.

BERNAL BLAY, Miguel Ángel. **Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público**. Revista Aragonesa de Administración Pública. 2008. pp. 211-252.

BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. pp. 175-217.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 104.

BOUWER M, et al. **Green Public Procurement in Europe 2005 - Status overview**. Disponível em: <<http://europa.eu.int/comm/environment/gpp/media.htm#state>>. Acesso em 10 de abril de 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., 7ª Reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DELGADO, José Augusto. Do conceito de licitação ao seu objeto. **Revista Forense** v. 79, nº 283, pp. 15-35, jul./set. 1983. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9542>>. Acesso em: 29 de julho de 2011.

ESTORNINHO, Maria João. **Direito Europeu dos Contratos Públicos**: um olhar português. Coimbra: Almedina, 2006.

FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. As licitações públicas e as novas leis de mudança climática e de resíduos sólidos. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 117-135.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2011, p.210.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo I**. 14ª ed. Madrid: Civitas, 2008. p.719.

GIMENO FELIÚ, José Mª. **La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española**. Madrid: Civitas, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009.

LOZANO CUTANDA, Blanca. **Derecho Ambiental Administrativo**. 10<sup>a</sup> ed. Madrid: Dykinson, 2009.

\_\_\_\_\_. Eclosión y crisis del derecho ambiental. **Revista de Administración Pública**, n. 174, Madrid, septiembre-diciembre (2007), pp. 367-394.

MARTINEZ FONS, Daniel. **Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública**. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3175812>>. Acesso em 10 de março de 2011.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio ambiente: direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

SANTOS, Murillo Giordan. Poder normativo nas licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. pp. 153-173.

TEPEDINO, Gustavo. *et al.* **Código civil interpretado conforme a Constituição da República** - vol. II. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.