

Sustentabilidade nas contratações públicas

Maria Sylvania Zanella Di Pietro

Doutora e Mestre em Direito pela USP. Professora Titular (aposentada) em Direito Administrativo na Faculdade de Direito da USP. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da USP. Procuradora (aposentada) do Estado de São Paulo. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Conselheira Editorial dos periódicos SLC – Solução em Licitações e Contratos & SAM – Solução em Direito Administrativo e Municipal.

1 O vocábulo sustentabilidade no mundo do direito administrativo . 2 O termo “desenvolvimento sustentável”. 3 O trabalho do TCU. 4 Objetivos do desenvolvimento sustentável na Administração Pública. 5 O desenvolvimento sustentável na Constituição Federal. 6 O desenvolvimento sustentável na legislação infra-constitucional. 7 Inadequação da expressão Administração Pública sustentável. 8. A proteção do meio ambiente no Artigo 225 da CF. 9 Valores protegidos pelo desenvolvimento sustentável. 10 Contratação sustentável. 11 Algumas observações relevantes. 11.1 Atos normativos. 11.2 Razoabilidade dos critérios de sustentabilidade . 11.3 Importância da “alta administração do órgão ou entidade”

1 O vocábulo sustentabilidade no mundo do direito administrativo

O vocábulo “sustentabilidade” penetrou no mundo do Direito Administrativo, provavelmente, pelas portas da Lei de Licitações (8.666/93), não na sua redação original, mas em decorrência de alteração introduzida no artigo 3º pela Lei nº 12.349, de 21-12-10, para inserir entre os princípios da licitação a promoção do *desenvolvimento nacional sustentável*. Esse princípio foi repetido na Lei do RDC e, agora, na Lei nº 14.133, de 1º-4-21, onde aparece mencionado no artigo 5º, entre os princípios da licitação, e no artigo 11, entre os objetivos da licitação. Na vigência da Lei 8.666, o princípio foi regulamentado pelo Decreto nº 7.746, de 5-6-12, que, com alterações posteriores, estabeleceu critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública e instituiu a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública (CISAP). Esse Decreto, na minha maneira de ver, foi recepcionado pela Lei nº 14.133 e continua a ter aplicação no que não a contrariar.

A partir da introdução do princípio do desenvolvimento nacional sustentável nas leis de licitações, começou-se a escrever sobre o tema. E o vocábulo “sustentabilidade” entrou para o mundo jurídico, provavelmente para ficar. No Brasil, um autor que se destacou nessa matéria foi o Prof. Juarez Freitas, que muito falou e escreveu sobre o tema, cabendo destacar a sua obra “*Sustentabilidade – Direito ao Futuro*”, publicada pela Editora Fórum em 2011. Foi publicado este ano, pela Editora Íthala, o livro “*Novas Perspectivas para uma Administração Pública Sustentável – A visão delas*”, no qual escrevi um artigo sobre “A visão delas na construção de uma administração pública sustentável” e no qual também constam dois artigos: um sobre “contratações públicas sustentáveis no Brasil e seu processo de implementação”, de autoria de Cândrica Madalena Silva e Débora Honorato de Souza Alves, e outro intitulado “*Dimensão social da sustentabilidade e o poder regulatório das contratações públicas*”, de autoria de Daiese Quênia Jaala Santos Bonfim, Fernanda Cordeiro de Oliveira e Lilian Oliveira de Azevedo Almeida.

O fato é que o adjetivo “sustentável” passou a qualificar vários substantivos. Li uma entrevista feita pelo cientista Carlos Nobre, publicada no jornal O Estado de São Paulo, em 9-2-23. No texto citado, ele fala em “vida sustentável”, em “ambiente sustentável”, em “trajetórias sustentáveis”, em “mundo

sustentável”. Fazendo referência à ativista ambiental sueca, Greta, ele fala da necessidade de se criar “uma geração para a qual sustentabilidade vire um valor como é o conceito de felicidade. Todos nós queremos felicidade. Sustentabilidade tem de se tornar um conceito filosófico como felicidade”.

2 O termo “desenvolvimento sustentável”

Li em algum texto publicado na internet que o termo “desenvolvimento sustentável” foi usado pela primeira vez em 1987, por Gro Harlem Brundtland, ex-Primeira Ministra da Noruega. No Relatório *Our Common Future*, ela afirma que “desenvolvimento sustentável significa suprir as necessidades do presente sem afetar a habilidade das gerações futuras de suprirem as próprias necessidades”.

A preocupação com as gerações presentes e futuras revela-se também em documentos internacionais, como a Declaração do Meio Ambiente de Estocolmo, ditada pela ONU e pela UNESCO em 1972. Nela se diz que “o homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio cuja qualidade lhe permite levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras” (princípio I, primeira parte). No princípio 2, o documento proclama que “os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e especialmente as amostras representativas dos ecossistemas naturais devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou regulamentação, segundo seja mais conveniente”.

A ideia é a de deixar de lado a ganância que leva ao acúmulo de riquezas no momento presente, sem preocupação com os prejuízos causados às gerações futuras, e abraçar a sustentabilidade como um instrumento que, ao mesmo tempo em que satisfaz às necessidades do presente, preserve o suficiente para proteção das gerações futuras. Essa é a ideia fundamental da sustentabilidade. A sustentabilidade combate o desperdício. Ela aplica em sua inteireza o princípio da proporcionalidade, com as três regras conhecidas por todos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Juarez Freitas, no livro “Sustentabilidade – Direito ao Futuro” diz que sustentabilidade é o oposto de insaciabilidade, a qual ele qualifica como patrimonialista, despótica, patológica.

Pelos textos que tratam do tema da sustentabilidade, verifica-se que a grande preocupação é com a preservação do meio ambiente. Mas essa preocupação também apresenta outras dimensões. Daí falar-se no tripé da sustentabilidade, para abranger os aspectos ecológico, social e econômico. E hoje se fala também no aspecto cultural, que envolve a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

3 O trabalho do TCU

O TCU divulgou relatório muito interessante sobre “Sustentabilidade na Administração Pública Federal”, que foi resultado de auditoria realizada em mais de 100 órgãos e entidades públicas federais. Nesse relatório, o TCU propõe a criação do Índice de Acompanhamento da Sustentabilidade na Administração Pública – IASA, que seria um método para avaliação das práticas de sustentabilidade adotadas no âmbito da Administração Pública. Para esse fim, foram definidos 11 critérios ou eixos temáticos estabelecidos na auditoria, dentre os quais: racionalização no uso de energia elétrica, da água e do papel, requisitos de acessibilidade, implementação de processo eletrônico, gestão de resíduos e coleta seletiva, contratações públicas sustentáveis, conscientização e capacitação, adesão a programas de sustentabilidade. Tal auditoria e as propostas do TCU constam do Acórdão 1752/2011, do Plenário do TCU.

Desse Acórdão resultou a promulgação do Decreto nº 7.746/2012, que costuma ser citado como um marco da sustentabilidade na Administração Pública. As grandes inovações desse Decreto foram a institucionalização das compras e contratações públicas sustentáveis, a exigência do planejamento sustentável por meio dos Planos de Gestão de Logística Sustentável – PLS (art. 16 do Decreto) e a criação

da Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP. Os resultados da auditoria constam do Acórdão 1056/2017, do Plenário do TCU.

4 Objetivos do desenvolvimento sustentável na Administração Pública

Um aspecto que esse trabalho realça é exatamente o que diz respeito aos objetivos do desenvolvimento sustentável no âmbito da Administração Pública e que não se resumem à proteção do meio ambiente. O TCU indica 17 objetivos, que são adotados em âmbito internacional, chamados Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS: (i) a erradicação da pobreza, (ii) a fome zero e agricultura sustentável, (iii) saúde e bem-estar, (iv) educação de qualidade, (v) igualdade de gênero, (vi) água potável e saneamento, (vii) energia limpa e acessível, (viii) trabalho decente e crescimento econômico, (ix) indústria, inovação, infraestrutura, (x) redução das desigualdades, (xi) cidades e comunidades sustentáveis, (xii) consumo e produção responsáveis, (xiii) ação contra mudança global do clima, (xiv) vida na água, (xv) vida terrestre, (xvi) paz, justiça e instituição eficazes, (xvii) parcerias e meios de implementação.

Os dados constantes dos dois acórdãos do TCU (com a proposta de criação de índices de avaliação e o resultado dessa avaliação) constituem importante orientação para a adoção de medidas pelos vários entes federativos para avanço da sustentabilidade no âmbito da Administração Pública.

5 O desenvolvimento sustentável na Constituição Federal

O princípio do desenvolvimento nacional sustentável surgiu no âmbito da legislação ordinária antes de ser elevado ao nível constitucional.

O primeiro passo nesse sentido, em âmbito nacional, talvez tenha sido dado pela Lei nº 6.938, de 31-8-81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. A preocupação primeira, portanto, parece ter sido a preservação do meio ambiente. No artigo 4º, foram definidos os objetivos dessa Política, dentre eles: a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio econômico-social, difusão de tecnologias nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais, difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, divulgação de dados e informações ambientais e formação de uma consciência pública sobre a necessidade e preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico, preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida.

Em âmbito constitucional, o artigo 170, inciso VI, da Constituição Federal de 1988, na redação original, incluía a defesa do meio ambiente entre os objetivos da ordem econômica. E o artigo 225 estabelece que 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. O § 1º do mesmo dispositivo indica as medidas possíveis para assegurar a efetividade desse direito, dentre elas o dever de “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade” (inciso IV) e o de “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente” (inciso V).

Posteriormente, o artigo 170, VI, foi alterado pela Emenda Constitucional nº 42/03, para colocar como princípio da ordem econômica a “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e dos seus processos de elaboração e prestação”. Estava posto o fundamento constitucional para as chamadas licitações sustentáveis ou licitações verdes, em que se combinam os objetivos tradicionais da licitação (de buscar a melhor proposta para a Administração e garantir a isonomia aos licitantes) com o de desenvolvimento sustentável, que procura preservar o meio ambiente, em harmonia com fatores sociais e econômicos. Ainda prevalecia a ideia de preservação do meio ambiente.

6 O desenvolvimento sustentável na legislação infraconstitucional

A partir daí sucederam-se as normas legais visando a garantir o princípio da sustentabilidade das licitações.

A Lei nº 12.187, de 29-12-09, que instituiu a Política Nacional sobre Mudanças do Clima, no artigo 6º, inciso XII, indicou como instrumento dessa Política “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*”.

A Lei nº 12.305, de 2-8-10, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, no artigo 7º, XI, incluiu, entre os objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, a “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”.

A Lei nº 12.836, de 2-7-13, veio alterar o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10-7-01) para incluir entre os objetivos da política urbana o “estímulo à utilização, nos parcelamentos do solo e nas edificações urbanas, de sistemas operacionais, padrões construtivos e aportes tecnológicos que objetivem a redução de impactos ambientais e a economia de recursos naturais” (art. 2º, XVII). Incentivo semelhante foi previsto para as operações urbanas consorciadas, com o acréscimo, pela mesma lei, de um inciso III ao § 2º do artigo 32 do Estatuto da Cidade.

Por sua vez, a Lei nº 8.666/93, que já previa, desde a redação original, o impacto ambiental entre os requisitos a serem observados na elaboração dos projetos básicos e executivos de obras e serviços (art. 12, VII), teve seu artigo 3º alterado pela Lei nº 12.349, de 21-12-10 para inserir entre os objetivos da licitação a promoção do *desenvolvimento nacional sustentável*. Esse dispositivo foi regulamentado pelo Decreto nº 7.746, de 5-6-12, com alterações posteriores.

Na esfera federal, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por intermédio da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, editou a Instrução Normativa nº 01, de 19-01-10, que “dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional”. Essa Instrução, no artigo 1º, estabelece que “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”. Dentre os critérios possíveis a serem utilizados, faz referência, por exemplo, à maior economia no consumo de energia elétrica na climatização e iluminação de ambientes; uso exclusivo de lâmpadas fluorescentes, aquecimento de água por energia solar; medição individualizada de água e energia elétrica, aproveitamento da água da chuva, exigência de comprovação da origem da madeira, uso de mão de obra, materiais e matérias-primas locais, uso obrigatório de agregados reciclados, observância das regras do Inmetro, aquisição de bens compostos de materiais reciclados, atóxicos e biodegradáveis, cumprimento de requisitos ambientais para certificação pelo Inmetro, uso de embalagens adequadas, emprego de produtos de limpeza e conservação que respeitem normas da Agência de Vigilância Sanitária – Anvisa, redução do desperdício de água, observância à Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama sobre ruído, utilização de equipamentos de proteção individual pelos profissionais terceirizados, treinamento destes mesmos profissionais para redução do consumo da água, energia e da produção de resíduos sólidos, separação dos resíduos recicláveis, atendimento às normas da Agência Brasileira de Normas Técnicas sobre resíduos sólidos, destinação ambiental adequada de pilhas e baterias.

Pelo artigo 4º, *caput*, as obras públicas e os serviços de engenharia, os projetos básico e executivo “devem ser elaborados visando à economia da manutenção e operacionalização da edificação,

a redução do consumo de energia e água, bem como a utilização de tecnologias e materiais que reduzam o impacto ambiental”.

E o artigo 5º permite a exigência de que as aquisições sejam, total ou parcialmente compostas por material reciclado, atóxico, biodegradável e que observem os requisitos ambientais necessários para serem certificados pelo Inmetro como produtos sustentáveis ou de menor impacto ambiental em relação aos seus similares, devendo ser concedida aos licitantes a oportunidade de comprovar o atendimento aos requisitos, também de modo a não prejudicar a ampla competitividade.

A Lei nº 12.462, de 4-8-11, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) para a construção de estádios e aeroportos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 e da Copa do Mundo de 2014, inseriu entre os princípios da licitação o do desenvolvimento sustentável.

Por sua vez, o Decreto nº 7.746, de 5-6-12, com alterações posteriores, regulamentou o artigo 3º da Lei nº 8.666/93, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública (CISAP).

Tal Decreto foi recepcionado pela Lei nº 14.133/21, que, além de prever o desenvolvimento sustentável como princípio, no artigo 5º, e como objetivo da licitação, no artigo 11, ainda lhe deu aplicação em vários dispositivos, dentre os quais os seguintes:

(i) artigo 6º, XXIV, “e”, que define o anteprojeto, exigindo que sejam observados parâmetros para adequado tratamento do impacto ambiental;

(ii) artigo 6º, XXV, que define o projeto básico também exigindo observância do “adequado tratamento do empreendimento”;

(iii) artigo 18, § 1º, XII, que exige que o estudo técnico preliminar contenha a “descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável”.

É curioso que o Decreto nº 7.746 tenha estabelecido normas apenas para a administração pública federal. O dispositivo regulamentado (art. 3º da Lei nº 8.666/93) tinha natureza de norma geral, sendo, por essa razão, aplicável em âmbito nacional. Em consequência, o decreto regulamentar deveria ter o mesmo alcance. A mesma observação cabe com relação aos dispositivos mencionados da Lei nº 14.133. Tem-se que lembrar que, pelo artigo 187 da Lei nº 14.133, “os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão aplicar os regulamentos editados pela União para execução desta Lei.”

O artigo 2º do Decreto determina que a administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes adotem critérios e práticas de sustentabilidade objetivamente definidos no instrumento convocatório; a adoção de critérios e práticas de sustentabilidade deverá ser justificada nos autos e preservar o caráter competitivo do certame (parágrafo único do art. 2º). Pelos termos do artigo 3º do mesmo Decreto, os critérios e práticas de sustentabilidade de que trata o artigo 2º serão veiculados como especificação técnica do objeto, como obrigação da contratada ou requisito previsto em lei especial, de acordo com o disposto no inciso IV do *caput* do artigo 30 da Lei nº 8.666/93.

O artigo 4º indica algumas diretrizes de sustentabilidade: I – baixo impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água; II – preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local; III – maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia; IV – maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local; V – maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra; VI – uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; e VII – origem sustentável dos recursos naturais utilizados nos bens, nos serviços e nas obras; VIII – utilização de produtos florestais madeireiros e não madeireiros originários de manejo florestal sustentável

ou de reflorestamento. A indicação não é taxativa, deixando as portas abertas para adoção de outros critérios, mediante adequada motivação nos autos do procedimento licitatório. Na esfera federal, foi atribuída à CISAP (que tem natureza consultiva e caráter permanente), entre outras funções, a de propor à Secretária de Logística e Tecnologia de Informação critérios e práticas de sustentabilidade nas aquisições, contratações, utilização dos recursos públicos, desfazimento e descarte.

O artigo 5º ainda permite que a administração pública federal, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes exijam no instrumento convocatório para aquisição de bens que estes sejam constituídos por material renovável, reciclado, atóxico ou biodegradável, entre outros critérios de sustentabilidade. E o artigo 6º determina que as especificações e demais exigências do projeto básico ou executivo para contratação de obras e serviços de engenharia sejam elaboradas, nos termos do artigo 12 da Lei nº 8.666/93, de modo a proporcionar a economia da manutenção e operacionalização da edificação e a redução do consumo de energia e água, por meio de tecnologias, práticas e materiais que reduzam o impacto ambiental.

7 Inadequação da expressão Administração Pública sustentável

Como resultado de minhas leituras e de minhas reflexões sobre o assunto, deduzi que não é inteiramente correto falar em licitação sustentável nem em Administração Pública sustentável. Na realidade, a sustentabilidade ou o desenvolvimento sustentável pressupõe a presença de três elementos: (i) um ente – sujeito ativo – com a competência para promover a sustentabilidade; (ii) um instrumento de sustentabilidade ou meio de atuação adequado, necessário e proporcional para promover a sustentabilidade; (iii) o valor a ser preservado e que, na realidade, se confunde com os direitos fundamentais do homem, agasalhados pela Constituição e abrangendo direitos individuais e coletivos.

Quando se fala em Administração Pública sustentável ou em sustentabilidade da Administração Pública, a referência é ao sujeito que tem competência vinculada para promover a sustentabilidade. A licitação e os contratos administrativos são dois dos muitos instrumentos que a lei outorga à Administração Pública para consecução desse objetivo. O valor a ser preservado, dentre aqueles previstos na Constituição é que deve ser a sustentabilidade, ou seja, a adoção de medidas que, ao mesmo tempo em que satisfaçam às necessidades do presente, preservem o suficiente para proteção das gerações futuras.

8. A proteção do meio ambiente no Artigo 225 da CF

Dentre esses valores, cresce de importância, no momento atual, a proteção do meio ambiente, que é prevista no artigo 225 da Constituição nos seguintes termos: “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*”.

Tive a oportunidade de comentar esse dispositivo em texto intitulado “Polícia do Meio Ambiente”, publicado em 1992, na Revista Forense, vol. 317, p. 179-187. Escrevi então que “ao definir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo, o constituinte usou de linguagem emprestada ao Código Civil Brasileiro”. E acrescentei: “Quando aplicada a bens públicos, a expressão refere-se a uma coisa corpórea; quando aplicada ao meio ambiente, refere-se a uma coisa incorpórea. Em um e outro caso, trata-se de coisas insuscetíveis de avaliação patrimonial; em um e outro caso, trata-se de coisas cuja proteção ultrapassa a esfera dos direitos individuais para entrar na categoria dos interesses públicos. Em um e outro caso, o uso do bem está sujeito a normas especiais de proteção, de modo a assegurar que o exercício dos direitos de cada um se faça sem prejuízo do interesse de todos”.

Também realcei, naquela oportunidade, que “é nesse mesmo sentido, de bem incorpóreo, que o art. 225, § 4º, da Constituição determina que “a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais”.

Quando escrevi esse artigo, o termo “sustentabilidade” ainda não tinha penetrado no mundo do direito. O que poderíamos acrescentar, nos dias atuais, ao meu texto escrito há 30 anos atrás, é que o direito ao meio ambiente, como bem de uso comum do povo, deve ser exercido no interesse de todos, em benefício das gerações presentes e futuras. Note-se que essa exigência já constava da parte final do artigo 225 da Constituição. A proteção desse bem de uso comum do povo, que é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, constitui poder-dever do Estado, por intermédio da atuação dos três Poderes.

9 Valores protegidos pelo desenvolvimento sustentável

A Administração Pública desempenha importante papel no desenvolvimento sustentável, não só na proteção do meio ambiente, mas na tutela dos vários valores previstos na Constituição, nos âmbitos social, econômico e ecológico. Para esse fim, ela dispõe de vários instrumentos previstos no ordenamento jurídico, como o planejamento (altamente prestigiado na nova lei de licitações), a licitação em suas várias modalidades, a definição e execução de políticas públicas e também a polícia administrativa, que envolve a adoção de meios repressivos e preventivos, a edição de atos normativos e, fundamentalmente, envolve a fiscalização.

Juarez Freitas, na obra já citada, inclui um capítulo 4, intitulado “nova agenda da sustentabilidade multidimensional”, no qual ele aponta as medidas possíveis a serem adotadas em benefício da sustentabilidade: o combate às queimadas e ao desmatamento, nova sistemática de licenciamento ambiental, ampliação do transporte hidroviário e ferroviário, licitações sustentáveis, educação ambiental, combate à degradação habitacional (com o dever de remover as pessoas de zonas de risco), saneamento ambiental, planejamento demográfico, combate à poluição.

A adoção dessas medidas permitiria falar em Administração Pública sustentável ou, talvez, em modelo de Estado sustentável. Infelizmente, estamos longe de alcançar esse modelo, exatamente pelas omissões do poder público de todos os níveis.

10 Contratação sustentável

Tenho dito, em várias oportunidades, que a Lei nº 14.133/21, que veio substituir a Lei nº 8.666/93, aumentou, para o gestor público e para os agentes envolvidos no procedimento licitatório, as dificuldades na realização das contratações públicas, seja as feitas diretamente (com dispensa ou inexigibilidade de licitação), seja as realizadas mediante licitação. A fase preparatória foi consideravelmente burocratizada, com a exigência de estudo técnico preliminar e de planejamento, que muitos órgão e entidades não têm a mínima ideia de como realizá-los. Também a contratação direta passou a exigir maiores formalidades, com maiores ônus para os órgãos e entidades que tenham que adotá-las. Sem falar que muitos não têm recursos humanos e materiais preparados para esse fim, nem recursos financeiros suficientes para terceirizar a atividade. Vale dizer que lei tornou muito mais onerosa as contratações públicas, sem maiores garantias de eficiência, razoabilidade e moralidade administrativa. Eu acho que as contratações públicas deveriam ser muito simples, porque fazem parte do dia a dia da Administração Pública. A aplicação da lei cresce de dificuldade quando se sabe que mais de 50 de seus dispositivos dependem de regulamentação. E essa regulamentação já vem sendo feita por dezenas de atos normativos, especialmente por instruções emanadas de órgãos federais, que podem e devem ser adotados por outros entes federativos, especialmente no âmbito municipal. É uma situação que considero desanimadora e que está a exigir preparação de gestores e agentes públicos, além de boa vontade dos órgãos de controle na orientação e fiscalização dos procedimentos de contratação.

Na realidade, fico pensando na necessidade de elaboração de cartilhas que ensinem o “b a ba” da licitação e de modelos de peças consideradas essenciais para validade das licitações. Note-se que o artigo 19 da Lei 14.133, prevê algumas medidas que têm o objetivo evidente de facilitar a aplicação da Lei em todas as esferas de governo. No inciso IV, prevê que os órgãos da Administração com competência regulamentares, devem “instituir, com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle

interno, modelos de minuta de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos, admitida a adoção das minutas do Poder Executivo federal por todos os entes federativos.”

Também não é fácil a observância do desenvolvimento nacional sustentável, previsto como princípio da licitação, no artigo 5º, e como uma das finalidades da licitação, incluída no artigo 11.

11 Algumas observações relevantes

11.1 Atos normativos

É importante conhecer os atos normativos que tratam da sustentabilidade nas contratações. Em primeiro lugar, eu mencionaria o Decreto nº 7.746, de 5/6/12, que regulamentou o artigo 3º da Lei nº 8.666, para estabelecer critérios e práticas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Ele continua a ter aplicação em tudo o que não contrariar a nova lei. São relevantes especialmente os artigos 4º e 5º do Decreto; o primeiro prevê critérios e práticas sustentáveis, de modo não exaustivo, como baixo impacto ambiental, preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local, maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia, dentre outros; o segundo prevê a possibilidade de exigência, nos instrumentos convocatórios para a aquisição de bens, que estes sejam constituídos por material renovável, reciclado, atóxico ou biodegradável. São medidas objetivas mencionadas apenas exemplificativamente na lei.

Também é relevante a leitura dos referidos Acórdãos do TCU, além da leitura do Guia Nacional de Licitações Sustentáveis, elaborado pela AGU e que está em sua 6ª edição, de 2023. Esse Guia prevê a obrigatoriedade de adoção de critérios de sustentabilidade socioambiental e de acessibilidade, em praticamente todas as fases da licitação, abrangendo o planejamento, a seleção de fornecedor, a execução contratual, a fiscalização e a gestão dos resíduos sólidos (p. 26). E na página 29 e seguintes indica os principais dispositivos da Lei 14.133 que envolvem medidas de sustentabilidade. A partir da p. 30, aponta o procedimento da contratação sustentável, em quatro passos: (i) 1º passo: verificação da possibilidade de reuso de bens; (ii) 2º passo: sustentabilidade no planejamento, abrangendo o estudo preliminar, o termo de referência, os projetos básico e executivo, a minuta de contrato, o edital (com previsão inclusive de critérios de sustentabilidade como requisitos de aceitabilidade da proposta e da habilitação); (iii) 3º passo: análise do equilíbrio entre os princípios da isonomia, vantajosidade e sustentabilidade; (iv) 4º passo: sustentabilidade na gestão e fiscalização do contrato, bem como na gestão Resíduos Sólidos.

Esse Guia define contratação sustentável como “aquela que integra considerações socioambientais, culturais e de acessibilidade em todas as suas fases, com o objetivo de reduzir impactos negativos sobre o meio ambiente e, via de consequência, aos direitos humanos”. E acrescenta que se trata de “uma expressão abrangente, uma vez que não está delimitada pelo procedimento licitatório em si, mas perpassa todas as fases da contratação pública, desde o planejamento, a elaboração do edital, fiscalização da execução contratual e gestão dos resíduos”.

Da leitura desse Guia, que é de âmbito nacional, e dos próprios termos da Lei 14.133, resulta a conclusão de que os critérios de sustentabilidade devem estar presentes em todas as fases da licitação. Eu diria até que é muito importante, para esse fim, a fase preparatória da licitação, porque nela é que são preparados o estudo técnico preliminar e o planejamento, inclusive o plano de contratações anual, a elaboração do edital e da minuta do contrato. Com efeito, uma vez concluída a fase preparatória e iniciada a fase externa, com a publicação do edital, já estão definidos os critérios de sustentabilidade. A partir daí, cabe, durante o procedimento licitatório, observar as exigências do edital, que concretizam as exigências de sustentabilidade. E cabe à fiscalização acompanhar a execução do contrato para verificar também o cumprimento das exigências.

Essa fase preparatória não constitui incumbência dos agentes de contratação responsáveis pela condução do procedimento licitatório (referidos no art. 8º da Lei). A Lei 14.133 não define as competências para serem exercidas na fase preparatória da licitação. Ficam as dúvidas: quem é competente

para elaborar o planejamento, o estudo técnico preliminar, a minuta de edital? Tem aplicação, no caso, a norma contida no artigo 7º da Lei, que outorga à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução da lei. A autoridade referida no artigo 7º deve observar o princípio da segregação de funções, o que significa que não pode designar o mesmo agente público para atuação simultânea em funções suscetíveis a riscos. Não pode o agente designado para elaborar o planejamento ser também indicado para conduzir o procedimento ou fiscalizar a sua observância.

11.2 Razoabilidade dos critérios de sustentabilidade

É preciso levar em conta que o desenvolvimento nacional sustentável é apenas um dos princípios da licitação previstos no artigo 5º e apenas uma das finalidades inseridas no artigo 11. Vale dizer que a sustentabilidade tem que conviver com os demais princípios, como eficiência, razoabilidade, isonomia, competitividade, proporcionalidade etc.; e tem que conviver com as demais finalidades da licitação elencadas no artigo 11: por outras palavras, a sustentabilidade não pode prejudicar a seleção da proposta mais vantajosa, a isonomia (com a justa competição), o sobrepreço ou preços manifestamente inexequíveis e o superfaturamento na execução do contrato, e não pode impedir a inovação. Por isso é que a AGU, no Guia Nacional de Licitações Sustentáveis coloca como 3º passo do procedimento, a análise do equilíbrio entre os princípios da isonomia, vantajosidade e sustentabilidade.

11.3 Importância da “alta administração do órgão ou entidade”

O artigo 11, da lei, depois de indicar, no *caput*, os objetivos da licitação, atribui à “alta administração do órgão ou entidade”, no parágrafo único do mesmo dispositivo, a responsabilidade pela governança das contratações, indicando as medidas necessárias para “assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações”. A Lei 14.133 não indica quem sejam as autoridades integrantes da alta administração do órgão ou entidade. Além disso, não especifica, concretamente, as atribuições que cabem à alta administração. Cabe a cada ente federativo fazer essa indicação.

Como citar essa publicação:

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Sustentabilidade nas contratações públicas”. In *SLC – Solução em Licitações e Contratos* nº 78. Seção Soluções Autorais. São Paulo: SGP, setembro/2024, p. 45-53.

