

FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA
VINÍCIUS VICKTOR COLOMBINI PIMENTEL

LICITAÇÃO SUSTENTÁVEL:

a colisão entre os princípios da economicidade e do desenvolvimento sustentável.

BACHARELADO EM DIREITO

FIC - MG

2014

VINÍCIUS VICKTOR COLOMBINI PIMENTEL

LICITAÇÃO SUSTENTÁVEL:

a colisão entre os princípios da economicidade e do desenvolvimento sustentável.

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga-FIC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Professor orientador: Éder Marques Azevedo.

FIC - CARATINGA

2014

Dedico esta monografia,

Aos meus pais, José Geraldo Pimentel e Lécia Calina Melo Colombini, à minha avó, Maria Aparecida Pimentel, aos irmãos, tios e demais parente e, também, a todas as pessoas que, de alguma forma, contribuíram para a realização das pesquisas que ensejaram na conclusão deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, fonte maior da minha existência.

Ao professor Éder Marques Azevedo, por ter fomentado essa pesquisa e apresentado o conhecimento jurídico necessário para realiza-la.

Aos nobres professores, por terem compartilhado comigo seus conhecimentos. Aos meus pais e avós, pelo apoio e instrução. Aos meus amigos e familiares pelo incentivo e, em especial, ao José Celso Godinho pelo estímulo e companheirismo.

MENSAGEM

“Quando alguém compreende que é contrário à sua dignidade de homem obedecer a leis injustas, nenhuma tirania pode escravizá-lo”.

Mahatma Gandhi

RESUMO

Com o advento da Lei Federal nº 12.349/10, que teve o condão de introduzir o princípio do desenvolvimento sustentável ao rol dos princípios aplicáveis às licitações públicas, tornou-se forçoso, nos procedimentos licitatórios, a aquisição de produtos, serviços, e a realização de obras públicas que atendam aos padrões ambientais. Todavia, devido ao elevado preço das chamadas aquisições verdes, a Administração Pública tem resistido quanto à aplicação deste princípio sob o argumento de que ele fere o princípio da economicidade, que deriva do princípio administrativo da eficiência, e determina que aquisição de bens e serviços pela Administração Pública seja efetuado com o menor dispêndio financeiro. Neste diapasão, o presente projeto tem o escopo de demonstrar, por meio da teoria da ponderação de Robert Alexy, a viabilidade da aplicação concomitante e pacífica dos princípios da economicidade e do desenvolvimento sustentável no âmbito das licitações públicas.

Palavras-chave: licitação sustentável; desenvolvimento sustentável; economicidade; colisão de princípios; ponderação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	12
CAPÍTULO I – AS NOVAS DIMENSÕES DA SUSTENTABILIDADE.....	14
1.1 Estado Ambiental de Direito.....	14
1.2 Tutela internacional do meio ambiente e certificados de qualificação ambiental.....	20
1.3 As novas dimensões da sustentabilidade.....	30
CAPÍTULO II – LICITAÇÕES PÚBLICAS.....	35
2.1 Conceitos e finalidades.....	35
2.2 Princípios aplicáveis.....	37
2.2.1 <i>Princípio da legalidade.....</i>	38
2.2.2 <i>Princípio da Impessoalidade.....</i>	38
2.2.3 <i>Princípios da moralidade e da probidade.....</i>	39
2.2.4 <i>Princípio da publicidade.....</i>	39
2.2.5 <i>Princípio da vinculação ao instrumento convocatório.....</i>	40
2.2.6 <i>Princípio do julgamento objetivo.....</i>	41
2.2.7 <i>Princípio da competitividade.....</i>	41
2.2.8 <i>Princípio da adjudicação compulsória.....</i>	42
2.2.9 <i>Princípio do procedimento formal.....</i>	42
2.2.10 <i>Princípio do sigilo na apresentação das propostas.....</i>	43
2.2.11 <i>Princípio da eficiência.....</i>	43
2.2.12 <i>Princípio da economicidade.....</i>	44
2.3 Fases da licitação.....	45
2.3.1 <i>Fase interna.....</i>	46
2.3.2 <i>Fase externa.....</i>	46
2.4 Modalidades de licitação.....	48
2.4.1 <i>Concorrência.....</i>	49
2.4.2 <i>Tomada de preços.....</i>	50
2.4.3 <i>Convite.....</i>	51
2.4.4 <i>Concurso.....</i>	52
2.4.5 <i>Leilão.....</i>	53
2.4.6 <i>Pregão.....</i>	53
2.5 Tipos de licitação.....	55
2.5.1 <i>Menor preço.....</i>	55
2.5.2 <i>Melhor técnica.....</i>	56
2.5.3 <i>Técnica e preço.....</i>	57
2.5.4 <i>Melhor lance ou oferta.....</i>	59
CAPÍTULO III – LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS.....	60
3.1 Teoria da ponderação de Robert Alexy.....	60
3.1.1 <i>Distinção entre regras e princípios.....</i>	60
3.1.2 <i>Conflito entre regras.....</i>	62
3.1.3 <i>Colisão de princípios.....</i>	63

3.2 Licitação sustentável e o princípio da ponderação.....	67
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	80
REFERÊNCIAS.....	83

INTRODUÇÃO

A presente monografia, sob o tema “Licitação sustentável: a colisão entre os princípios da economicidade e do desenvolvimento sustentável” tem por objetivo desmistificar a aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável na seara das licitações públicas, com vistas a demonstrar aos operadores do direito e aos gestores públicos que as licitações podem atender aos padrões ambientais sem, outrossim, ferir os demais princípios inerentes a este certame.

Sendo assim, levanta-se como problema se a aquisição pela Administração Pública de produtos, serviços e obras adequados aos padrões ambientais, como forma de atender ao princípio do desenvolvimento sustentável, introduzido como princípio da licitação pública por meio da Lei Federal 12.349/10, colide com o princípio administrativo da economicidade.

A esse respeito, tem-se como metodologia a confecção de pesquisa teórico-dogmática, haja vista a presença de investigação de cunho bibliográfico. Em face do universo discutido, o trabalho revela-se transdisciplinar, vez que aborda discussões envolvendo o Direito Constitucional, o Direito Internacional, o Direito Administrativo, o Direito Ambiental, o Direito Econômico e a Hermenêutica Constitucional.

Tem-se como marco teórico da monografia em epígrafe a teoria da ponderação desenvolvida por Robert Alexy, que assim preleciona:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido – um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nela deva ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência.¹

A partir de então, encontra-se substrato à confirmação da hipótese que, muito embora a aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável nos procedimentos licitatórios tenha um caráter oneroso inicialmente, devido ao elevado valor financeiro da aquisição de produtos, serviços e obras que atendam aos padrões ambientais, a onerosidade desses bens é mitigada a

¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

médio e longo prazo, propiciando o atendimento concomitante do princípio da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável.

Assim, com o fito de abordar o tema de maneira abrangente e organizada, a presente monografia é dividida em três capítulos distintos. No primeiro deles, intitulado “As novas dimensões da sustentabilidade”, demonstra-se com um olhar contemporâneo algumas nuances do direito ambiental, dando-se ênfase as questões relativas ao Estado Ambiental de Direito, tutela internacional do meio ambiente, certificados de qualificação ambiental e as multidimensões do desenvolvimento sustentável.

Já no segundo capítulo, denominado “Licitações públicas”, analisa-se a necessidade da realização do procedimento licitatório para que a Administração Pública Direta e Indireta efetue contratações, expondo-se as burocracias inerentes ao certame, e as formas de realização e julgamento.

Por fim, o terceiro capítulo, sob o título “Licitações sustentáveis”, explana-se sobre a aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável no procedimento licitatório, abordando a colisão deste princípio com o da economicidade e a proposta de pacificação do liame por meio da incidência da teoria da ponderação de Robert Alexy.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tendo em vista a importância da proteção ambiental e das licitações públicas, é fundamental a análise de alguns conceitos centrais com o objetivo de entendermos o que é licitação sustentável e quais são os impactos de sua aplicação na seara administrativa, verificando-se, assim, a necessidade e viabilidade de tal instrumento.

Nesse propósito, devem ser considerados os seguintes conceitos, dentre os quais se incluem a concepção de “desenvolvimento sustentável”, o instituto da “licitação sustentável”, a noção de “economicidade”, a ideia de “colisão de princípios”, bem como a percepção da teoria da “ponderação”, os quais passamos a expor a partir de então.

No que diz respeito ao desenvolvimento sustentável, tem-se entendido que esse princípio visa a conjugar o desenvolvimento econômico e social à preservação ambiental², com vistas a “atender às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas necessidades”³.

Quanto à concepção de licitação sustentável, Murillo Giordan Santos e Teresa Villac Pinheiro Barki advogam que é a “solução para integrar considerações ambientais e sociais em todos os estágios do processo de compra e contratação dos agentes públicos (de governo) com o objetivo de reduzir impactos à saúde humana, ao meio ambiente e aos direitos humanos”⁴. Portanto, trata-se do cumprimento do procedimento licitatório observando os ditames da política da sustentabilidade para que não haja o exaurimento dos recursos naturais em razão de mau uso ou por meio de um uso irracional que inviabilize a proteção ambiental, resguardada como competência material comum pertencente a todos os entes políticos, conforme definido no art. 23, inc. VI, da CR/88.

Ademais, o princípio da economicidade, que tem aplicação garantida nos procedimentos licitatórios por derivar do princípio administrativo da eficiência, impõe a

² MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. – 6. Ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 64.

³ Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acessado em: 10/04/2014.

⁴ SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pibheiro (Coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. 2 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 22.

Administração Pública que “os recursos financeiros sejam geridos de modo adequado para que se obtenha os maiores benefícios pelos menores custos”⁵

Lado outro, segundo a doutrina de Robert Alexy, a ponderação trata-se de um critério para a resolução de conflito entre dois ou mais princípios colidentes entre si. Nesse sentido, a colisão de princípios ocorre quando dois princípios regulam de forma contraditória um determinado assunto.⁶ Com efeito:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido – um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deva ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência.⁷

Portanto, com o fito de resolver o impasse resultante da colisão de princípios é que se deve utilizar o então método de ponderação sustentado por Alexy.

⁵ STROPPIA, Christiane de Carvalho *apud* SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 28.

⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91-93.

⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

CAPÍTULO I – AS NOVAS DIMENSÕES DA SUSTENTABILIDADE

1.1 Estado Ambiental de Direito

Constitucionalismo ou movimento constituinte, como preferiu chamar José Joaquim Gomes Canotilho⁸, é um movimento político, filosófico e jurídico que visa romper com os ditames da forma de governo predominante e criar uma nova ordem jurídica consubstanciada em um documento escrito, denominado constituição. Segundo o aludido autor português, tal movimento “questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político”⁹.

Esse movimento, em sua fase inaugural no Ocidente, ganhou forças em meados do século XVIII, marcando o início da modernidade, quando a burguesia, impulsionada pelas revoluções liberais francesa e norte-americana, reivindicava o respeito às liberdades individuais, com a conseqüente limitação do poder absoluto do Estado.¹⁰

Buscava-se a criação de um documento escrito que limitasse o poder estatal por meio da fixação da organização política do Estado, dos direitos fundamentais e da forma de garanti-los contra arbitrariedades do monarca.

Desse movimento erigiu o Estado Liberal de Direito, que tinha seus pilares fincados nas liberdades negativas clássicas, e no “postulado de abstenção do governo, que criava obrigações de não fazer, de não intervir sobre os aspectos da vida pessoal de cada indivíduo”¹¹.

Nesse modelo de Estado os direitos individuais à vida, à liberdade e à propriedade eram exercido sem nenhuma interferência estatal, uma vez que “os direitos fundamentais

⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 9. reimp. – Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 51.

⁹ *Ibidem*, p. 52.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.564.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direitos constitucional**. – 4. ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 267.

eram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados”¹².

Entretanto, por serem titulares desses direitos o homem individualmente considerado, a liberdade sindical e o direito à greve não eram tolerados no Estado Liberal, pois causariam obstáculo ao pleno exercício do direito fundamental à propriedade.

Esse fator, aliado às pressões decorrentes da industrialização em marcha, ao impacto do crescimento demográfico e ao descaso com os problemas sociais, gerou uma imensurável disparidade no interior da sociedade, culminando na insatisfação civil com o Estado Liberal de Direito e, conseqüentemente, em novos movimentos populares.¹³

A classe proletária, massacrada pela péssima qualidade de vida proveniente de um ambiente de trabalho insalubre e salários miseráveis, clamava pela criação de direitos capazes de melhorar as condições de vida e trabalho.

Nasce, assim, uma nova corrida constitucionalista que culminou na criação da segunda dimensão de direitos fundamentais e na formação do Estado Social de Direito, que pauta, por sua vez, pela criação de políticas públicas e maximização dos serviços públicos que visam garantir a igualdade social por meio de direitos à “saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social e assistência social”.¹⁴ Isso fica evidenciado, como bem preceitua Daniel Sarmiento, nas Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919 que:

(...) trazem em seu bojo novos direitos que demandam uma contundente ação estatal para sua implementação concreta, a rigor destinados a trazer consideráveis melhorias nas condições materiais de vida da população em geral, notadamente da classe trabalhadora. Fala-se em direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência etc. Surge um novíssimo ramo do Direito, voltado a compensar, no plano jurídico, o natural desequilíbrio travado, no plano fático, entre o capital e o trabalho. O Direito do Trabalho, assim, emerge como um valioso instrumental vocacionado a agregar valores éticos ao capitalismo, humanizando, dessa forma, as até então tormentosas relações jus laborais. No cenário jurídico em geral, granjeia destaque a gestação de normas de ordem pública destinadas a limitar a autonomia de vontade das partes em prol dos interesses da coletividade.¹⁵

¹²MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direitos constitucional**. – 4. ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 267.

¹³COTRIM, Gilberto. **História global** – Brasil e geral. –Volume único. – 8. ed. São PAULO: Saraiva, 2005, p.468.

¹⁴LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. – 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012, p 959.

¹⁵SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed., Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2006, p. 19.

Ocorre que, a ampliação do papel do Estado culminou no esgotamento dos recursos financeiros, tornando inviável o cumprimento das demandas exigidas na busca da materialização da igualdade social.

Como consequência, tivemos o crescimento do déficit público, passando as despesas dos Estados a serem substancialmente maiores que as receitas, fato que gerou um rombo nas finanças estatais e o início da crise do Estado Social de Direito.

Outrossim, a luta contra o regime totalitarista adotado por alguns Estados sociais, como “a Itália Fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista”¹⁶, teve o condão de enfraquecer ainda mais as bases do Estado social de Direito, impulsionando a criação de um Estado pautado pela democracia e liberdade.

Com a queda dos regimes totalitaristas os Estados Sociais começaram a assimilar elementos democráticos, que colaboraram para o nascimento do Estado Democrático de Direito.

No Brasil, foi a Constituição da República de 1998¹⁷ que apagou os rastros da ditadura militar¹⁸, finda em meados da década de oitenta, e instituiu o Estado Democrático de Direito, como se observa em seu preâmbulo, que tem a seguinte redação:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.¹⁹

¹⁶BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 184.

¹⁷ Doravante denominada apenas CR/88.

¹⁸ Ditadura Militar, segundo o historiador Gilberto Cotrim, é o período histórico, compreendido entre os anos de 1964 e 1985, em que as forças armadas (exercito, marinha e aeronáutica) controlou o poder político no país, restringindo as instituições democráticas e impondo um sistema autoritário, onde prevalecia a falta de democracia, a suspensão de direitos constitucionais, a censura, a perseguição política e repressão aos que eram contra o regime militar, a violência e a tortura. (COTRIM, Gilberto. **História global** – Brasil e geral. –Volume único. – 8. ed. São PAULO: Saraiva, 2005, p.557).

¹⁹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 20/10/2013

Essa carta, além de constitucionalizar a democracia como o regime político vigente em nosso Estado, implantou direitos fundamentais transindividuais, que “transcendem os interesses do indivíduo com a finalidade de proteger o gênero humano”²⁰.

É nesse modelo constitucional de Estado que se instituiu os chamados direitos de terceira, quarta e quinta geração, conforme classificação de autores como Paulo Bonavides²¹.

Lado outro, insta salientar que além dos direitos difusos, a Constituição Federal de 1988 declarou como fundamentais os direitos advindos dos Estados Liberal e Social que, entretanto, “sofreram adaptações para se adequarem a nova órbita jurídica, como é o caso do direito ao meio ambiente que limitou o exercício do direito à propriedade”²².

A Constituição da República de 1988, ao dedicar um capítulo para tratar de maneira exclusiva sobre a matéria ambiental (Capítulo VI do Título VIII), instituiu uma verdadeira ordem pública ambiental²³. Como se observa da leitura do *caput* do art. 225 da CR/88:

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.²⁴

Assim, tendo em vista a constitucionalização e a importância alcançada pelos direitos ambientais, a doutrina²⁵ vem defendendo o surgimento de um Estado Ambiental de Direito, como um novo viés da democracia.

Essa nova modalidade de Estado, que surge como forma de coibir o esgotamento dos recursos naturais, constitui um conceito teórico-abstrato que abrange elementos jurídicos, sociais e políticos na persecução de uma condição ambiental capaz de favorecer a harmonia

²⁰ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. – 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 960.

²¹ Segundo Paulo Bonavides são direitos de terceira geração os direitos à solidariedade, desenvolvimento, meio ambiente, comunicação e propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade (p. 569-570); já os de quarta geração são os direitos à democracia, informação e ao pluralismo (p. 571); por derradeiro, é direitos de quinta geração, o direito à paz (p. 573). (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**.-26. ed. São Paulo: Malheiros: 2011).

²² MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direitos constitucional**.- 4º. ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 268.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 141.

²⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 20/10/2013

²⁵ Neste sentido vide a obra **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro** de Canotilho e Leite (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.) e a obra **Estado de Direito Ambiental: Tendências**, cujos organizadores são Ferreira, Leite e Boratti (HELLINE, Sivini Ferreira. LEITE, José Rubens Morato. BORATTI, Larissa Verri. **Estado de direito ambiental: tendências**. – 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010).

entre os ecossistemas e, desta feita, garantir a plena satisfação da dignidade para além do ser humano.²⁶

De uma maneira mais abrangente, Capella, citado por Leite, assinala que:

(...) a construção do Estado de direito ambiental pressupõe a aplicação do princípio da solidariedade econômica e social com o propósito de se alcançar um modelo de desenvolvimento duradouro, orientado para a busca da igualdade substancial entre os cidadãos mediante o controle jurídico do uso racional do patrimônio natural.²⁷

O grande pressuposto demarcador da existência do então Estado Ambiental de Direito ocorre pelo reconhecimento do princípio da proibição do retrocesso das normas ambientais.

O princípio da proibição do retrocesso, como bem preceitua Felipe Derbli²⁸, nasceu como forma de coibir a supressão ou restrição de direitos sociais previstos em normas constitucionais de eficácia limitada²⁹ que já haviam sido regulamentados por normas infraconstitucionais. Porém, há o entendimento que esse princípio não se limita apenas à tutela social, embora esta seja a posição adotada pelo retrocitado autor que, para corroborar esse entendimento, cita doutrinas de renome como a de José Afonso da Silva, a quem atribui o status de precursor do tema no direito brasileiro.

Os fundamentos da aplicação desse princípio são expostos com maestria pelo doutrinador Marcio Fraga:

(...) se a Constituição não traz somente um ser, mas um dever ser, e se adquire força quando seus comandos são caracterizados em sede legislativa (e, assim, vêm a realizar a sua eficácia), é conseqüentemente natural que se proíba ao legislador frustrar a efetividade e a eficácia já alcançada pela Constituição mediante a revogação de lei que regulamente suas disposições.³⁰

Entretanto, inovando sobre o assunto, Ingo Sarlet advoga que a proibição do retrocesso não se restringe aos direitos fundamentais sociais, mas estende-se a todos os direitos fundamentais. Neste sentido vejamos:

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 242.

²⁷ CAPELLA *apud* HELINE, Sivini Ferreira. LEITE, José Rubens Morato. BORATTI, Larissa Verri. **Estado de direito ambiental: tendências**. – 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 13.

²⁸ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1998**. – Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 167.

²⁹ Normas constitucionais de eficácia limitada, segundo a doutrina de Pedro Lenza, “são aquelas normas que, de imediato, no momento que a Constituição é promulgada (ou diante da introdução de novas de novos preceitos pr emenda à Constituição, ou na hipótese do art. 5º, § 3º), não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional”. (LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. - 16 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 220).

³⁰ FRAGA, Márcio André Keppler, *apud* DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1998/**. – Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 184.

(...) diante do atual cenário político-jurídico de “flexibilizações” da legislação ambiental já consolidada no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro (...), questão relevante diz respeito à garantia constitucional da proibição de retrocesso ou de regressividade (sócio) ambiental, que, assim, como verificado no caso da proibição do retrocesso social, apresenta-se como uma garantia constitucional implícita, com base nos princípios da segurança jurídica e da confiança, objetivando “blindar” as conquistas legislativas – e, em certa medida, também as administrativas – no âmbito dos direitos fundamentais socioambientais contra retrocessos que venham a comprometer o gozo e o desfrute de tais direitos.³¹

Posicionamento compatível é explicitado por Canotilho, que já afirmou ser “razoável convocar o princípio da proibição do retrocesso no sentido de que as políticas ambientais são obrigadas a melhorar o nível de proteção já assegurado pelos vários complexos normativo-ambientais”³².

Sobre esse assunto vale sublinhar o argumento presente no Colóquio sobre o princípio da proibição de retrocesso ambiental, desenvolvido pela Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA) do Senado Federal, que faz a seguinte afirmação:

O meio ambiente é política-valor que, por seu peso, traduz, uma busca incessante de um melhor ser, humano e animal, em nome do progresso permanente da sociedade. Assim, em sendo as políticas ambientais o reflexo da busca de um melhor viver, de um respeito à natureza, elas vedam todo tipo de regressão.³³

Nessa esteira de raciocínio, apoia-se o posicionamento do Ministro do STJ Herman Benjamin que proferiu decisão onde consta que o “princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), é garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes”³⁴.

Destarte, infere-se que, em regra, as normas ambientais não podem retroceder, mas tão somente evoluir para abarcar novas formas de proteção ao meio ambiente. Diga-se, em regra, pois não se pretende estabelecer uma proibição geral do retrocesso, procura-se, na verdade,

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. – 2. ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 57.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 161.

³³ PRIEUR, Michael *in* SENADO FEDERAL, Comissão de meio ambiente, defesa do consumidor e fiscalização e controle. **O princípio da proibição do retrocesso ambiental**. – Brasília: Senado Federal, 2012, p. 11.

³⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2001/0014094-7/SP. Segunda Turma, Ministro Herman Benjamin. Julgado em 26/08/2010, publicado em 01/12/2010.

evitar recuo injustificado de normas e medidas verdes que estabelecem um nível de proteção adequado.³⁵

1.2 Tutela internacional do meio ambiente e certificados de qualificação ambiental

Embora nacionalmente o direito ao meio ambiente possua status de direito fundamental, conforme verificado *alhures*, no âmbito internacional é recepcionado na condição de direito humano. Atentemos, neste sentido, para o magistério de Antônio Augusto Cançado Trindade:

Nos últimos anos, o *corpus iuris* normativo do Direito Internacional dos Direitos Humanos se enriqueceu com a incorporação de novos direitos, como, por exemplo, o direito ao desenvolvimento e o direito ao meio ambiente sadio como um direito humano. O reconhecimento desses direitos reflete a conscientização da urgente necessidade de satisfação de necessidades humanas básicas (...).³⁶

Feita esta consideração, ressalta-se que a existência dessa distinção gerou inenarráveis polêmicas doutrinárias hoje pacificadas, como bem preceitua Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoca caráter supranacional.³⁷

Na mesma esteira Canotilho advoga que:

(...) direitos do homem são direitos para todos os povos e em todos os tempos; enquanto que os direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente (...), seriam os direitos objetivamente vigentes em uma ordem jurídica concreta.³⁸

³⁵ HELINE, Sivini Ferreira. LEITE, José Rubens Morato. BORATTI, Larissa Verri. **Estado de direito ambiental: tendências**. – 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 11.

³⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil, 1948-1997: as primeiras cinco décadas**. 2. ed. Brasília: Ed. Universal de Brasília, 2000, p. 97.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 35/36.

³⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes, **1941 – Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 9reimp. – Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 393.

Assim, podemos concluir que direitos fundamentais são direitos humanos constitucionalmente consagrados por uma determinada nação, residindo no plano jurídico em que estão compreendidos a diferença entre eles.

O Direito Ambiental começou a ganhar notoriedade na órbita internacional no ano de 1972 por meio da Conferência de Estocolmo, realizada na Suécia, que deu origem à Declaração Internacional das Nações Unidas sobre o meio ambiente humano, que fixou em seu princípio 1 que:

O homem tem direito à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar do bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras (...).³⁹

Após, surgiram a Convenção de Viena para a proteção da camada de ozônio (1985) e o Protocolo de Montreal sobre substâncias que destroem a camada de ozônio (1987), ambos recepcionados pelo Brasil pelo Decreto Legislativo nº 99.280/90⁴⁰.

No entanto, foi a Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento, realizada em 1992, na cidade do Rio de Janeiro, que consolidou a importância da proteção ambiental para a manutenção da vida presente e futura. Em que pese ter contado com a participação de 179 países, nessa oportunidade foi assinada a Agenda 21 Global, um programa de ação baseado num documento de 40 capítulos, que constitui a mais abrangente tentativa já realizada de promover, em escala planetária, um padrão de desenvolvimento em prol da proteção do meio ambiente.⁴¹

O documento que inaugurou a Agenda 21 destacou, já desde o seu preâmbulo, que essa “está voltada para os problemas presentes de hoje e tem o objetivo, ainda, de preparar o mundo para os desafios do próximo século. Reflete um consenso mundial e um compromisso político no nível mais alto no que diz respeito a desenvolvimento e cooperação ambiental”⁴².

Não obstante a Agenda 21 abordar inúmeros assuntos de cunho ambiental, dentre os seus 40 capítulos, atentaremos, para efeito deste trabalho, às previsões do seu capítulo 4 –

³⁹ Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente humano, Estocolmo 1972. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>. Acessado em: 12/04/2014.

⁴⁰ BRASIL, Decreto Legislativo nº 99.280/90. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99280.htm. Acessado em 12/04/2014.

⁴¹ AGENDA 21. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>. Acessado em: 12/04/2014.

⁴² AGENDA 21, Capítulo I, item 1.3. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global/item/602>. Acessado em: 12/04/2014.

“Mudanças dos padrões de consumo”, cujos objetivos coadunam com a positivação da licitação sustentável no âmbito jurídico do direito interno brasileiro.

O capítulo em tela possui dois objetivos complementares, pautados pelo exame dos padrões insustentáveis de produção e consumo, e pelo desenvolvimento de políticas e estratégias nacionais de estímulos a mudanças nos padrões insustentáveis de consumo.

No primeiro momento, exame dos padrões insustentáveis de produção e consumo, a “atenção deve ser dedicada à demanda de recursos naturais gerada pelo consumo insustentável, bem como ao uso eficiente desses recursos, coerentemente com o objetivo de reduzir ao mínimo o esgotamento desses recursos e de reduzir a poluição”⁴³.

Isso ocorreria por meio da adoção de medidas pelos países individualmente considerados que promovam “padrões de consumo e produção que reduzam as pressões ambientais e atendam às necessidades básicas da humanidade”⁴⁴ e, concomitantemente, pela adoção de políticas com o objetivo de “promover uma melhor compreensão do papel do consumo e da forma de se implementar padrões de consumo mais sustentáveis”⁴⁵.

Em um segundo momento, desenvolvimento de políticas e estratégias de estímulos a mudanças nos padrões insustentáveis de consumo, os países devem estimular mudanças nos padrões de consumo com o objetivo de promover o desenvolvimento sustentável, utilizando métodos que determinem, dentro do possível, que suas agências e departamentos adquiram produtos verdes⁴⁶, e, ao mesmo tempo estimulam a população a optar pela compra de produtos ecologicamente corretos⁴⁷.

Esses ideais foram reforçados durante a “Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável”, realizada no ano de 2002, em Joanesburgo (África do Sul), onde os países participantes reconheceram como requisitos e objetivos do desenvolvimento sustentável “a

⁴³ AGENDA 21, Capítulo 4, item 4.5 Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global/item/606>. Acessado em: 12/04/2014.

⁴⁴ AGENDA 21, Capítulo 4, item 4.7 – A. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global/item/606>. Acessado em: 12/04/2014.

⁴⁵ AGENDA 21, Capítulo 4, item 4.7 – B. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global/item/606>. Acessado em: 12/04/2014.

⁴⁶ AGENDA 21, Capítulo 4, item 4.23. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global/item/606>. Acessado em: 12/04/2014.

⁴⁷ AGENDA 21, Capítulo 4, item 4.22. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global/item/606>. Acessado em: 12/04/2014.

erradicação da pobreza, a mudança dos padrões de consumo e produção e a proteção e manejo das base de recursos naturais para o desenvolvimento econômico e social”⁴⁸

Além disso, a cúpula criou um Plano de Implementação⁴⁹ para a sistematização das ideias que foram debatidas em seu bojo, estabelecendo, dentre outros fatores, as diretrizes para a alteração dos padrões insustentáveis de consumo e produção. Assim, vejamos:

14. Para conquistar o desenvolvimento sustentável em nível mundial é indispensável **introduzir mudanças fundamentais nos padrões de consumo e de produção das sociedades**. Todos os países devem se esforçar para promover padrões sustentáveis de consumo e produção, começando pelos países desenvolvidos e com todos os países se beneficiando deste processo, levando em consideração os princípios da Conferência do Rio, incluindo, entre outros, o princípio de responsabilidades comuns porém diferenciadas, como estabelecido no princípio nº 7 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Os Governos, as organizações internacionais competentes, o setor privado e todos os grupos principais devem desempenhar um papel fundamental na mudança dos padrões insustentáveis de consumo e produção.**⁵⁰ (grifos nossos).

Isso inclui a adoção das seguintes medidas:

15. c) desenvolver políticas de produção e consumo para melhorar os produtos e serviços prestados, **reduzindo ao mesmo tempo o impacto sobre o meio ambiente e a saúde**, utilizando, quando necessário, abordagens científicas, tal como a análise do ciclo de vida;

15. d) desenvolver programas de conscientização que informem acerca da **importância dos padrões sustentáveis de produção e consumo**, especialmente entre os jovens e os segmentos relevantes em todos os países(...).

19. Incentivar as autoridades competentes de todos os níveis para **que levem em consideração as questões do desenvolvimento sustentável** na tomada de decisões, inclusive no planejamento do desenvolvimento nacional e local, nos investimentos

⁴⁸ Declaração de Joanesburgo sobre desenvolvimento sustentável - § 11. Disponível em :www.mma.gov.br/estruturas/ai/_arquivos/decpol.doc. Acessado em: 13/04/2014.

⁴⁹ Vide o tópico 3 da introdução do Plano de Implementação da Cúpula Mundial sobre desenvolvimento sustentável: O presente Plano de Implementação tem como ponto de partida os resultados obtidos desde a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e o Desenvolvimento e busca acelerar o cumprimento dos demais objetivos. Nesse sentido, comprometemo-nos a atuar e a adotar medidas concretas em todos os níveis, bem como a ampliar a cooperação internacional, levando em consideração os princípios da Conferência do Rio, incluindo o princípio das responsabilidades comuns porém diferenciadas, conforme estabelecido no princípio nº7 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Esses esforços promoverão ainda a integração dos três componentes do desenvolvimento sustentável, ou seja, o crescimento econômico, o desenvolvimento social e a proteção do meio ambiente, como três pilares interdependentes que se reforçam mutuamente. A erradicação da pobreza e a modificação dos padrões insustentáveis de produção e consumo, assim como a proteção e o gerenciamento dos recursos naturais necessários ao desenvolvimento econômico e social, constituem objetivos gerais e um requisito essencial para o desenvolvimento sustentável.(Plano de Implementação da Cúpula Mundial sobre desenvolvimento sustentável, Joanesburgo 2002. Disponível em: www.mma.gov.br/estruturas/ai/_arquivos/pijoan.doc. Acessado em: 13/04/2014).

⁵⁰ Plano de Implementação da Cúpula Mundial sobre desenvolvimento sustentável, Joanesburgo 2002. Disponível em: www.mma.gov.br/estruturas/ai/_arquivos/pijoan.doc. Acessado em: 13/04/2014.

em infraestrutura, no desenvolvimento empresarial e **nas compras públicas**.⁵¹ (grifos nossos).

Logo, “as contratações verdes inserem-se em um cenário mundial de preocupação com a adoção de medidas em prol da sustentabilidade e que considerem o direito ao meio ambiente sadio e o direito ao desenvolvimento como direitos humanos fundamentais”⁵².

Faltava, entretanto, uma normatização que estabelecesse as regras técnicas globais de produção de bens, serviços e obras ecologicamente corretos.

Para suprir essa deficiência, e proporcionar a aplicação efetiva e duradoura das normas internacionais de sustentabilidade, a ISO – *International Organization for Standardization*⁵³, organização internacional de normalização com sede em Genebra (Suíça), criou as normas da série ISO 14000⁵⁴, que tratam “sobre técnicas e instrumentos para os diferentes aspectos de uma gestão ambiental de um organismo”⁵⁵ empresarial ou governamental. Neste sentido:

As normas preparadas pela ISO sobre as técnicas de gerenciamento ambiental propõem um modelo simples para organizar uma empresa que pretenda monitorar seu impacto ambiental, pois se aplica àqueles sob os quais ela possa controlar ou ao menos direcionar. Define um sistema de gerenciamento que é implantado e acompanhado por auditores que adaptam os objetivos e metas de desempenho ambiental.⁵⁶

É importante frisar que a série ISO 14000 “não versa sobre normas técnicas ou relativas a produtos”⁵⁷, e sim sobre um conjunto abrangente de normas que guardam relação com a qualidade ambiental do processo produtivo da empresa”⁵⁸, como gestão ambiental, auditoria ambiental, rotulagem ambiental, avaliação do desempenho ambiental, e avaliação do ciclo de vida.

⁵¹Plano de Implementação da Cúpula Mundial sobre desenvolvimento sustentável, Joanesburgo 2002. Disponível em: www.mma.gov.br/estruturas/ai/_arquivos/pijoan.doc. Acessado em: 13/04/2014.

⁵² SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pibheiro (Coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. 2reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁵³ Doravante denominada apenas ISO.

⁵⁴ Em 1993, a ISO constituiu o Comitê Técnico 207 (TC 207), para desenvolver normas de Gestão Ambiental no âmbito internacional, dando a esse conjunto de normas a serem elaboradas a designação “SÉRIE ISO 14000”. (NAHUZ, Márcio Augusto Rabelo. **O sistema ISO 14000 e a certificação ambiental**. v. 35. n. 6. – São Paulo: Revista de Administração de Empresas, 1995, p. 56.)

⁵⁵D’ISEP. Clarissa Ferreira Macedo. **Direito ambiental econômico e a ISO 14000: análise jurídica do modelo de gestão ambiental e a certificação ISO 14001**. 2. ed. ver., ampl. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 195.

⁵⁶*Ibidem*, p. 205.

⁵⁷*Ibidem*, p. 195.

⁵⁸SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 2. ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2003, p.347.

A série de norma ISO em apreço foi criada pelo Comitê Técnico 207 (TC 207), que atualmente conta com sete subcomitês⁵⁹ responsáveis pela discursão e desenvolvimento das normas que vão englobar a série ambiental. Algumas normas da série já foram concluídas, publicadas e até mesmo revisadas, enquanto outras se encontram na fase de elaboração e discussão, conforme veremos nos seguintes quadros⁶⁰:

Quadro 1 – O Subcomitê (SC1):

Sistema de gerenciamento ambiental

Objetivo	É responsável pela criação de um sistema de gestão ambiental, princípios e diretrizes gerais e aplicações.
Secretário	Reino Unido.
ISO 14001	Sistema de gerenciamento ambiental – Especificações e diretrizes para uso. Publicada em 1996. Revisada em 2002.
ISO 14004	Sistema de gerenciamento ambiental – Diretrizes gerais sobre princípios, sistemas e técnicas de apoio. Publicada em 1996. Revisada em 2002.
ISO/TR 14061	Guia para orientar organizações florestais no uso das normas ISO 14.001 e 14.004. Publicada em 1998.

Fonte: D'isep, p. 198.

Quadro 2 – O Subcomitê 2 (SC2):

Sistema de gerenciamento ambiental

Objetivo	A definição das regras às quais as empresas certificadoras deverão submeter para proceder à avaliação de empresas interessadas e estabelecer diretrizes sobre os diferentes tipos de auditorias a serem aplicadas.
Secretário	Países Baixos.
ISO 14010	Diretrizes para auditoria ambiental – Princípios gerais. Publicada em 1996.
ISO 14011	Diretrizes para auditoria ambiental – Procedimentos de auditoria – auditoria de sistemas de gerenciamento ambiental. Publicada em 1996. Revisada em 2002.
ISO 14012	Diretrizes para auditoria ambiental – Critérios de qualificação para auditores ambientais. Publicada em 1996.
ISO 14015	Diretrizes para avaliações ambientais de localidades e entidades (EASO). Publicada em 2001.
ISO 19011	Diretrizes para auditoria do sistema de qualidade ambiental. Publicada em 2002.

Fonte: D'isep, p. 198.

⁵⁹Segundo a doutrina de D'isep “entre os membros dos subcomitês, existem representantes de vários segmentos: governo, indústria, organizações ambientais, organizações normativas e demais grupos interessados. Conta com a atuação de cinquenta e três países participantes, incluindo o Brasil, e com dezesseis países observadores”. (D'ISEP. Clarissa Ferreira Macedo. **Direito ambiental econômico e a ISO 14000: análise jurídica do modelo de gestão ambiental e a certificação ISO 14001**. – 2. ed. ver., ampl. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 195.)

⁶⁰As informações contidas nos quadros foram coletadas no livro *Direito ambiental econômico e a ISO 14000*, da autora Clarissa Ferreira Macedo D'isep (*Ibidem*, p. 198-200).

Quadro 3 – O Subcomitê (SC3):**rotulagem ambiental**

Objetivo	Padronização no campo da rotulagem ambiental.
Secretário	Austrália.
ISO 14020	Rótulo e declarações ambientais – Princípios básicos. Publicada em 2000.
ISO 14021	Rótulo e declarações ambientais – Autodeclarações ambientais – Diretrizes e definições e uso de termos. Tipo II. Publicada em 1999.
ISO 14024	Rótulos e declarações ambientais – Rotulagem ambiental do Tipo I – Princípios e procedimentos. Publicada em 1999.
ISO 14025	Rótulo e declarações ambientais – Rotulagem ambiental do Tipo III – Princípios e procedimentos. Publicada em 2000.

Fonte: D'isep, p. 199.

Quadro 4 – O Subcomitê 4 (SC4):**avaliação de desempenho ambiental**

Objetivo	Responsável pela elaboração de normas que visam a fornecer elementos de um sistema de gestão ambiental efetivo, buscando medir, analisar, avaliar e descrever ações ambientais.
Secretário	Estados Unidos.
ISO 14031	Gestão Ambiental – Avaliação do desempenho ambiental – Diretrizes. Publicada em 1999.
ISO/TR 14032	Certidão ambiental – exemplos de evolução do desempenho ambiental (ADA). Publicada em 1999.

Fonte: D'isep, p. 199.

Quadro 5 – O Subcomitê 5 (SC5):**análise do ciclo de vida**

Objetivo	Responsável pelo desenvolvimento de uma técnica sistemática para a elaboração de levantamento de insumos e produtos, procurando estabelecer os possíveis impactos ambientais ao longo de toda a vida de um produto (origem da matéria-prima, produção industrial, uso pelo consumidor e disposição final do produto).
Secretário	França.
ISO 14040	Gestão ambiental – Avaliação do ciclo de vida – Princípios e estrutura. Publicada em 1997.
ISO 14041	Gestão ambiental – Avaliação do ciclo de vida – Análise do inventário. Publicada em 1998.
ISO 14042	Gestão ambiental – Avaliação do ciclo de vida – Avaliação do impacto. Publicada em 2000.
IAO 14043	Gestão ambiental – Avaliação do ciclo de vida – Interpretação. Publicada em 2000.
ISO/TR 14047	Gestão ambiental – Avaliação do ciclo de vida – Exemplos ilustrativos de como aplicar a ISO 14042. Publicada em 2003.
ISO 14048	Gestão ambiental – Avaliação do ciclo de vida – Formato da apresentação de dados. Publicada em 2002.
ISO/TR 14049	Gestão ambiental – Avaliação do ciclo de vida – Exemplos de aplicação da ISO 14041 para a definição do objeto e escopo e análise do inventário. Publicada em 2000.

Fonte: D'isep, p. 199-200.

Quadro 6 – O Subcomitê 6 (SC6):

Termos e definições

Objetivo	Trabalha no sentido de harmonizar e padronizar os termos e definições das normas propostas pelos demais subcomitês.
Secretário	Noruega.
ISO 14050	Gestão ambiental – vocabulário. Publicada em 1998. Revisada em 2002 e 2004.

Fonte: D'isep, p. 200.

Dentre todas as normas da série ISO listadas acima, apenas a ISO 14.001⁶¹ fornece especificações verificáveis na qual se assenta um sistema hábil de certificação, motivo pelo qual apenas essa norma expede selo de certificação ambiental.

O Brasil é representado na ISO pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT⁶², que além de exercer a função representativa avalia o impacto das normas ambientais internacionais nas organizações brasileiras e oficializa para uso corrente no país as normas ISO, que passam a chamar-se NBR ISO.

Assim, pode-se dizer que para uma empresa adquirir o status de ecologicamente correta ela precisa cumprir com as normas estabelecidas pela série ISO 14000, ou, no caso das empresas com sede no Brasil, as normas previstas na série NBR ISO 14000.

Além da certificação prevista na norma NBR ISO 14001, existem no Brasil outros certificados ambientais, como o selo PROCEL – Produto desenvolvido e concedido pelo Programa Nacional de Conservação de Energia Elétrica⁶³, coordenado pelo Ministério de Minas e Energia, cujo “objetivo é orientar o consumidor no ato da compra, indicando os produtos que apresentam os melhores níveis de eficiência energética dentro de cada categoria, propiciando, assim, economia de energia e a preservação do meio ambiente”⁶⁴.

⁶¹Segundo a ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas “a conformidade do sistema das organizações com a NBR 14001 garante a redução da carga de poluição gerada por essas organizações, porque envolve a revisão de um processo produtivo visando a melhoria contínua do desempenho ambiental, controlando insumos e matérias-primas que representem desperdícios de recursos naturais”. (ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas. Disponível em: http://www.abnt.org.br/m3.asp?cod_pagina=1006. Acessado no dia: 07/05/2014).

⁶²Dada a importância da participação brasileira na ISO e a necessidade de divulgação do Sistema de Gestão Ambiental e apoio às empresas brasileiras, a ABNT criou, em abril de 1999, o Comitê Brasileiro de Gestão Ambiental, o CB-38 que tem sua estrutura espelhada na do ISO/TC 207. (D’ISEP. Clarissa Ferreira Macedo. **Direito ambiental econômico e a ISO 14000: análise jurídica do modelo de gestão ambiental e a certificação ISO 14001**. – 2. ed. ver., ampl. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 201).

⁶³Doravante denominado apenas PROCEL.

⁶⁴ELETRORÁS – Centrais Elétricas Brasileira S.A., selo PROCEL. Disponível em: <http://www.eletroras.com/elb/main.asp?TeamID=%7B95F19022-F8BB-4991-862A-1C116F13AB71%7D>. Acessado no dia 05/05/2014.

Para ser contemplado com esse selo o produto deve ser submetido a inúmeros testes realizados em laboratório indicado pelo PROCEL, e atender aos parâmetros constantes no Regulamento do selo PROCEL Eletrobrás de Economia de Energia.

Outro certificado de grande relevância no cenário nacional é o selo LEED – *Leadership in Energy and Environmental Design*⁶⁵, criado no ano 2000 pelo USGBC – *United State Green Building Council* (Conselho de Construção Sustentável dos Estados Unidos), e gerido no Brasil pelo GBC - *Green Building Council Brasil* (Conselho de Construção Sustentável Brasileiro) desde 2007, quando foi implantado na órbita interna.⁶⁶

O LEED é um sistema internacional de certificação e orientação ambiental para edificações, utilizado em 143 países⁶⁷, cujo objetivo é incentivar a transformação dos projetos, obras e operações das edificações, com foco na sustentabilidade de suas ações.⁶⁸

Para atender de maneira mais eficaz às necessidades de cada modalidade de edificação, existem no Brasil oito tipos diferentes de selo LEED, sendo qualificados de acordo com a característica e finalidade do empreendimento que pleitear a certificação, conforme demonstra o quadro⁶⁹ abaixo:

DESTINAÇÃO	CARACTERÍSTICAS
LEED NC – Certificado para novas construções ou grandes reformas	Destinado a edificações que serão construídas, ou passarão por reformas que venham a incluir o sistema de ar condicionado, envoltória e realocação.
LEED EB – Certificado para edifícios existentes.	É focado na eficiência operacional e manutenção do edifício existente. Ajuda a maximizar a eficiência da operação e minimizar custos e impacto ao meio ambiente.
LEED CI – Certificado para interiores comerciais	Certificação que reconhece escritórios de alto desempenho, que possuem ambientes internos mais saudáveis, auxiliam no aumento de

⁶⁵ Doravante denominado apenas LEED.

⁶⁶ GBC BRASIL – Conselho de construção sustentável brasileiro. Disponível em: <http://www.gbcbrazil.org.br/?p=certificacao>. Acessado no dia 05/05/2014.

⁶⁷ Em entrevista concedida ao site EcoDesenvolvimento, o presidente da GBC Brasil, Felipe Faria, afirmou que atualmente o Brasil é o quarto país do ranking das construções sustentáveis, estando atrás apenas dos Estados Unidos, China e Emirados Árabes. Disse, ainda, que atualmente 429 processos de certificação ambiental de edificações estão em andamento no Brasil, e que a GBC está na iminência de lançar o selo LEED para residências. (ECODESENVOLVIMENTO. Disponível em: <http://www.ecodesenvolvimento.org/posts/2014/selo-leed-passara-a-certificar-residencias?tag=arquitetura-e-construcao>. Acessado em 06/05/2014).

⁶⁸ GBC BRASIL – Conselho de construção sustentável brasileiro. Disponível em: <http://www.gbcbrazil.org.br/?p=certificacao>. Acessado no dia 05/05/2014.

⁶⁹ As informações inseridas neste quadro foram retiradas do site da GCB BRASIL. Disponível em: <http://www.gbcbrazil.org.br/?p=certificacao>. Acessado no dia 05/05/2014.

	produtividade de seus ocupantes. Escritórios certificados possuem custos reduzidos de operação e manutenção, além da reduzirem sua pegada ecológica.
LEED CS – Certificado para envoltória e estrutura principal	É destinado para edificações que comercializarão os espaços internos posteriormente. A certificação engloba toda a área comum, sistema de ar condicionado, estrutura principal, como caixa de escadas e elevadores e fachadas. Os detalhes da ocupação, como por exemplo, mobiliário, não são considerados, tendo em vista a pluralidade e autonomia dos futuros ocupantes. Este tipo de empreendimento facilita a certificação das salas de interiores comerciais.
LEED RETAIL – Certificado para lojas de varejo	Reconhece as diferentes necessidades e características de uma loja de varejo, quando comparada a uma edificação comercial e auxilia as diretrizes para a redução da pegada ecológica da edificação.
LEED SCHOOLS – Certificado para escolas	Cria ambientes escolares mais saudáveis e confortáveis, possibilitando melhor desempenho dos alunos e corpo docente. Reduz custos com operação e manutenção do edifício e possibilita a criação de práticas de educação ambiental dentro do próprio ambiente escolar.
LEED ND – Certificado para desenvolvimento de bairros.	Integra princípios de crescimento planejado e inteligente, urbanismo sustentável e edificações verdes, por meio de diferentes tipologias de edificações e mistura de usos dos espaços urbanos. Incentiva também a utilização de transporte público, eficiente e alternativo e criação de áreas de lazer, tais como parques e espaços públicos de alta qualidade.
LEED HEALTHCARE – Certificado para hospitais	Certificação que engloba todas as necessidades de um hospital, muito distintas das de uma construção comercial. Estudos comprovam que, por possuírem ambientes mais saudáveis e naturais, hospitais certificados ajudam na recuperação do paciente, que inclusive é mais rápida que o comum.

Fonte: Portal do GBC Brasil.

Para adquirir qualquer desses selos a edificação passa por um rigoroso processo de avaliação onde são analisados inúmeros quesitos⁷⁰ que possuem pesos distintos, sendo necessário atingir uma pontuação mínima para entrar no seletor grupo dos imóveis ecologicamente corretos.

Assim sendo, tendo em vista que a normatização ambiental busca uma margem maior de segurança por meio da padronização de qualidade e de gestão ambiental, pode-se dizer que esse instrumento é de grande relevância para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Sobre esse assunto D'isep advoga que:

⁷⁰No processo de avaliação para a expedição dos selos LEED são analisados os seguintes quesitos: uso racional da água; eficiência energética; redução, reutilização e reciclagem de materiais e recursos; qualidade dos ambientes internos das edificações; espaço sustentável; inovação e tecnologia; e, atendimento às necessidades locais, definidas pelos próprios profissionais da GBC em conformidade com a análise do empreendimento. (GBC BRASIL. Disponível em: <http://www.gbcbrazil.org.br/?p=certificacao>. Acessado no dia 05/05/2014).

Não se pode ignorar que a normalização cria uma linguagem comum e, no caso específico das normas de gestão ambiental, a exemplo da certificação ISO 14001, gera um instrumento a mais da política nacional e internacional de proteção do meio ambiente, além de auxiliar na concretização da função socioambiental-econômica da pessoa jurídica ao adotá-la e do exercício da cidadania ambiental da pessoa física ao privilegiar tais iniciativas.⁷¹

Destarte, certificar um produto, uma obra ou sistema de gestão ambiental é a conduta eficaz e necessária para “comprovar junto ao mercado e a sociedade que a organização adota um conjunto de práticas destinadas a minimizar impactos que imponham riscos à preservação da biodiversidade”⁷², o que pode culminar, devido a crescente conscientização ambiental, na realização de novos negócios.

1.3 As novas dimensões da sustentabilidade

O princípio do desenvolvimento sustentável surge como forma de neutralizar a degradação ambiental proveniente da industrialização em marcha, por meio da harmonização do desenvolvimento econômico/social⁷³ e da preservação da qualidade ambiental, com vista a propiciar a todos uma existência digna.

Essa terminologia “foi formulada no Relatório Brundtland, em 1983, após uma avaliação dos 10 anos da Conferência de Estocolmo ocorrida em 1972”⁷⁴. Entretanto, ganhou notoriedade com a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na cidade do Rio de Janeiro, em 1992, haja vista que a Declaração redigida nesta conferência fixou o conceito de desenvolvimento sustentável e os fundamentos para alcançá-lo, como se depreende da leitura dos princípios 3 e 4, *in fine*:

Princípio 3: O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras.

⁷¹D’ISEP. Clarissa Ferreira Macedo. **Direito ambiental econômico e a ISO 14000**: análise jurídica do modelo de gestão ambiental e a certificação ISO 14001. – 2. ed. ver., ampl. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 190.

⁷²ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas. Disponível em: http://www.abnt.org.br/m3.asp?cod_pagina=1006. Acessado no dia: 07/05/2014.

⁷³MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. – 6. Ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 64.

⁷⁴*Idem*.

Princípio 4: Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste.⁷⁵

A noção de desenvolvimento sustentável, a partir de então, definiu-se como meta a ser observada por todos os países sensibilizados pelos impactos desta nova diretriz ambiental internacional, funcionando como uma cláusula geral, fonte de direitos e obrigações.

Em resumo, a ideia do desenvolvimento sustentável consiste no reconhecimento de que os recursos naturais não são inesgotáveis, de modo que as atividades econômicas e industriais não podem se desenvolver ignorando ou desprezando esse importante dado. A esse propósito, faz-se mister trazer à colação o entendimento de Fiorillo, que preleciona que:

O princípio do desenvolvimento sustentável tem por conteúdo a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição.⁷⁶

Ao abordar o tema, Paulo Afonso Leme Machado salienta que:

O princípio do desenvolvimento sustentável é uma combinação de diversos elementos ou princípios: a integração da proteção ambiental e o desenvolvimento econômico (princípio da integração); a necessidade de preservar os recursos naturais para o benefício das gerações futuras (equidade intergeracional); o objetivo de explorar os recursos naturais de forma sustentável (uso sustentável) e, por último, o uso equitativo dos recursos (equidade intrageracional).⁷⁷

Em termos práticos, o desenvolvimento sustentável somente poderá ser implementado, na visão de Sachs, através de três mudanças fundamentais na trajetória global. Em primeiro lugar, o desenvolvimento e adoção de tecnologias sustentáveis, em nível global e num curto espaço de tempo, de forma a combinar-se altos níveis de prosperidade e baixos impactos ambientais. Em segundo lugar, a estabilização do crescimento populacional, a fim de conjugar-se prosperidade econômica com sustentabilidade ambiental. E por fim, eleger a cooperação entre os povos como forma de ajudar os países pobres a escaparem da armadilha da pobreza.⁷⁸

⁷⁵ Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acessado em: 10/04/2014.

⁷⁶ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.25.

⁷⁷ MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 20. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 76.

⁷⁸ SACHS, Ignacy. *Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável*. Org. Paula Yone Stroh. Rio de Janeiro: Garamond, 2009, P. 47.

Porém, conciliar, no sistema capitalista vigente, o desenvolvimento econômico e social à preservação ambiental é tarefa árdua, pois demanda a limitação dentro da própria atuação da população mundial, que deverá adequar-se aos novos padrões de consumo e de produção como forma de preservar os finitos recursos naturais.

Isso requer a elaboração de políticas públicas voltadas à educação ambiental e conscientização ecológica, bem como o investimento em pesquisas que visam desenvolver técnicas de produção menos poluentes e pautadas no uso de insumos renováveis, sob pena de esvaírem-se os recursos imprescindíveis para a manutenção da espécie humana.

Com isso, defende Fiorillo, “não se quer de forma alguma barrar o crescimento econômico; o que se quer é apenas e tão somente minimizar de forma satisfatória os riscos sociais advindos de um crescimento desenfreado e sem patamares mínimos.”⁷⁹

Para enfrentar os problemas advindos da acomodação concomitantes desses interesses aparentemente conflitantes, Sachs⁸⁰ desenvolveu cinco dimensões do ecodesenvolvimento, que abrangem a órbita social, econômica, ecológica, espacial e cultural, as quais devem repercutir simultaneamente no entorno do planejamento público.

A dimensão social tem o escopo de estabelecer níveis de equidade no que tange à distribuição de renda e de bens necessária à erradicação da pobreza e do abismo social presente nos padrões de vida entre ricos e pobres. Para isso é fundamental a oferta de políticas públicas incentivadoras da inclusão social, sejam elas fomentadas pela intervenção direta do Governo ou subsidiadas pela iniciativa privada.

A dimensão econômica, por sua vez, é viabilizada pela alocação e gestão estratégica e eficiente de recursos, como também por meio do subsídio financeiro público e privado. A eficiência, no sentido econômico, não deve se exaurir através de um critério contábil de rendimentos empresariais de caráter microeconômico e eminentemente privado, mas, ao revés, se estender a uma avaliação em termos macrossociais. Para isso são necessárias políticas fiscais e tributárias de incentivo ao crescimento do setor privado, ao mesmo tempo

⁷⁹ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.14.

⁸⁰ SACHS, Ignacy. **Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável**. Org. Paula Yone Stroh. Rio de Janeiro: Garamond, 2009, p. 85-87.

controlado por meio do exercício do poder de polícia⁸¹ estatal cerceador do fluxo de ações decorrentes da livre iniciativa, para que não haja o uso exacerbado e irracional dos recursos.

Por outro lado, a dimensão ecológica (ou ambiental), com suporte nos novos avanços científicos e tecnológicos, reforça a indispensabilidade de adoção de táticas alternativas e racionais quanto ao uso potencial de recursos advindos dos ecossistemas em risco. Para isso, estimula a limitação do excesso de consumo de combustíveis fósseis, bem como sua substituição por outros recursos ou produtos renováveis ou em estado de mais abundância, com menos reagentes contra o meio ambiente. Incentiva a redução do índice de resíduos e poluentes expedidos na natureza e no âmbito das cidades, através da conservação de energia e dos próprios recursos, instigando-se, também, a cultura da reciclagem. Promove a autolimitação do consumismo de materiais altamente utilizáveis pelos países ricos e por indivíduos em todo o planeta, assim como já foi feito quanto ao de CFC na campanha mundial de combate ao buraco na camada de ozônio. Também intensifica a necessidade de investimentos ao fomento de pesquisas visando a descobertas de tecnologias de baixo teor de resíduos ou que promovam a eficiência no uso de recursos favoráveis ao desenvolvimento urbano, rural e industrial, definindo-se normas para uma adequada proteção ambiental, determinando-se a instituição do arcabouço jurídico e econômico à sua realização.

A dimensão espacial prioriza por meio do planejamento sustentável, a importância da implantação de políticas públicas realizadas através de ações de planejamento nas cidades como forma de estabelecimento de configurações espaciais equilibradas entre os perímetros urbano e rural, com destaque na melhoria dos assentamentos urbanos e fixação de espaços adequados à exploração de atividade econômica (industrial ou comercial). Seu desafio é combater a concentração excessiva nas áreas metropolitanas e frear a destruição de ecossistemas frágeis e de importância vital. Também incentiva o uso de técnicas modernas e regenerativas por pequenos agricultores, notadamente através do uso de pacotes tecnológicos

⁸¹Poder de polícia, segundo o mestre José dos Santos Carvalho Filho, é a “prerrogativa de direito que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade”. (FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. – 22. ed. ver. atual e ampl.-Rio de Janeiro. Lumen Juris: 2009, p. 73). Em outros termos, o art. 78 da Lei Federal 5.172/96 – Código Tributário Nacional – aduz “considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”. (BRASIL, Lei Federal nº 5.172. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm. Acessado no dia 12/05/2014).

adequados, do crédito facilitado para incentivo à agricultura familiar⁸² em prol da consciência ambiental e do acesso a mercados. Também estimula a criação de oportunidades de emprego nas áreas rurais (como as políticas de agronegócios familiares) para fomentar a descentralização urbana e industrial.

A dimensão cultural, por derradeiro, envolve a busca por raízes endógenas de processos de modernização e de sistemas agrícolas integrados, processos que busquem mudanças dentro da continuidade cultural e que traduzam o conceito normativo de ecodesenvolvimento em um conjunto de soluções específicas para o local, o ecossistema, a cultura e a área. Esta dimensão deve desenvolver práticas como o ecoturismo, que instiga ao mesmo tempo a proteção ecológica e a educação ambiental a partir do olhar de tutela do patrimônio natural ou cultural.

Para o referido autor, as clássicas dimensões do desenvolvimento sustentável (econômica, social e ambiental) não são suficientes para garantir que as futuras gerações desfrutem de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, devendo ser introduzidas políticas públicas que propiciem, mesmo que de maneira indireta, uma conscientização ecológica, com vistas proporcionar um efetivo desenvolvimento sustentável.

⁸² A Lei nº 10.186/01 dispõe sobre a realização de contratos de financiamento do Programa de Fortalecimento da Agricultura Familiar – PRONAF. O Ministério do Desenvolvimento Agrário, em conjunto com os movimentos sociais, Itaipu Binacional e agentes financeiros do país vem mantendo tratativas, desde 2007, no sentido de obter um novo modelo de apoio ao desenvolvimento sustentável da agricultura familiar. A construção do “Pronaf Sustentável” fundamenta-se na lógica de que o crédito rural disponibilizado pode e deve ser qualificado através de Planos de Desenvolvimento Sustentável da Unidade de Produção, alcançando um novo patamar de resultados junto à agricultura familiar brasileira. “As Unidades Familiares de Produção devem ser vistas nas suas particularidades e em suas interações com os demais intervenientes de sua comunidade e área de influência. O “Pronaf Sustentável” visa contribuir para a promoção do desenvolvimento sustentável da agricultura familiar, da gestão participativa do uso dos recursos naturais e para a adoção, gradativa, de sistemas de produção, técnica e economicamente viáveis, que possibilitem a transição para modelos agroecológicos.” (BRASIL. PRONAF Sustentável: Plano de Desenvolvimento Sustentável da Unidade Familiar. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10186.htm. Acessado em: 19/04/2014).

CAPÍTULO II – LICITAÇÕES PÚBLICAS

2.1 Conceito e finalidades

Diferentemente dos particulares, que dispõe de ampla liberdade para efetuar as contratações inerentes à vida em sociedade, a Administração Pública, em regra, deve se submeter ao procedimento licitatório antes de adquirir, alienar e locar bens, ou contratar a execução de obras e serviços, uma vez que trata-se da gestão de coisa pública adstrita ao rigor da legalidade.

A licitação, em síntese, é um procedimento que o Poder Público⁸³ deve adotar com o fito de promover uma disputa entre os interessados em com ele efetuar determinadas relações de cunho patrimonial. “Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir”⁸⁴. Para a doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello pode ser conceituada como:

procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obras, serviços ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados⁸⁵.

Enquanto que, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, licitação é:

procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitam às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.⁸⁶

⁸³ A Lei Federal 8.666/93, em seu art. 1º e parágrafo único, estatui que estão obrigados a licitar os três poderes, os órgãos da Administração Pública direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (BRASIL, Lei Federal nº 8.666/93. Disponível em: WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acessado em 20/02/2014).

⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo** - São Paulo: Malheiros, 2010, p. 528.

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo** - São Paulo: Malheiros, 2010, p. 530.

⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. -24.ed. – São Paulo: Atlas, 2011, p. 356.

A regra matriz da licitação pública encontra-se positivada no art. 37, XXI⁸⁷, da CR/88. Todavia, foi a Lei Federal 8.666/93 que trouxe em seu bojo a regulamentação dessa norma de eficácia contida⁸⁸, fixando suas finalidades, fundamentos, diretrizes, bem como as burocracias inerentes à conclusão bem sucedida do certame.

Esse procedimento, nos termos do art. 3º da Lei Federal 8.666/93⁸⁹, destina-se a alcançar um triplo objetivo, qual seja: garantir a observância do princípio da isonomia, garantir a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, e promover o desenvolvimento nacional sustentável.

Entretanto, é de bom alvitre salientar que a disposição originária da “lei das licitações” trazia como finalidade dos procedimentos licitatórios apenas a promoção do princípio da isonomia e a busca da proposta mais vantajosa à administração, tendo sido a terceira finalidade inserida por meio da Lei Federal nº 12.349/10, que teve condão de dar nova roupagem às licitações públicas.

A partir da entrada em vigor dessa lei o caráter patrimonial das licitações foi mitigado, abrindo espaço para uma visão ambientalista que vê no poder de compra da Administração Pública uma forma de estimular a promoção do desenvolvimento sustentável.⁹⁰

Por derradeiro, frisa-se que para Edimur Ferreira de Faria o procedimento licitatório, além de pretender a aplicação do princípio da isonomia, a escolha da proposta mais vantajosa a promoção do desenvolvimento sustentável, tem o condão de “evitar a escolha indesejada de fornecedores por apadrinhamento político, por amizade ou por outros meio de corrupção”⁹¹.

⁸⁷ Art. 37. 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 as obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, **nos termos da lei**, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensável à garantia do cumprimento das obrigações.(grifos nossos). (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 10/03/2014).

⁸⁸ Segundo Pedro Lenza: As normas constitucionais de eficácia contida ou prospectiva têm aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral. Embora tenha condições de, quando da promulgação da nova Constituição, produzir todos os seus efeitos, poderá a norma infraconstitucional reduzir sua abrangência (LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. - 16 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 218).

⁸⁹ 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. (Redação dada pela Lei Federal 12.349/2010) (BRASIL, Lei Federal nº 8.666/93. Disponível em: WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acessado em 20/02/2014).

⁹⁰ O que será objeto de análise do Capítulo III do presente trabalho.

⁹¹ FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo – Atualizado de acordo com a Emenda Constitucional n. 41/03**.-5. ed. rev. e ampl.-Belo Horizonte. Del Rey: 2004, p. 208.

2.2 Princípios Aplicáveis

A Lei Federal 8.666/93 determina em seu art. 3º que a licitação será “processada e julgada em 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 lhe são correlatos” (Redação dada pela Lei Federal 12.349/2010)⁹².

Assim sendo, nota-se que o artigo supracitado não teve a pretensão de tratar de forma exaustiva os princípios que devem ser aplicados ao certame, autorizando, desta feita, a incidência nas licitações públicas de princípios presentes em outras normas ou, até mesmo, não positivados.

Por esse motivo, a doutrina se digladiava na busca dos princípios que efetivamente devem ser aplicados aos procedimentos licitatórios, surgindo um emaranhado de pilares que supostamente deveriam ser adicionados ao predito rol, como: o princípio da competitividade, defendido por Diogenes Gasparine⁹³; o princípio da adjudicação compulsória, cuja aplicação é protegida por Di Pietro⁹⁴; os princípios do procedimento formal e do sigilo na apresentação das propostas, cuja aplicação é sugerida por Edmir Netto de Araújo⁹⁵; e, os princípios da eficiência e da economicidade que, aplicam-se ao certame por força do caput do art. 37 da Constituição Federal, que tem a seguinte redação: “A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”⁹⁶.

Feitas essas considerações, passamos a análise de cada um dos princípios que norteiam as licitações públicas.

⁹² BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 15/03/2014.

⁹³ GASPARINE, Diogenes. **Direito administrativo**. – 15. ed. atualizada por Fabrício Motta – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 529.

⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. -24.ed. – São Paulo: Atlas, 2011, p. 367/368.

⁹⁵ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 553/557.

⁹⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 15/03/2014.

2.2.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, previsto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1998, impõe que a Administração só faça em uma licitação, aquilo que a lei determina ou autoriza, uma vez que, como bem preceitua Edmir Netto de Araújo, “deve prevalecer o interesse público frente a interesses particulares”⁹⁷.

Isso significa que os poderes/deveres que a lei confere aos administradores públicos não podem ser descumpridos pelo agente, que tem seus atos vinculados às disposições legislativas.

Para a doutrina de Edimur Ferreira o princípio da legalidade no âmbito das licitações determina que:

(...) as leis e os regulamentos sobre licitação devem ser rigorosamente observados. O descumprimento de qualquer formalidade legal ou regulamentar eiva de nulidade o procedimento, total ou parcialmente, dependendo do momento em que começou a prática da irregularidade⁹⁸.

Assim, não pode a Administração inovar utilizando em um edital modalidades e tipos de licitação diversos dos previstos na Lei Federal 8.666/93, por exemplo, sem ferir o princípio da legalidade.

2.2.2 Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade, que além de ser um princípio específico da licitação é um princípio geral do direito administrativo, possui estrita ligação com o princípio da isonomia, impondo que a Administração trate os licitantes de modo igualitário, sendo vedado favoritismo ou discriminação impertinente.

Edmir de Araújo conceitua o princípio da impessoalidade como:

⁹⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 549.

⁹⁸ FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo – Atualizado de acordo com a Emenda Constitucional n. 41/03**.-5. ed. rev. e ampl.-Belo Horizonte. Del Rey: 2004, p. 209.

a supremacia do interesse público indisponível sobre o interesse individual, refletindo-se como restrição da vontade pessoal do administrador público sobre sua liberdade de agir, devendo sua atuação ser objetiva, adstrita à lei e ao interesse público, não havendo lugar para as atitudes subjetivas, pois o agente não *dominus*, não é senhor da administração, mas executor das leis. Assim, previne-se não só o favorecimento de licitantes, ou, na outra face da moeda, os atos prejudiciais aos licitantes, movidos em qualquer caso por sentimentos pessoais.⁹⁹

2.2.3 Princípios da moralidade e da probidade

Grande parte da doutrina¹⁰⁰ defende que as expressões moralidade e probidade administrativa, no âmbito das licitações, são sinônimos que exigem da “administração um comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, e a ideia comum de honestidade”¹⁰¹. Neste diapasão, os princípios da moralidade e da probidade administrativa impõe que a Administração aja sempre de forma honesta, proba, leal e fulcrada nos ditames da boa-fé.

2.2.4 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade determina que os atos e termos da licitação sejam claramente expostos à sociedade, com o fito de propiciar que os interessados tomem conhecimento dos anseios da administração e possibilitar a fiscalização da legalidade do certame.

A Lei Federal 8.666/93 estatui a aplicação do princípio da publicidade em diversos momentos do procedimento licitatório, dentre os quais merece destaque o art. 3º, § 3º, que estabelece que “a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público todos os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas até a respectiva

⁹⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. - 5. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 550.

¹⁰⁰ Como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na obra *Direito administrativo* (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. -24.ed. – São Paulo: Atlas, 2011, p. 365); e Edmir Netto de Araújo, na obra *Curso de Direito Administrativo* (ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. - 5. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 551).

¹⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. -24.ed. – São Paulo: Atlas, 2011, p. 365.

abertura”¹⁰²; o art. 15, §2º, que determina “que os preços registrados serão publicados trimestralmente para a orientação da administração”¹⁰³; o art. 21, *caput*, que estatui que “os avisos contendo resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez”¹⁰⁴ em jornal de circulação compatível com o vulto do ente licitante.

2.2.5 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório determina que, como bem preceitua o caput do art. 41 da Lei Federal 8.666/93, “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”¹⁰⁵. Assim sendo, todas as disposições do instrumento convocatório (edital ou carta-convite) devem ser observadas, desde as que tratam dos requisitos para a habilitação e critérios de julgamento até as que fixam os parâmetros segundo os quais o contrato será celebrado.

Todavia, em que pese ser o instrumento convocatório a lei interna da licitação, vincula-se a ele não apenas o Poder Público que o expediu, mas também os que se propuseram a participar do procedimento.

Assim, uma vez estabelecidas e publicadas as normas de determinado procedimento licitatório, “comportamentos ou atos praticados em desacordo com as regras do instrumento convocatório viciam o certame, expondo o procedimento irremediavelmente à nulidade”¹⁰⁶.

¹⁰² BRASIL, Lei Federal nº 8.666/93. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acessado em 20/02/2014.

¹⁰³ *Idem.*

¹⁰⁴ *Idem.*

¹⁰⁵ *Idem.*

¹⁰⁶ FÁRIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo – Atualizado de acordo com a Emenda Constitucional n. 41/03**.-5. ed. rev. e ampl.-Belo Horizonte. Del Rey: 2004, p. 212.

2.2.6 Princípio do julgamento objetivo

Se o instrumento convocatório é a lei interna da licitação, o princípio do julgamento objetivo atrela a Administração aos critérios que nesse documento foram fixados, evitando julgamentos por critérios não conhecido pelos licitantes ou fundados em parâmetros pessoais dos julgadores¹⁰⁷, conforme prescreve a redação do *caput* do art. 45 da Lei Federal 8.666/93, *in fine*:

o julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgão de controle”¹⁰⁸

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o julgamento objetivo almeja “impedir que a licitação seja decida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da Comissão julgadora”¹⁰⁹.

Neste diapasão, as “decisões tomadas pela comissão, valendo-se de critérios subjetivos, são passíveis de nulidade”¹¹⁰, uma vez que confronta um dos pilares da licitação.

2.2.7 Princípio da competitividade

O princípio da competitividade está consubstanciado na vedação a qualquer ato que obste ou fira a disputa nos procedimentos licitatórios.

Nessa esteira, Diogenes Gasparine advoga que “nada, por este princípio, deve comprometer, restringir ou frustrar a disputa entre os interessados em contratar com a entidade, em tese, obrigada a licitar, sob pena de inexistir a licitação”¹¹¹.

¹⁰⁷ FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo – Atualizado de acordo com a Emenda Constitucional n. 41/03.-5.** ed. rev. e ampl.-Belo Horizonte. Del Rey: 2004, p. 211.

¹⁰⁸ BRASIL, Lei Federal nº 8.666/93. Disponível em: WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acessado em 20/03/2014.

¹⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo** - São Paulo: Malheiros, 2010, p. 542.

¹¹⁰ FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo – Atualizado de acordo com a Emenda Constitucional n. 41/03.-5.** ed. rev. e ampl.-Belo Horizonte. Del Rey: 2004, p. 212.

2.2.8 Princípio da adjudicação compulsória

O princípio da adjudicação compulsória determina que a Administração Pública, concluído o procedimento licitatório, e havendo o interesse de efetivá-lo, adjudique o objeto da licitação ao vencedor.

O grande objetivo desse princípio é vedar que o vencedor da licitação seja preterido no certame em que foi ganhador, não podendo, desta feita, ser entendido como obstáculo para que a Administração anule ou revogue o procedimento licitatório, desde que haja motivo justo.

Nos dizeres de Di Pietro “a expressão adjudicação compulsória é equivocada, porque pode dar ideia de que, uma vez concluído o julgamento, a Administração está obrigada a adjudicar; isso não ocorre, porque a revogação motivada pode ocorrer em qualquer fase da licitação”¹¹². Por isso, tem-se que entender o princípio em apreço como aquele que exige que a administração adjudique o objeto da licitação ao seu vencedor, caso pretenda levar a licitação a seu termo.

2.2.9 Princípio do procedimento formal

Segundo o princípio do procedimento formal todas as fases da licitação devem estar adstritas aos ditames legais e as normas fixadas no edital, com o fito de derramar segurança ao deslinde e garantir um julgamento probo, leal e objetivo.

Esse princípio é, na verdade, “uma garantia para os licitantes, pois destina-se a prevenir eventuais desvios infringentes aos princípios da impessoalidade e do julgamento objetivo”¹¹³. Sob tal aspecto, Edmir Netto advoga que o princípio do procedimento formal “significa que à Administração se impõe a vinculação da licitação às prescrições legais, em

¹¹¹ GASPARINE, Diogenes. **Direito administrativo**. – 15. ed. atualizada por Fabrício Motta – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 529.

¹¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. - 24.ed. – São Paulo: Atlas, 2011, p. 368.

¹¹³ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. - 5. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 552.

todos os atos e fases, considerando-se como tal não só as leis, e regulamentos, mas também o edital (ou convite)”¹¹⁴.

2.2.10 Princípio do sigilo na apresentação das propostas

Não obstante o princípio da publicidade determinar que os atos e termos das licitações sejam públicos, é totalmente plausível guardar sigilo do conteúdo das propostas até a sua abertura em sessão própria, uma vez que a competição seria obstada e parcial caso um licitante tivesse conhecimento da proposta do outro antes de apresentar a sua.

Nesse sentido, Edmir Netto advoga que :

A obrigatoriedade de publicidade dos atos e termos da licitação tem sua exceção básica por razões lógicas e operacionais, em decorrência do princípio da igualdade entre os licitantes, para que não se frustre o objetivo de competição: realmente, o licitante que conhecesse o conteúdo da proposta de outros, antes de apresentar a sua, estaria em situação privilegiada no procedimento licitatório.¹¹⁵

Assim sendo, pode-se dizer que o princípio do sigilo na apresentação das propostas é uma exceção à regra fixada pelo princípio da publicidade, em decorrência da aplicação do princípio da isonomia, que como exposto *alhures* é uma finalidade do procedimento licitatório.

2.2.11 Princípio da eficiência

O princípio da eficiência, previsto no caput do art. 37 da Constituição Federal de 1988, é aplicado às licitações públicas por possuir a qualidade de princípio geral do direito administrativo.¹¹⁶

¹¹⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. - 5. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 552.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 553.

¹¹⁶ Esse entendimento é corroborado por Hely Lopes Meireles, que advoga que “o princípio da eficiência, de alto significado para o serviço público em geral, deve ser aplicado em todos os níveis da administração brasileira”, onde se enquadra a licitação. (MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. -26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 99).

Este princípio tem o condão de impor à Administração Pública o dever de atender satisfatoriamente às necessidades dos administrados, bem como de o administrador público fazer o melhor, como profissional, diante dos meios de que dispõe.

Tal entendimento é corroborado por Helly Lopes Meireles, que preleciona que “o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja efetuada com presteza, agilidade e rendimento funcional”¹¹⁷.

De modo distinto, tem-se entendido que o princípio em comento tem o condão de determinar que a Administração Pública alcance os melhores resultados, com os menores custos, em um menor lapso temporal¹¹⁸. Neste sentido, vale trazer à colação a doutrina Carvalho filho que assim aduz:

(...) com aplicação conexa ao princípio da continuidade, o princípio da eficiência reclama que o Poder Público se atualize com os novos processos tecnológicos, **de modo que a execução seja mais proveitosa e com o dispêndio de menos recursos financeiros.**¹¹⁹ (grifos nossos)

Por derradeiro, é de bom alvitre salientar que não se deve buscar a eficiência a qualquer custo, devendo a aplicação desse princípio ser efetivada na medida que não desconsiderar os demais.

2.2.12 Princípio da economicidade

O princípio da economicidade, como visto *alhures*, não está nominalmente previsto na Lei Federal 8.666/93, porém, é totalmente lícito incluí-lo ao rol de princípios aplicáveis às licitações públicas, podendo, inclusive, ser equiparado aos princípios que possuem o status de pilares desse procedimento, haja visto que está indiretamente previsto no caput do art. 3º do referido diploma, que afirma que “a licitação destina-se (...) a selecionar a proposta mais vantajosa”, o que demanda a observação de menor nível de onerosidade.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 90.

¹¹⁸ Esse posicionamento é defendido pela doutrina de Diógenes Gasparine, que advoga que “o princípio da eficiência impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento”. (GASPARINE, Diogenes. **Direito administrativo** – 15. ed. atualizada por Fabrício Motta – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 76).

¹¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. – 22. ed. ver. atual e ampl.-Rio de Janeiro. Lumen Juris: 2009. p. 322.

Lado outro, a aplicação desse princípio no procedimento licitatório pode ser almejada pelo viés do princípio administrativo da eficiência (sendo deste derivado), insculpido no caput do art. 37 da Constituição Federal de 1988, que ao olhar de Paulo Caliendo “significa a realização de determinados processos, com a maximização de resultados pela menor utilização de meios”¹²⁰.

Sob esse prisma também paira o entendimento de Christianne Stroppa, que preconiza que o princípio da economicidade impõe que “os recursos financeiros sejam geridos de modo adequado para que se obtenha os maiores benefícios pelos menores custos”¹²¹

Estando incontroversa a aplicação do princípio da economicidade nos procedimentos licitatórios, devemos ter cuidado para não conceituá-lo de forma míope, haja visto que a economia de um produto, serviço ou obra não deve ser confundido com seu valor de aquisição, mas analisado de forma global, incluindo os custos de manutenção e descarte, o consumo de energia, e a durabilidade do bem.

Ao abordar o tema José Cretella Junior definiu que:

mais vantajosa não é proposta de menor preço, mas a que se apresente mais adequada, mais favorável, mais consentânea com o interesse da Administração, observadas, sem dúvida, outras condições como o prazo, o pagamento do preço, a qualidade, o rendimento¹²²

Neste diapasão, podemos concluir que o princípio da economicidade não busca o menor preço, mas sim, o menor custo, em que pese este último estar voltado ao custo benefício do bem adquirido.

2.3 Fases da licitação

O procedimento licitatório é constituído por uma sucessão de atos administrativos reiterados, com o fito de escolher o vencedor do certame.

¹²⁰ SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Veloso da. **Direito tributário e uma análise econômica do direito: uma visão crítica**.-Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 70.

¹²¹ STROPPA, Christiane de Carvalho *apud* SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pibheiro (Coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. 2 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 28.

¹²² CRETELLA JUNIOR, José. **Das licitações públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pág. 54.

Essa sucessão de atos costuma ser dividida pela doutrina em duas grandes etapas, uma interna, que acontece antes da publicação do instrumento convocatório, e outra externa, que acontece após a publicação do ato convocatório.

2.3.1 Fase interna

A fase interna, também chamada de fase preparatória, inicia-se com a “abertura de um processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa”¹²³, como preceitua o caput do art. 38 da Lei Federal 8.666/93, e tem fim com a publicação do edital ou da carta convite.

Frise-se, outrossim, que está presente nesta fase da licitação o procedimento destinado a demonstrar a disponibilidade de recursos e a fonte orçamentária necessária para custear a contratação.

Assim sendo, podemos concluir que em uma licitação todos os atos efetuados após abertura do processo administrativo e antes da publicação do edital constituem a fase interna, como por exemplo, pormenorizar o objeto do certame, determinar a modalidade e o tipo de licitação, estabelecer as condições, estimar a despesa, verificar a existência de recursos, e elaborar, revisar e aprovar o instrumento convocatório (edital ou carta convite).

Por fim, cumpre salientar que “a realização da fase interna da licitação é condição essencial à contratação, inclusive nos casos de dispensa e inexigibilidade”¹²⁴.

¹²³ BRASIL, Lei Federal nº 8.666/93. Disponível em: WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acessado em 20/02/2014.

¹²⁴ BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão 2684/2008. Segunda Turma, Relator Benjamim Zylar. Publicado em 07/08/2008. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acessado em: 12/03/2014.

2.3.2 Fase externa

A fase externa, por sua vez, inicia-se com a publicação do instrumento convocatório (edital ou carta convite), que tem o condão de dar ciência à sociedade das intenções da Administração, para que os interessados possam apresentar suas propostas.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello a fase externa “é aquela que, já estando estampada para terceiros, com a convocação de interessados, as condições de participação e disputa, irrompe a oportunidade de relacionamento entre a Administração e os que propõem afluir ao certame.”¹²⁵

Essa etapa da licitação é dividida em quatro “subfases distintas, mas que se completam. São elas apresentação das propostas e documentos; habilitação; julgamento e classificação; e, homologação e adjudicação.”¹²⁶

Os interessados em participar da licitação devem apresentar suas propostas, em conformidade com as especificações do edital ou carta convite. Em linhas gerais a proposta compreende os documentos de habilitação, a proposta técnica (quando exigível), e a proposta financeira, sendo que cada um dos documentos listados acima devem ser individualizados em envelopes distintos.

Com o encerramento do prazo para o recebimento de propostas passa-se a habilitação, fase em que são analisados dentre os participantes quais estão aptos para contratar com a Administração Pública. Verifica-se, aqui, nos termos do edital, os requisitos subjetivos dos licitantes, como capacidade jurídica, regularidade fiscal, técnica e capacidade econômico-financeira.

Concluída a habilitação, inicia-se a classificação das propostas, que é a análise se as propostas técnicas e financeiras estão em conformidade com o instrumento convocatório.

Concluída a classificação, tem início, imediatamente, o julgamento. “Nesta fase, as propostas classificadas são confrontadas entre si e à vista do exigido pelo instrumento

¹²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo** - São Paulo: Malheiros, 2010, p. 580.

¹²⁶ FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo** – Atualizado de acordo com a Emenda Constitucional n. 41/03. -5. ed. rev. e ampl.-Belo Horizonte. Del Rey: 2004, p. 241.

convocatório”¹²⁷, com o fito de culminar na escolha da proposta mais vantajosa para Administração Pública.

Finda a fase de julgamento, dá-se início, pela autoridade hierarquicamente superior à Comissão Permanente de Licitação, ao procedimento de análise dos atos realizados na fase interna e externa da licitação, com o fim de atestar sua regularidade. “Constatando a autoridade que o processo está integralmente em conformidade com as exigências legais, deve está homologar a decisão da Comissão materializada em ato de julgamento.”¹²⁸

Todavia, caso a autoridade constate a existência de vício, o processo será anulado no todo ou em parte, dependendo do momento em que ocorreu o vício.

Por derradeiro, caso a licitação seja homologada, seu objeto será adjudicado, atribuído ao vencedor, salvo na hipótese de revogação da licitação por motivo de conveniência e oportunidade erigido após a homologação.

2.4 Modalidades de Licitação

A Lei de Licitações Públicas, Lei Federal 8.666/93, prevê em seu art. 22 a existência de cinco modalidades de licitação. Entretanto, em regra, “são apenas três os fins a que se destinam, e isso porque, as modalidades denominadas concorrência, tomada de preços e convite têm por objetivo a contratação de obras, serviços e fornecimento, enquanto que as modalidade de concurso e leilão têm objetivos próprios e diferentes”¹²⁹, como se verá adiante.

Ademais, além das cinco modalidades de licitação previstas na Lei Federal 8.666/93, existe uma sexta modalidade denominada pregão, cuja aplicação é regulamentada pela Lei Federal 10.520/2002.

Feitas essas considerações introdutórias, passamos a análise de cada uma das modalidades.

¹²⁷ GASPARINE, Diogenes. **Direito administrativo** – 15. ed. atualizada por Fabrício Motta – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 667.

¹²⁸ FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo – Atualizado de acordo com a Emenda Constitucional n. 41/03.** - 5. ed. rev. e ampl.-Belo Horizonte. Del Rey: 2004, p. 265.

¹²⁹ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo.** – 22. ed. ver. atual e ampl.-Rio de Janeiro. Lumen Juris: 2009. p. 260.

2.4.1 Concorrência

Concorrência, segundo o § 1º do art. 22 da Lei Federal 8.666/93, “é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para a execução de seu objeto.”¹³⁰

Essa modalidade de licitação é utilizada para contratações de grande vulto e, por isso, possui um procedimento mais rigoroso de habilitação e publicidade.

A concorrência é obrigatória nas licitações de obras e serviços de engenharia com valor superior a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); de compras e serviços que não sejam de engenharia, de valor superior a R\$ 650.000, 00 (seiscentos e cinquenta mil reais); de compra e alienação de bens imóveis¹³¹; de concessão de direito real de uso; de alienação de bens móveis de valor superior a R\$ 650.000, 00 (seiscentos e cinquenta mil reais); de registro de preços¹³²; de concessão de serviços públicos; de parcerias público-privadas; e, nas licitações internacionais¹³³.

Observa-se que a legislação vigente utilizou o valor estimado da contratação e a natureza do contrato a ser celebrado como fatores primordiais para que a licitação seja regida pela modalidade de concorrência.

Embora estejam positivadas as características que exigem a aplicação da concorrência, é facultada sua utilização nas hipóteses em que a lei determinar que as licitações sejam regidas pela tomada de preços ou convite.

¹³⁰ BRASIL, Lei Federal nº 8.666/93. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acessado em 20/02/2014.

¹³¹ Segundo o art. 19 da Lei Federal 8.666/93, os bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de doação em pagamento, podem ser alienados por licitações que utilizem a modalidade de concorrência ou leilão.(BRASIL, Lei Federal nº 8.666/93. Disponível em: WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acessado em 20/02/2014).

¹³² Ressalvada a hipótese de utilização da modalidade pregão, conforme preceituam os arts. 11 e 12 da Lei Federal 10.520/2002. (BRASIL, Lei Federal nº 10.520/2002. Disponível em: WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acessado em 25/04/2014).

¹³³ Admite-se, segundo o § 3º do art. 23 da Lei Federal 8.666/93, licitação internacional pela modalidade de tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores, ou pela modalidade de convite, quando não houver fornecedores do bem ou serviço no país, devendo sempre ser observado o limite de preços previsto no artigo. (BRASIL, Lei Federal nº 8.666/93. Disponível em: WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acessado em 20/02/2014.

2.4.2 Tomada de Preços

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

Definição mais eloquente é subscrita por Diógene Gasparine, que define tomada de preços como:

modalidade de licitação indicada para contratos de vulto médio, que admite interessados cadastrados antes do procedimento, seja pelo sistema de registro cadastral, seja pela apresentação de toda a documentação e atendimento de todas as condições exigidas para o cadastramento até o terceiro dia anterior ao do recebimento dos envelopes de documentação e proposta, aberta com a devida publicidade.¹³⁴

Comparativamente, “essa modalidade é eivada de menos formalidade que a concorrência, e isso em virtude de se destinar a contratações de vulto médio”¹³⁵, cujas faixas de valor variam de importância superior a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) até o montante de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) nas obras e serviços de engenharia, e acima de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) até o limite de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para compras e serviços que não coadunam com o setor de engenharia.

Na mesma esteira, em que pese o certame estar voltado à competição de pessoas previamente inscritas no registro cadastral e as que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento antes da apresentação das propostas, o seu círculo de divulgação é mais restrito que o da concorrência.

Ressalta-se, por fim, que se o administrador achar conveniente, a modalidade de licitação em apreço pode ser utilizada nas hipóteses de cabimento do convite, conforme se infere do § 4º do art. 23 do Estatuto Federal Licitatório¹³⁶.

¹³⁴ GASPARINE, Diogenes. **Direito administrativo**. – 15. ed. atualizada por Fabrício Motta – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 618.

¹³⁵ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. – 22. ed. ver. atual e ampl.-Rio de Janeiro. Lumen Juris: 2009. p. 262.

¹³⁶ Denominação utilizada por Diógenes Gasparine no livro *Direito Administrativo para referir-se a Lei Federal 8.666/93*. (GASPARINE, Diogenes. **Direito administrativo**. – 15. ed. atualizada por Fabrício Motta – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 621.).

2.4.3 Convite

A modalidade de licitação denominada convite, por destinar-se a contratações de menor vulto econômico, é desprovida de grandes formalidades, como se observa no conceito adotado pela Lei de Licitações, que tem a seguinte redação:

Convite é modalidade de licitação entre, no mínimo três interessados do ramo pertinente a seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados pela unidade administrativa, e da qual podem participar também aqueles que, não sendo convidados, estiverem cadastrados na correspondente especialidade e manifestarem seu interesse com antecedência de 24 horas da apresentação das propostas.¹³⁷

Nesta modalidade não há edital, “o instrumento convocatório denomina-se carta-convite, e é nesta que são colocados, sucintamente, as regras da licitação”¹³⁸. Observa-se, ainda, que a apresentação de documentos para a habilitação é bastante mitigada, e que é possível a contratação com pessoas não cadastradas ou habilitadas.

No que tange as faixas de valor incidente, segundo a legislação em vigor, parte-se do limite da isenção¹³⁹ até o montante de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras e serviços de engenharia, ou até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para compras e outros serviços.

Lado outro, cumpre esclarecer que havendo limitação do mercado ou desinteresse dos convidados, “a lei considera válido realizar o confronto entre apenas duas propostas, ou, se uma só for apresentada, celebrar diretamente o contrato”¹⁴⁰, desde que o órgão administrativo justifique minuciosamente o fato.

Outrossim, com o mesmo intuito de “evitar burla aos princípios da licitação, ao convidar-se sempre os mesmos interessados”¹⁴¹, determina o § 6º do art. 22 da Lei Federal

¹³⁷ BRASIL, Lei Federal nº 8.666/93, art. 22, § 3º. Disponível em: WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acessado em 20/02/2014.

¹³⁸ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. – 22. ed. ver. atual e ampl.-Rio de Janeiro. Lumen Juris: 2009. p. 264.

¹³⁹ Há isenção de licitação, segundo os incisos I e II do art. 24 da Lei Federal 8.666/93, para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso I do art. 23 da Lei de Licitações (R\$ 150.000,00); e, para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a” do inciso II do mesmo artigo (R\$ 80.000,00). (BRASIL, Lei Federal nº 8.666/93, art. 22, § 3º. Disponível em: WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acessado em 20/02/2014).

¹⁴⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 601.

¹⁴¹ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. – 22. ed. ver. atual e ampl.-Rio de Janeiro. Lumen Juris: 2009. p. 264.

8.666/93 que “existindo na praça mais de 3 (três) possíveis interessados, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado é obrigatório o convite a no mínimo mais um interessado, enquanto houverem cadastrados não convidados nas últimas licitações”¹⁴².

2.4.4 Concurso

Como modalidade licitatória, o concurso está positivado no inciso IV do art. 22 da Lei Federal 8.666/93, todavia foi o § 4º do mesmo diploma legal que o conceituou como:

Modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com no mínimo 45 (quarenta e cinco) dias.¹⁴³

Trata-se, como visto, de aferição de caráter eminentemente intelectual, a ser realizado entre quaisquer interessados que preencham as condições previstas no edital, conforme preceitua o art. 52 da Lei Federal 8.666/93.¹⁴⁴

Neste diapasão, destaca-se que o objetivo do concurso não é efetuar um contrato, mas, tão somente, selecionar um projeto de cunho intelectual e a seu autor atribuir um prêmio ou remuneração, desde que este autorize a utilização do trabalho pela Administração ou ceda os direitos patrimoniais de autor à entidade contratante.

Por esse motivo, a Administração deverá realizar nova licitação, na modalidade adequada, caso resolva executar o projeto ganhador do concurso.

¹⁴² BRASIL, Lei Federal nº 8.666/93, art. 22, § 3º. Disponível em: WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acessado em 20/02/2014.

¹⁴³ BRASIL, Lei Federal nº 8.666/93. Disponível em: WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acessado em 20/02/2014.

¹⁴⁴ Art. 52. O concurso a que se refere o § 4º do art. 22 desta Lei deve ser precedido de regulamento próprio, a ser obtido pelos interessados no local indicado no edital.

§ 1º O regulamento deverá indicar:

I - a qualificação exigida dos participantes;

II - as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho;

III - as condições de realização do concurso e os prêmios a serem concedidos.

§ 2º Em se tratando de projeto, o vencedor deverá autorizar a Administração a executá-lo quando julgar conveniente. (BRASIL, Lei Federal nº 8.666/93, art. 19, *caput*. Disponível em: WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acessado em 20/02/2014).

2.4.5 Leilão

Leilão é a modalidade de licitação destinada à venda de bens móveis declarados inservíveis para a Administração; à venda de produtos legalmente apreendidos ou penhorados; e alienação de bens imóveis adquiridos em procedimento judicial ou através de dação em pagamento.

Em regra a alienação de bens imóveis, como vimos no item 2.4.1, deve ser elaborada por meio de concorrência. Entretanto, “os bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, podem ser alienados por licitações que utilizem a modalidade de concorrência ou leilão”¹⁴⁵.

Ademais disso, há possibilidade de efetuar a venda de bens móveis por meio de leilão quando, avaliados global ou isoladamente, não seja superado o limite fixado para compras por tomada de preços, R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), conforme determina o § 6º do art. 17 da Lei de Licitações¹⁴⁶.

Nesta modalidade de licitação podem participar todos os interessados, independente de habilitação. Sendo certo que, o “vencedor do certame será o que apresentar o melhor lance, ou oferta, desde que não seja inferior ao valor da avaliação oficial e atenda às condições do edital”¹⁴⁷.

2.4.6 Pregão

A modalidade de pregão foi instituída, para o âmbito da união, Estados, Distrito Federal, Distrito Federal e Municípios, pela Lei Federal 10.520/2002, após edição de inúmeras medidas provisórias para tratar desse assunto.

¹⁴⁵ BRASIL, Lei Federal nº 8.666/93, art. 19, *caput*. Disponível em: WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acessado em 20/02/2014.

¹⁴⁶ Segundo o § 6º do art. 17 da Lei Federal 8.666/93, “para a venda de bens móveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantia não superior ao limite previsto no art. 23, inciso II, alínea "b" desta Lei, a Administração poderá permitir o leilão”. (BRASIL, Lei Federal nº 8.666/93, art. 19, *caput*. Disponível em: WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acessado em 20/02/2014).

¹⁴⁷ FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo – Atualizado de acordo com a Emenda Constitucional n. 41/03**. -5. ed. rev. e ampl.-Belo Horizonte. Del Rey: 2004, p. 226.

A finalidade do pregão é a seleção da melhor proposta para a aquisição de bens e a execução de serviços comuns, conforme estabelece o art. 1º da Lei Federal 10.520/2002, cujo § 1º define tais bens como os que, dotados de “padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio das especificações usuais do mercado”¹⁴⁸. Excluídas, estão, pois, a contratação de obras e serviços de engenharia.

Tendo em vista que a legislação atinente ao pregão foi extremamente vaga ao definir seu objeto e, conseqüentemente, sua finalidade, é imprescindível trazer a baila como a doutrina tem tratado o assunto.

Para Edimur Ferreira de Faria, pregão é a

Modalidade de licitação para a aquisição de bens e serviços comuns, promovida por entidade e órgão públicos da Administração direta e da indireta, qualquer que seja o valor do objeto a ser contratado, em que a disputa dos licitantes com vistas à classificação e a adjudicação, se realiza por meio de propostas e lances em sessão pública ou por meio eletrônico.¹⁴⁹

Na mesma esteira, Celso Antônio Bandeira de Melo define o pregão como “modalidade de licitação para a aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa é feita por propostas e lances”¹⁵⁰.

Destarte, tendo em vista que o pregão é modalidade de licitação para a aquisição de bens e serviços, assim como as modalidades de concorrência, tomada de preços e convite, insta salientar que as diferenças salutares entre estas modalidades está no fato daquela não ter restrição quanto ao valor do bem ou serviço, poder ser realizada por meio eletrônico, e possuir ordem inversa de abertura de envelopes, uma vez que apenas o vencedor da licitação tem sua habilitação verificada.

¹⁴⁸BRASIL, Lei Federal nº 10.520/2002. Disponível em: WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acessado em 25/04/2014.

¹⁴⁹FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo – Atualizado de acordo com a Emenda Constitucional n. 41/03**. -5. ed. rev. e ampl.-Belo Horizonte. Del Rey: 2004, p. 226.

¹⁵⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo** -27.ed.. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 569.

2.5 Tipos de licitação

Tipo é a expressão empregada pela Lei Federal 8.666/93 para designar o critério de julgamento utilizado pela Administração para selecionar a proposta mais vantajosa nos procedimentos licitatórios, logo não pode ser empregado como sinônimo de modalidade de licitação.

O art. 45 do referido diploma legal enumera de forma exaustiva a existência de quatro tipos de licitação, quais sejam: menor preço, melhor técnica, técnica e preço, e maior lance ou oferta. Que são empregados nas modalidades de concurso, tomada de preços, carta convite e leilão, sendo vedada a aplicação na modalidade concurso, que deverá apresentar critérios específicos de julgamento.

Destarte, o tipo de licitação adotado pelo certame deve estar presente de forma clara no instrumento convocatório, como preceitua o inciso VII do art. 40 da Lei Federal 8.666/93.

2.5.1 Menor preço

As licitações do tipo menor preço são as mais comuns, sendo que esse “tipo ocorre quando o instrumento convocatório determina que a proposta mais vantajosa será aquela que se apresentar de acordo com as especificações do edital e ofertar o menor preço”¹⁵¹.

A seleção do critério de julgamento pelo menor preço não será um ato discricionário do administrador e deverá ser preferencialmente adotado em licitações cujo objeto se apresente de forma mais simples, sem maiores complexidades técnicas, e que permitem um julgamento igualitário entre as propostas.

Entretanto, isso não significa que o administrador deverá abrir mão de critérios técnicos para instituir uma licitação do tipo menor preço e, desta feita, adquirir produtos de má qualidade. Neste sentido José Cretella Junior entende que “nem sempre o preço é o fator preponderante para a aceitação da proposta mais barata, pois, confrontando com outros

¹⁵¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo** – 22ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pag. 277.

fatores, pode ser por eles superado, desde que apresentem maiores vantagem para o Estado”¹⁵².

Na mesma esteira, Celso Antônio Bandeira de Mello advoga que:

(...)nem sempre o preço nominalmente mais baixo é o menor preço. Com efeito, uma vez que a lei, em diferentes passagens (art. 43, V, art. 44, caput, e art. 45), refere-se a “critérios de avaliação”, a “fatores” interferentes com ela, de par com os “tipos” de licitação, percebe-se que, paralelamente a estes, complementando-lhes a aplicação, podem ser previstos no edital critérios e fatores a serem sopesados para avaliação da proposta.

Assim, rendimento e condições de pagamento, por certo, podem interferir na identificação do preço, propiciando um objetivo reconhecimento daquele que é de veras o menor, ainda quando nominalmente assim não apareça a um primeiro súbito de vista.¹⁵³

Diante deste impasse, é imprescindível que o instrumento convocatório (edital ou carta convite) fixe de forma clara as características inerentes ao objeto a ser licitado, com o fito de garantir que as necessidades do licitante sejam atendidas.

Todavia, é de bom alvitre salientar que a discriminação do objeto da licitação deve ser efetuada com cautela, uma vez que o excesso pode ferir os princípios da isonomia, da impessoalidade e da competitividade.

2.5.2 *Melhor técnica*

Melhor técnica é o critério em que a proposta mais vantajosa para a Administração é escolhida com fulcro em fatores de ordem técnica. Esse tipo de licitação será utilizado, como bem preceitua o *caput* do art. 46 da Lei Federal 8.666/93, “exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial para a 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.”¹⁵⁴

Excepcionalmente, a licitação de menor preço poderá ser adotada,

¹⁵² CRETELLA JUNIOR, José. **Das licitações públicas** – 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pág. 294.

¹⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo** -28.ed.. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 608.

¹⁵⁴ BRASIL, Lei Federal nº 8.666/93, § 3º do art. 46. Disponível em: WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acessado em 20/03/2014.

(...) por autorização expressa e mediante justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora constante do ato convocatório, para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestada por autoridades técnicas de reconhecimento qualificado, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios fixados no ato convocatório.¹⁵⁵

Todavia, tendo em vista as burocracias necessárias para sua autorização, a hipótese descrita acima é de difícil ocorrência no mundo prático. Motivo pelo qual, o tipo de licitação melhor técnica, em regra, não é utilizado para a aquisição de bens e execução de serviços.

Lado outro, cumpre esclarecer que o tipo de licitação em apreço é composto de duas etapas:

(...) uma, em que os candidatos se submetem a uma valorização de suas propostas; se a proposta não alcançar essa valorização mínima, está fora do certame. A outra é a fase da negociação, o candidato que ofereceu a proposta vitoriosa sob o critério técnico só celebra o contrato se aceitar a execução do objeto ajustado pelo preço mínimo oferecido pelos participantes (art. 46, § 1º, I e II). Se recusar reduzir seu preço, será chamado o candidato que ficou em segundo lugar, e assim sucessivamente.¹⁵⁶

Assim sendo, é evidente que nem sempre será escolhida a proposta de melhor técnica, diferentemente do que sugere a denominação prevista na legislação, haja visto que “se nenhum dos autores das propostas tecnicamente melhor alocadas aquiescer em reduzir o preço, terminará por ser escolhida a de menor preço, mesmo que tecnicamente inferior a todas as demais”.¹⁵⁷

2.5.3 Técnica e preço

No tipo de licitação técnica e preço, regulamentado pelo § 2º do art. 46 da Lei Federal 8.666/93, “o critério de seleção da melhor proposta é o que resulta da média ponderada das

¹⁵⁵ BRASIL, Lei Federal nº 8.666/93, art. 19, *caput*. Disponível em: WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acessado em 20/03/2014.

¹⁵⁶ FILHO, José dos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo** – 22ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pag. 278.

¹⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo** -28.ed.. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 609.

notas atribuídas aos fatores técnica e preço, valorados na conformidade dos pesos¹⁵⁸ e critérios estabelecidos no ato convocatório”¹⁵⁹.

Esse tipo de licitação, assim como na licitação de melhor técnica, será utilizado para serviços de natureza predominantemente intelectual. Além disso, impõe-se, por força do § 4º do art. 45 da Lei de licitações, a utilização do tipo técnica e preço nas contratações de bens e serviços de informática, salvo quando realizada na modalidade convite.¹⁶⁰

Entretanto, o Tribunal de Contas da União tem entendido que deve ser excluído desse tipo de licitação “a aquisição de bens que, ainda de informática, sejam de fácil obtenção no mercado, mediante prévia especificação, e ainda os serviços comuns para a operação do sistema a ser desenvolvido”.¹⁶¹

Salienta-se, por derradeiro, que o procedimento do tipo de licitação em apreço “obedece, no início, a tramitação igual à da licitação de melhor técnica”¹⁶², com a apresentação de dois envelopes, sendo um para as atribuições técnicas e outro para os preços, e a exclusão dos proponentes que não apresentarem as qualificações técnicas especificadas no instrumento convocatório. Em seguida, procede-se à classificação de “acordo com a média ponderada das valorações das propostas técnicas e de preços, de acordo com os pesos¹⁶³ preestabelecidos no instrumento convocatório”¹⁶⁴.

¹⁵⁸ “Nas licitações do tipo técnica e preço, é possível a fixação de pesos distintos para os aspectos técnica e preço” (BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 503/2008. Segunda Turma, Relator Benjamim Zymler. Publicado em 14/03/2008. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acessado em: 12/03/2014).

¹⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo** -28.ed.. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 610.

¹⁶⁰ É o que se infere da combinação do § 4º do art. 45 da Lei Federal 8.666/93 e do § 3º do art. 1º do Decreto 1.070/94.

¹⁶¹ BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1631/2005. Segunda Turma, Relator Marcos Vinícios Vilaça. Publicado em 20/07/2005. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acessado em: 12/03/2014.

¹⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo** -28.ed.. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 609.

¹⁶³ Segundo o Tribunal de Contas da União-TCU, “os critérios de pontuação da proposta técnica devem ser compatíveis e proporcionais ao objeto a ser executado, evidenciando os seu itens mais relevantes. A inobservância de tais pressupostos pode caracterizar direcionamento do certame. (BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3556/2008. Segunda Turma, Relator André de Carvalho. Publicado em 18/09/2008. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acessado em: 12/03/2014).

¹⁶⁴ BRASIL, Lei Federal nº 8.666/93, inciso II, § 2º do art. 46. Disponível em: WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acessado em 20/03/2014.

2.5.4 Melhor lance ou oferta

O tipo de licitação maior lance ou oferta é específico para os casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso, conforme preceitua o inciso IV, do § 2º do art. 45 da Lei Federal 8.666/93, onde o licitante vencedor será o que apresente o maior lance (quando a modalidade for leilão) ou a maior oferta (quando a modalidade for convite ou concorrência).

Neste tipo de licitação é imperioso que o instrumento convocatório determine um valor mínimo para o início da sessão de lances, apurado em avaliação prévia, com o fito de basilar a oferta/lance dos participantes.

Nas alienações, em regra, os lances serão oferecidos de forma verbal em sessão pública, cuja data, horário e local estiverem previstos no instrumento convocatório (edital ou convite). Lado outro, nas concessões de direito real de uso é usual que as lances sejam apresentados por meio de proposta escrita.

Entretanto, independente da forma e modalidade adotada, o tipo de licitação melhor lance ou oferta visa à obtenção da proposta que traga maiores benefícios financeiros à Administração.

CAPÍTULO III – LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS

3.1 Teoria da ponderação de Robert Alexy

Segundo o entendimento de Alexy, a teoria da ponderação é parte integrante de um princípio mais amplo, denominado princípio da proporcionalidade, que é desmembrado em três princípios parciais que têm o objetivo de buscar de formas distintas mandamentos de otimização¹⁶⁵, cujo significado será visto adiante.

Derivam do princípio da proporcionalidade três máximas parciais, quais sejam: da adequação, que pauta pela análise se os meios adequados são suficientes para atingir o fim colimado; da necessidade, que defende a utilização do meio menos gravoso, dentre os meios suficientes para atingir o fim pretendido; e, a da proporcionalidade em sentido estrito, que determina a ponderação entre os danos causados e os benefícios atingidos para aplicação de um determinado princípio ao caso concreto.

Feitas essas considerações iniciais, passamos a análise das questões imprescindíveis para o entendimento da teoria da ponderação desenvolvida por Robert Alexy.

3.1.1 *Distinção entre regras e princípios*

A distinção entre regras e princípios, de acordo com Alexy, é de extrema relevância para o mundo jurídico, pois é um ponto importante para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem essa distinção, continua o autor, não pode existir uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões e tampouco uma teoria suficiente acerca do papel traçado pelos direitos fundamentais no sistema jurídico.¹⁶⁶

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luis Afonso Heck. – 2. ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 110.

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

Por todas essas razões, Alexy considera que a distinção entre regras e princípios é um dos pilares fundamentais do edifício da teoria dos direitos fundamentais.¹⁶⁷

Ao tratar da distinção, o autor em comentário pontua que regras e princípios são espécies do gênero normativo, uma vez que exprimem caráter mandamental, positivo ou negativo. Neste sentido, argumenta que:

(...) tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos do dever-ser, ainda que de espécies muito diferentes.¹⁶⁸

A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas¹⁶⁹ que, conforme coaduna a doutrina de Lenza¹⁷⁰, não guardam hierarquia entre si.

No entendimento de Alexy, a distinção entre esses dois tipos de normas está fixado no plano qualitativo, e não no grau de abstração e generalidade como defende Esser¹⁷¹. Assim, para o autor, o ponto decisivo para a diferenciação entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas reais existentes. Por isso, princípios são mandamentos de otimização¹⁷², caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não depende apenas das possibilidades reais, mas também das jurídicas.

Por outro lado, “as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem

¹⁶⁷ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

¹⁶⁸*Ibidem*, p. 87.

¹⁶⁹ Esse entendimento é corroborado por Luis Roberto Barroso na obra *Interpretação e aplicação da Constituição*, onde o autor afirma que “princípios e regras desfrutam igualmente do status de norma jurídica e integram, sem hierarquia, o sistema referencial do interprete”. (BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. – 7. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 355).

¹⁷⁰LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. - 16 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 145.

¹⁷¹ Segundo Esser, citado por Canotilho, “os princípios são normas com grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida”. (ESSER, *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **1941 – Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed., 9reimp. – Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 1.160).

¹⁷² Para Pedro Lenza o mandamento de otimização impõe “o que se pode chamar de ideia regulativa, ou seja, uma ideia que sirva para guiar a argumentação em um determinado sentido”. Continua dizendo que “varias podem ser as respostas que satisfaçam as exigências de otimização. Quanto maior o número de variáveis – e de direito – envolvidos em uma caso concreto, maior tenderá a ser a quantidade de respostas que satisfaçam o critério de otimização”. (LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. - 16 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 148)

menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”¹⁷³.

Essa distinção se torna mais cristalina quando analisamos os casos de conflitos entre regras e de colisões entre princípios.

3.1.2 Conflito entre regras

Segundo o entendimento de Alexy “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduzir, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”¹⁷⁴.

Assim sendo, chega-se à conclusão que, para o autor em comento, a colisão entre regras pode ser solucionada de duas formas distintas, sendo a primeira delas a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras, com o objetivo de colocar fim ao impasse¹⁷⁵. Se, entretanto, não for possível introduzir em uma das regras uma cláusula que pacifique a contradição, umas delas deverá ser declarada inválida¹⁷⁶. Porém, “a constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando não é possível a inclusão de uma cláusula de exceção em um conflito entre regras, nada diz sobre qual das regras deve ser tratada dessa forma”¹⁷⁷. Por isso, é auspicioso invocar o entendimento de Norberto Bobbio¹⁷⁸, que advoga que uma regra será declarada inválida se houver no ordenamento

¹⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 93.

¹⁷⁵ Alexy cita como exemplo de conflito de regras que pode ser solucionado por meio da introdução de uma cláusula de exceção, o caso do conflito entre proibição de se sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio, que ocorrerá se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado. Para resolver esse impasse, basta incluir na primeira regra uma exceção para o caso do alarme de incêndio. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92).

¹⁷⁶ Posicionamento parecido é demonstrado por Barroso, que afirmou que “a aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese de conflito entre regras, só uma será válida e irá prevalecer”. (BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. – 7. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 353).

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

¹⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. – Brasília: Universidade de Brasília, 2006, p. 91.

jurídico outra regra mais atual ou hierarquicamente superior que trate de forma contraditória o mesmo assunto.

Por fim, ressalta-se que a decisão sobre o conflito de regras é uma decisão que opera-se no campo da validade jurídica, pois “não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos”¹⁷⁹.

1.1.3 Colisão de princípios

A colisão entre princípios, diversamente do que o ocorre com o conflito entre regras, deve ser solucionado mediante ponderação, tendo em vista que “em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade, ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância”¹⁸⁰.

Quando dois princípios colidem, o que ocorre, por exemplo, quando eles tratam de maneira contraditória o mesmo assunto, um dos princípios terá que recuar deixando o outro prevalecer em determinado caso concreto. Nesse aspecto:

Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deve ser declarado inválido, nem que nele deva ser introduzido uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência.¹⁸¹

Na ponderação de dois princípios, de mesma categoria abstrata, deve-se observar qual dos princípios possui maior peso no caso concreto. Essa relação de tensão não pode ser solucionada no sentido de dar uma prioridade absoluta a um dos princípios garantidos pelo Estado. Assim, o conflito deve ser solucionado por meio de uma ponderação dos interesses dos opostos, ou seja, uma ponderação de qual dos interesses, abstratamente do mesmo nível, possui maior peso diante das circunstâncias do caso concreto.

¹⁷⁹ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92.

¹⁸⁰BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. – 7. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 357.

¹⁸¹ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92.

Isso pode ser visto com clareza na decisão proferida pela Ministra da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ Eliana Calmom, que ao perceber a colisão entre os princípios que regem a execução de alimentos e os que pautam pela impenhorabilidade das contas vinculadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e ao Programa de Integração Social – PIS, determinou a penhora dos valores previstos nestas contas sob o argumento que alimentos são direitos constitucionais de grau tão elevado que autorizam, inclusive, a prisão civil.¹⁸²

Assim sendo, quando um princípio limita a possibilidade jurídica do cumprimento do outro, a solução da colisão consiste em, tendo em conta a circunstâncias do caso, estabelecer entre os mesmos uma relação de precedência condicionada. A determinação da relação de precedência condicionada consiste em, tomando em conta o caso, indicar as condições segundo as quais um princípio precede o outro.

Ao tratar desse assunto, Barroso advoga que, à vista dos elementos do caso concreto, o interprete deverá fazer escolhas fundamentadas, mediante ponderação, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social.¹⁸³

De outro modo, Alexy esclarece que “quanto mais alto é grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”¹⁸⁴ para que possa ser estabelecida a prevalência. Nessa passagem, o autor continua dizendo que a lei da ponderação decompõe-se em três passos, quais sejam:

¹⁸²PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL – FGTS E PIS: PENHORA - EXECUÇÃO DE ALIMENTOS – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - SÚMULA 202/STJ – INTERESSE DA CEF - IMPENHORABILIDADE - MITIGAÇÃO FRENTE A BENS DE PRESTÍGIO CONSTITUCIONAL.

1. A competência para a execução de sentença condenatória de alimentos é da Justiça Estadual, sendo irrelevante para transferi-la para a Justiça Federal a intervenção da CEF.

2. Na execução de alimentos travada entre o trabalhador e seus dependentes, a CEF é terceira interessada.

3. A impenhorabilidade das contas vinculadas do FGTS e do PIS frente à execução de alimentos deve ser mitigada pela colisão de princípios, resolvendo-se o conflito para prestigiar os alimentos, bem de status constitucional, que autoriza, inclusive, a prisão civil do devedor.

4. O princípio da proporcionalidade autoriza recaia a penhora sobre os créditos do FGTS e PIS.

5. Recurso ordinário não provido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 2008/0053849-0/SP. Segunda Turma, Ministra Eliana Calmon, Julgado em 12/08/2008. Publicado em 12/08/2008).

¹⁸³ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. – 7. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 357.

¹⁸⁴ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luis Afonso Heck. – 2. ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 111.

Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado, se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro.¹⁸⁵

A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável aos casos difíceis¹⁸⁶, em relação aos quais a subsunção¹⁸⁷ se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferentes.¹⁸⁸

Essa teoria, segundo entendimento de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, permite duas ilações distintas:

¹⁸⁵ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luis Afonso Heck. – 2. ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 111.

¹⁸⁶ ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - IMPROBIDADE - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO RÉU PARA AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHA – COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS - CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – ECONOMIA PROCESSUAL E INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS - SOPESAMENTO - PROVA NÃO ESSENCIAL - FATO INCONTROVERSO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. 1. Não apenas o Direito Constitucional mas também o Processual Civil recebe a influência cada vez maior da ideologia pós-positivista, segundo a qual, em razão da hegemonia axiológica dos princípios, estes se convertem em alicerce de todo sistema normativo e, assim como as regras, podem disciplinar situações concretas e impor obrigação legal. 2. A diferença primordial entre princípios e regras, da qual decorrem todas as outras, é que esses contêm um mandamento de otimização. Isso quer dizer que é intrínseco a um princípio o comando de se aplicar no maior número de casos possíveis dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. 3. Em decorrência desse mandamento de otimização, os princípios estão sujeitos a constantes colisões. Não é raro que dois ou mais princípios incidam sobre um mesmo caso concreto e que, se aplicados em conjunto, levariam a resultados inconciliáveis, a juízos concreto de dever-ser jurídico contraditórios. 4. Em uma colisão entre princípios, não há uma relação de precedência absoluta. A preponderância de um sobre o outro dependerá do caso concreto, que, em razão das específicas condições, revelará qual princípio tem mais peso e por tal motivo deve prevalecer. 5. Há, no caso dos autos, uma flagrante irregularidade processual consistente na ausência de intimação do ora recorrente para acompanhar a audiência da testemunha Marli Ferreira Chaves. Esse fato, analisado isoladamente, representa uma ofensa ao contraditório e ao devido processo legal, motivo pelo qual a primeira solução que se poderia pensar seria a anulação do processo desde a ocorrência na anomalia. 6. Contudo, há especificidades que não recomendam esse desfecho. Isso porque, conforme assentado pelo Tribunal de origem, a irregularidade da ausência de intimação do acusado não lhe trouxe prejuízo, seja porque a prova produzida sem o contraditório não foi determinante na fundamentação da sentença, seja porque o fato sobre o qual a testemunha foi interrogada era incontroverso ante a ausência de impugnação da defesa. 7. Tais circunstâncias elevam o peso dos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, já que, em que pese a ausência de intimação do acusado para exercer o contraditório na oitiva da testemunha, tal vício não lhe acarretou prejuízo. Aplica-se, *in casu*, o princípio do "pasdenulittésansgrief", segundo o qual não há nulidade sem prejuízo. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada. Recurso especial improvido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.201.317/GO. Segunda Turma, Ministro Humberto Martins. Julgado em 16/06/2011. Publicado em 14/12/2011).

¹⁸⁷ Segundo o entendimento de Barroso, Subsunção é “premissa maior – a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos – e produzindo, como consequência, a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto”. (BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. – 7. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 358).

¹⁸⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. – 7. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 357.

(...) na primeira a aplicação parcial de dois princípios jurídicos simultaneamente, de modo que a preferência de um não afaste inteiramente (ou apenas limite) a incidência do outro; na segunda, derivada da lei de colisão de Alexy, a preferência por um princípio só poderia ser satisfeita à custa da aplicação do outro. Em ambas as concepções está implícita uma reação utilitarista na escolha do(s) princípio(s) aplicável(veis).¹⁸⁹

Assim, é importante sublinhar que na colisão de princípios nenhum princípio deve ser invalidado e, ademais, nenhum tem precedência absoluta sobre o outro, devendo a ponderação ser aplicada a cada caso concreto para solucionar o impasse.

Por derradeiro, sublinha-se que a técnica da ponderação pode ser aplicada por todos os que vivem a Constituição (Poder judiciário, executivo e legislativo, bem como as demais pessoas físicas e jurídicas) como instrumento hábil de interpretação do ordenamento jurídico.¹⁹⁰

Contudo, insta salientar que a teoria da ponderação desenvolvida por Alexy não está a salvo de críticas que sustentam um grande grau de subjetividade presente na resolução das colisões de princípios, que conduz à possibilidade de existir uma multiplicidade de decisões distintas para um determinado caso concreto, haja vista que a decisão seria pautada exclusivamente pelos valores inerentes ao julgador (percepção mentalista). Neste sentido, Álvaro Ricardo de Souza Cruz preleciona que

(...) a crença de Alexy de que a decisão jurídica se dá pela razão pura implica a desconsideração de que todos nós somos seres lançados em uma determinada gramática social diferente e enxergamos o mundo com as lentes que essa condição nos impõe.¹⁹¹

Neste sentido, segundo o autor em comento, “o sopesamento das premissas serve simplesmente como uma justificativa de uma decisão já tomada previamente”¹⁹². Entretanto, apesar das críticas, acredita-se que a teoria da ponderação de Alexy é meio razoável à resolução da colisão de princípios, pois está fundada na instrumentalização de normas jurídicas cujo discurso de aplicação (a ação julgadora) leva em conta aspectos axiológicos como reforço da adequação da necessidade percebida no caso concreto, o que seria típico de uma percepção pós-positivista que permite ao Direito sua comunicação com outros elementos

¹⁸⁹CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 160.

¹⁹⁰FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e a sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento sustentável**. – Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 100.

¹⁹¹CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Regras e princípios: uma visão franciscana**. Tópicos Avançados em Direito Público. Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Minas, 2014, p. 24.

¹⁹²*Ibidem*, p.67.

(não jurídicos) que influenciam no ato decisional, inclusive no momento de efetuar o sopesamento dos princípios. Ao aplicar a ponderação não se trata, portanto, de uma simplória decisão subjetiva, baseada meramente numa eleição de valores, mas o estabelecimento de critérios para que se vislumbre o peso que cada princípio pode suportar, imbuído em seu caráter axiológico, em fase de sua aplicabilidade no conflito estabelecido no caso concreto.

3.2 Licitação sustentável e o princípio da ponderação

Com o objetivo de conter a crescente crise ambiental proveniente de uma industrialização inescrupulosa, herdada da Revolução Industrial, que visa pura e simplesmente o lucro, sem se preocupar com a escarces de recursos e a degradação do meio ambiente, começaram a surgir, nas últimas décadas do século XX, alguns pactos internacionais com fins ambiental¹⁹³.

Esses pactos¹⁹⁴ ambientais difundiram na órbita internacional a importância da preservação do meio ambiente para a manutenção da sadia qualidade de vida, bem como para perpetuação da espécie humana, que provavelmente entrará em extinção caso os recursos imprescindíveis para a sua manutenção não sejam preservados.

Para evitar o colapso da espécie humana, os referidos pactos listaram inúmeras obrigações de cunho ambiental a serem cumpridas pelos países signatários, dentre elas insere-se a busca do desenvolvimento sustentável por meio da mudança dos padrões de produção e consumo¹⁹⁵, conforme explicitado com maior abrangência no título 1.2 do presente trabalho.

A ideia de desenvolvimento sustentável foi insculpida em nosso ordenamento jurídico pelo art. 225 da CR/88, que impõe ao poder público e à coletividade o dever de preservar o meio ambiente, como se observa da transcrição abaixo:

¹⁹³ Como a Conferência de Estocolmo (Suécia, 1972), Convenção de Viena (Áustria, 1985), Protocolo de Montreal (Canadá, 1987) e a Conferência do Rio (Brasil, 1992), citadas no Capítulo I do presente trabalho.

¹⁹⁴ Utiliza-se a palavra pacto com objetivo de abranger todos os documentos internacionais, como Tratados, Convenções, Conferências, Protocolos, entre outros.

¹⁹⁵ A mudança dos padrões de produção e consumo é abordada pelo Capítulo 4 da Agenda 21 Global, assinada na Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento, realizada em 1992 na cidade do Rio de Janeiro (Brasil), e no Plano de Implementação às ideias que foram debatidas na “Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável”, realizada em 2002 na cidade de Joanesburgo (África do Sul).

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.**¹⁹⁶(grifos nossos)

Com o fito de atender aos preceitos constitucionais e aos pactuados na esfera internacional, foi aprovada no ano de 2010 a Lei Federal 12.349¹⁹⁷, que teve o condão de dar nova roupagem e finalidade às licitações públicas, inserindo o desenvolvimento sustentável ao rol de princípios aplicáveis ao certame.

Depreende-se, a partir de então, a concepção de licitação sustentável que, segundo entendimento de Murillo Giordan Santos e Teresa Villac Pinheiro Barki, pode ser conceituada como a “solução para integrar considerações ambientais e sociais em todos os estágios do processo de compra e contratação dos agentes públicos (de governo) com o objetivo de reduzir impactos à saúde humana, ao meio ambiente e aos direitos humanos”.¹⁹⁸

De modo esclarecedor, Christine Stroppa conceitua licitação sustentável como “processo por meio do qual as organizações, em suas licitações e contratações de bens, serviços e obras, valorizam os custos efetivos que consideram condições de longo prazo, buscando gerar benefícios à sociedade e à economia e reduzir os danos ao ambiente natural”¹⁹⁹

Entende-se, outrossim, que licitar de modo sustentável:

(...) seria contratar, adequando a contratação ao que chama consumo sustentável, levando em conta que o governo é grande comprador e grande consumidor de recursos naturais, os quais não são perpétuos: acabam. Como o governo compra muito poderia estimular uma produção mais sustentável, em maior escala, além de dar o exemplo.²⁰⁰

¹⁹⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acessado em: 20/10/2013.

¹⁹⁷ 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. (BRASIL, Lei Federal 12.349/2010 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm. Acessado em: 20/04/2014).

¹⁹⁸ SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. 2reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pág. 22.

¹⁹⁹ STROPPA, Christine de Carvalho *apud* SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. 2reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pág. 22.

²⁰⁰ SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. 2reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pág. 20.

Sendo assim, “compete ao Estado fomentar, estimular, pela facilitação de acesso às licitações e aos contratos administrativos, condutas empresárias relevantes e conformes à noção de desenvolvimento sustentável”²⁰¹.

Nota-se, neste diapasão, que a aquisição de produtos, serviços e obras que atendam aos padrões de sustentabilidade nas licitações públicas não é uma faculdade do gestor, mas uma imposição em respeito ao princípio da legalidade administrativa. Sobre essa legalidade, vale trazer à colação o entendimento de Ferreira, que assim assevera:

o que dantes se sustentou como dever-poder administrativo extraível do sistema jurídico, a partir da Constituição da República de 1988 e de leis esparsas, passa a figurar como uma obrigação genérica e ordinária, da qual o gestor público apenas poderá se desonerar por justa causa, devidamente motivada e comprovada. Caso contrário estará a descumprir uma finalidade (de três) da licitação, contaminando-a de vício insanável.²⁰²

Neste mesmo prisma é o entendimento da Dra. Silvia Helena Nogueira Nascimento, Procuradora-Chefe da Secretaria de Meio Ambiente do Estado de São Paulo, que por meio de um parecer obtempera:

Vê-se que a lei impõe à Administração Pública o dever de promoção do desenvolvimento sustentável (...). Por consequência, as contratações da Administração Pública, sejam decorrentes de licitação ou efetivadas de forma direta, mediante dispensa de licitação ou de sua inexigibilidade, deverão, a partir do que determina a Constituição, a Política Nacional do Meio Ambiente e a própria Lei de licitações, ser voltada ao consumo sustentável.²⁰³

Lado outro, não pode a administração pública pautar-se exclusivamente pelos preceitos ambientais no momento de escolher os bens, serviços e obras a serem licitados, devendo, outrossim, ser observados os demais princípios e finalidades previstos na legislação, sob pena de, não o fazendo, ferir igualmente o princípio da legalidade administrativa.

Assim sendo, devem ser aplicados concomitantemente os princípios da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa, do desenvolvimento sustentável, da eficiência, da economicidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do

²⁰¹ FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e a sua nova finalidade legal:** a promoção do desenvolvimento sustentável. – Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 47.

²⁰² *Ibidem*, p. 29.

²⁰³ SÃO PAULO, Secretaria do meio Ambiente. Processo nº 10.409/2005. Parecer nº 683/2006. Elaborado por Silvia Helena Nogueira Nascimento, Procurado do Estado. Disponível em: http://www.cqgp.sp.gov.br/gt_licitacoes/noticias/p-683-06_licitacao_sustentavel.pdf. Acessado em: 15/05.2014.

juízo objetivo, bem como os demais que lhe são correlatos, cujos conceitos e delimitações foram tema do item 2.2 deste trabalho.²⁰⁴

Entretanto, acomodar adequadamente todos esses princípios não é tarefa simples, uma vez que, com o decorrer do tempo, eles podem adquirir novas características ou passar a ser interpretados por outro viés, gerando, desta feita, colisões entre eles, como a que vem ocorrendo modernamente entre o princípio da economicidade e da sustentabilidade, cujos efeitos tem sido a afastável²⁰⁵ aplicação do princípio ambiental.²⁰⁶

Isso provém do alto custo das aquisições verdes, que são exacerbadamente mais caras que os bens e serviços que não possuem essa qualidade, gerando, assim, uma colisão com o princípio da economicidade que pode ser entendido como a “busca permanente dos agentes públicos da melhor alocação possível dos recursos públicos para solucionar ou mitigar os problemas sociais existentes”²⁰⁷.

Jeferson Nogueira Fernandes advoga que a colisão desses princípios é uma consequência natural do processo de desenvolvimento, ao alegar que:

Os conflitos existentes entre o direito fundamental ao meio ambiente e outros direitos são de grande quantidade (...). Mas acredito que tais colisões acontecem com maior quantidade e complexidade no tocante às questões econômicas, já que são interesses que colidem, mas ao mesmo tempo devem existir, por se tratar de dois direitos fundamentais intimamente ligados ao desenvolvimento.²⁰⁸

Nessa esteira, partindo do entendimento que a hermenêutica tradicional não possui métodos hábeis a pacificar a colisão entre esses princípios, tendo em vista que não se pode inserir uma cláusula de exceção ou eliminar umas das normas do ordenamento jurídico,

²⁰⁴ Nesse sentido é o entendimento do Partido Verde, que divulgou em seu site que “não se trata de priorizar produtos apenas devido a seu aspecto ambiental, mas sim considerar seriamente tal aspecto juntamente com os tradicionais critérios de especificações técnicas e preços” (PARTIDO VERDE *apud* SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. 2reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pág. 26).

²⁰⁵ Sobre a diluída aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável nas licitações públicas, Ferreira argumenta que “ainda persiste uma injustificada e injustificável distancia abissal entre a realidade dos fatos e a determinação do direito. E as razões invocadas são das mais variadas ordens, partindo da mais absoluta ignorância acerca do novo perfil legal das licitações até a potencia desvantajosidade econômico-financeira” (FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e a sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento sustentável**. – Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 66).

²⁰⁶ FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e a sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento sustentável**. – Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 65.

²⁰⁷ BUGARIN, Paulo Soares. **O Princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 129.

²⁰⁸ FERNANDES, Jeferson Nogueira. **Licenciamento Ambiental Municipal: um instrumento local de efetividade dos direitos fundamentais Brasil 1988-2008**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 96.

impõe-se a utilização de um processo hermenêutico que irá balancear os aspectos valorativos e os bens protegidos pelos direitos colidentes.

A ponderação, como visto anteriormente, é uma técnica que visa atribuir a melhor medida de efetividade das normas em colisão, através de critérios materiais para a orientação do interprete, evitando que exista uma arbitrariedade na solução dos casos a serem ponderados e, para tal, é necessário a inclusão de princípios materialmente constitucionais fundamentais para que se tenha uma solução proporcional e razoável ao caso.²⁰⁹

Ana Paula Barcelos, ao tratar da teoria da ponderação desenvolvida por Alexy, argumenta que para se ter um resultado adequado é imprescindível dividir o método da ponderação em três etapas²¹⁰.

Na primeira etapa, deve o interprete, identificar todos os enunciados normativos implícitos e explícitos que se encontram em conflito para que se possa ter uma radiografia dos possíveis direitos envolvidos no caso concreto.²¹¹

Após a identificação dos enunciados normativos incidentes, inicia-se a segunda etapa, que é a identificação dos fatos relevantes que o caso apresenta. Para essa autora os fatos relevantes podem ser considerados por dois fundamentos, quais sejam: o senso comum produzido pela sociedade por meio de sua história e tradição e a disposição normativa que leva a concluir que determinados fatos são relevantes por si sós, independente dos aspectos da sociedade.²¹²

Ao final dessa etapa,

(...) o interprete deverá cogitar de todas as possibilidades fáticas por meio das quais as diferentes soluções indicadas pelos grupos normativos da primeira fase podem ser realizadas, desde a que atende mais amplamente às suas pretensões até a que as restringe de forma importante(...). Cada uma dessas soluções, na verdade, corresponde a uma norma possível, isto é, a uma possibilidade normativa a ser extraída do conjunto de enunciados pertinentes no caso.²¹³

²⁰⁹SANCHIS, *apud* FERNANDES, Jeferson Nogueira. **Licenciamento Ambiental Municipal**: um instrumento local de efetividade dos direitos fundamentais Brasil 1988-2008. Curitiba: Juruá, 2010, p. 98.

²¹⁰Como exposto *alhures* a divisão do método da ponderação foi inicialmente proposta por Alexy, entretanto Ana Paula Barcelos aborda o tema de forma mais abrangente e simplificada, possibilitando ao interprete uma maior compreensão do objetivo de cada uma das fases.

²¹¹BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 96-97.

²¹²*Ibidem*, p.122-123.

²¹³*Idem*.

A partir da identificação dos enunciados normativos em tensão e incidentes ao caso concreto e dos fatos relevantes com as possíveis alternativas não ponderadas para o caso, deve o interprete passar para a terceira e última etapa da ponderação para que se possa combinar todos os enunciados envolvidos e os fatos relevantes e dar um peso para eles, a fim de que possa ter uma solução que proporcione a mais ampla efetividade dos direitos envolvidos.

Para a doutrina de Alexy, o terceiro passo consiste em analisar sistematicamente os direitos conflitantes e, através do sistema de sopesamento, decidir se a importância do cumprimento de um princípio justifica o prejuízo ou não cumprimento imediato do outro.²¹⁴

Ao aplicar essa teoria ao caso em tela, podemos vislumbrar a colisão do enunciado normativo que determina que a Administração Pública adquira bens e serviços sustentáveis, com o que determina que Administração adquira bens e serviços de baixo custo²¹⁵, uma vez que os produtos, serviços e obras biossustentáveis são exacerbadamente mais caros que os que não possuem essa qualidade²¹⁶.

Ao passo que, se analisarmos isoladamente o primeiro enunciado, promoção do desenvolvimento nacional sustentável por meio das licitações públicas, chegaríamos à conclusão que a Administração Pública deve adquirir apenas bens e serviços que atendam aos padrões socioambientais, salvo na hipótese de indisponibilidade de mercado. Lado outro, vislumbra-se pela análise isolada do princípio da economicidade, que o Poder Público não deve adquirir produtos, serviços e obras ecologicamente corretos devido à sua onerosidade.

Pode-se identificar, ainda, que o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da CR/88, colide com o princípio da eficiência

²¹⁴ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luis Afonso Heck. – 2. ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 111.

²¹⁵Os dois enunciados normativos estão previstos no caput do art. 3º da Lei Federal 8.666/93, sendo que o princípio do desenvolvimento sustentável está previsto de forma explícita, e o princípio da economicidade está previsto implicitamente nos dizeres “proposta mais vantajosa”, bem como na análise sistêmica do princípio da eficiência, insculpido no art. 37 da CR/88,

²¹⁶A onerosidade das atitudes voltadas à proteção ambiental e promoção do desenvolvimento sustentável foi relatada no texto “A casa é sustentável, a burocracia não”, de Cláudio de Moura Castro, publicado pela veja no dia 30 de abril de 2014. Na reportagem o autor conta as dificuldades que enfrentou para construir uma casa de pouca ofensa ao meio ambiente, pois são raros os profissionais especializados nesse ramo e limitada a matéria prima inerente às construções ecológicas. Ademais disso, pontuou, ainda, que o proprietário que resolve efetuar uma construção sustentável sofre com o elevadíssimo custo da matéria-prima e da mão de obra, como exemplo disso citou que para certificar sua casa de 120m² de área construída teria de gastar R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) só com os serviços de uma empresa especializa em certificação ambiental, importância que corresponde a 8% (oito pó cento) do valor gasto com a construção. (VEJA, revista semana. ed. 2.371. – ano 47. nº 18. São Paulo: Editora Abril, 30 de janeiro de 2014, p. 26).²¹⁷ SÃO PAULO, Secretaria do meio Ambiente. Processo nº 10.409/2005. Parecer nº 683/2006. Elaborado por Silvia Helena Nogueira Nascimento, Procurado do Estado. Disponível em: http://www.cqgp.sp.gov.br/gt_licitacoes/noticias/p-683-06_licitacao_sustentavel.pdf. Acessado em: 15/05.2014.

administrativa, positivado no art. 37 da CR/88, se analisados sob a óptica da licitação sustentável, pois aquele direito defende a compra de produtos e serviços ecologicamente corretos, enquanto que esse guarda relação com o princípio da economicidade.

Adentrando no mérito da segunda etapa da ponderação, percebe-se ao menos quatro fatos de grande relevante para o conflito. O primeiro denota que a aquisição de produtos, serviços e obras mais baratos reduziram os gastos da Administração Pública, o que poderia gerar a diminuição dos tributos, o investimento em outras políticas públicas, ou a otimização das já existentes.

O segundo fato relevante funda-se na hipótese de que a aquisição de produtos, serviços e obras verdes pela Administração Pública teria o condão de reduzir o impacto ambiental proveniente da exploração econômica, propiciando, assim, o desenvolvimento nacional sustentável.

Esse argumento tem suas bases fincadas nos ditames da CR/88, que impõe ao Poder Público, no que tange à defesa, preservação e conservação do meio ambiente, a adoção não apenas de ações de cunho repressivo, visando à recuperação do dano ambiental, mas também ações de caráter preventivo, como o incentivo a criação de tecnologias que tragam menos prejuízos ao planeta. Neste sentido, há de se destacar o entendimento da Procuradora-Chefe da Secretaria de Meio Ambiente do estado de São Paulo, Silvia Helena Nogueira Nascimento, que assim aduz:

A ação da Administração Pública na qualidade de consumidora, ao contratar a aquisição de bens, a prestação de serviços diversos, e a execução de obras, encontra-se necessariamente subordinada aos comandos de natureza preventiva determinados pela Constituição, que levam, obrigatoriamente, à implantação de políticas públicas voltadas ao consumo sustentável. Ao Poder Público cabe desempenhar o papel de indutor de políticas ambientalmente sustentáveis.²¹⁷

Por outro lado, o terceiro fato relevante, tem fulcro na verdade de que os produtos e edificações ecologicamente corretos consomem menos recursos esgotáveis, como água, combustível e energia elétrica, contribuindo, assim, para a manutenção da espécie humana.

Murillo Giordan Santos e Teresa Villac Pinheiro Barki, ao abordar o tema, noticiam que apesar das aquisições em prol do meio ambiente provocarem um acréscimo de preço na compra, elas trazem vantagens econômicas a longo prazo para o consumidor, pois os bens que

²¹⁷ SÃO PAULO, Secretaria do meio Ambiente. Processo nº 10.409/2005. Parecer nº 683/2006. Elaborado por Silvia Helena Nogueira Nascimento, Procurado do Estado. Disponível em: http://www.cqgp.sp.gov.br/gt_licitacoes/noticias/p-683-06_licitacao_sustentavel.pdf. Acessado em: 15/05.2014.

possuem essa qualidade são mais duráveis, consomem menos energia elétrica e possuem baixo custo de manutenção e descarte.²¹⁸

A guisa de exemplo, cita-se que as lâmpadas fluorescentes geralmente são mais caras que as lâmpadas incandescente (comuns), entretanto, são mais duráveis e consomem menos energia elétrica, o que proporciona, no decorrer de sua vida útil, economia financeira e preservação ambiental.

O quarto fator relevante para o conflito em apreço, é a utilização das licitações como forma de estimular a “adaptação voluntária da indústria, do comércio e da prestação de serviços aos parâmetros necessários à satisfação dos interesses (públicos) gerais, na direção de atingir o desenvolvimento nacional sustentável”²¹⁹ por meio da influência do poder de compra da Administração Pública.

O Poder Público, incluindo-se neste conceito a Administração Pública Direta e Indireta, destina anualmente uma quantia incalculável para as contratações de bens, serviços e obras, o que nos leva a concluir que a licitação, meio juridicamente correto de aquisição de bens e serviços pela Administração Pública, seja um instrumento eficaz de regulamentação do mercado e da economia, com vistas a produzir efeitos sociais desejáveis. Por esse motivo, tem-se entendido que o poder de compra da Administração Pública é um dos fatores que justifica a utilização da licitação como meio para se atingir a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Nesse passo, é de todo oportuno trazer à baila a doutrina de Ferreira, a qual menciona que o poder de compra é:

(...) a força que possui um grande agente econômico, seja ele público ou privado, na simples e isolada condição de cliente-comprador junto ao mercado (...), de, por exemplo, interferir no processo produtivo dos potenciais fornecedores, fazendo-os se adaptar a certas condições técnicas para obtenção de certificados diversos – ISO 14000, AS 8000 etc. – como condição necessária para a eventual firmatação de contratos; e reclamar novos padrões tecnológicos e ecológicos, até então inusáveis para bens e serviços, mas que pela envergadura das promessas de negócios, presente e futuros, fazem valer o investimento necessário.

Todavia, cumpre ressaltar que o dever legal de cumprimento do desenvolvimento sustentável pela via de licitações públicas não pode ser interpretado como uma obrigação imposta ao setor privado com vistas à produção de bens, serviços e realização de obras

²¹⁸ SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 27.

²¹⁹ FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e a sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento sustentável**. – Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 45.

biossustentáveis, mas sim através de uma perspectiva de política pública incentivadora, para que deste modo não deflagre em lesão ao princípio da livre iniciativa²²⁰.

Feitas essas considerações, vislumbra-se que a pacificação do impasse não é tarefa simples, pois os adeptos do princípio da economicidade defenderiam que este prevaleceria sobre o princípio do desenvolvimento sustentável, enquanto que os defensores do princípio do desenvolvimento sustentável²²¹ alegariam o contrário, perpetuando, desta feita, a insegurança na aplicação desses princípios aos casos concretos.

No entanto, tem-se entendido, como bem preceitua Ferreira, que “pela escassez de recursos ou por conta de outro fator episódica e economicamente considerado, um interesse público tenha que se sobrepor a outro, mediante um juízo de valoração”²²².

Com fulcro nisso, pretende-se demonstrar que, muito embora a aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável nos procedimentos licitatórios tenha um caráter oneroso inicialmente, devido ao elevado valor financeiro da aquisição de produtos e serviços e de realização de obras que atendam aos padrões ambientais, a onerosidade desses bens é mitigada a médio e longo prazo, propiciando a preservação do meio ambiente e concomitantemente o atendimento ao princípio da economicidade.

Isso ocorre, primeiramente, porque os produtos, serviços e edificações que contêm essa qualidade são mais duráveis, consomem menos recursos naturais (como água, energia elétrica e combustíveis fósseis) e possuem baixo custo de manutenção e descarte, e, posteriormente, pelo fato de que as aquisições ecologicamente corretas pela Administração

²²⁰ A Constituição da República de 1988 faz menção ao princípio da livre iniciativa em dois momentos distintos, primeiro no inciso IV, do art. 1º, onde lhe atribui o status de fundamento da república, e depois no caput do art. 170, onde aparece como princípio da ordem econômica. Pode-se perceber, desta feita, a importância que esse princípio possui na órbita jurídica do direito brasileiro. Isso ocorre pelo fato do princípio em tela pressupor o exercício do direito ao indivíduo de exercer sua atividade econômica sem cerceamento por parte do Estado, desde que respeitadas as normas vigentes e os direitos dos demais cidadãos, Para a doutrina de José Afonso da Silva “(...) a liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Consta do artigo 170 [da Constituição Federal], como um dos esteios da ordem econômica, assim como de seu parágrafo único, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei”.(SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. – 17. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2005, p. 767).

²²¹ Como Murillo Giordan Santos e Teresa Villac Pinheiro Barki, na obra *Licitações e contratações públicas sustentáveis* (SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2013) e Daniel Ferreira, na obra *A licitação pública no Brasil e a sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável* (FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012).

²²² FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e a sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento sustentável**. – Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 36.

Pública seria capaz de alterar os padrões de consumo da sociedade, reduzindo o valor dos ecoprodutos devido ao elevado poder de compra dos entes federativos.

A título de exemplo, ressalta-se que se um determinado estado brasileiro determinasse que as escolas públicas situadas em sua circunscrição territorial adquirissem apenas móveis produzidos com madeira certificada, seria provável que várias indústrias situadas, ou não, nessa localidade começariam a utilizar apenas madeira de procedência conhecida e atestada na confecção das carteiras escolares. Logo, até mesmo as instituições de ensino particulares (e públicas de outros estados), involuntariamente, poderiam vir a adquirir os mesmos móveis pelo simples e futuro fato de que seriam os mais comuns à disposição no mercado e, afinal, de preço acessível pela economia de escala produzida.²²³

Neste sentido é o entendimento do LEAP – *Local Authority Environmental Management and Procurement*, projeto co-financiado pela União Européia que tem por objetivo auxiliar os gestores públicos a realizarem de forma sistemática, eficaz e eficiente “compras verdes”²²⁴, o qual concluiu que de fato os produtos ambientalmente eficientes são mais caros. Mas que, entretanto, a aquisição conjunta desses produtos pelas cidades europeias tem o fito de impulsionar o desenvolvimento do mercado de produtos ambientais, bem como de reduzir o valor unitário das aquisições amigas do ambiente.²²⁵

O governo do estado de São Paulo, pioneiro na aquisição de bens e serviços verdes nas licitações públicas²²⁶, coaduna com o exposto acima, tendo, inclusive, emitido parecer que reforça a importância do procedimento licitatório para a mudança dos padrões de consumo. Assim vejamos:

A promoção de iniciativas sustentáveis por meio da licitação pública é um instrumento viável para estimular mudanças de padrões insustentáveis de produção e consumo. O Parágrafo 4.23 do capítulo 4 da Agenda 21 elenca as compras públicas como ação para a promoção do consumo sustentável prevendo que os governos devem liderar esse movimento. Assim, por meio da implementação de diretrizes políticas a transversalidade dos valores ambientais e sociais, o que inclui a adoção de medidas relacionadas com licitação.²²⁷

²²³ FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e a sua nova finalidade legal:** a promoção do desenvolvimento sustentável. – Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 42-42.

²²⁴ LEAP. Leap Gpp Toolkit. Disponível em: <http://www.leap-gpp-toolkit.org/index.php?id=106>. Acessado em: 02/04/2014.

²²⁵ *Idem*.

²²⁶ O estado de Paulo é pioneiro na aquisição de bens, produtos e obras que atendam os padrões ambientais por meio de licitações públicas, existindo, desde o ano de 2005, normas estaduais específicas que abordam o tema exigem que Poder Público prefira bens e serviços sustentáveis.

²²⁷ CADTERC – Cadernos Técnicos de Serviços Terceirizados. Disponível em: <http://www.cadterc.sp.gov.br/sis/faq.php?c=41&c2=11>. Acessado em: 15/05/2014.

Antes da introdução da técnica da ponderação, percebíamos, como exposto *alhures*, apenas duas formas de resolvermos o impasse, quais sejam: aplicar o princípio do desenvolvimento sustentável em detrimento do princípio da economicidade, ou utilizar apenas o princípio da economicidade, sem observarmos o viés sustentável das aquisições, mesmo que em flagrante violação ao princípio da legalidade e ao direito fundamental à sadia qualidade de vida e ao meio ambiente equilibrado.

Entretanto, a aplicação da teoria desenvolvida por Alexy e abordada com maestria por Ana Paula Barcelos, apresenta uma nova ilação, proporcionando à percepção que esses princípios, aparentemente conflitantes, podem ser aplicados de forma concomitante e pacífica ao caso concreto, uma vez que a onerosidade de aquisição dos produtos, serviços e edificações ecologicamente corretos é mitigada a médio e longo prazo, trazendo benefícios ao meio ambiente e, também, aos cofres públicos.

Assim, pode-se dizer que, pelo menos neste caso, o limite à aplicação do princípio da economicidade é o interesse público em promover o desenvolvimento sustentável, com vistas a propiciar que as futuras gerações também possam desfrutar de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por isso, no caso concreto das licitações públicas, o princípio do desenvolvimento sustentável deve ter precedência em face do princípio da economicidade.

Todavia, poderia surgir a dúvida de como efetuar a licitação sustentável quando o bem a ser licitado se enquadre no rol que sinaliza a aplicação do tipo de licitação menor preço, já que os produtos sustentáveis são mais onerosos. Para responder a questão cumpre trazer à colação o posicionamento exposto por Silvia Helena Nogueira Nascimento, que preleciona:

No tocante às compras, a licitação do tipo menor preço não significa, em absoluto, o menor custo para a Administração Pública, ou seja, a menor quantidade de dinheiro que deverá sair dos cofres públicos em determinado momento, levando-se em conta todos os bens disponíveis no mercado, de modo a que sempre seja adquirido o de menor valor, independente de sua especificação. Significa, sim, que a Administração Pública deve buscar o preço mais vantajoso para o bem cuja especificação atenda ao interesse público.²²⁸

Neste sentido, deve-se entender que quando a lei determina o menor preço está se referindo ao menor preço de bens, produtos e obras com a mesma especificação. Sobre esse assunto, o governo do estado de São Paulo noticiou que “se o edital definir como objeto da licitação o papel reciclável, o parâmetro será esse e, papel comum estará fora da pesquisa. O

²²⁸ SÃO PAULO, Secretaria do meio Ambiente. Processo nº 10.409/2005. Parecer nº 683/2006. Elaborado por Silvia Helena Nogueira Nascimento, Procurado do Estado. Disponível em: http://www.cqgp.sp.gov.br/gt_licitacoes/noticias/p-683-06_licitacao_sustentavel.pdf. Acessado em: 15/05.2014.

servidor comprará papel reciclável de menor preço, mesmo que ele seja mais caro que o papel comum”²²⁹, tendo em vista que:

Em uma licitação um item A não compete com um item B, ou seja, papel reciclável não compete com papel sulfite para a obtenção do menor preço entre os dois itens, pois cada um deles é um item diferente, detém códigos diferentes, preços referenciais diferentes, características diferentes, podendo ter quantidades diferentes.²³⁰

Assim sendo, destaca-se que a inserção de critérios ambientais na escolha dos objetos a serem licitados deve ser efetuada com observância do inciso I, do art. 40, da Lei Federal 8.666/93, que determina que a Administração Pública descreva o objeto a ser licitado de forma clara e objetiva no instrumento convocatório (edital ou carta convite). Coaduna com este entendimento a Procuradora-Chefe da Secretaria do Meio Ambiente de São Paulo, que em parecer, relatou:

Em uma licitação pública de serviços ou obras a Administração Pública deverá conferir especial atenção à fase preparatória do certame, fornecendo os instrumentos e condições necessárias a que os responsáveis possam elaborar termos e referência, projeto básico e projeto executivo que contemplem especificações que venham a contribuir para a proteção do meio ambiente. Uma vez resguardadas as questões relevantes e pertinentes de ordem ambiental e social, de acordo com o interesse público a ser alcançado, o julgamento do certame far-se-á pelo menor preço ofertado.²³¹

Lado outro, quando se tratar de licitação cuja forma de julgamento esteja amparado nos tipos de licitação melhor técnica ou técnica e preço, “as questões ambientais podem e devem ser contempladas como fator de pontuação das propostas, com vistas à escolha da que melhor atenda ao interesse público”²³².

É de bom alvitre frisar, porém, que o instrumento convocatório (edital ou carta convite) não deve ser interpretado a partir de uma perspectiva de cláusula taxativa, nas licitações com pegada sustentável, mas sim como uma cláusula aberta, exemplificativa, no que toca a análise das especificações técnicas do objeto.

Isso se faz necessário, pelo fato das organizações poderem possuir diferentes níveis de preservação ambiental no seu processo produtivo, conforme demonstra as normas da série

²²⁹ CADTERC – Cadernos Técnicos de Serviços Terceirizados. Disponível em: <http://www.cadterc.sp.gov.br/sis/faq.php?c=41&c2=11>. Acessado em: 15/05/2014.

²³⁰ CADTERC – Cadernos Técnicos de Serviços Terceirizados. Disponível em: <http://www.cadterc.sp.gov.br/sis/faq.php?c=41&c2=11>. Acessado em: 15/05/2014.

²³¹ SÃO PAULO, Secretaria do meio Ambiente. Processo nº 10.409/2005. Parecer nº 683/2006. Elaborado por Sílvia Helena Nogueira Nascimento, Procurado do Estado. Disponível em: http://www.cqgp.sp.gov.br/gt_licitacoes/noticias/p-683-06_licitacao_sustentavel.pdf. Acessado em: 15/05.2014.

²³² *Idem*.

ISO 14000²³³, fazendo com que um edital (ou carta convite) que traga inúmeras especificações de forma taxativa possa obstar a competitividade do certame.

Destarte, para derramar celeridade aos procedimentos licitatórios e proporcionar que a Administração satisfaça de modo adequado e eficaz o interesse público, é importante estabelecer parâmetros que possibilitem a comprovação junto à sociedade que o produto, o serviço ou a obra atendem aos padrões sustentáveis.

A certificação ambiental, exteriorizada por meio de selos, é o meio hábil de demonstrar ao mercado que determinada organização respeita as normas ambientais. Sobre o assunto a ABNT noticiou “certificar um Sistema de Gestão Ambiental significa comprovar junto ao mercado e a sociedade que a organização adota um conjunto de práticas destinadas a minimizar impactos que imponham riscos à preservação da biodiversidade”²³⁴.

Como exposto no item 2.1 do presente trabalho, atualmente os selos ambientais de grande conotação nacional são o PROCEL, o LEED e o NBR ISO 14001, entretanto, não há óbice à criação, pelos entes federativos, de selos que serviram de parâmetro para a comprovação de que determinado produto, serviço ou obra atendem às exigências ambientais previstas no instrumento convocatório das licitações.

Um exemplo disso é o estado de São Paulo, que institui, por meio do Decreto Estadual 50.170/2005²³⁵, selo socioambiental no âmbito da Administração Pública Estadual, que é concedido às organizações que cumprirem ao menos um dos requisitos descritos na norma, e imprescindível para comprovar durante as licitações de cunho sustentável que a empresa ou o bem, objeto do certame, possui as qualidades previstas no instrumento convocatório.

Assim, pode-se perceber que a nova finalidade da licitação, promover o desenvolvimento nacional sustentável, é adequada ao momento histórico em que vivemos e, outrossim, pode ser adaptada ao sistema normativo que rege as contratações públicas, desde que respeitados alguns parâmetros ali estabelecidos, haja visto que proporciona mais benefícios do que desvantagens, seja no plano social, ambiental e, até mesmo, no econômico.

²³³ Direcione o leitor a análise do item 3.1 do presente trabalho, que aborda o assunto Tutela internacional do meio ambiente e certificados de qualificação ambiental.

²³⁴ ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas. Disponível em: http://www.abnt.org.br/m3.asp?cod_pagina=1006. Acessado no dia: 07/05/2014.

²³⁵ SÃO PAULO, Decreto Estadual 50.170/2005. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2005/decreto-50170-04.11.2005.html>. Acessado em: 17/05/2014.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico enfrentou o questionamento do confronto de normas em torno da aplicabilidade de preceitos ambientais no âmbito das licitações e contratações públicas, fazendo uma reflexão sobre a necessidade de alteração de parâmetros de consumo no que tange ao modo capitalista em que a sociedade e o próprio Estado estão inseridos, o que afeta os serviços prestados, o tipo de obras realizadas e os produtos adquiridos.

Com o objetivo de conter a crescente crise ambiental proveniente de uma industrialização inescrupulosa, herdada da Revolução Industrial, que visa pura e simplesmente o lucro, sem se preocupar com a escassez de recursos e a degradação do meio ambiente, começaram a surgir, nas últimas décadas do século XX, alguns pactos internacionais com fins ambiental, como a conferência de Estolcomo (1972), a Convenção Viena (1985), o Protocolo de Montreal (1987) e a Conferência do Rio (1992).

Esses pactos difundiram na órbita internacional a importância da preservação do meio ambiente para a manutenção da sadia qualidade de vida, bem como para perpetuação da espécie humana, que provavelmente entrará em extinção caso os recursos imprescindíveis para a sua manutenção não sejam preservados.

Surge, assim, a ideia de desenvolvimento sustentável, que tem a finalidade de conjugar o desenvolvimento econômico e social à preservação ambiental, com vistas a atender às necessidades da presente geração sem comprometer que as gerações futuras atendam as suas necessidades.

Essa ideia foi introduzida na órbita do direito interno brasileiro por meio da Constituição da República de 1988, que além de descrever o cerne do desenvolvimento sustentável no caput do art. 225, destinou um capítulo inteiro para abordar o tema, criando, desta feita, uma verdadeira ordem pública ambiental.

Devido à grande importância alcançada pelos direitos ambientais, e à crescente elaboração de normas tendentes a coibir a intervenção humana nos ecossistemas, passa-se a sustentar a existência de um novo viés da democracia denominado Estado Ambiental de Direito, fundado no anseio de coibir o esgotamento dos recursos naturais.

Pode-se citar como pressuposto demarcador da existência do então Estado Ambiental de Direito o princípio da proibição do retrocesso das normas ambientais, que fixa que as normas que possuem essa qualidade devem sempre progredir com o fito de abarcar novas formas de proteção.

Com a elevação do status ambiental, intensificaram-se os estudos nessa ceara, chegando-se à conclusão que a mudança dos padrões insustentáveis de produção e consumo poderia auxiliar na promoção do desenvolvimento sustentável. Outrossim, percebeu-se que o elevado poder de compra da Administração Pública poderia estimular o mercado a se adaptar às exigência ecológicas.

Assim sendo, com o anseio de atender aos preceitos constitucionais, aos preceitos normativos pactuados na esfera internacional e aumentar a proteção ao meio ambiente, foi aprovada no ano de 2010 a Lei Federal nº 12.349, que teve o condão de dar nova roupagem e finalidade às licitações públicas, inserindo o desenvolvimento sustentável ao rol de princípios aplicáveis ao certame.

Nota-se, que com a entrada em vigor dessa norma todas as contratações públicas foram compelidas a pautar por bens, produtos e realização de obras sustentável, salvo a impossibilidade fazê-lo por indisponibilidade do mercado, sob pena de ferir o princípio administrativo da legalidade.

Entretanto, devido ao elevado grau de onerosidade dos bens e serviços biodegradáveis, a Administração Pública, em sua grande maioria, tem afastado a aplicação desse princípio sob o argumento de que ele colide com o princípio administrativo da economicidade, que impõe ao Poder Público a satisfação das suas necessidades por meio do menor dispêndio financeiro.

Para resolver esse impasse e reestabelecer a ordem ao certame, utilizou-se a teoria da ponderação de Robert Alexy, que colaborou na conclusão de que muito embora a aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável nos procedimentos licitatórios tenha um caráter oneroso inicialmente, devido ao elevado valor financeiro da aquisição de produtos, serviços e obras que atendam aos padrões ambientais, a onerosidade desses bens é mitigada a médio e longo prazo, propiciando o atendimento pacífico e concomitante do princípio do desenvolvimento sustentável e da economicidade nas licitações públicas, mesmo que este último princípio tenha que ceder em um primeiro momento.

Isso ocorre, primeiramente, porque os produtos e serviços que possuem essa qualidade são mais duráveis, e possuem baixo custo de manutenção e descarte, e, posteriormente, pelo fato de que a aquisição de bens ecologicamente corretos pela Poder Público seria capaz de alterar os padrões de consumo, reduzindo o valor dos ecoprodutos devido ao elevado poder de compra da Administração Pública.

Neste diapasão, extrai-se que, embora um produto sustentável demande mais recursos financeiros para ser adquirido, seus benefícios futuros são altamente vantajosos à sociedade, seja do plano ambiental ou, até mesmo, do econômico, não sendo correta a visão de que a aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável no âmbito das licitações públicas aniquila o princípio da economicidade.

Noutro giro, deve-se ter em mente que para aplicar o princípio do desenvolvimento sustentável às licitações públicas é preciso fazer uso do instrumento convocatório (edital ou carta convite) como forma de demonstrar que o objeto da licitação deve atender aos padrões ambientais, sob pena do tipo de licitação menor preço (de uso obrigatório na maioria das licitações) obstar a aquisição de bens, serviços e obras sustentáveis, pelo fato de, em regra, serem mais caros.

Destarte, percebe-se que, desde que respeitados alguns pressupostos legais, é perfeitamente cabível a aplicação pacífica e concomitante dos princípios do desenvolvimento sustentável e da economicidade na ceara das licitações públicas, motivo pelo qual a hipótese dessa pesquisa foi confirmada.

REFERÊNCIAS

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas. Disponível em: http://www.abnt.org.br/m3.asp?cod_pagina=1006. Acessado no dia: 07/05/2014.

AGENDA 21. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>. Acessado em: 12/04/2014.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luis Afonso Heck. – 2. ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. – 7. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. – Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006,

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo : Malheiros, 2004, p. 184.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: [WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acessado em: 10/03/2014.

BRASIL, Decreto Legislativo nº 99.280/90. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99280.htm. Acessado em 12/04/2014.

BRASIL, Lei Federal nº 10.520/2002. Disponível em: WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acessado em 25/04/2014.

BRASIL, Lei Federal nº 5.172. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm. Acessado no dia 12/05/2014.

BRASIL, Lei Federal nº 8.666/93. Disponível em: WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acessado em 20/02/2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.201.317/GO. Segunda Turma, Ministro Humberto Martins. Julgado em 16/06/2011. Publicado em 14/12/2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2001/0014094-7/SP. Segunda Turma, Ministro Herman Benjamin. Julgado em 26/08/2010, publicado em 01/12/2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 2008/0053849-0/SP. Segunda Turma, Ministra Eliana Calmon, Julgado em 12/08/2008. Publicado em 12/08/2008.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão 2684/2008. Segunda Turma, Relator Benjamim Zyler. Publicado em 07/08/2008. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acessado em: 12/03/2014.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1631/2005. Segunda Turma, Relator Marcos Vinícios Vilaça. Publicado em 20/07/2005. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acessado em: 12/03/2014.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3556/2008. Segunda Turma, Relator André de Carvalho. Publicado em 18/09/2008. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acessado em: 12/03/2014.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 503/2008. Segunda Turma, Relator Benjamim Zymler. Publicado em 14/03/2008. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acessado em: 12/03/2014.

BUGARIN, Paulo Soares. **O Princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CADTERC – Cadernos Técnicos de Serviços Terceirizados. Disponível em: <http://www.cadterc.sp.gov.br/sis/faq.php?c=41&c2=11>. Acessado em: 15/05/2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 1941 – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 9. reimp. – Coimbra: Editora Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**/ José Joaquim Gomes Canotilho, José Rubens Morato Leite, organizadores. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. – 22. ed. ver. atual e ampl.- Rio de Janeiro. Lumen Juris: 2009.

COTRIM, Gilberto. **História global** – Brasil e geral. –Volume único. – 8. ed. São PAULO: Saraiva, 2005.

CRETELLA JUNIOR, José. **Das licitações públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Regras e princípios: uma visão franciscana**. Tópicos Avançados em Direito Público. Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Minas, 2014.

D'ISEP. Clarissa Ferreira Macedo. **Direito ambiental econômico e a ISO 14000: análise jurídica do modelo de gestão ambiental e a certificação ISO 14001**. – 2. ed. ver., ampl. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente humano, Estocolmo 1972. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>. Acessado em: 12/04/2014.

Declaração de Joanesburgo sobre desenvolvimento sustentável - § 11. Disponível em: www.mma.gov.br/estruturas/ai/arquivos/decpol.doc. Acessado em: 13/04/2014.

Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acessado em: 10/04/2014.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1998**. – Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. -24. ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

ECODESENVOLVIMENTO. Disponível em:
<http://www.ecodesenvolvimento.org/posts/2014/selo-leed-passara-a-certificar-residencias?tag=arquitetura-e-construcao>. Acessado em 06/052014.

ELETROBRÁS – Centrais Elétricas Brasileira S.A., selo PROCEL. Disponível em:
<http://www.eletronbras.com/elb/main.asp?TeamID=%7B95F19022-F8BB-4991-862A-1C116F13AB71%7D>. Acessado no dia 05/05/2014.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo** – Atualizado de acordo com a Emenda Constitucional n. 41/03. -5. ed. rev. e ampl.- Belo Horizonte. Del Rey: 2004.

FERNANDES, Jeferson Nogueira. **Licenciamento Ambiental Municipal: um instrumento local de efetividade dos direitos fundamentais Brasil 1988-2008**. Curitiba: Juruá, 2010.

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

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GASPARINE, Diogenes. **Direito administrativo**. – 15. ed. atualizada por Fabrício Motta – São Paulo: Saraiva, 2010.

GBC BRASIL – Conselho de construção sustentável brasileiro. Disponível em:
<http://www.gbcbrasil.org.br/?p=certificacao>. Acessado no dia 05/05/2014.

HELINE, Sivini Ferreira. LEITE, José Rubens Morato. BORATTI, Larissa Verri. **Estado de direito ambiental: tendências**. – 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

LEAP. Leap Gpp Toolkit. Disponível em: <http://www.leap-gpp-toolkit.org/index.php?id=106>. Acessado em: 02/04/2014.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. - 16 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 20. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. -26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. - São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direitos constitucional**.- 4. ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2009.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. – 6. Ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NAHUZ, Márcio Augusto Rabelo. **O sistema ISO 14.000 e a certificação ambiental**. v. 35. n. 6. – São Paulo: Revista de Administração de Empresas, 1995.

Plano de Implementação da Cúpula Mundial sobre desenvolvimento sustentável, Joanesburgo 2002. Disponível em: www.mma.gov.br/estruturas/ai/arquivos/pijoan.doc. Acessado em: 13/04/2014.

PRIEUR, Michael *in* SENADO FEDERAL, Comissão de meio ambiente, defesa do consumidor e fiscalização e controle. **O princípio da proibição do retrocesso ambiental**. – Brasília: Senado Federal, 2012, p. 11.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável**. Org. Paula Yone Stroh. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SÃO PAULO, Decreto Estadual 50.170/2005. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2005/decreto-50170-04.11.2005.html>. Acessado em: 17/05/2014.

SÃO PAULO, Secretaria do meio Ambiente. Processo nº 10.409/2005. Parecer nº 683/2006. Elaborado por Silvia Helena Nogueira Nascimento, Procurado do Estado. Disponível em: http://www.cqgp.sp.gov.br/gt_licitacoes/noticias/p-683-06_licitacao_sustentavel.pdf. Acessado em: 15/05/2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direito constitucional ambiental: **Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. – 2. ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. – 17. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2005.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Veloso da. **Direito tributário e uma análise econômica do direito**: uma visão crítica.- Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. – 2. ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil, 1948-1997**: as primeiras cinco décadas. 2. ed. Brasília: Ed. Universal de Brasília, 2000.

VEJA, revista semana. ed. 2.371. – ano 47. nº 18. São Paulo: Editora Abril, publicado em 30/04/2014.