

Contratações sustentáveis, livre concorrência e improbidade administrativa

Gonçalo Farias de Oliveira Junior

Analista Processual do MPF (Procuradoria da República no Paraná). Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Professor.

Resumo: Este artigo analisa, sob o prisma constitucional e do imperativo da responsabilidade socioambiental na Administração Pública, os critérios, práticas e diretrizes de sustentabilidade nas contratações públicas previstos no Decreto n. 7.746/2012, os quais, a teor da previsão constante do art. 3º da Lei n. 8.666/1993, têm por finalidade a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Perquire, ainda, se a implementação/não implementação de tais requisitos demanda motivação por parte da autoridade administrativa e se a ausência desse ato torna o procedimento licitatório passível de invalidação, configurando, inclusive, improbidade administrativa por violação a princípios da Administração Pública. Ao final, investiga-se a existência de colisão de direitos fundamentais, decorrente da aplicação dos apontados referenciais ambientais, frente ao sentido normativo dos princípios da livre concorrência e do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana.

Palavras-chave: Constitucional. Administrativo. Licitação. Critérios, práticas e diretrizes de sustentabilidade nas contratações públicas. Promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Art. 3º da Lei n. 8.666/1993. Decreto n. 7.746/2012. Improbidade administrativa. Violação a princípios da Administração Pública. Colisão de direitos fundamentais. Princípio da livre concorrência. Princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana.

Abstract: In this paper the standards, practice and guidelines of sustainability on the public hiring, laid on the 7746 Act /2012, are analysed from the constitucional perspective and under the necessity of a socioenvironmental liability of the Public Administration. They, according to the Public Tender Act under the Law n. 8666/1993,

Section 3, are intended to promote the sustainable nacional development. Furthermore, it is explored if the implementation or not of those standards requires administration's exposure of reasons and, if the absence of this act turns the public tender to invalid and causes legal consequences of administrative misconduct for violation of the administrative's principles. Finally, it investigates the occurrence of fundamental rights' collision, due to the use of those environmental's standards, according to the principles of free competition and ecologically balanced environment as a fundamental right.

Keywords: Constitutional. Administrative. Public tender. Standards, practice and guidelines of sustainability on the public hirings. Sustainable nacional development's promotion. Law n. 8666/1993, Section 3. Act n. 7746/2012. Administrative misconduct for violation of the administrative's principles. Fundamental rights' collision. Principle of the free competition. Principle of the ecologically balanced environment as a fundamental right.

Sumário: 1 Consideração preambular. 2 Balizamento normativo das aquisições/contratações sustentáveis na Administração Pública Federal. 3 Responsabilidade socioambiental na Administração Pública e improbidade administrativa. 4 Critérios, práticas e diretrizes de aquisições/contratações seletivas. 5 Sustentabilidade nas aquisições/contratações públicas e colisão de direitos fundamentais. 6 Conclusões.

1 Consideração preambular

Ao rastrear a sustentabilidade na área administrativa, é possível constatar que, em 1999, o Ministério do Meio Ambiente lançou o Programa A3P – Agenda Ambiental na Administração Pública, iniciativa que teve por finalidade estimular a incorporação de referenciais de gestão ambiental na atividade administrativa,

por meio da adoção de ações que promovam o uso racional dos recursos naturais e dos bens públicos, manejo adequado e diminuição do volume de resíduos gerados, licitações sustentáveis ou 'com-

pras verdes’ – contratos públicos adaptados ao consumo sustentável – e educação ambiental.

A partir dessa época, o Poder Executivo procurou incentivar, mais e mais, a responsabilidade socioambiental na prática administrativa. Assim, publicou-se a Portaria n. 61, de 15 de maio de 2008, ato normativo que estabelece práticas de sustentabilidade a serem observadas pelo Ministério do Meio Ambiente e suas entidades vinculadas quando das compras públicas e indica em seu art. 2º, entre outras, a adoção das seguintes práticas sustentáveis:

- VI - a utilização do papel reciclado, no formato A4, 75 g/m²;
- VII - o desenvolvimento e implantação de projetos de ilhas de impressão;
- VIII - a aquisição, e utilização de impressoras duplex, respeitando-se o tempo de vida útil para aquelas que compõem o estoque de equipamentos deste Ministério e entidades vinculadas;
- IX - a impressão frente e verso de documentos, incluindo as correspondências oficiais;
- X - a impressão dupla por folha [...].

Por sua vez, a Lei n. 12.187, de 29 de dezembro de 2009, que institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC), estabelece em seu art. 3º que

A PNMC e as ações dela decorrentes, executadas sob a responsabilidade dos entes políticos e dos órgãos da administração pública, observarão os princípios da precaução, da prevenção, da participação cidadã, do desenvolvimento sustentável e o das responsabilidades comuns [...].[Grifo nosso].

Prevê, também, no *caput* e inciso XIII do art. 5º: “São diretrizes da Política Nacional sobre Mudança do Clima: [...] XIII - o estímulo e o apoio à manutenção e à promoção: [...] b) de padrões sustentáveis de produção e consumo”.

A ideia central tem sido fazer com que os gestores públicos desenvolvam rotinas capazes de minimizar os impactos ambientais

provocados pelas atividades exercidas no âmbito dos órgãos e entidades integrantes da Administração (TAVARES, 2009). Essa moderna preocupação do governo brasileiro está em linha com as políticas de desenvolvimento sustentável de países ricos. Ações do gênero estão bem difundidas, por exemplo, na União Europeia, onde existe o chamado *Manual de Contratos Públicos Sustentáveis*. Nele são apresentadas regras de como organizar um contrato público e selecionar fornecedores de maneira a preservar ao máximo o meio ambiente. O manual dá alguns exemplos de cláusulas a serem incluídas no contrato de prestação de serviço, como assegurar que os produtos de limpeza sejam usados nas quantidades apropriadas. Basta atentar, nesse sentido, para os gastos de consumo do Governo Federal, que somente no ano de 2010 contratou com a iniciativa privada cerca de R\$ 70 bilhões, soma correspondente a algo em torno de 16% do Produto Interno Bruto (PIB). De acordo com o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão,

As compras públicas sustentáveis feitas no primeiro trimestre de 2012 já representam 83% das aquisições realizadas em 2011 nas chamadas “licitações sustentáveis”. Na comparação desse período com o ano de 2010, verifica-se um crescimento de 61% nas aquisições do governo federal. Até março de 2012, o valor dessas compras está em cerca de R\$ 12 milhões de reais.

Observa-se, dessa forma, que o Governo tenta incorporar uma *cultura de sustentabilidade* na máquina administrativa (OLIVEIRA, 2010)¹. Exemplos frisantes são as compras de equipamentos de alta eficiência energética; a utilização de materiais recicláveis, duráveis e que possam ser aperfeiçoados; a exigência de madeira certificada; a preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas com maior vida útil e/ou menor custo de manutenção;

1 Informação disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17687/licitacao-verde-sustentabilidade-ambiental-na-aquisicao-de-bens-e-servicos-pela-administracao-publica#ixzz20jsRzP00>>. Acesso em: 16 jul. 2012.

práticas adequadas de descarte de resíduos, partes e componentes de produtos; apresentação da metodologia de execução que contemple o planejamento ambiental. Isso tudo, como se tem por certo, leva

à economia de recursos naturais e à redução de gastos institucionais por meio do uso racional dos bens públicos [...], da promoção da sensibilização, capacitação e qualidade de vida no ambiente de trabalho. A sustentabilidade no âmbito governamental tem sido cada vez mais um diferencial da nova gestão pública, onde os administradores passam a ser os principais agentes de mudança².

Podem ser mencionados na esfera do Executivo, entre outros, os projetos: *TCU ecologicamente correto*, *Senado verde* e *Licitação de computador verde*, que retratam a tendência dos órgãos públicos de colocar em prática o desenvolvimento sustentável.

Cabe enfatizar, à guisa de conclusão, que essa mentalidade inovadora acaba por atingir direta e positivamente os agentes econômicos, dado que serão levados a aprimorar a qualidade e a eficiência dos bens e serviços ofertados no mercado de acordo com padrões sustentáveis de produção e consumo, confluindo, portanto, para um contexto de institucionalização da *economia verde*.

2 Balizamento normativo das aquisições/ contratações sustentáveis na Administração Pública Federal

Transcorridos quase onze anos desde o lançamento do já mencionado Programa A3P – Agenda Ambiental na Administração Pública –, sobreveio a Instrução Normativa n. 1, de 19 de janeiro de 2010, editada pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão,

2 Informação disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/a3p/_arquivos/cartilha_a3p_36.pdf>

que dispõe sobre os *critérios de sustentabilidade na aquisição de bens e contratação de serviços e obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, e outras providências*. Destaca-se dessa IN n. 1/2010 – primeiro ato normativo destinado à execução de aquisições/contratações sustentáveis no âmbito da Administração Federal – o disposto no art. 2º, onde consta que para o cumprimento do que está ali previsto “[...] o instrumento convocatório deverá formular as exigências de natureza ambiental de forma a não frustrar a competitividade.” [Grifo nosso]. Conclusão lógica: o escopo do dispositivo é assegurar a igualdade de condições a todos os licitantes, quer dizer, a *livre concorrência*.

Na sequência, foi adotada a Medida Provisória n. 495, de 19 de julho de 2010, que, entre outras providências, alterou a Lei n. 8.666/1993. A referida MP – posteriormente transformada na Lei n. 12.349, de 15 de dezembro de 2010 – estabeleceu no art. 1º que alguns dispositivos do Estatuto das Licitações e Contratos da Administração Pública, entre eles o art. 3º, *caput*, passariam a vigorar com as alterações que determina, *verbis*:

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.

O preceito ali alocado modifica substancialmente o quadro jurídico da licitação, já que autoriza a realização de aquisições/contratações *ambientalmente sustentáveis*, apesar da existência, conforme, com propriedade, assinala Valente (2011, p. 10) – mesmo antes da aprovação da Lei n. 12.349/2010 pelo Congresso –, de

um marco jurídico implícito para fundamentação de licitações sustentáveis. Esse marco decorreria de interpretação sistemática da Constituição Federal, especialmente de seus arts. 23, VI, 170, VI, e 225 em combinação com o art. 37, XXI.

Pode-se dizer que, basicamente, o que o legislador fez por meio da Lei n. 12.349/2010 foi – afora prever certa margem de preferência para produtos manufaturados e serviços produzidos no País como forma de fortalecer o mercado interno, *propiciando o correlato efeito multiplicador sobre o nível de atividade, a geração de emprego e renda* – agregar às finalidades da licitação (*rectius*, da aquisição/contratação pública) a indução ao *crescimento econômico sustentável*.

De se observar, de outra banda, que o Decreto n. 7.746/2012 contempla a preferência por materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local como uma diretriz de sustentabilidade (art. 4º, II).

Cabe deixar assentado no concernente às preferências outorgadas aos produtos e serviços nacionais que isto já se encontrava na Exposição de Motivos Interministerial n. 104/MP/MF/MEC/MCT, de 18 de junho de 2010, por meio da qual se submeteu ao então chefe do Poder Executivo a apreciação da proposta de edição de medida provisória alterando a Lei n. 8.666, conforme evidenciado nos trechos transcritos a seguir:

[...] 2. Com referência às modificações propostas na Lei n. 8.666/1993, é importante ressaltar que a mesma contempla diretrizes singulares para balizar os processos de licitação e contratação de bens e serviços no âmbito da Administração Pública. A norma consubstancia, portanto, dispositivos que visam conferir, sobretudo, lisura e economicidade às aquisições governamentais. Os procedimentos assim delineados são embasados em parâmetros de eficiência, eficácia e competitividade, em estrita consonância aos princípios fundamentais que regem a ação do setor público. 3. Paralelamente, impõe-se a necessidade de adoção de medidas que agreguem ao perfil de demanda do setor público diretrizes claras atinentes ao

papel do Estado na promoção do desenvolvimento econômico e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Nesse contexto, torna-se particularmente relevante a atuação privilegiada do setor público com vistas à instituição de incentivos à pesquisa e à inovação que, reconhecidamente, consubstanciam poderoso efeito indutor ao desenvolvimento do país. 4. Com efeito, observa-se que a orientação do poder de compra do Estado para estimular a produção doméstica de bens e serviços constitui importante diretriz de política pública. [...] 6. [...] É importante notar que a proposição fundamenta-se nos seguintes dispositivos da Constituição Federal de 1988: (I) inciso II do artigo 3º, que inclui o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; (II) incisos I e VIII do artigo 170, atinentes à organização da ordem econômica nacional, que deve observar, entre outros princípios, a soberania nacional e a busca do pleno emprego; (III) artigo 174, que dispõe sobre as funções a serem exercidas pelo Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica; e (IV) artigo 219, que trata de incentivos ao mercado interno, de forma a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do país.

Releva destacar nesse passo que, em sua proposição originária, a Medida Provisória n. 495 fazia alusão a *desenvolvimento econômico nacional*, e não a *desenvolvimento econômico nacional sustentável*, tendo o legislador agregado este último vocábulo ao texto final da Lei n. 12.349/2010 durante a tramitação daquela MP. Tal fato, por demais expressivo, desloca radicalmente o eixo do problema, na medida em que, nos moldes do que consta no novel art. 3º, cabeça, da Lei n. 8.666/1993, o crescimento do país fica atrelado a um modelo de integração harmoniosa entre a economia, a sociedade e o meio ambiente, aliando, por via de consequência, a aspiração do desenvolvimento nacional a imperativos de sustentabilidade.

A propósito, opina-se, no atinente à inclusão do termo *sustentável* ao corpo da supra comentada redação conferida ao art. 3º da Lei n. 8.666/1993, que

o parágrafo 6º da Exposição de Motivos, ao referir-se à ordem econômica nacional, não faz menção ao inciso VI do art. 170 da Constituição Federal, que trata da defesa do meio ambiente. Isso se explica porque a alteração pretendida pela Medida Provisória n. 495, de 2010, restringia-se à introdução, no texto do art. 3º da Lei n. 8.666, de 1993, da expressão [...] e a promoção do desenvolvimento nacional.

Como quer que seja, o fato importante é este: ao mesmo tempo em que privilegiou setores da economia reputados estratégicos, o legislador inseriu a sustentabilidade no centro das *políticas públicas*.

Consoante Marçal Justen Filho (2011), a Lei n. 12.349/2010 operou “relevantes modificações na concepção da contratação administrativa vigente no Brasil”. Adverte, no entanto, com expertise:

A alteração introduzida pela Lei 12.349 incorreu em equívoco conceitual. Confundiu as finalidades da licitação e as finalidades da contratação administrativa, que são duas questões muito distintas.

É evidente que a Lei pretende determinar que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável seja uma finalidade buscada por meio da contratação administrativa.

A licitação é o instrumento para produzir uma contratação administrativa vantajosa, com observância do princípio da isonomia. Já a contratação administrativa destinava-se, em princípio, a obter os bens e serviços necessários à satisfação das necessidades administrativas. Antes da alteração da Lei 12.349, essa era a finalidade essencial da contratação administrativa.

A reforma promovida pela Lei 12.349 envolveu uma ampliação das finalidades da contratação administrativa. Mas isso se traduziu numa alteração redacional inadequada, eis que se determinou que a licitação – ou seja, o processo de seleção do particular a ser contratado pela Administração Pública – passaria a ser orientado à promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Realmente. A toda evidência, o objeto da disposição normativa é a *aquisição/contratação administrativa* – e não a *licitação* –, porquanto esta constitui o meio para se alcançar o fim a que aquela se destina, qual

seja, a promoção do *desenvolvimento nacional sustentável*, observadas a principiologia e as demais prescrições normativas aplicáveis.

Recentemente, seguiu-se o Decreto n. 7.746, de 5 de junho de 2012, baixado pela Presidente Dilma Roussef, que regulamenta o art. 3º da Lei n. 8.666/1993 para estabelecer *critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela Administração Pública Federal*, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública (CISAP). Esse decreto presidencial, além de consolidar e ampliar o Programa de Contratações Sustentáveis do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, criado pela já comentada Instrução Normativa n. 1/2010, qualifica-se como principal instrumento legislativo destinado a pôr em execução a sustentabilidade no campo das aquisições/contratações do governo federal, não constituindo óbice a sua aplicabilidade em outras esferas (estadual, municipal e distrital) da Administração Pública. Aliás, sua eventual regulamentação no âmbito do *Parquet* poderá mostrar-se necessária e conveniente, já que, além de implicar adesão formal da Instituição à política de gestão ambiental, propiciará uniformidade de aplicação das regras estabelecidas, evitando divergências de interpretação. Um bom começo, nesse sentido, foi a edição da Recomendação n. 6/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público, que dispõe sobre a instituição, no âmbito dos Ministérios Públicos da União e dos Estados, de Comissões Institucionais de Gestão Ambiental voltadas ao estudo, sugestão e acompanhamento de medidas internas orientadas à adoção de rotinas administrativas ecologicamente sustentáveis e à conscientização institucional para a preservação ambiental, bem como da recente Portaria PGR/MPF n. 747/2012 que, ao instituir o calendário de contratações de bens, serviços e obras no âmbito do Ministério Público Federal, estipu-

lou que elas deverão conter critérios de sustentabilidade ambiental nos termos do art. 3º da Lei n. 8.666/1993.

Note-se, outrossim, a publicação da Lei n. 4.770, de 22 de fevereiro de 2012, que dispõe sobre os critérios de *sustentabilidade ambiental na aquisição de bens e na contratação de obras e serviços pelo Distrito Federal*, e do Decreto n. 7.767, de 27 de junho de 2012, que estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de produtos médicos para fins do disposto no art. 3º da Lei n. 8.666/1993.

Cabe concluir registrando que, conforme noticiado, o governo federal pretende lançar mão de um amplo processo de qualificação, capacitação e definição de procedimentos direcionados para essa nova realidade, o que confirma a existência de uma *política ambiental* para o setor público.

Eis, em apertado escorço, o panorama histórico da disciplina normativa da sustentabilidade nas aquisições de bens e contratações de serviços e obras pela Administração Pública Federal.

3 Responsabilidade socioambiental na Administração Pública e improbidade administrativa

É cediço que o atual modelo econômico tem-se mostrado incompatível com um crescimento em bases *sustentáveis*. Tal situação, entretanto, exige rápida e firme mudança de posturas e a assunção de responsabilidades no sentido de se criar, manter e estimular processos de sustentabilidade em toda a cadeia de produção e consumo em prol de uma *vida saudável*.

Consoante verberou o Ministro Ayres Britto, em pronunciamento durante a *Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável*, a Rio+20,

É preciso trabalhar com providências em concreto que impliquem a prevenção e a restauração de danos, a fim de fazer do meio ambiente um bem jurídico desfrutado pelas atuais gerações e desfrutável pelas gerações futuras³.

E rematou com não menos singular precisão: “Sustentabilidade é isso, esse conjunto de providências que implicam restauração, prevenção e acautelamento”.

Não se pode desconhecer que o mesmo sucede no tocante às atividades operacionais da Administração Pública, em relação às quais esforços se fazem necessários para maximizar o uso dos recursos renováveis. Nesse sentido, tem sido salientado que o *emprego de referenciais ambientais* constitui “um processo de melhoramento contínuo que consiste em adequar os efeitos ambientais das condutas do poder público à política de prevenção de impactos negativos ao meio ambiente”⁴. Em outras palavras, a *conservação racional dos recursos naturais e a proteção contra a degradação ambiental devem contar fortemente com a participação do poder público*.

A participação das instituições públicas no processo de RSA [responsabilidade socioambiental] é necessária e o Estado é o principal interlocutor junto à sociedade, possuindo uma ampla responsabilidade e papel indutor fundamental para tornar as iniciativas atuais, e também as futuras, mais transparentes, incitando a inserção de critérios de

3 Informação disponível em: <<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStf>>. Destaque_pt_br&idConteudo=212504>. Acesso em: 16 jun. 2012.

4 Agenda Ambiental na Administração Pública - A3P. Disponível em: <<http://www.cge.se.gov.br/index.php/component/article/g-estatistico-textos-e-apresentacoes/69-a3p?tmpl=component&format=pdf>>.

sustentabilidade em suas atividades e integrando as ações sociais e ambientais com o interesse público. [Grifo nosso]⁵

Pois muito bem. Proclama a Constituição Federal:

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.*

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, *incumbe ao Poder Público:*
[...]

V - *controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;*

VI - *promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.*
[Grifo nosso]

Analisando o conteúdo do parágrafo 1º desse art. 225, a Professora Cristiane Derani comenta, com a clareza própria dos seus escritos, que o destinatário das tarefas enumeradas nos incisos do dispositivo é o poder público. *Litteris:*

Poder Público é fruto do Estado de Direito, aquele Estado constitucionalmente organizado, respeitador de uma determinada ordem jurídica, que garante um mínimo de previsibilidade aos seus atos. É o *modus operandi* deste Estado, uma vez que não há nem pode haver Estado sem poder. Este é o princípio unificador da ordem jurídica e, como tal evidentemente é uno, conforme sintetiza o jurista Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

Embora o poder do Estado seja único, seu exercício se dilui na atividade administrativa, de acordo com competências constitucionalmente estabelecidas visando a impedir abuso próprio da concentração do poder. Assim, as atividades legislativa, judiciária, executiva são manifestações de um único poder, o Poder Público.

5 Informação disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/a3p/_arquivos/cartilha_a3p_36.pdf>.

Em suma, quando o artigo 225 da Constituição se refere ao dever do Poder Público, está determinando o dever do Estado para a efetivação dos preceitos enunciados nos incisos deste artigo, a qual terá lugar no âmbito de cada poder estatal, segundo competência previamente definida no ordenamento jurídico.

[...]

Uma vez instituído este Estado de Direito, pela própria característica que o edifica, não é possível tê-lo apenas como um avatar de direitos individuais. Se por um lado sua estrutura foi desenvolvida para garantir o poder de uma classe num determinado momento histórico, seu movimento adquire hoje uma dinâmica própria de comunicação com todos os interesses que permeiam a sociedade, e, somente no cumprimento deste papel, garante-se como Instituição, mantendo-se válido e legítimo.

Neste sentido, deve-se compreender o imposto ao Poder Público no parágrafo primeiro do artigo 225, como um dever para com a coletividade, cabendo, pois, a esta, a atuação necessária para reivindicar a completa realização das normas ali impostas (1997, p. 263-265).

Como é claro a todas as luzes, a questão sobre o dever ditado pela *Lex Legum* de defender e preservar o meio ambiente exsurge como algo mais do que desejável. Melhor dizendo, exige o engajamento de todos os indivíduos e instâncias de poder, expressão da corresponsabilidade pelo bem-estar das populações humanas, afinal, conforme proclamam a *Declaração de Estocolmo de 1972* (princípios 1 e 2) e a *Declaração do Rio/1992* (princípio 1), essas – populações humanas – *constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com o meio ambiente.*

É exegese sedimentada na jurisprudência da Suprema Corte:

Meio ambiente – direito à preservação de sua integridade (cf, art. 225) – Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade – direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade – necessidade de impedir que

a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais [...]

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. – A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. – O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as

exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações [...]. (ADI n. 3540 MC/DF – Relator Min. Celso de Mello – Tribunal Pleno – DJ de 3 fev. 2006).

De outra parte, afigura-se útil recordar que a Constituição estatui em seu art. 3º, II, que um *dos objetivos* da República Federativa brasileira consiste na *garantia do desenvolvimento nacional*. Por sua vez, o § 1º do art. 174 do Texto Maior prescreve que a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do *desenvolvimento nacional equilibrado*.

Releva compreender nessa quadra que a disponibilidade dos recursos naturais é *conditio sine qua non* não apenas para o desenvolvimento econômico e social do país, mas, igualmente, para a realização dos direitos fundamentais, em cujo núcleo se encontra a dignidade humana (art. 1º, *caput*, III, CF), norma absoluta.

Como é lógico supor, o conjunto de direitos – e garantias que os protegem – catalogado no Estatuto Político depende, em maior ou menor escala, do desenvolvimento alavancado na incolumidade do meio ambiente. Daí a importância da efetivação de referenciais de sustentabilidade inclusive no que se refere às aquisições/contratações realizadas pelos entes políticos.

Deveras, como bem anota-se:

O longo curso da história nos faz reconhecer que o debate sobre equidade social, crescimento econômico e desenvolvimento sustentável mal começou. Durante muitos séculos, o problema de se era necessário estabelecer uma conexão entre assuntos tão distintos sequer foi colocado. Foi preciso chegar à industrialização crescente,

ao crescimento desordenado da população mundial, à carência na produção de alimentos e à utilização exaustiva de recursos naturais para que a humanidade passasse a se inquietar com os “limites de crescimento do planeta” (The Limits Of Growth, 1972). Nessa perspectiva, o estabelecimento de condições sustentáveis de estabilidade tanto sobre o prisma ecológico quanto socioeconômico, passou a ser o ideal buscado por todos (COSTA, 2010, p. 3).

É indene de dúvidas, nessa ordem de ideias, que as novas regras que dispõem sobre aquisições/contratações seletivas devem ser prestigiadas. Conforme acordado por Chefes de Estado e Governo durante a *Rio+20*, é preciso trabalhar em conjunto em busca de um de um futuro próspero e seguro para o planeta, criando uma reforma da estrutura institucional para o desenvolvimento sustentável em níveis locais, nacionais, regionais e global, e oferecendo

uma orientação política coesiva e centrada nos governos para o desenvolvimento sustentável e identificar ações específicas de modo a cumprir a agenda de desenvolvimento sustentável *através da promoção de uma tomada de decisões integrada em todos os níveis*⁶.

Tem-se, pois, nessa contextura, que a responsabilidade socioambiental constitui uma imposição inarredável aos agentes incumbidos do trato da coisa pública. Disso decorre que não apenas a decisão de *implementação* mas, sobretudo, a de *não implementação* de referenciais de sustentabilidade deverá estar estribada – consoante a inteligência do art. 2º da Lei n. 9.784/1999, que *regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal* – em fundamentação objetiva e concreta, sob pena de transbordar os limites da discricionariedade e, *ipso facto*, dar causa à contundente invalidação do ato. Aqui, a lição, novamente, do mestre Celso Antônio Bandeira de Melo, para quem o dever de enunciação dos motivos do ato *administrativo*

6 Informação disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/OFuturoQueQueremos_rascunho_zero.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2012.

há de ser [tido] como uma regra geral, pois os agentes administrativos não são ‘donos’ da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta sim senhora de tais interesses (2006, p. 374).

Mais: nos casos em que evidenciada a *viabilidade* e bem assim a *inviabilidade*, de adoção de parâmetros de sustentabilidade nos processos de aquisição/contratação de serviços ou bens, decisão porventura contrária proferida pela autoridade administrativa poderá caracterizar *improbidade administrativa* por violação aos princípios constitucionais que regem a administração pública – *legalidade, eficiência, impessoalidade e continuidade das políticas públicas* (arts. 37, *caput*, 165 e 166, §§ 1º e 2º) (ROTHENBURG, 2008, p. 59) – e aos deveres de *honestidade e imparcialidade* (art. 11, *caput* e I, Lei n. 8.429/1992), desde que presente na conduta do agente público o elemento subjetivo doloso e a ocorrência de *dano ao erário ou enriquecimento ilícito*.

A despeito dos comportamentos ímprobos que atentam contra os *princípios da Administração Pública*, vale ressaltar que a configuração do tipo desenhado no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa reclama – na conformidade do entendimento firmado no STJ – a presença daqueles requisitos essenciais:

Administrativo. Improbidade administrativa. Art. 11 da Lei n. 8.429/1992. Elemento subjetivo doloso ausente. Não ocorrência de dano ao erário ou enriquecimento ilícito reconhecidos na instância de origem. Contratação por inexigibilidade. Licitação impossível. Indisponibilidade de bens e imposição de multa incabíveis. Recursos providos.

– O Superior Tribunal de Justiça já assentou definitivamente que *é imprescindível o elemento subjetivo para se configurar o ato de improbidade administrativa, associado à ocorrência de dano ao erário ou enriquecimento ilícito*. Os tipos descritos no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 somente existem na forma dolosa; não havendo a devida comprovação desse elemento da conduta, tem-se como não realizado o tipo infracional

do art. 11, I e II, da Lei n. 8.429/1992, máxime se não verificado dano ao Erário.

- A manutenção da indisponibilidade de bens mostra-se ilegal e descabida, *quando não há lesão ao patrimônio público ou indícios de enriquecimento ilícito*. Inteligência do art. 7º. da Lei n. 8.429/1992.

- O procedimento licitatório tem o objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa aos interesses da administração pública, assegurando, sempre que possível, a isonomia entre os licitantes. O certame licitatório seria de impossível realização pela peculiar hipótese dos autos de que não há (ou não havia, à época) nenhum jornal de grande circulação no Estado que fosse editado nos dias aprezados.

- A ausência de dolo, de lesão ao patrimônio público, de indícios de enriquecimento ilícito e de ilegalidade da contratação afasta a condenação de multa e de proibição de contratação com o poder público.

Recursos conhecidos e providos.

STJ, REsp n. 1223496/PB – RECURSO ESPECIAL n. 2010/0215983-5, Segunda Turma, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 13 jun. 2012, grifo nosso).

Como se pode facilmente notar, ao fim e ao cabo, as questões postas à reflexão são importantíssimas.

4 Critérios, práticas e diretrizes de aquisições/contratações seletivas

De se reportar neste tópico, por necessário, alguns aspectos do Decreto n. 7.746/2012 (arts. 1º a 8º), diploma que, como de início se anotou, regulamenta o art. 3º da Lei n. 8.666/1993.

Em relação *aos critérios e práticas de sustentabilidade*, extrai-se do texto regulamentar o que segue: a) a sua execução constitui uma faculdade conferida ao administrador público, o que não o desobriga, porém, de motivar o ato que acolhe ou recolhe a aplicabilidade de tais exigências; b) obrigatoriedade de definição objetiva no instrumento convocatório e preservação do caráter competitivo; c)

veiculação no edital como especificação técnica ou como obrigação e possibilidade de fixação de outras formas de veiculação.

O Decreto arrola, de seu turno, as seguintes *diretrizes de sustentabilidade*, cujo rol, inserto no art. 4º, I a VII, não é taxativo (*numerus clausus*): a) menor impacto sobre recursos naturais; b) preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local; c) maior eficiência na utilização de recursos naturais; d) maior geração de empregos; e) preferência para mão de obra local; f) maior vida útil; g) menor custo de manutenção; h) uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; i) origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras.

Outros aspectos da regulamentação que merecem atenção são estes: a) aquisição de bens constituídos, entre outros critérios de sustentabilidade, por material reciclado, atóxico ou biodegradável; b) elaboração das especificações e demais exigências do projeto básico ou executivo para contratação de obras e serviços de engenharia, nos termos do art. 12 da Lei n. 8.666/1993, de modo a proporcionar a economia da manutenção e operacionalização da edificação e a redução do consumo de energia e água, por meio de tecnologias, práticas e materiais que reduzam o impacto ambiental; c) possibilidade de inclusão de cláusula obrigando o contratado a adotar práticas de sustentabilidade na execução dos serviços contratados e de critérios de sustentabilidade no fornecimento dos bens; d) comprovação das exigências definidas no edital por meio de certificação emitida por instituição pública oficial ou instituição credenciada, ou por qualquer outro meio; e) realização de diligências, por parte do contratante, após a seleção da proposta e antes da adjudicação do objeto, com a finalidade de verificação acerca da adequação do bem ou serviço às exigências do edital, uma vez inexistente a certificação; f) direito ao contraditório, por acaso constatado que o

bem ou serviço contratado não se adequa às exigências previstas no instrumento convocatório, hipótese em que o contratante deverá apresentar razões técnicas, assegurado o direito de manifestação do licitante vencedor.

É necessário destacar que o regramento sob análise explicita o comando introjetado no art. 3º da Lei n. 8.666/1993, na parte que prescreve que a *licitação* destina-se a garantir a promoção do *desenvolvimento nacional sustentável*. As demais finalidades a serem perquiridas na licitação, segundo a dicção do dispositivo, são: *observância dos princípios regentes da Administração Pública e dos que são correlatos ao procedimento, seleção da proposta mais vantajosa para a entidade contratante e vinculação ao edital*. Trata-se, dessarte, de preceitos que, complementando a regência da referida matéria, veiculam os fundamentos conformadores da norma geral.

Ato normativo *subalterno* – uma vez que não revestido de autonomia jurídica, mas expedido no exercício de competência regulamentar do chefe do Poder Executivo, consoante a previsão do art. 84, *caput*, IV e VI, *a*, da Constituição –, o Decreto n. 7.746/2012 circunscreve exigências, mediante critérios, práticas e diretrizes de sustentabilidade que define; estabelece deveres e direitos aos ofertantes e contratados; e, por fim, prevê preferências a bens e serviços produzidos no país. É dizer, dá os contornos por intermédio dos quais a Administração Pública possa promover a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras, olhos postos no *passivo ambiental*.

Porque veicula *regulamentos*, o assim denominado *decreto regulamentar* tem por finalidade precípua operacionalizar, de maneira uniforme, as disposições da lei; é falar, propiciar a fiel execução das leis – no caso, a Lei Federal n. 8.666/1993. Na feliz e apropositada síntese de Marcelo Novelino:

Por ser um ato administrativo produzido pelo Chefe do Poder Executivo, vincula toda a Administração Pública, em razão do princípio hierárquico. Por isso, o decreto regulamentar obriga diretamente aos agentes públicos, mas não aos administrados que ficam apenas submetidos às formalidades estabelecidas por ele. Para o particular, a obrigação decorre da lei; o modo de cumprir a obrigação, do regulamento (2012, p. 869).

Importante compreender que, malgrado a indigitada estatura, o Decreto n. 7.746/2012 é o instrumento legislativo apto a disciplinar as aquisições/contratações seletivas efetivadas pelo poder público, devendo o aplicador levar em conta, na sua interpretação, os postulados constitucionais e as prescrições legais que orientam a licitação, a Administração Pública, o meio ambiente e a ordem econômica.

5 Sustentabilidade nas aquisições/contratações públicas e colisão de direitos fundamentais

O manejo de *critérios, práticas e diretrizes seletivas* nas aquisições/contratações de bens, serviços e obras públicas se apresenta, por um lado, como condição de organização racional e eficiente, e por outro, como mecanismo de proteção do sistema ambiental.

Em que pese tímida – sobretudo porque somente há pouco foi objeto de normatização, conforme visto –, a implementação desses instrumentos normativos tende a disseminar-se e a consolidar-se irreversivelmente, pois, pensando bem, conforme acentuou a Secretária de Estado norte americana Hillary Clinton em sua fala na *Rio+20*, “O único desenvolvimento viável é o desenvolvimento sustentável”⁷.

As disposições da Lei n. 12.349/2010 e do Decreto n. 7.746/2012 obrigam administradores públicos e agentes econômicos a inserir o

7 Informação disponível em: <<http://g1.globo.com/natureza/rio20/noticia/2012/06/e-um-tempo-para-sermos-pragmaticos-mas-otimistas-diz-hillary.html>>. Acesso em: 22 jun. 2012

tema *ecologia* nas relações negociais firmadas pelo poder público. Dessa maneira, pode-se afirmar que doravante a *licitação* – procedimento de conteúdo formal, predefinido em conformidade com a lei – passará a ser entendida como o instrumento de seleção da proposta “que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados” (MELLO, 2006, p. 494), sob o prisma da conservação do meio ambiente.

Um ponto, entretanto, ganha relevo à luz do vigente ordenamento jurídico: a tensão entre os preceitos regulamentares que fixam critérios, práticas e diretrizes de sustentabilidade (arts. 2º a 8º do Decreto n. 7.746/2012) e o vetor *principiológico da igualdade*, de hierarquia constitucional (art. 5º, *caput*, CF).

Entre as normas aplicáveis à licitação, sobressai no texto da Constituição (art. 37, XXI) e na legislação infraconstitucional (art. 3º, LL), aquela que prescreve a obrigatoriedade de *disputa isonômica*.

Nas vezes em que convocado para se posicionar acerca da aplicabilidade desse princípio reitor, o STF tem decidido com base no seguinte entendimento, já pacificado na Corte:

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigos 16 e 19 da Lei n. 260, do estado de Rondônia. Serviço público. Transporte coletivo de passageiros. Possibilidade de conversão automática de linhas municipais de transporte coletivo em permissão intermunicipal. Discriminação arbitrária entre licitantes. Licitação. Isonomia, princípio da igualdade. Afronta ao disposto nos artigos 5º, *caput*, 175 e 37, inciso XXI, da Constituição do Brasil.

[...]

A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso – o melhor negócio – e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela

Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração.

[...] (ADI n. 2716/RO – rel. Min. Eros Grau – Tribunal Pleno – Dje 041, 6 mar. 2008).

Outra baliza deve-se deixar firmada: sob a ótica da eficácia dos preceitos constitucionais, a norma legal consubstanciada na promoção do *desenvolvimento nacional sustentável* – finalidade, repita-se, a ser alcançada através das contratações firmadas pelo poder público (art. 3º da LL) – funciona como elemento de integração de um valor fundamental com assento na Constituição, qual seja, o meio ambiente concebido em sua dupla dimensão, enquanto direito subjetivo e enquanto dever do Poder Público e da sociedade de tutelá-lo para a presente e as futuras gerações.

Ocorre que o balizamento dispensado no Decreto n. 7.746/2012 às aquisições/contratações seletivas sugere a existência de conflito entre o *princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana* (art. 225) e o *princípio da livre concorrência* (art. 170, IV), que consistiria colisão de direitos fundamentais.

Admitindo-se essa premissa como verdadeira, cumpre averbar que, em se sopesando mediante juízo de ponderação os interesses em jogo na busca de uma *solução ótima*, conforme anota Varela de Matos (1998, p. 18), conclui-se que a preferência deve ser dada ao postulado que consagra o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana. Por outras palavras, avaliando-se a importância e a necessidade de cada valor em disputa,

tem-se que o direito ao meio ambiente sadio deve ser priorizado, de modo a impor limites ao direito à liberdade de concorrência.

Acerca do processo de escolha de direitos fundamentais em colisão – a impor-se que um deles ceda lugar a outro em benefício da aplicabilidade de uma só norma jurídica –, colhe-se da doutrina constitucional as observações transcritas a seguir:

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no mesmo grau possível de direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial (modos primários típicos de exercício do direito). Põe-se em ação o princípio da concordância prática, que se liga ao postulado da unidade da Constituição, incompatível com situações de colisão irreduzível de dois direitos por ela consagrados. (MENDES, 2007, p. 275).

É exatamente o que ocorre na espécie, em que se verifica – uma vez exercitado um juízo de ponderação – a prevalência do *princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana* em detrimento do *princípio da livre concorrência*, prevalência que decorre do maior peso abstrato e grau de interferência sobre este último.

De mais a mais, é incontestável – considerada a *essencialidade* do meio ambiente ecologicamente equilibrado à sobrevivência do homem – que o significado do princípio que garante referido bem jurídico aparece como fator de otimização do valor fundamental *vida*. Dessa concepção defluiu, na palavra sempre segura de Luiz Regis Prado (1992, p.33), que, quando o texto constitucional protege o meio ambiente, o faz *para o adequado desenvolvimento das pessoas*.

A referência no texto constitucional à livre concorrência como princípio informativo da ordem econômica – essência da economia de mercado – significa adesão à isonômica competição, traduzida no direito à igualdade nos embates concorrenciais, aí incluídos os certames licitatórios (OLIVEIRA JUNIOR, 2012, p. 107).

Compreendido sob esse prisma, o princípio da livre *concorrência* rechaça toda e qualquer prática empresarial que privilegie agentes econômicos em prejuízo de outros, salvante, conforme a lúcida advertência de Sacha Calmon Navarro Coelho (1999, p. 175), na hipótese de interesse público. Aqui se adentra no problema de saber se a aplicação das exigências ambientais nas aquisições/contratações públicas disciplinadas no Decreto n. 7.746/2012 configura restrição ao caráter competitivo da licitação. Tais prescrições regulamentares, conforme antecipado, radicam na redação do novo art. 3º da Lei n. 8.666/2010, de onde se extrai – corrigida a imperfeição técnica do dispositivo – que as aquisições/contratações públicas destinam-se à garantia da promoção do *desenvolvimento nacional sustentável*. Asseguram, assim, o crescimento do País, condicionando-o, na vereda da doutrina de Ignacy Sachs, à sustentabilidade em sua dimensão social, econômica e ecológica (MONTIBELLER FILHO, 1993, p. 133).

Exatamente como se dá com os demais direitos individuais, a livre concorrência não se reveste de caráter absoluto, devendo ceder a interesses da coletividade, no caso, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem jurídico de grandeza macrossocial. De se realçar nesse tocante que em data recente a Segunda Turma do STJ reforçou o entendimento de que os atos da *Administração tendentes a proteger o ambiente, tal como a restrição da atividade econômica*, “[...] devem ser plenamente aceitos, dada a previsão do art. 170, VI, da CF” (REsp 1.183.279-PA, rel. Min. Humberto Martins, julgado em 16 ago. 2012).

Assim concebido o problema, cai por terra – ao menos em parte – o argumento de que a adoção das restrições ambientais sob análise

deve se dar paulatinamente, de forma que os agentes do mercado possam se adaptar a essas novas exigências antes delas vigorarem plenamente. Caso contrário, estar-se-ia criando uma reserva de mercado para as poucas empresas que cumprirem de antemão essas exigências, implicando violação ao princípio constitucional da livre concorrência, maiores custos e reduzidas ofertas de produtos. (TCU – Decisão monocrática proferida no Processo TC-003.405/2010-9 – rel. Min. Benjamin Zymler – 24 fev. 2010).

Observe-se que o *decisum* cautelar em comento, referendado pelo Plenário do Tribunal, foi proferido antes da edição da Lei n.12.349/2010. Consoante divulgação:

O relator comunicou ao Plenário haver determinado à Secretaria de Estado de Esporte, Turismo e Lazer do Acre, por medida cautelar, que se abstinhasse de utilizar recursos de origem federal, transferidos mediante convênio, para a aquisição dos bens de que trata o item 8 do Pregão Presencial para Registro de Preços n. 235/2009 ('Estação de Trabalho Padrão – Processador'). Entre as possíveis irregularidades suscitadas na representação formulada ao TCU, e que justificaram a adoção do provimento cautelar, destacava-se a exigência editalícia de comprovação, por parte do licitante, de que o equipamento estaria em conformidade com a 'norma EPEAT, na categoria GOLD', o que, em síntese, demonstraria que o equipamento atendia a normas internacionais de proteção ambiental. Destacou-se, ainda, que: em seu despacho, considerou o relator 'louvável a preocupação dos gestores em contratar empresas que adotem em seus processos produtivos práticas responsáveis ambientalmente'

Conquanto factível tal cenário conjecturado pela Corte de Contas – maiormente no que diz respeito à incapacidade de oferta do mercado dentro de padrões de sustentabilidade –, convém sopesar que a introdução de exigências ambientais nos negócios contratuais do Poder Público constitui uma indeclinável necessidade

à preservação do meio ambiente e ao bem estar social. Por consequência, cabe aos agentes econômicos reorientar os processos de produção, de modo a possibilitar a exploração ecoeficiente dos recursos naturais em proveito da qualidade de vida.

De acordo com Peixoto (2012), entende-se, com acerto, que

[...] o aumento do preço dos contratos administrativos – além de inevitável – não contrariará o interesse público, antes, o preservará. O conceito pleno de “proposta mais vantajosa” não é e nem equivale à noção singela de ‘menor preço’. Mais vantajosa é a proposta que atende adequada e satisfatoriamente a demanda pública. Ou seja, somente depois de avaliar se o bem ou serviço ofertados atendem ao interesse da coletividade, é que, como critério secundário, será escolhido o menor preço. Fazendo uso do antigo jargão popular: ‘não se faz a omelete sem quebrar os ovos’; não há como modificar as regras de contratação pública sem o infalível aumento de custos. Outrossim, o governo não pode deixar de fazê-lo, sob pena de, pela omissão, retardar ou mesmo colocar em risco a sustentabilidade das licitações e a preservação do meio ambiente⁸.

Ante o raciocínio exposto, cumpre agregar – em reforço à tese sobre a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica – que a Constituição Federal faculta, para o cumprimento de tal desiderato, *tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação* (art. 170, *caput* e VI).

6 Conclusões

De acordo com as considerações tecidas, a convicção a que se chega em breve suma é que o emprego – orientado ao *desenvolvimento sustentável*, princípio do Direito Ambiental – de critérios, práticas e diretrizes seletivas de sustentabilidade nas

8 Informação disponível em: <<http://portaldelicitacao.com.br/component/content/article/30-newsflash/104-a-sustentabilidade-nas-licitacoes.html>>

aquisições/contratações de bens, serviços e obras realizadas pelo Poder Público não afronta a Lei Fundamental da República, isto é, a estipulação de prerrogativas de seletividade no bojo das relações contratuais da Administração Pública não viola nenhuma regra ou primado constitucional; ao revés, harmoniza-se com o *Estado de Direito Ambiental* que emerge desse interativo plexo de normas. Por outro lado, não obstante a aplicação de referenciais de gestão ambiental possa por vezes redundar em sacrifício da isonomia de competitividade nas disputas licitatórias, a extrema necessidade de preservação do meio ambiente justifica a limitação do mencionado princípio básico da licitação.

Aceita-se, outrossim – frente à sistemática regulamentar do Decreto n. 7.746/2012 –, a existência de conflito entre os *princípios da livre concorrência e do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana*, com primazia deste sobre aquele, admitindo-se que todos têm direito a uma vida ecologicamente saudável e que a efetivação não só deste como dos demais direitos arrolados na Lei Magna depende de um modelo de desenvolvimento pautado no equilíbrio ambiental, desafio inadiável que impõe, de sua vez, a articulação e o envolvimento de todas as instâncias de poder.

De outro vértice, a *exigibilidade* – e sobretudo a *não exigibilidade* – imotivada de tais referenciais ambientais enseja a revogação/anulação do respectivo ato. Em outros termos, uma vez preenchidos os pressupostos fáticos e jurídicos autorizadores da utilização de parâmetros seletivos nas aquisições/contratações governamentais, a decisão consistente na sua *não implementação* pode tipificar ato ilícito ensejador de responsabilização do agente público, pois afora constituir um regime de proteção especial, tais fatores de sustentabilidade encerram uma finalidade pública, representada pela compatibilização das formas de produção com a preservação da integridade do meio ambiente. Dessa forma, e levando em

consideração que no desempenho das atividades administrativas o gestor público encontra-se vinculado aos fins e interesses constitucionalmente estabelecidos, é que a *não incorporação* – e, bem assim, a *incorporação* – dos referidos critérios de sustentabilidade pode configurar *improbidade administrativa*, já que esta abarca não apenas atos de desonestidade, mas, de maneira equivalente, comportamentos revestidos de ilegalidade.

Referências

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição e ao código tributário nacional*, artigo por artigo. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CONTROLADORIA-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE. *Agenda Ambiental na Administração Pública - A3P*. Disponível em: <<http://www.cge.se.gov.br/index.php/component/content/article/9-estatico-textos-e-apresentacoes/69-a3p?tmpl=component&format=pdf>>.

COSTA, Lígia Maura. *Desenvolvimento sustentável e a OMC – relatório final*. 2010. Disponível em: <<http://gvpesquisa.fgv.br/publicacoes/gvp/desenvolvimento-sustentavel-e-omc>>. Acesso em: 12 jul. 2012.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desenvolvimento nacional sustentável: contratações administrativas e o regime introduzido pela Lei 12.349/10*. 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=50&artigo=528&l=pt>>. Acesso em: 19 jun. 2012.

MATOS, Varela. *Conflito de direitos fundamentais em direito constitucional e conflitos de direitos em direito civil*. Porto Alegre: Almeida e Leitão, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 48, de 10/08/2005. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTIBELLER FILHO, Gilberto. *Textos de economia. Ecodesenvolvimento e desenvolvimento sustentável: conceitos e princípios*. Florianópolis: UFSC, v. 4. a. 1., 1993.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 7. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal ambiental: problemas fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de. *Ordem econômica e direito penal antitruste*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

TAVARES, Rodrigo. Sustentabilidade passa a ser requisito em processo licitatório. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 2 jan. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jan-02/sustentabilidade_passa_requisito_licitacoes>. Acesso em: 16 jul. 2012.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. *Marco legal das licitações e compras sustentáveis na administração pública*. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5704/marco_legal_valente.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19 jun. 2012.