

Licitações sustentáveis: uma visão sobre a obrigatoriedade e restrição da competitividade pelos Tribunais de Contas

Tiago Vieira de Sousa Duarte

Bacharel em Direito e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Pós-Graduado em Controle Externo e Governança Pública pelo Instituto de Direito Público. Advogado. Servidor do Tribunal de Contas do Estado de Goiás desde 2010, onde atua como Assessor de Conselheiro Substituto. *E-mail:* utiago@hotmail.com.

Resumo: A Constituição Federal atribuiu à coletividade e ao Poder Público a responsabilidade de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Legislações posteriores, como a Lei nº 8.666/93, buscaram aplicar o desenvolvimento sustentável nas licitações públicas. No entanto, a Administração Federal editou o Decreto nº 7.746/12, que trouxe dúvidas quanto à obrigatoriedade da aplicação desse princípio. Em resposta, os tribunais de contas começam a entender que há obrigatoriedade de aplicar o princípio do desenvolvimento sustentável nas licitações públicas. Todavia, ainda existe dificuldade em orientar os entes federativos para que adotem o princípio em todas licitações.

Palavras-chave: Desenvolvimento sustentável. Licitação. Tribunais de Contas. Competitividade.

Sumário: Introdução – O desenvolvimento sustentável – Dever do Estado em regular as práticas sustentáveis – Dúvidas trazidas pelo Decreto nº 7.746/12 – A fiscalização dos Tribunais de Contas nas licitações sustentáveis – Obrigatoriedade dos critérios sustentáveis nas licitações – Considerações finais – Referências

Introdução

O planeta mostrou-se dinâmico diante das mudanças sociais, industriais e ideológicas ao longo do tempo. No entanto, como consequência dessas mudanças, impactos negativos ambientais têm mostrado sinais nas últimas décadas.

Diante dos dados e estudos realizados por várias instituições acerca do uso desregulado dos recursos naturais, conferências mundiais analisaram os possíveis danos ao futuro da relação homem-natureza. Desses estudos surgiu o termo *desenvolvimento sustentável*, por meio do Relatório de Brundtland, em 1983 (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1991).

Nesse sentido, o legislador constituinte de 1988, ciente da importância do desenvolvimento sustentável, impôs à coletividade e ao Poder Público a defesa e a proteção às gerações futuras do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), bem como o estabeleceu como princípio da ordem econômica (art. 170, VI) e como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3, III). Cabe, portanto, ao Estado exigir que os atores públicos (Executivo, Judiciário, Legislativo, Ministério Público, Tribunais de Contas, entre outros) apliquem e fiscalizem a concretização do princípio do desenvolvimento sustentável.

Em resposta às determinações da Constituição Federal sobre a sustentabilidade, a Lei nº 8.666/93, alterada pela Lei nº 12.349/10, trouxe a necessidade de promover o desenvolvimento nacional sustentável nas licitações públicas, chamada pela doutrina de licitação sustentável. No entanto, surgiram problemas decorrentes das lacunas advindas do Decreto nº 7.746/12, que regulamenta as licitações sustentáveis no âmbito federal. Parte da doutrina entende que, de acordo com esta norma, a aplicação de critérios sustentáveis nos certames licitatórios seria facultativa (art. 2º), bem como poderia se restringir à competitividade da licitação (art. 3º).

A fim de fiscalizar a correta aplicação da lei e dos critérios sustentáveis nas licitações públicas, o Poder Público conta com importantes atores: os Tribunais de Contas. Sua presença se torna imprescindível, uma vez que é um órgão de controle externo e fiscal da boa utilização dos recursos públicos.

O presente artigo tem como objetivo desvendar o que os principais Tribunais de Contas do país vêm entendendo acerca da obrigatoriedade de adoção da sustentabilidade, utilizando como método de pesquisa a doutrina e a jurisprudência constituída pelos próprios Tribunais.

O desenvolvimento sustentável

O mundo é dinâmico, marcado em vários momentos por transformações políticas, ideológicas, sociais, industriais etc. Quanto ao aspecto econômico, houve uma grande mudança no século XVIII, em que a produção artesanal deu espaço às fábricas, trazendo consigo uma série de transformações e mudanças benéficas para toda a sociedade.

Nesse sentido, a modernidade advinda da revolução industrial traz em si um sistema que possui falhas graves, uma vez que se consideram apenas os custos diretos, olvidando-se dos indiretos, que são os impactos ambientais e sociais, em favor do desenvolvimento econômico.

Em razão dos consideráveis dados a respeito dos danos que o uso desenfreado de recursos naturais não renováveis pode causar, conferências mundiais analisaram a situação presente e as possíveis consequências futuras da relação homem-natureza, valendo mencionar a Conferência de Estocolmo (1972), a Conferência do Rio (1992) e a Conferência de Johannesburgo (2002), a fim de encontrar soluções para o problema mencionado acima.

A Declaração de Estocolmo (1972) trouxe um importante princípio que trata do uso racional dos recursos naturais, da preocupação com as gerações futuras e do desenvolvimento com foco na preservação do meio ambiente: “5 - Os recursos não renováveis da Terra devem ser utilizados de forma a evitar o perigo do seu esgotamento futuro e a assegurar que toda a humanidade participe dos benefícios de tal uso” (ONU, 1972).

Em âmbito nacional, houve a criação da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81) e a elevação do meio ambiente ecologicamente equilibrado a direito às gerações presentes e futuras na Constituição Federal de 1988.

No entanto, foi com o Relatório de Brundtland, em 1983, na Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, que se criou o termo *desenvolvimento sustentável*, que pode ser conceituado como aquele “capaz de atender as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade de suprir as suas necessidades das futuras gerações” (HUNTER; SALZMAN; ZAEKE *apud* AZEVEDO, 2014, p. 16).

Destaca-se que neste termo há três dimensões fundamentais: a econômica, a social e a ambiental, de modo que, sem uma das dimensões, não há o desenvolvimento sustentável (WINTER *apud* MACHADO, 2012).

Ainda que o conceito de desenvolvimento sustentável trazido pelo Relatório Brundtland seja ideal, Juarez de Freitas (2012, p. 41) aprimorou o conceito supracitado:

Trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente, de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.

Não obstante os avanços advindos do Relatório Brundtland, quanto ao conceito de desenvolvimento sustentável, entende-se que a contribuição conceitual de Juarez de Freitas é mais ampla, pois atende melhor às expectativas da sociedade. Assim, além de o meio ambiente ecologicamente equilibrado estar reservado às presentes e futuras gerações, considerando-o como meio de bem-estar a todos, o autor salienta a importância de se constitucionalizar o desenvolvimento sustentável como orientação político-jurídica para as competências dos poderes, dando responsabilidade ao Estado na busca de um desenvolvimento eficiente. Nesse passo, destaca que os atores políticos (Executivo, Judiciário, Ministério Público, Legislativo, Tribunais

de Contas etc.) devem se orientar pelo princípio do desenvolvimento sustentável e, dentro de suas competências, agir em favor de um desenvolvimento sustentável em todas as ações do Poder Público.

Além do que foi dito, Herman Daly atenta para o fato de que a implantação de mudanças nos padrões de consumo e de produção pode encontrar resistência nas instituições políticas e econômicas, quando da busca pelo crescimento qualitativo:

a mudança de visão envolve a substituição da norma econômica de expansão quantitativa (crescimento) por aquela da melhoria qualitativa (desenvolvimento) como caminho para um futuro progresso. Esta mudança encontra resistência na maioria das instituições econômicas e políticas, que estão alicerçadas no tradicional crescimento quantitativo. (DALY *apud* MACHADO, 2012, p. 74)

No mesmo sentido, Juarez de Freitas (2015, p. 90) entende que essas mudanças qualitativas exigem um redesenho do sistema jurídico e de como ele será recebido pelas instituições tradicionais:

No sistema brasileiro, a incidência do princípio constitucional da sustentabilidade implica profundo redesenho de todo o sistema jurídico e do modo de concebê-lo. Afortunadamente, começa a ser reconhecida a eficácia direta e imediata do desenvolvimento sustentável em todas as províncias do ordenamento.

A fim de fortalecer essa mudança qualitativa pela busca do desenvolvimento sustentável, o sistema constitucional brasileiro cuidou do desenvolvimento sustentável como um princípio estrutural, constante nos arts. 3º, III; 170, VI, e 225 (âmbito social, econômico e ambiental). Portanto, é de aplicação imediata nos procedimentos licitatórios, tendo como finalidade a proteção dos direitos fundamentais de terceira dimensão (FREITAS, 2015), devendo ser reconhecido como premissa da necessidade de se aperfeiçoar as políticas públicas e conciliar com o desenvolvimento sustentável.

Desse modo, qualquer ação praticada por aqueles que possuem competência constitucional precisa balancear os pontos positivos e negativos, para que a sustentabilidade não se funde na proteção somente do meio ambiente, mas também nos impactos sociais e econômicos.

Cabe ao Estado-Administração encorajar e cobrar os atores sociais para que passem a concretizar o princípio da sustentabilidade – desde a compra de matérias-primas e insumos pela Administração, passando pelo processo produtivo e de consumo até a disposição final ou pós-consumo. Logo, o Estado possui uma obrigação jurídica de adotar o princípio do desenvolvimento sustentável em suas aquisições de bens e serviços.

Dever do Estado em regular as práticas sustentáveis

Tendo como fundamento o sistema de produção atual, nota-se que tanto a prestação de serviço quanto a fabricação de bens de consumo geram externalidades ambientais negativas para todos. Observa-se também que, em vários casos, não são computadas essas externalidades negativas no momento da prestação de serviço ou fabricação de bens. Consequentemente, os danos não são levados em conta no preço de venda do produto ou serviço, sendo suportado pela coletividade.

Diante disso, Azevedo (2014) destaca que, se o mercado não tem o desejo de alterar seu modo de produção e serviço, o Estado tem o dever de regular essas atividades, bem como de estimular as práticas sustentáveis nas relações de consumo, a fim de que a sociedade não sofra as consequências futuras das ações privadas no presente.

A Constituição republicana, convencida da responsabilidade do Estado em defender e preservar o ambiente ecologicamente equilibrado para esta e para as futuras gerações (art. 225),

diante das falhas do mercado, estabeleceu como princípio da ordem econômica a defesa do meio ambiente (art. 170, IV) e como objetivo o desenvolvimento nacional (art. 3º, II).

Ademais, a Carta Maior prevê em seu art. 37, XXI, a obrigação de licitar. Este dispositivo foi normatizado pela Lei nº 8.666/93, que estabeleceu as “normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

No entanto, até o ano de 2010 não se comentava a possibilidade de realizar licitações sustentáveis somente com fundamento nos dispositivos constitucionais citados acima. Essa lacuna foi preenchida com a publicação da Lei nº 12.349/10. Responsável pela alteração da redação do art. 3º da Lei de Licitações nº 8.666/93, o diploma prevê que a licitação tenha como escopo a garantia e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, sempre buscando a proposta mais vantajosa para a Administração. Dessa maneira, a nova legislação adicionou a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas licitações, conforme conceitua o Ministério do Meio Ambiente:

o procedimento administrativo formal que contribui para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, mediante a inserção de critérios sociais, ambientais e econômicos nas aquisições de bens, contratações de serviços e execução de obras. (BRASIL, 2010)

A licitação sustentável visa não somente a aquisição de bens ou prestação de serviços sustentáveis, mas também é um meio que o Estado tem de regular o mercado. Nesse sentido, Ferraz (2009, p. 35) discorre sobre a função regulatória da licitação, afirmando que “a licitação não é fim em si, mas instrumento de alcance e garantia do interesse público, que nem sempre cabe, tal como se imaginou no passado, dentro da rigidez dos códigos”.

Dúvidas trazidas pelo Decreto nº 7.746/12

Outro avanço no anseio da aplicação do desenvolvimento sustentável nas licitações, em âmbito federal, foi a publicação do Decreto nº 7.746/12, que regulamenta o art. 3º da Lei de Licitações, estabelecendo critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela Administração Pública Federal.

Não obstante a defesa pela obrigatoriedade na observância dos critérios sustentáveis pelo gestor no momento de escolha do objeto ou serviço pela doutrina, ela entra em choque com o Decreto nº 7.746/12, art. 2º, ante uma possível interpretação de que as licitações sustentáveis seriam facultativas.

Art. 2º A administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes poderão adquirir bens e contratar serviços e obras considerando critérios e práticas de sustentabilidade objetivamente definidos no instrumento convocatório, conforme o disposto neste Decreto. (BRASIL, 2012)

Em razão da norma exposta, Sampaio alega que os certames sustentáveis não podem ser uma obrigação para a Administração. Eis sua fundamentação:

De acordo com a literalidade do dispositivo, a adoção de critérios e práticas de sustentabilidade constitui uma faculdade. A expressão “poderão” deixa claro que essa prática não deve ser tratada como uma imposição legal a ser aplicada de forma absoluta, em todo e qualquer procedimento licitatório. (SAMPAIO, 2017)

Indo além, Furtado (2016) afirma que o desenvolvimento sustentável nem sempre é o que a Administração busca. Conforme seu entendimento, a licitação não se destina, em todas as ocasiões, à promoção do desenvolvimento sustentável.

Parece-nos, portanto, imprecisa a afirmação de que a licitação, por si mesma, possa ter como destinação a “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”, a menos que se pretendesse fixar tal finalidade como motivo próprio e suficiente para a realização do certame. (FURTADO, 2016, p. 349)

Entretanto, Emerson Baldotto Emery (2016) aduz que todos os princípios da licitação devem ser seguidos, pois são obrigatórios, sendo harmonizados com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Se tais critérios não são obrigatórios, significa dizer que um dos princípios da licitação não precisa ser adotado? Seria o caso dos demais princípios também não serem obrigatórios? A resposta somente pode ser a negativa, todos os princípios devem ser adotados, ainda que possam ser sopesados pela aplicação da razoabilidade e proporcionalidade, mas, definitivamente, não podem ser anulados. (EMERY, 2016, p. 124-125)

Ainda que o decreto federal use a expressão *poderão*, ao contrário de *deverão*, é necessário considerar que o dispositivo citado deve ser interpretado de acordo com a Lei de Licitações e com a Constituição Federal. Logo, a norma hierarquicamente inferior (Decreto nº 7.746/12) deve obediência à Lei nº 8.666/93 e à Carta Maior, sob pena de se limitar a obediência do princípio do desenvolvimento sustentável. Caso se interpretasse o contrário, seria a negação de todo esforço mundial e nacional em defesa do meio ambiente a fim de que se encontre harmonia no desenvolvimento econômico e social.

Outro problema que o Decreto nº 7.746/12 traz é o da possibilidade de se restringir a competitividade e o princípio da isonomia no certame licitatório ao especificar o objeto. De acordo com o art. 3º, foi previsto que “os critérios e práticas de sustentabilidade de que trata o artigo 2º serão veiculados como especificação técnica do objeto ou como obrigação da contratada”.

Nesse ponto, há questionamentos sobre até que ponto o gestor pode estabelecer critérios sustentáveis na especificação do objeto a fim de não restringir a competitividade dos licitantes. Cabe dizer que uma especificação muito fixa do objeto, ainda que fundamentada em estudos técnicos, é criticada, uma vez que pode ocasionar aumento de preço do produto ou serviço, bem como reduzir a quantidade de competidores, podendo haver direcionamento no certame licitatório.

Ao discorrer sobre a adoção de critérios sustentáveis e sobre um possível aumento do preço, Azevedo (2014) justifica que o gestor deve analisar o gasto do objeto de maneira mais ampla, chamando atenção para os ciclos de fabricação, manutenção e destinação final do objeto ou serviço. No mesmo sentido, Juarez de Freitas (2011) defende que é preciso avaliar os custos indiretos, de modo a evitar despesas futuras, analisando os critérios sociais, econômicos e ambientais.

Por isso o sistema de avaliação de custos, sob pena de violação flagrante ao princípio constitucional em apreço, terá de ser reformulado e incluir os custos indiretos, hoje seriamente negligenciados, no intuito de estimar os dispêndios futuros a serem efetuados em função dos previsíveis impactos sistêmicos das decisões administrativas tomadas. Ou seja, antes de licitar, não se podem mais ignorar, candidamente, os custos ambientais, sociais e econômicos de cada escolha administrativa. Afinal, a má licitação quase sempre começa antes da abertura do procedimento licitatório. (FREITAS, 2011, p. 19)

Ainda que a Lei nº 8.666/93 seja omissa, não há dúvidas de que a definição do objeto passa pelo mérito do gestor, que deverá optar pelo objeto de maneira precisa, sucinta e clara. Isto é, o gestor dará valor, conforme a conveniência e oportunidade do interesse público, dentro dos ditames da legislação reguladora.

Quanto à violação do princípio da competitividade, Barcessat (2011) entende que o gestor, ao implantar em sua administração uma política de consumo sustentável, justifica as licitações sustentáveis, visto que essa adoção afasta a tese de violação do princípio da igualdade e da

restrição da competitividade. Logo, pode haver exigência de um certame licitatório sustentável, desde que haja uma justificativa para tanto. Assim, o gestor, ao adotar a posposta mais vantajosa para a Administração, deverá respeitar não somente o aspecto econômico do produto ou bem a ser adquirido, mas, também, os aspectos ambientais e sociais, conforme a definição tradicional trazida pelo Relatório de Brundtland. Logo, haverá ocasiões em que os benefícios ambientais não serão bastantes para justificar os custos sociais e econômicos advindos para aquisição dos bens ou serviços licitados. Nesse passo, a Administração deverá encontrar harmonia, tentando equalizar os pilares do desenvolvimento sustentável (ambiental, social e econômico).

Não restam dúvidas de que o gestor, ao escolher critérios que levam em conta a questão ambiental, deverá fazer um planejamento maior, justificando a adoção do objeto ou serviço pela Administração. Essa mudança de visão de licitação clássica para a sustentável não é feita rapidamente, visto que exige do gestor uma análise minuciosa das necessidades da sociedade.

Vencida essa questão sobre o limite da discricionariedade do gestor na escolha do objeto nas aquisições sustentáveis, adentremos na análise de como os tribunais de contas vêm atuando acerca da obrigatoriedade das licitações sustentáveis e da análise de uma possível violação da competitividade dos certames licitatórios quando houver critérios sustentáveis no objeto.

A fiscalização dos Tribunais de Contas nas licitações sustentáveis

O Tribunal de Contas é o órgão que possui a missão de auxiliar o Poder Legislativo na função de controle externo, conforme arts. 70 e 71 da Constituição Federal. A Corte de Contas, ao auxiliar o Congresso Nacional, realiza a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

Diante da importância e da influência que trabalhos dos Tribunais de Contas desempenham perante a sociedade, a Constituição Federal estendeu e deu mais qualidade ao rol de competência disposto no art. 71 da Carta Maior.

Todavia, ainda que tenha havido um prolongamento das atribuições dos Tribunais de Contas, o legislador constituinte não trouxe, expressamente, competências em matéria ambiental. Apesar disso, a doutrina de Azevedo (2014) entende que, ante o dinamismo do direito, os Tribunais de Contas adaptaram suas competências à matéria ambiental. De acordo com a Constituição Federal, os tribunais de contas possuem competência de auxiliar no controle externo dos responsáveis por bens públicos, inserido nesse contexto os bens ambientais, de acordo com o entendimento de Achkar (2011, p. 201):

No que tange ao controle, ele deve ser observado considerando os seguintes pontos: controle de legalidade dos atos, de modo a considerar a atenção ao disposto nas normas pertinentes; controle de legitimidade, considerado o exame de mérito do ato fiscalizado e atendimento das prioridades previamente estabelecidas; controle de economicidade, verificando se o órgão controlado procedeu de modo mais econômico visando a obtenção de recursos adequados, em quantidades necessárias e em momento certo; controle de fidelidade funcional dos agentes da administração responsáveis por bens e valores públicos, incluindo neste caso os bens ambientais, que como visto, fazem parte do patrimônio público; e controle de resultados de cumprimento de programas, trabalhos e metas.

Questões ambientais estão intrinsecamente ligadas às questões econômicas, que, por consequência, repercutem na maneira como a Administração trata os recursos públicos. Assim, os Tribunais de Contas passaram a dar atenção às áreas econômicas e ambientais, que tinham nenhuma ou pouca exploração anteriormente.

Ante essa causa, Mendonça (*apud* AZEVEDO, 2014) corrobora sustentando que o controle externo ambiental realizado pelos Tribunais de Contas é uma imposição constitucional, e não mais uma faculdade.

Aqui, cabe assinalar que o caput do art. 225 da Constituição Federal considera o meio ambiente como 'bem de uso comum do povo'. Portanto, cabe-lhes não só o poder, mas o dever de realizar a fiscalização ambiental, na medida em que a Constituição Federal, no caput do art. 70, especifica que o controle externo da administração pública (que deve obedecer aos princípios constitucionais administrativos elencados no caput do art. 37, com destaque, no caso, para a eficiência), envolve a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, sob os aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, fiscalização que é feita pela apreciação das contas dos chefes do Poder Executivo nos três planos da Federação, bem como pelo julgamento das contas dos administradores públicos, como determinam os incisos I e II do art. 71 da Constituição Federal. (MENDONÇA *apud* AZEVEDO, 2014, p. 65)

Portanto, nota-se a competência das Cortes de Contas no que concerne ao dever da realização da fiscalização ambiental.

Obrigatoriedade dos critérios sustentáveis nas licitações

Diante da obrigação de adotar critérios sustentáveis no momento da fiscalização de seus jurisdicionados, os Tribunais de Contas têm, aos poucos, mencionado os objetos sustentáveis em seus julgados. Em suas decisões sobre a aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável nas licitações tem havido consolidação do entendimento sobre a matéria, auxiliando nos momentos em que o gestor se depara com uma possível violação na competitividade dos certames licitatórios. Nesse sentido, a análise de casos concretos sobre esse problema ajuda na conclusão desse estudo, assim como traz uma segurança para o gestor no momento de suas escolhas.

Sobre os limites da discricionariedade do gestor público na aplicação do princípio do desenvolvimento nacional sustentável na especificação do objeto, o TCU, através do Acórdão nº 1.317/2013 – Plenário, entende que a Administração não pode afastar produtos ou serviços estrangeiros sem a devida regulamentação federal, apenas para garantir o desenvolvimento nacional sustentável. Eis o enunciado do entendimento:

A introdução do conceito de “Desenvolvimento Nacional *Sustentável*” no art. 3º da Lei 8.666/1993 não autoriza: (i) o estabelecimento de vedação a produtos e serviços estrangeiros e, (ii) a admissão de margem de preferência para contratação de bens e serviços, sem a devida regulamentação por decreto do Poder Executivo Federal.

Em outra decisão, a Corte de Contas da União, por meio do Acórdão nº 1.375/2015, tratou sobre a obrigatoriedade de a Administração Pública se adequar aos parâmetros sustentáveis, julgando que pode haver reflexos na economicidade da contratação, desde que não haja prejuízo à competitividade do certame, bem como deve constar motivação expressa no processo licitatório para tal escolha.

É legítimo que as contratações da Administração Pública se adequem a novos parâmetros de sustentabilidade ambiental, ainda que com possíveis reflexos na economicidade da contratação. Deve constar expressamente dos processos de licitação motivação fundamentada que justifique a definição das exigências de caráter ambiental, as quais devem incidir sobre o objeto a ser contratado e não como critério de habilitação da empresa licitante.

Sobre a competitividade, a doutrina de Costa (2011) demonstra que a restrição descabida não é aceita e que nem sempre se pode aplicar o princípio da isonomia, visto que há situações diferentes. Logo, critérios sustentáveis podem discriminar sem restringir a competitividade.

O que a Corte de Contas não aceita é a restrição descabida e desarrazoada. Escolher pressupõe discriminar. Essa medida afasta por completo a noção equivocada do dever de tratar igualmente todos os

licitantes nos procedimentos licitatórios. Isonomia não significa, necessariamente, possibilitar o tratamento igual a situações diferentes. (COSTA, 2011, p. 26)

Sob mesmo entendimento, Barcessat (2011) afirma que pode haver critérios sustentáveis que discriminem e restrinjam a competitividade na licitação, desde que o objeto venha a contribuir para um meio ambiente equilibrado ecologicamente.

O Administrador Público, ao optar pelo objeto que venha a contribuir para um meio ambiente saudável, não estará ferindo o princípio da isonomia no momento da descrição do objeto, como, por exemplo, ao exigir que os móveis sejam de madeira certificada, material elétrico que tenha certificado de baixo consumo de energia, etc. (BARCESSAT, 2011, p. 74)

Acompanhando a doutrina acima mencionada, o TCU entendeu que em certos casos a competitividade deve ser comprometida quando a Administração adquirir madeira legal, uma vez que a procedência legal deve ser atendida, de acordo com o Acórdão nº 2.995/2013 – Plenário.

Diante da legislação *ambiental*, em especial a que disciplina o correto manejo florestal, e considerando que a comprovação da procedência legal da madeira é condição necessária para sua comercialização, a exigência de atestado de certificação *ambiental* quanto à madeira utilizada não compromete, em princípio, a competitividade das licitações públicas. (BRASIL, 2013b)

A Corte de Contas paranaense possui entendimento semelhante à União no que se refere às licitações sustentáveis. Assim, a Administração deve se atentar para a destinação dos pneus no momento de criar as regras editalícias, consoante decidido no Acórdão nº 5.676/15 – Tribunal Pleno. Logo, não há restrição de competitividade se há regras estipuladas pelos órgãos competentes quanto à proteção do meio ambiente, devendo as normas ter aplicação imediata.

Sobre a exigência de certificado de regularidade junto ao IBAMA, é indiscutível que as normas da autarquia têm aplicação imediata à Administração Pública, pois correlacionadas à proteção de direito transindividual (Ambiental).

Filho-me, portanto, à corrente de que a exigência do cadastro para importação de pneus é procedimento mandatário, pois devemos assegurar que o passivo ambiental (pneu usado pela administração) tenha um a destinação correta, adequada e segura, sobretudo em razão do risco ambiental do produto (princípio da prevenção).

Consequentemente, considerando a competência institucional do IBAMA/CONAMA e a imprescindibilidade de uma administração ambientalmente saudável, julgo válida a exigência do retro certificado, razão pela qual declaro improcedente a representação ao assunto. (PARANÁ, 2015)

Também na seara estadual, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (2016) começa a receber representações sobre a aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável nos certames licitatórios. Exemplo disso foi a representação de um licitante alegando que a Administração, ao licitar a compra de uniformes fabricados com fios de PET (Polietilenotereftalato) reciclado, não estaria certificando se eles eram reciclados, sendo que era apenas verificado se os fios eram do material citado. No entanto, a Corte não emitiu uma decisão, visto que a Administração revogou o certame licitatório.

Em outro caso, este com decisão, o TCE-SP (2016) julgou que é pacífica a jurisprudência da Corte no sentido da inadequação de aglutinação de produtos PET reciclado (sustentável) com produtos convencionais em licitações sustentáveis em um mesmo certame.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (2016) chama a atenção em suas decisões pela observância do gestor ao disposto no art. 3º da Lei de Licitações e do art. 225 da Constituição Federal nas contratações públicas.

Representação – Pregão presencial – Alterações no edital – Inobservância do art. 21, §4º, Lei 8666/93 – Exigência de certificado iso – Parâmetros de sustentabilidade – Relevância da exigência – Prescrição – Inaplicabilidade de multa – Extinção do processo com resolução de mérito – arquivamento. *Omissis*. Tão importante quanto atender à específica necessidade da Administração que venha a motivar a abertura de procedimento licitatório é, com o advento da Lei n.º 12.349/10, buscar sustentabilidade nas contratações de governo, esta voltada para a geração de emprego, aumento da renda, e, sobretudo, redução de impactos ambientais negativos com o fim de preservar o meio ambiente. (MINAS GERAIS, 2016)

Essas decisões vão ao encontro da doutrina de Lucas Rocha Furtado (2016), segundo o qual, ao aplicar as licitações sustentáveis, não cabe ao administrador escolher ou não a aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável, devendo, portanto, ser eficiente sempre.

Apesar do entendimento doutrinário acima exposto, bem como das decisões no sentido da aplicação do desenvolvimento sustentável, nota-se que alguns Tribunais de Contas, como os da Bahia, Rio de Janeiro, Distrito Federal, Goiás e Santa Catarina, não se pronunciaram sobre o problema da obediência do gestor ao mandamento constitucional e ao disposto no art. 3º da Lei de Licitações, bem como não foram provocados por algum órgão ou por interessados.

De certo, há um longo caminho a percorrer, e, com a publicação da Lei nº 12.349/10 e do Decreto nº 7.746/12, os Tribunais de Contas, aos poucos, vêm auxiliando no controle externo da aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável nas licitações.

Considerações finais

O mundo passou por grandes mudanças nos últimos séculos, demonstrando o poder da indústria por meio do consumismo da população. No entanto, trouxe um ponto negativo para o meio ambiente.

Em resposta a essas alterações ambientais, conferências mundiais têm discutido propostas a fim de encontrar uma solução em que os recursos naturais sejam preservados para as futuras gerações. Nesse sentido, chegou-se ao conceito do desenvolvimento sustentável, em que os recursos naturais atuais atenderão à atual geração sem comprometer as futuras gerações, buscando conciliar o desenvolvimento social, econômico e ambiental.

No Brasil, o conceito do desenvolvimento sustentável foi tratado na Constituição Federal de 1988 por meio dos arts. 3º, III; 170, VI, e 225, sendo que, com o passar dos anos, foi regulamentado em outras normatizações hierarquicamente inferiores. Logo, a responsabilidade de proteger o meio ambiente para esta e para as futuras gerações, de aplicar tal conceito na ordem econômica e tratá-lo como um objetivo fundamental, passa a ser da coletividade e, principalmente, do Poder Público, por meio de seus atores políticos.

Nesse sentido, apesar de existirem dispositivos constitucionais que obrigam a Administração a aplicar o princípio do desenvolvimento sustentável e os Tribunais de Contas a fiscalizar tal obrigação, o legislador infraconstitucional, em 2010, alterou o art. 3º da Lei nº 8.666/93, estabelecendo que as “licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” devem obedecer ao princípio do desenvolvimento nacional sustentável. Diante dessa alteração, a doutrina denominou essas compras de “licitações sustentáveis”.

Posteriormente à alteração da Lei de Licitações, foi editado o Decreto nº 7.746/12 que regulamenta o art. 3º da Lei de Licitações na Administração Pública Federal. No entanto, o texto do decreto trouxe dúvidas quanto à obrigatoriedade da aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável e quanto à competitividade nos certames licitatórios. Todavia, a maioria da doutrina demonstra que a adoção do princípio do desenvolvimento sustentável deve sempre ser buscado e obedecido.

Além disso, embora seja alegado um choque entre os princípios da economicidade e da competitividade das licitações, os argumentos contrários mostram-se vencidos, uma vez que a Administração deve buscar sempre a melhor proposta, aplicando, quando possível, os critérios sustentáveis e motivando quando não for vantajosa a proposta à coletividade. Assim, as Cortes de Contas, em todos os níveis da federação, a passos curtos, vêm firmando entendimento no sentido de ser obrigatória a aplicação do princípio do desenvolvimento nacional sustentável pelo gestor público.

Logo, cabe aos tribunais de contas a orientação quanto aos requisitos básicos do desenvolvimento sustentável, bem como a mudança de paradigma, fazendo com que o controle externo fiscalize, devidamente, a eficiência nas compras sustentáveis.

Sustainable Public Biddings: A View on the Obligatoriness and Restriction of Competitiveness by the Courts of Accounts

Abstract: The Federal Constitution attributed to the collectivity and the Public Power the responsibility to protect the ecologically balanced environment. Subsequent legislation, such as Law 8.666/93, sought to apply sustainable development in public bidding. However, the Federal Administration issued Decree nº

7.746 / 12 which raised doubts as to the mandatory application of this principle. In response, the courts of law begin to understand that there is an obligation to apply the principle of sustainable development in public tenders. However, there is still difficulty in guiding federal entities to adopt the principle in all bidding.

Keywords: Sustainable Development. Bidding. Courts of Accounts. Competitiveness.

Referências

- ACHKAR, Azor El. Auditoria operacional ambiental: instrumento para efetivação do direito fundamental ao meio ambiente. *Revista Controle*, v. IX, p. 193-213, 2011.
- AZEVEDO, Pedro Henrique Magalhães. Os Tribunais de Contas brasileiros e as licitações sustentáveis. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, out./dez. 2014.
- BARCESSAT, Lena. Papel do estado brasileiro na ordem econômica e na defesa do meio ambiente: necessidade de opção por contratações públicas sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Casa Civil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 8 mar. 2019
- BRASIL. *Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012*. Brasília: Casa Civil, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7746.htm. Acesso em: 8 mar. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010*. Brasília: Casa Civil, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm. Acesso em: 8 mar. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Brasília: Casa Civil, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em: 8 mar. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993*. Brasília: Casa Civil, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 8 mar. 2019.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Licitação sustentável*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/a3p/eixos-tematicos/item/526>. Acesso em: 11 jan. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1317/2013*. TCU, Plenário. 2013a. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:1317%20ANOACORDAO:2013/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uid=74e3d960-4196-11e9-8910-d3d002e2cb21. Acesso em: 8 mar. 2019.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1375/2015*. TCU, Plenário. 2015. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:1375%20ANOACORDAO:2015/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uid=74e3d960-4196-11e9-8910-d3d002e2cb21. Acesso em: 8 mar. 2019.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2995/2013*. TCU, Plenário. 2013b. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:2995%20ANOACORDAO:2013/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uid=74e3d960-4196-11e9-8910-d3d002e2cb21. Acesso em: 8 mar. 2019.
- COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1991.
- COSTA, Carlos Eduardo Lustosa da. *As licitações sustentáveis na ótica do controle externo*. 2011. 56 f. Artigo (Especialização em Auditoria e Controle Governamental) – Instituto Serzedello Corrêa – ISC/TCU, Brasília, 2011. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2435919.PDF>. Acesso em: 11 jan. 2017.

- EMERY, Emerson Baldotto. *Desenvolvimento sustentável* – Princípio da eficiência em procedimentos licitatórios. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- FERRAZ, Luciano de Araújo. Função regulatória da licitação. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 19, p. 1-11, ago./out. 2009. Disponível em: <https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/39/funcaoeregulatoria.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2016.
- FREITAS, Juarez de. Eficácia direta e imediata do princípio constitucional da sustentabilidade. *Revista do Direito da UNISC*, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 45, p. 89-103, jan./abr. 2015.
- FREITAS, Juarez de. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. *Revista Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, v. 13, n. 70, p. 15-35, nov./dez. 2011.
- FREITAS, Juarez de. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. *Processo de Contas de Gestão nº 005562-02.00/13-5*. Primeira Câmara. Julgamento em 2 de junho de 2015. Recurso de Reconsideração nº 720601. Tribunal Pleno. Julgamento em 16 de setembro de 2015.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. *Representação nº 914127*. Primeira Câmara. Julgamento em 26 de abril de 2016. Representação nº 720601. Primeira Câmara. Julgamento em 3 de março de 2015.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano*. Estocolmo: ONU, jun. 1972. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em: 8 mar. 2019.
- PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. *Acórdão nº 5676/15*. TCE-PR, Plenário. 2015. Disponível em: <http://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/acordao-5676-2015-do-tribunal-pleno/279130/area/10>. Acesso em: 8 mar. 2019.
- SAMPAIO, Ricardo Alexandre. Critérios de sustentabilidade: dever ou faculdade? *Blog Zênite*, 12 nov. 2012. Disponível em: <http://www.zenite.blog.br/criterios-de-sustentabilidade-dever-ou-faculdade/>. Acesso em: 11 jan. 2017.
- SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. *Processo eTC-000225-989-16-9*. 29ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara. Julgamento em 20 set. 2016.
- SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. *Processo eTCESP-5108.989.16-1*. 9ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno. Julgamento em 6 abr. 2016.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DUARTE, Tiago Vieira de Sousa. Licitações sustentáveis: uma visão sobre a obrigatoriedade e restrição da competitividade pelos Tribunais de Contas. *Controle Externo: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás*, Belo Horizonte, ano 1, n. 01, p. 51-61, jan./jun. 2019.
