

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

MAÍRA JOAQUIM SIMONELLI

**Licitações verdes: possibilidades e limitações**

Ribeirão Preto

2020

MAÍRA JOAQUIM SIMONELLI

**Licitações verdes: possibilidades e limitações**

**Versão Corrigida**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Área de concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Assed Ferreira

Ribeirão Preto

2020

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca  
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,  
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

SS5981	Simonelli, Maíra Joaquim Licitações verdes: possibilidades e limitações / Maíra Joaquim Simonelli; orientador Gustavo Assed Ferreira. -- Ribeirão Preto, 2020. 159 p.  Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2020.  1. LICITAÇÃO. 2. SUSTENTABILIDADE. 3. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. I. Ferreira, Gustavo Assed, orient. II. Título
--------	--

## FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: SIMONELLI, Maíra Joaquim.

Título: Licitações verdes: possibilidades e limitações.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Aprovado em:

### Banca Examinadora

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_



Aos meus pais, minhas maiores fontes de amor e inspiração.



## AGRADECIMENTOS

Em 2007, eu tinha 11 anos e estava na sexta série. Estudar matemática era um grande desafio e eu acabei reprovando em uma prova da escola pela primeira vez. Chorei e fiquei decepcionada. Voltei para casa envergonhada e acreditando que matemática não era para mim. Que eu nunca saberia somar e dividir ângulos, muito menos ser capaz de resolver problemas e equações complexas como aquelas que certamente apareceriam em certames de vestibular.

Minha mãe é engenheira e sabe bem matemática, então se dispôs a estudar comigo. Após um tempo, olhou para mim e me disse o contrário daquilo que eu supunha: “como você é inteligente! Tem facilidade com os números. Estou vendo como você aprende rápido!” Eu fiquei surpresa e feliz. Embora ainda estivesse errando quase todos os exercícios, comecei a acreditar que eu, de fato, tinha algum tipo de talento nato e que só precisava de um pouco de treino.

E eu treinei, estudei e continuo treinando e estudando até hoje, momento que concluo um programa de mestrado na Universidade de São Paulo. Então, ao sentar para redigir estes singelos agradecimentos, a primeira pessoa que vem à minha cabeça é minha mãe, que sempre soube que talentos natos são raros, e quando existem, por si só não bastam: é tudo questão de treino e foco. Ela me ensinou a acreditar em mim mesma, a não me intimidar e a ousar desejar aquilo que há de melhor. Por isso, o meu primeiro e maior agradecimento é a ela.

Agradeço, também, ao meu pai – uma das pessoas mais brilhantes e gentis que já conheci. Ele se desdobra diariamente para proporcionar a mim e à minha irmã todas as condições materiais e emocionais para que possamos nos dedicar única e exclusivamente aos estudos. Sem ele, esse mestrado seria apenas um sonho.

Meu orientador, Prof. Gustavo Assed, também teve um papel fundamental. Desde o primeiro instante, mostrou-se alguém com quem eu poderia contar, seja com contribuições ativas para a dissertação, seja para os trâmites burocráticos que sempre aparecem. Com a leveza e o bom humor habituais, fez com que a relação orientador-orientanda fosse a mais agradável possível.



Ademais, agradeço ao Prof. Thiago Marrara e ao Prof. Gabriel Lochagin, que participaram da banca de qualificação e contribuíram com preciosas críticas e insights que mudaram (para melhor) os rumos da pesquisa.

Não posso deixar de agradecer também, em nome de Natália Batagim e Julia Rosa, meus amigos da Turma V e da biblioteca da FDRP, que tornaram a jornada do mestrado muito mais prazerosa. E, nessa reta final, minha irmã Flávia, uma amiga de sangue, que tem sido a melhor companheira de quarentena, fazendo feliz esse momento de isolamento social. E se for para falar de felicidade, tenho que falar do João Pedro Félix, meu namorado querido, que muito me ouviu falar sobre a dissertação e que sempre se dispôs a me acalmar nos momentos de “crise”.

Por fim, quero aproveitar a oportunidade para deixar aqui, eternizado nas páginas da minha dissertação, um agradecimento a grandes amigos que me estenderam a mão e me ajudaram da maneira que eu mais queria ser ajudada: Henrique Crivelli, Gabriela Crivelli e Henrique Chamas. Nunca esquecerei da gentileza e da amizade. Muito obrigada!

## RESUMO

SIMONELLI, Maíra Joaquim. **Licitações verdes**: possibilidades e limitações. 2020. 159 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo, 2020.

Inspirado pela lacônica previsão do art. 3º da Lei 8.666/93, que diz que a licitação visa garantir a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, este trabalho foi elaborado em torno da seguinte questão: como podem ser inseridos elementos de sustentabilidade ambiental nas licitações? Para respondê-la, buscou-se atribuir significado a “sustentabilidade” e “desenvolvimento sustentável”. Entendeu-se que o desenvolvimento sustentável deve ser compreendido como o processo de expansão das liberdades e capacidades das pessoas de uma geração que permite que o mesmo seja feito pelas futuras gerações. A admissão da Lei da Entropia nos processos econômicos insere na ideia de desenvolvimento um condicionante ambiental que passa a integrar a sua própria essência, de tal modo que não se pode pensar em um desenvolvimento que não seja sustentável. A CF/88 positiva o direito de todos, inclusive de futuras gerações, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e atribui à coletividade e ao Estado o dever de defendê-lo e preservá-lo. Sendo um documento dotado de força normativa, é preciso que a Administração Pública encare com a devida seriedade seu dever de proteção do meio ambiente de promoção do desenvolvimento sustentável. Nessa missão, ela pode se valer de diferentes estratégias, e o manejo do poder de compra estatal por meio das licitações é um instrumento apto, sendo as licitações ambientalmente sustentáveis uma prática encorajada pela ordem jurídica como regra geral. Ainda assim, devem ser respeitadas limitações, como o princípio da legalidade, sobretudo para a proteção da isonomia e da competitividade. Por isso, não é possível a inserção desses critérios na fase de habilitação ou na fixação de como critérios de desempate. Permanecem, contudo, várias possibilidades: a identificação da real necessidade de consumo, a escolha da modalidade, a opção pela forma eletrônica, a definição técnica do objeto, a atribuição de pontuação técnica diferenciada e a definição das obrigações do contratado.

Palavras-chave: Desenvolvimento sustentável. Sustentabilidade. Sustentabilidade ambiental. Licitação. Licitação verdes



## ABSTRACT

SIMONELLI, Maíra Joaquim. **Green Public Procurement**: possibilities and e limitations. 2020. 159 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo, 2020.

This work is inspired by the third article of Law 8.666/93, by which public procurements must guarantee the promotion of sustainable national development. But how can elements of environmental sustainability be pursued? At first, we must search for the best meaning of expressions like "sustainability" and "sustainable development". Sustainable development must be understood as a process of expanding the freedoms and capacities of the people of a generation that allows the same to happen for future generations. The adoption of Entropy Law to the economic processes brings an idea of development and an environmental condition that becomes part of its very essence, so that we cannot think of a development that is not sustainable. CF/88 recognizes people's right, including future generations, to ecologically balanced environment, and sets the duty of the people in general and the government to defend it. As a document with normative force, it is necessary for the Public Administration to face seriously its duty. In this mission, different strategies can be used, such as the management of State's purchasing power through public procurement is an appropriate instrument. Sustainable public procurement is licit and encouraged by the legal system. However, several limitations must be respected, such as the principle of legality, especially for the protection of equality and competitiveness. Therefore, it is not possible to add the criteria during the qualification phase or when setting the tiebreaker criteria. Remains a wide range of possibilities: the identification of real consumption needs, the choice of modality, the option for the electronic form, the technical definition of the object, the attribution of differentiated technical score and definition of obligations do contracted.

Keywords: Sustainable development. Sustainability. Environmental sustainability. Public procurement. Green Public Procurement.



## Sumário

<b>Introdução .....</b>	<b>17</b>
<b>1 Do crescimento econômico ao desenvolvimento sustentável.....</b>	<b>19</b>
1.1 Introdução.....	19
1.2 Desenvolvimento .....	22
1.3 A economia como um sistema e a lei da entropia .....	28
1.3.1 Críticas à aplicação da Lei da Entropia à Economia e a resposta de Herman Daly	32
1.4 Economia ambiental e economia ecológica .....	35
1.4.1 A economia ambiental de Solow .....	35
1.4.2 Economia ecológica (Georgescu-Roegen, Boulding, Daly, Ayres, Pearce e Turner)	37
1.4.3 Entre o otimismo de Solow e o fatalismo de Georgescu-Roegen .....	42
1.5 Desenvolvimento sustentável .....	42
1.5.1 Histórico.....	43
1.5.2 O desenvolvimento sustentável de Brundtland .....	45
1.5.3 Necessidades vs. Liberdades: desenvolvimento sustentável além de Brundtland 45	
1.5.4 As dimensões da sustentabilidade.....	48
1.5.5 Multidimensionalidade do desenvolvimento sustentável no âmbito da ONU	50
1.5.6 Sustentabilidade: de qualificador a elementar.....	51
1.5.7 Solidariedade intergeracional como condicionante ambiental do desenvolvimento .....	53
1.6 Síntese conclusiva .....	55
<b>2 A Constitucionalização do Direito Administrativo.....</b>	<b>57</b>
2.1. Neoconstitucionalismo.....	57
2.2. A força normativa da Constituição e dos princípios .....	60
2.3. Princípios de interpretação constitucional .....	63
2.4. Filtragem constitucional e constitucionalização do Direito infraconstitucional ....	65

2.5.	A constitucionalização do Direito Administrativo.....	67
2.6.	Síntese conclusiva .....	74
<b>3</b>	<b>Licitações: razões e fins .....</b>	<b>75</b>
3.1.	Fomento para promoção do desenvolvimento sustentável .....	75
3.2.	Estratégias para promoção do desenvolvimento sustentável pelo Poder Público .	78
3.3.	Generalidades sobre licitações .....	84
3.3.1.	Conceito e natureza jurídica.....	85
3.3.2.	Fontes normativas .....	87
3.3.3.	Princípios .....	89
3.4	A licitação como instrumento de promoção de desenvolvimento ambientalmente sustentável .....	94
3.4.1	Finalidades da licitação à luz da redação do art. 3º da Lei 8.666/93 .....	94
3.4.2	Licitações ambientalmente sustentáveis (ou licitações verdes) .....	97
3.4.3	Licitações sustentáveis na ONU e União Europeia .....	100
3.4.4	Licitações sustentáveis na agenda governamental brasileira .....	103
3.4.	Síntese conclusiva .....	105
<b>4</b>	<b>Licitações ambientalmente sustentáveis: possibilidades e limitações.....</b>	<b>109</b>
4.1.	Modalidades de licitação .....	109
4.2.	Fases e etapas.....	111
4.3.	Panorama das licitações sustentáveis no ordenamento jurídico infraconstitucional	120
4.3.1	Licitações sustentáveis na legislação federal .....	120
4.3.2	A regulamentação do art. 3º da Lei 8.666/93 pelo decreto nº 7.746/2012 ...	125
4.3.3	Licitações verdes na legislação paulista.....	126
4.4.	A ponderação da sustentabilidade em cada etapa do processo licitatório.....	129
4.4.1	Modalidade de licitação .....	130
4.4.2	Definição do objeto .....	131
4.4.3	Habilitação.....	136
4.4.4	Julgamento das propostas .....	137

4.4.5	Critérios de desempate.....	139
4.4.6	Definição das obrigações do contratado e remuneração .....	140
4.5.	Síntese conclusiva .....	141
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>145</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>151</b>





## Introdução

Este trabalho tem como objetivo estudar a promoção do desenvolvimento ambientalmente sustentável por meio das licitações, sobretudo a sua constitucionalidade, legalidade, possibilidades e limitações.

Primeiramente, será feita uma análise a respeito da necessidade de conceituação da expressão “desenvolvimento sustentável” e, logo em seguida, partir-se-á à efetiva realização dessa empreitada. Será dada ênfase à teoria das liberdades de Amartya Sen e aos estudos de economistas ecológicos que ponderam os efeitos da lei da entropia na economia. Ao final do capítulo, estará definido aquilo que se compreende como desenvolvimento sustentável.

No capítulo segundo, serão abordados alguns aspectos teóricos firmados por estudiosos neoconstitucionais. Acredita-se que a abordagem neoconstitucional pode fornecer robusto repertório teórico para que licitações sejam compreendidas do modo que se reputa mais consoante com a Constituição Federal, ainda que isso signifique um ligeiro afastamento daquilo que tradicionalmente é interpretado da literalidade legal. Isso porque a adoção de uma perspectiva pós-positivista neoconstitucional do Direito impõe uma releitura de todo o ordenamento jurídico por meio das lentes constitucionais, o que, naturalmente, alcança o Direito Administrativo e seus institutos, dos quais é exemplo a licitação.

O terceiro capítulo visa conectar as ideias exposta nos anteriores, o que será concretizado pelo tratamento do dever público de promoção de práticas de desenvolvimento sustentável. Serão abordadas algumas estratégias pelas quais a tarefa pode ser cumprida, assim como instrumentos aptos a esse fim, e a licitação será indicada como um deles.

Ainda no terceiro capítulo, serão expostos conceitos e princípios básicos sobre licitações, sendo conferida atenção especial às finalidades da licitação. Ao final, chegar-se-á, finalmente, no conceito de licitações verdes (ou ambientalmente sustentáveis).

O quarto e derradeiro capítulo é destinado a oferecer ao leitor um tratamento prático e sistematizado sobre as possibilidades e limitações da utilização de critérios de sustentabilidade ambiental nas licitações. Para tanto, será feita uma breve exposição a respeito do procedimento licitatório. Em seguida, será apresentado um panorama do ordenamento jurídico federal e do Estado de São Paulo sobre o assunto.

Ao final, será dada uma resposta à principal questão que ordenou a elaboração deste trabalho: quais são as possibilidades e limitações da inserção de critérios ou elementos de sustentabilidade ambiental nas licitações? Assim, será tratada a possibilidade de inclusão de tais critérios em cada etapa do procedimento, a começar pela fase interna.

Essa breve exposição indica o intuito de concretização de uma pesquisa do tipo jurídico-compreensivo, que se utiliza de um “procedimento analítico de decomposição de um problema jurídico em seus diversos aspectos, relações e níveis” (GUSTIN; DIAS, 2015, p. 28-29).

Tal tipologia pode ser identificada pelo objetivo geral desta pesquisa, que é compreender e sistematizar como a adoção de critérios de ecossustentabilidade nos procedimentos licitatórios, levando em conta os dispositivos legais, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Para a consecução do objetivo geral, foram eleitos alguns objetivos específicos, que guiarão a realização da pesquisa:

- a. Estudar a relação entre o desenvolvimento e o meio ambiente;
- b. Estudar o conceito de desenvolvimento sustentável, a fim de fixar marco teórico;
- c. Analisar a relação entre o Poder Público e o desenvolvimento sustentável;
- d. Estudar as licitações enquanto instituto, sobretudo sua finalidade de promoção do desenvolvimento sustentável;
- e. Analisar como o ordenamento jurídico trata da questão das licitações sustentáveis;
- f. Estudar o procedimento das licitações, desde a fase interna até a adjudicação.

O problema jurídico central deste estudo gravita em torno das possibilidades e limitações de critérios ecossustentáveis nos editais de compras públicas. Ele será analisado tanto no aspecto teórico-doutrinário, quanto no normativo e no jurisprudencial.

Para tanto, será adotada uma estratégia metodológica predominantemente bibliográfica, com análise de doutrinas e artigos jurídicos e de ciências econômicas. Também será realizada análise de documentos – legislação, atos normativos e decisões judiciais.

## 1 Do crescimento econômico ao desenvolvimento sustentável

*'Would you tell me, please, which way I ought to go from here?'*  
*'That depends a good deal on where you want to get to,' said the Cat.*

Lewis Carroll, Alice in Wonderland.

### 1.1 Introdução

Este trabalho tem como principal objeto de estudo a promoção do desenvolvimento ambientalmente sustentável por meio das licitações. A ideia de que estas possam se prestar a fins que ultrapassam a mera seleção da proposta mais vantajosa para a Administração – sentido que, frequentemente, é reduzido ao interesse fazendário – vem da leitura da própria legislação:

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.

É em razão do citado dispositivo que, desde 2010, ano no qual a Lei nº 12.349 alterou a redação o art. 3º da Lei 8.666, é possível vislumbrar um procedimento licitatório no qual, simultaneamente, sejam perseguidos o respeito à isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. São finalidades que, como se pretende demonstrar ao longo do estudo, não se excluem. Muito pelo contrário: completam-se.

Mas antes de nos debruçarmos acerca dos pormenores jurídicos referentes ao procedimento licitatório, é preciso dar um passo para trás e estudar algumas questões preliminares, das quais dependerão todo os deslindes da pesquisa: o que é desenvolvimento? Como se entende a sustentabilidade? Qual é o desenvolvimento que pode ser qualificado como sustentável?

São questionamentos complexos, e quanto mais se estuda, com mais intensidade essa complexidade se revela. Não há, portanto, pretensão de oferecer resposta final e absoluta – apenas um norte a ser seguido pelo intérprete, com a eliminação de algumas extremidades.

“Desenvolvimento”, “sustentabilidade” e “desenvolvimento sustentável”, termos e expressões que serão diversas vezes mencionados ao longo do texto, são conceitos jurídicos indeterminados: aqueles cujo significado é ambíguo ou impreciso, necessitando de complementação pelo intérprete (GRAU, 1982, p. 224).

A doutrina de Engisch permite, mais especificamente, classificá-los como conceitos indeterminados-normativos: indeterminados porque o seu conteúdo e extensão são largamente incertos (2001, p. 208) e normativos pois apenas podem ser aplicados no caso concreto após um exercício de valoração (2001, p. 213-214). Entende-se que estes equivalem ao que Tércio Sampaio Ferraz Junior (2007, p. 298) chama de “conceito valorativo”: os que apresentam uma imprecisão de sentido quanto à intenção (conotação), quanto aos atributos que os definem.

É clássica a lição de introdução ao estudo do Direito pela qual apenas pela interpretação a lei deixa de ser somente texto e se torna norma. Como ensina Eros Grau (2009, p. 27), texto e norma não se confundem, pois esta é o fruto da interpretação daquele.

Lê-se na obra de Humberto Ávila (2016, p. 51-52) que a interpretação não é um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto. Então, o significado do texto depende seu uso e interpretação, não sendo algo incorporado ao conteúdo dos vocábulos, o que é demonstrado pelas variações no tempo e no espaço, assim como as controvérsias doutrinárias a seu respeito. Tampouco seria possível buscar a vontade do legislador, visto que o processo legislativo é complexo e não se submete a um autor individual, nem a uma vontade específica.

Naturalmente, se a redação legal contemplar conceito jurídico indeterminado, será exigido um esforço hermenêutico ainda maior do intérprete, que deverá proceder à devida valoração. O que deve ficar claro é que essa valoração não deve ser feita de modo puramente discricionário, até porque existem limites semânticos que impedem certas interpretações: o próprio texto legal determinará o alfa e o ômega da variação de um significado.

Ou melhor dizendo:

[...] há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. Wittgenstein refere-se aos jogos de linguagem: há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunicação linguística geral (ÁVILA, 2016, p. 52).

Essa constatação é de extrema relevância para a proteção do Estado Democrático de Direito, pois a atribuição de um significado ao texto da lei capaz de subverter seu significado representa uma afronta à democracia, já que o Direito é resultado da escolha dos representantes eleitos pelo povo (STRECK, 2014, p. 175-176). Ademais, conceitos valorativos exigem, no campo jurídico, a busca de razoável objetividade dos valores neles presentes, o que é feito pela referência ao respectivo contexto social de utilização (FERRAZ JUNIOR, 2007, p. 298).

Diante disso, este trabalho terá suas primeiras páginas dedicadas inteiramente à busca de um significado legítimo para os vocábulos “desenvolvimento”, “sustentabilidade” e “desenvolvimento sustentável”. Para tanto, será preciso integrar o Direito ao estudo de outras áreas das ciências, tais como a economia, a física e a ecologia.

Essa escolha está longe de ser mera vaidade acadêmica: é, na verdade, imperiosa. É impossível pensar na maior parte dos conceitos e institutos de Direito Ambiental de maneira juridicamente hermética. Sendo a proteção do meio ambiente uma tarefa ampla e dinâmica, o Direito Ambiental é marcado por inegável traço transdisciplinar<sup>1</sup>: interage de modo transversal no cenário científico, tanto na órbita jurídica quanto nas demais áreas do conhecimento (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 379). É por essa razão que Derani (2008, p. 64-65) o identifica como um “direito transversal”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Entendimento compartilhado por Ana Maria Nusdeo (2006, p. 360): “O Direito Ambiental - e as ciências ambientais de modo geral - caracterizam-se pela interdisciplinariedade, isto é, necessidade de recorrer-se a diversas disciplinas acadêmicas para a compreensão da realidade de seus problemas e encaminhamento de suas soluções.”

<sup>2</sup> Nas palavras da autora (DERANI, 2008, p. 64-65): “Steiger cognomina o direito ambiental ‘direito transversal’ (Querschnittsrecht), pois ele não se deixa classificar dentro de uma das disciplinas clássicas do direito: direito civil, penal, público (direito constitucional e administrativo). Muito mais, normas de todas essas disciplinas podem compor o direito ambiental. Klopfer, em consonância, afirma que é difícil a delimitação do direito ambiental, porque a proteção do meio ambiente apresenta-se como uma ‘tarefa transversal’ (Querschnittsaufgabe) para resolver problemas

Em boa síntese:

A nosso ver, o Direito Ambiental não apenas atua de modo transversal em relação às demais disciplinas jurídicas, mas também estabelece um canal de diálogo aberto para além do espectro jurídico, dilatando as fronteiras do saber jurídico para além dos seus marcos tradicionais. Em vista principalmente da natureza complexa do objeto que lhe cumpre estudar, o Direito Ambiental apresenta-se como um marco de ruptura do Direito e do ensino jurídico tradicionais, reconhecendo a insuficiência e a limitação do "saber jurídico" vigente para compreender as relações jurídicas de matriz ambiental que marcam o nosso tempo. A predisposição científica de dialogar com outras áreas do conhecimento humano traduz-se na busca e complementação de conhecimentos (que lhe faltam) necessários a uma compreensão transdisciplinar e adequada do fenômeno jusambiental (SARLET; FENSTERSEIFER, p. 379-380).

Assim, valendo-se de teorias econômicas de diferentes vertentes e enveredando-nos pela física, objetiva-se analisar a evolução dos conceitos até o alcance daquele que se entende como o de abrangência mais adequada à realidade contemporânea. Com essa empreitada, espera-se alcançar subsídios teóricos para a valoração do conceito de “desenvolvimento sustentável”, de modo a melhor interpretar o art. 3º da Lei 8.666/1993.

## 1.2 Desenvolvimento

Em um primeiro olhar, a palavra *desenvolvimento* costuma remeter, imediatamente, à ideia de crescimento econômico. Este pensamento não está de todo equivocado, porém não contempla a real amplitude de seu significado.

De fato, até poucas décadas, não era necessário realizar muita distinção entre as expressões, já que os poucos países desenvolvidos eram aqueles que alcançaram a riqueza por meio da industrialização, enquanto os países subdesenvolvidos eram os pobres, com pouco ou ausente aparato industrial (VEIGA, 2010, p. 18).

Essa constatação fática conduzia ao entendimento de que o desenvolvimento seria um processo contínuo e autossustentado, capaz de elevar a renda per capita continuamente ao longo de um certo período (NUSDEO, 2001, p. 349).

---

inter-relacionados e exige regras inter-relacionadas de proteção ambiental, permeando praticamente todo o conjunto da ordem jurídica, superando, com isto, toda classificação tradicional sistemática do direito.

Entretanto, o passar dos anos demonstrou que o forte crescimento econômico em algumas nações semi-industrializadas não se reverteu em maior acesso das suas populações a bens e serviços (como saúde e educação), tampouco em distribuição de renda, tal qual ocorrera nos países desenvolvidos. Em outras palavras, não foi capaz de se traduzir em bem-estar.

A título de exemplo, foi o que aconteceu no Brasil – o chamado “milagre econômico”. Entre os anos de 1968 e 1973, o país experimentou taxas extraordinárias de crescimento do Produto Interno Bruto (PIB), indicador que representa o valor de mercado de todos os bens e serviços finais produzidos em um país durante certo período (MANKIWI, 2010, p. 469), normalmente, um ano. No citado triênio, o PIB brasileiro alcançou o patamar de crescimento médio de 11,1% ao ano – mais do que o dobro da observada no triênio anterior (4,2% ao ano) e dez vezes a cifra do ano de 2019<sup>3</sup>.

Os economistas brasileiros estudam quais foram os fatores determinantes para tamanho avanço. Veloso, Villela e Giambiagi (2008, p. 225) afirmam que os mais frequentemente indicados são os seguintes: política econômica do período (sobretudo políticas monetária e creditícia expansionistas acompanhadas por incentivos às exportações), o ambiente externo favorável e a reformas institucionais do Programa de Ação Econômica do Governo, principalmente as fiscais e financeiras.

Porém, quaisquer que tenham sido, o fato é que esse avanço econômico não se sustentou por muito tempo e, após a primeira crise do petróleo, o país vivenciou uma drástica recessão que culminaria na “década perdida”. Essa simples constatação já seria o suficiente para que esse período de prosperidade brasileira não possa ser classificado como desenvolvimento.

Em sua vanguardista obra “Desenvolvimento e ecologia”, Nusdeo (1975, p. 6-8) afirma que um processo de desenvolvimento real não se restringe ao mero crescimento quantitativo do produto – para que este seja constante e capaz de se autossustentar, exige-se que sejam realizadas uma variedade de modificações qualitativas. Sem essas, há, no máximo,

---

<sup>3</sup> De acordo com dados disponibilizados no site do IBGE, acessado em 05/04/2020. <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>



crescimento induzido. A capacidade de autossustentação, portanto, seria intrínseca ao desenvolvimento.

Outro aspecto que impede que a classificação como desenvolvimento está no fato de que o referido crescimento econômico não refletiu em melhoras nos indicadores sociais, como na saúde e na educação. Essa afirmação pode ser demonstrada por estatísticas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística de 2018 (IBGE, 2019), que indicam que uma taxa média nacional de analfabetismo de 11,5% entre pessoas com quarenta anos ou mais, e de 18,6% entre pessoas de sessenta anos ou mais – mais ou menos a faixa etária das pessoas em idade ideal de alfabetização durante o *boom* econômico e os anos que os seguiram.

Além disso, hoje, o Brasil apresenta um dos índices mais alarmantes do coeficiente de Gini, que representa diferença entre os rendimentos dos mais pobres e dos mais ricos: o valor zero representa a situação de igualdade absoluta; o valor cem, o extremo oposto. De acordo com dados de 2018 do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, o índice brasileiro é de 51,3%<sup>4</sup>, o septuagésimo nono lugar no ranking mundial.

Conclui-se que por mais que, certamente, o desenvolvimento e o alcance do bem-estar passem pelo crescimento econômico, a ele não se resumem. Ao contrário, exigem uma sorte de mudanças qualitativas e quantitativas em intensidade capaz de conduzir a radicais e estruturais transformações nas mais diversas ordens. Afinal, “no crescimento a mudança é quantitativa, enquanto no desenvolvimento ela é qualitativa” (VEIGA, 2010, p. 56).

Nesse mesmo sentido, Ignacy Sachs (2008, p. 13-14) ressalta que o crescimento, ainda quando acelerado, não é sinônimo de desenvolvimento quando não consegue ampliar o emprego, reduzir a pobreza e diminuir as desigualdades. Afinal, vai além da simples multiplicação da riqueza material.

Em razão disso, embora inexista dúvida de que seja um facilitador – e, muitas vezes, verdadeira *conditio sine qua non* – entende-se que o crescimento econômico não basta em si próprio. Sozinho, não pode ser encarado como uma fórmula universal para o bem-estar. É o que defende Abramovay (2012, p. 76), que nele reconhece um caráter de instrumentalidade: é um meio, e não um fim em si.

---

<sup>4</sup> As estatísticas constam do relatório “Human Development Indices and Indicators: 2018 Statistical Update”.

Semelhantemente, José Eli da Veiga (2015, p. 82) afirma que o desenvolvimento só se define pelos seus fins, jamais pelos meios, dos quais é exemplo o crescimento econômico. Cavalcanti (2012, p. 37) oferece uma boa distinção entre os termos: desenvolvimento representa mais do que o mero crescimento da economia ou da acumulação de capital, pois não apenas representa o incremento da capacidade produtiva, mas também irradia progresso para toda população.

Para Herman Daly (2007, p. 10), as diferenças são tão claras que chega a ser possível até mesmo identificar um crescimento antieconômico, quando este ultrapassa um ponto ótimo. Na sua teoria, esse ponto é definido por critérios ecológicos. As ideias de Daly serão tratadas com maior atenção posteriormente.

Visionariamente, ainda na década de 60, Celso Furtado (1967, p. 102) já reconhecia que estes são fenômenos que não se confundem: o desenvolvimento compreende o crescimento e o supera. O crescimento econômico não reflete imediato desenvolvimento, pois neste deve haver um projeto social subjacente, seriamente preocupado com a real melhoria das condições de vida da massa da população (FURTADO, 2004, p. 484). Tal projeto, por sua vez, não é nada senão fruto da vontade política. É por isso que se pode apontar o desenvolvimento como “o mais político dos temas econômicos” (CARDOSO, 1995, p. 148).

A pesquisa pela literatura indica estar razoavelmente superado o raciocínio reducionista do desenvolvimento que o associa única e exclusivamente ao desenvolvimento econômico. Agora, a discussão gira em torno de seu significado, sentido e amplitude: o que é, afinal, desenvolvimento?

Há inúmeras posições que variam não somente conforme a bagagem pessoal e acadêmica de cada estudioso, mas também de acordo com o tempo e o espaço. E não poderia ser diferente: embora haja inúmeras fórmulas matemáticas que tentem explicá-lo, o desenvolvimento é um conceito das ciências sociais, e como todos os que dela fazem parte, é historicamente denso, estando em constante redefinição, ao passo em que são estruturalmente alteradas as relações sociais. Isso possibilita que novas dimensões, como ecológicas e éticas enriquecem a sua noção (CARDOSO, 1995, p. 148).

Acredita-se que o desenvolvimento pode ser compreendido como um valor dotado de historicidade. Para melhor explicar o que essa afirmação pretende dizer, é necessário

rememorar o que ensinou Norberto Bobbio, na sua clássica obra *A Era dos Direitos* (2004, p. 19):

Também os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem. [...] Sabemos hoje que também os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação.

Tal como ocorre com os direitos humanos, pensa-se que o rol de componentes da ideia de desenvolvimento está em constante ampliação, de acordo com os novos desafios e embates que enfrenta a humanidade. Não é possível, portanto, elaborar um verbete fechado. Novos elementos surgem a todo momento: o que basta para que determinada sociedade seja identificada como desenvolvida hoje pode ser insuficiente amanhã.

Entende-se que a compreensão do desenvolvimento proposta por Amartya Sen (2000, p. 3) é a que mais satisfaz a complexidade e a dinamicidade da questão: seria o processo de expansão das liberdades reais desfrutadas por um povo. Assim, o desenvolvimento consistiria no afastamento de todos os fatores que limitam as escolhas e as oportunidades de alguém, como, por exemplo, a miserabilidade e a falta de direitos políticos.

Em outras palavras, poder-se-ia reconhecer o desenvolvimento quando os benefícios do crescimento se reverterem em fatores de expansão das capacidades e liberdades humanas: o conjunto de coisas que as pessoas podem ser ou fazer na vida (VEIGA, 2015, p. 15).

O próprio Amartya Sen (2000, p. 3) considera que o mérito de sua teoria está na observação do fenômeno permitir um panorama mais amplo – ao contrário de visões fechadas, como aquelas que identificam o desenvolvimento tão somente ao aumento do PIB, de rendas privadas, da industrialização, tecnologia ou qualquer outro fator considerado de modo singular.

Assim, permite que foquemos na finalidade – a expansão de liberdades - e não em eventuais meios que podem ser, para tanto, empregados, por mais importantes ou essenciais que sejam. Primeiramente, porque sendo meios, não podem ser tratados com fins. Em segundo lugar, porque são apenas alguns dos existentes, e o principal deles consiste na

própria liberdade: “*freedoms are not only the primary ends of development, they are also among its principal means*”<sup>5</sup> (SEN, 2000, p. 10).

Sen (2000, p. 37) entende que os diferentes tipos de direitos e oportunidades contribuem para a ampliação das liberdades humanas de modo geral, gerando, por consequência, desenvolvimento. A eficácia da liberdade como instrumento está no fato de que os diferentes tipos de liberdade estão todos interrelacionados, de tal forma que uma espécie de liberdade atua na promoção das outras.

A compreensão da relação de intersecção existente entre as diversas liberdades e capacidades humanas permite, então, que o desenvolvimento seja redefinido com base na universalização e no exercício efetivo de todos os direitos humanos: políticos, civis e cívicos; econômicos, sociais e culturais, bem como direitos coletivos, dos quais é exemplo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado<sup>6</sup> (SACHS, 2008, p. 14).

Além de Sachs, a teoria do desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen é adotada por diversos autores – algumas vezes de modo expresso, outras, implicitamente. Veja, a influência é clara em José Eli da Veiga (2015, p. 82), para quem o desenvolvimento “tem a ver, primeiro e acima de tudo, com a possibilidade de as pessoas viverem o tipo de vida que escolherem”.

Também pode ser identificada no pensamento de Celso Furtado (2004, p. 485), que em um de seus últimos artigos defendeu que o fenômeno não pode ser visto simplesmente como um processo de acumulação e de aumento de produtividade macroeconômica, mas sobretudo como um meio de acesso a formas sociais capazes de estimular a criatividade humana e responder às aspirações da coletividade.

Exemplificativamente, ainda podem ser elencados outros estudiosos brasileiros que adotam a teoria de Amartya Sen em suas obras, como Ricardo Abramovay (2012, p. 45), Juarez Freitas (2019, p. 51-52), Clovis Cavalcanti (2012, p. 37) Eduardo Felipe Matias (2014, p. 261-263).

---

<sup>5</sup> Tradução nossa: “Liberdades não são apenas os principais fins do desenvolvimento, elas são, também, seus principais meios”.

<sup>6</sup> O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental transindividual, de terceira geração (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 55).

De forma sintética, Sachs entende ser possível sumarizar a evolução da ideia de desenvolvimento nos termos de sua paulatina complexificação, que é explicitada pela discussão de novas problemáticas e ilustrada pela consequente adição de sucessivos adjetivos (2008, p. 37).

A mais notória das qualificações atribuídas ao substantivo “desenvolvimento”, provavelmente, é a “sustentável”, que pondera o dilema existente ente desenvolvimento (sobretudo no viés econômico) e natureza em um tom conciliatório. A expressão conta com um uso maciço nos mais diversos contextos desde 1987, quando foi popularizada pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU no documento “O Nosso Futuro Comum”, também conhecido como “Relatório Brundtland”. Cumpre esclarecer que sua origem é atribuída à União Internacional para a Conservação da Natureza – IUCN, responsável por cunhar o termo poucos anos antes (FERREIRA, 2006, p. 95).

Em que pese a popularidade alcançada perante a sociedade de modo geral (o que inclui a mídia), sua aceitação não é unânime no meio científico, havendo grandes nomes que encaram a problemática com ceticismo. É o que veremos nos tópicos a seguir.

### 1.3 A economia como um sistema e a lei da entropia

Os tradicionais manuais de introdução ao estudo da economia, do qual é exemplo o de Gregory N. Mankiw (2010, p. 24), costumam explicar a organização da economia e a interação de seus agentes por meio do “diagrama de fluxo circular”: um modelo no qual é representado o fluxo de insumos e produtos e o fluxo de dinheiro que há entre empresas, famílias, mercados de bens e serviços e mercados de fatores de produção.

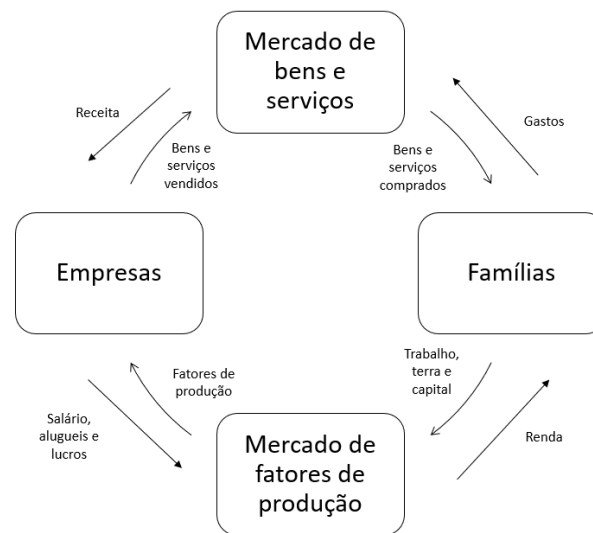


Figura 1 – Diagrama de fluxo circular.

Fonte: MANKIW, 2010, p. 24.

O diagrama indica uma visão da macroeconomia como um sistema isolado do ambiente (CECHIN, 2010, p. 21). Sistemas isolados são aqueles nos quais inexiste troca de matéria ou de energia com o exterior – um bom exemplo seria o universo, se considerado como um todo. Já sistemas abertos são o contrário: trocam tanto energia quanto matéria com o meio ambiente. Por fim, em sistemas fechados há troca de energia, mas não de matéria (GEORGESCU-ROEGEN, 2019, p. 15).

Nusdeo (2001, p. 284) reconhece que se trata de um modelo supersimplificado, mas entende que ele é útil para demonstrar a igualdade básica que haveria entre renda e produto. Ressalta, porém, que sua elaboração não considera deduções tributárias nem a existência de um setor financeiro destinado a coletar recursos não direcionados ao consumo.

No entanto, há economistas que identificam mais outras deficiências na representação do diagrama do fluxo circular, e as principais seriam a concepção do sistema econômico como um sistema isolado e a desconsideração da lei da entropia – a Segunda Lei da Termodinâmica. Nesse sentido<sup>7</sup>, Enrique Leff (2006, p. 172):

---

<sup>7</sup> Entendimento semelhante é manifestado por Clóvis Cavalcanti (2012, p. 39): “A realidade do raciocínio econômico, com tal abstração, permite que se conceba o mundo sem ecossistema. [...] Sim, o meio ambiente existe; mas fica lá em outro plano (galáxia, planeta). Quando muito, pensa-se o ecossistema como [...] uma dispensa ou almoxarifado de onde se saca o que se queira e onde se joga todo lixo. Daí no modelo da teoria econômica dominante inexistir preocupação com o meio

A economia promoveu um crescimento sem limites, negando as condições (potenciais e constrangimentos) da natureza. Na teoria econômica da natureza, aparece como uma fonte infinita de recursos disponíveis para sua apropriação e transformação econômica guiada pelas leis do mercado; sua falha provém de sua visão do processo econômico como um fluxo circular de valores econômicos e preços de fatores produtivos. No entanto, a partir da análise termodinâmica, a produção aparece como um processo irreversível de degradação entrópica, de transformação de baixa em alta entropia.

Essa concepção da dinâmica macroeconômica representada pelo diagrama do fluxo circular é decorrência da importação e aplicação analógica de conceitos da física mecânica clássica – a física do século XIX, que se baseia na conservação de energia.

Muito brevemente, a ideia da conservação de energia pode ser expressa nos seguintes termos (WALKER; HALLIDAY; RESNICK, 2013, p. 185): em um sistema isolado, no qual apenas forças conservativas provocam mudanças de energia, a energia cinética e a potencial podem se alterar, mas a somatória delas – a energia mecânica do sistema – nunca varia. Da conservação de energia decorre que a energia mecânica total de um sistema apenas pode se alterar pela transferência de energia para dentro ou para fora do sistema (WALKER; HALLIDAY; RESNICK, 2013, p. 195).

Ocorre que o sistema econômico nem de longe pode ser pensado como um sistema isolado. As transformações reais que ocorrem na economia estão direcionadas no tempo – são irreversíveis – e envolvem mudanças qualitativas que não podem ser desprezadas (CECHIN, 2010, p. 43). Veja bem: o sistema produtivo transforma recursos naturais, na condição de matéria-prima, em produtos valorizados pela sociedade. Contudo, em cada transformação sempre são gerados resíduos que não podem ser reinseridos na cadeia produtiva.

Esse fato impede que pensemos o sistema econômico como um ciclo isolado. Seria, na verdade, um subsistema aberto inserido em um ecossistema maior, finito, não crescente, materialmente fechado, e aberto somente para a energia solar – o Planeta Terra (VEIGA, 2015, p. 99 e DALY, 2007, p.02).

---

ambiente, recursos naturais, poluição e depleção. Mas o fato concreto é que se precisa encarar o processo econômico enquadrado dentro do sistema – a natureza – que o envolve. [...] Assim, o ecossistema não pode ser pensado como externalidade. Sua condição é a do todo maior a que a economia deve inexoravelmente reportar-se”.

Por ser pensada para sistemas isolados, a física mecânica não leva em conta o fator “tempo” como uma de suas variáveis – não há irreversibilidade de transformações. Porém, na prática (fora dos ambientes teóricos ou laboratoriais da física), é difícil pensar em sistemas absolutamente isolados que possibilitem alterações reversíveis<sup>8</sup>.

Nossa existência é ordenada no tempo, e este só passou a ser considerado pela física a partir do advento da termodinâmica, mais especificamente, a Segunda Lei da Termodinâmica, também chamada de Lei da Entropia, que trata de transformações irreversíveis em sistemas fechados, como é o caso da Terra.

No manual de física de Walker, Halliday e Resnick (2013, p. 589), essa lei é ensinada, de forma simplificada, da seguinte forma: a entropia total de um sistema fechado que passa por transformações nunca diminui. Se o processo é irreversível, a entropia aumenta; se for reversível, fica constante. Ainda que a entropia possa diminuir em parte de um sistema fechado, sempre haverá aumento igual ou superior em outra, de modo que a entropia total do sistema nunca diminui. Diferentemente da energia, a entropia não está sujeita a leis de conservação (2013, p. 584-585).

Isso significa que a quantidade de matéria e energia incorporada nos bens finais é sempre inferior à incorporada aos recursos utilizados na sua produção, já que uma parte da energia e da matéria de baixa entropia utilizada no processo de produção se torna de alta entropia, um resíduo inutilizável. Por essa razão, em termos práticos, uma eficiência produtiva absoluta jamais pode ser alcançada, ainda que avanços tecnológicos possam permitir uma diminuição no desperdício da quantidade de baixa entropia. Ademais, como consequência, a reciclagem de materiais nunca pode ser total, sendo falsa a suposição de que a evolução da capacidade de reciclagem é capaz de eliminar o problema dos estoques decrescentes de recursos terrestres, sobretudo em economias continuamente crescentes (CECHIN; VEIGA, 2010, p. 445).

---

<sup>8</sup> Processos irreversíveis, também chamados de unidirecionais, são aqueles que não podem ser revertidos por meio de pequenas mudanças no ambiente. A direção na qual um processo irreversível prossegue é definida pela mudança na entropia  $S$  do sistema submetido ao processo. Entropia  $S$  é uma propriedade de estado (ou função de estado) do sistema; isto é, uma função que depende apenas do estado do sistema e não da maneira pela qual o sistema atingiu esse estado. O postulado da entropia afirma, em parte, que se um processo irreversível ocorre em um sistema fechado, a entropia do sistema sempre aumenta (WALKER; HALLIDAY; RESNICK, 2013).



Fica claro, portanto, que a visão clássica da economia, ilustrada pelo diagrama de fluxo circular, desconsidera a 2ª Lei da Termodinâmica (essa sim pensada para sistemas fechados como a Terra, na qual está inserido o subsistema aberto da economia) ao conceber um infinito fluxo de bens sem diferença qualitativa entre si.

Pensar no processo econômico nos termos de um modelo mecânico conduz à falsa ideia de que a economia é um carrossel incapaz de interferir no meio ambiente composto de matéria e energia (GEORGESCU-ROEGEN, 2012, p. 79). Para corrigir esse equívoco, exige-se que ela contabilize a geração de resíduos e a dilapidação do meio ambiente (CECHIN, 2010, p. 41-42).

Diante desse cenário, compartilha-se da constatação de Leff (2006, p. 136): a questão ambiental problematiza as bases da produção, conduzindo à desconstrução do paradigma econômico da modernidade e à formação de uma nova realidade produtiva, firmada no reconhecimento dos limites da natureza, nas potencialidades ecológicas e na criatividade humana.

### 1.3.1 Críticas à aplicação da Lei da Entropia à Economia e a resposta de Herman Daly

A aplicação da lei da entropia à economia está longe de ser unânime. Pelo contrário, diversos economistas clássicos teceram duras críticas a seu respeito. Entre eles, destaca-se Jeffrey T. Young, partidário da economia neoclássica mecanicista tradicional que, no seu artigo intitulado *“Is the entropy law relevant to the economics of natural resource scarcity?”*, categoricamente, afirma que *“the entropy law does not add anything which is not already considered in economic models of long-run economic growth in relation to the availability of environmental resources”*<sup>10</sup> (1991, p. 169).

Para ele, a entropia é um princípio físico de aplicação restrita a sistemas fechados e apenas para energia, não para a matéria, como advogam os defensores de sua aplicação. Ao

---

<sup>9</sup> Tradução nossa: A lei da entropia é relevante para a economia da escassez de recursos naturais?

<sup>10</sup> Tradução nossa: a lei da entropia não acrescenta nada que já não seja considerado nos modelos econômicos de crescimento econômico de longo prazo em relação à disponibilidade de recursos ambientais.

ser aplicado na teoria econômica, o princípio é usado de maneira bastante estranha ao domínio em que se acredita ser válido (YOUNG, 1991, 179).

Como a Terra é um sistema aberto a energias, pois recebe a energia solar, não estariam presentes os pressupostos de aplicação da referida lei, e qualquer tentativa de emprego à economia – e, portanto, à matéria – é uma aplicação por analogia. “*The ‘law’, therefore, loses its law-like character*”<sup>11</sup> (1991, p. 169). Por essa razão, produção e consumo não estariam obrigados a obedecer a essa lei revisada. Na verdade, Young entende que não haveria sequer como saber se estão sujeitos a ela (1991, p. 170).

Em adição, pensa que o conceito de matéria disponível é antropomórfico, e não é puramente físico, pois varia de acordo com avanços tecnológicos. Afirma que é razoável supor que os recursos serão usados de melhor ou pior forma de acordo com as limitações do conhecimento até então existentes e que os aprimoramentos tecnológicos costumam representar uma força contrária aos retornos decrescentes (YOUNG, 1991, p. 176-177).

Em suma, o que Young (1991, p. 178-179) busca defender é, primeiramente, que a aplicação da lei da entropia fora dos termos tradicionalmente delineados é equivocada. Além disso, que a evolução tecnológica não permite dizer, de forma definitiva, quais matérias estão ou estarão disponíveis. Afirma que seria muito difícil – quiçá impossível - medir o grau de entropia do sistema, o que impede que se reconheça a capacidade da entropia de impor uma escassez absoluta e inescapável.

Tais críticas, porém, não ficaram no vazio. Daly, como será exposto adiante, foi um ferrenho defensor da aplicação da Lei da Entropia à economia e, em 1992, escreveu um artigo inteiro dedicado a responder diretamente a crítica neoclássica. Sua convicção era tamanha que já se percebia pelo efusivo título dado o trabalho: “*Is the Entropy Law Relevant to the Economics of Natural Resource Scarcity? Yes, of Course It Is!*”<sup>12</sup>, em manifesta reação à publicação de Young.

---

<sup>11</sup> Tradução nossa: A 'lei', portanto, perde seu atributo de lei.

<sup>12</sup> Tradução nossa: A lei da entropia é relevante para a economia da escassez de recursos naturais? Sim, claro que é!

Neste artigo, Daly (1992, 91) argumenta que o emprego da lei da entropia à matéria – e não apenas à energia – ocorre frequentemente no meio da ciência da física. Não se trata, portanto, de mera analogia.

Além disso, afirma não compreender a razão pela qual Young não atribuiu o caráter antropomórfico da lei de entropia aplicada à matéria também à energia. Entende que as observações são aplicáveis igualmente a ambos. Afinal, energia não desaparece mais do que a matéria – ela também se dispersa, e novas descobertas de energia concentrada podem mais do que compensar a degradação de energia causada pela atividade econômica em um determinado ano (DALY, 1992, p. 92).

Não haveria razão para a diferenciação, e também não seria possível prever como as novas tecnologias irão impactar tanto na matéria quanto na energia. Assim, argumenta:

It may be claimed that new knowledge will expand available matter (and energy) faster than economic activity will convert it into unavailable matter (and energy). This could happen, but so could the reverse. New knowledge may reduce available matter-energy. For example, the greenhouse effect represents new knowledge that lowers the effective availability of fossil fuels because the capacity to absorb the dispersed CO<sub>2</sub> is less than previously thought. New knowledge may reveal new limits<sup>13</sup>. (DALY, 1992, p. 92).

Logo, ao fim, para manter sua coerência, Daly (1992, p. 91) entende que Young teria que sustentar – e, mais do que isso, provar – a falseabilidade da lei da entropia também em sua formulação clássica para a energia.

Em que pese se reconheça a robustez das críticas feitas por Young, este estudo trabalhará com as escolas que admitem a aplicação da Lei da Entropia à economia. Entende-se que a resposta oferecida por Daly é satisfatória, além de estar em maior sintonia com o princípio da precaução e com o postulado *in dubio pro natura*, que impõem que, havendo

---

<sup>13</sup> Tradução nossa: Pode-se afirmar que o novo conhecimento vai expandir a matéria disponível (e energia) mais rápido do que a atividade econômica vai convertê-la em matéria (e energia) indisponíveis. Isso pode acontecer, mas também pode acontecer o contrário. Novos conhecimentos podem reduzir a matéria-energia disponível. Por exemplo, o efeito estufa representa um novo conhecimento que diminui a disponibilidade efetiva de combustíveis fósseis porque a capacidade de absorver o CO<sub>2</sub> disperso é menor do que se pensava anteriormente. Novos conhecimentos podem revelar novos limites.

incerteza científica sobre a potencialidade danosa de certo ato ao meio ambiente, seja adotada a posição que mais fortemente o tutele.

Dentro desse paradigma, será tratado, no próximo tópico, as diferentes formas pelas quais os economistas lidam com a deterioração ambiental e os resíduos produzidos pela atividade humana.

#### 1.4 Economia ambiental e economia ecológica

Os atuais avanços científicos já permitem reconhecer a finitude de grande parte dos recursos terrestres e irreversibilidade da maioria dos impactos causados no meio ambiente pela atividade antrópica. Não se pode mais ignorar o conflito, e aparente *trade-off*, entre a preservação da natureza e a continuidade da experiência de produção e consumo no padrão ostentado em parte do globo – principalmente as nações às quais atribuímos o qualificativo “desenvolvidas”.

Há razoável consenso a respeito do fato de que, sem mudanças nos hábitos ou nas tecnologias disponíveis, uma hora o progresso econômico nos moldes atuais não poderá continuar. Porém, divergem os cientistas quanto ao grau de dependência que existe entre este e a conservação ambiental e à medida na qual o meio ambiente é um fator limitante do progresso econômico. Discute-se, sobretudo, a respeito do grau de otimismo que pode ser depositado na capacidade humana de criação de novas tecnologias aptas a superar os entraves que a questão ambiental coloca.

É possível identificar, na literatura econômica, alguns nomes muito representativos da celeuma: Robert Solow, Kenneth Boulding, Herman Daly, Nicholas Georgescu-Roegen, Robert Ayres, Pearce e Turner.

##### 1.4.1 A economia ambiental de Solow

Solow, adepto da economia neoclássica, é o principal ícone daquilo que se convencionou chamar de “sustentabilidade fraca”. Para ele, a natureza – seja como fonte de recursos, seja como depósito de resíduos – não representa um limite absoluto para a expansão da economia. Isso porque entende que a preocupação com as limitações ambientais não deve

ser tratada pela abordagem da preservação dos recursos naturais em espécie, mas sim pela possibilidade geral de continuidade no tempo da produção de bem-estar econômico (1974, p. 2).

Essa compreensão do problema permite Solow advogar uma espécie de fungibilidade prática entre os fatores de produção – capital natural, capital produzido pelo homem e força de trabalho. Para ele, a gravidade do problema da exaustão de recursos naturais depende sobremaneira de dois aspectos da tecnologia: a probabilidade de progresso tecnológico, especialmente os que se relacionam à economia de recursos naturais, e a facilidade com que outros fatores de produção, especialmente mão-de-obra e capital reproduzível, podem substituir recursos não-renováveis na produção (SOLOW, 1974, p. 10).

Assim, em tese, o esgotamento de algum recurso natural poderia ser compensado com acréscimos nos demais capitais. Por exemplo, avanços tecnológicos que permitam encontrar insumos substitutos que se prestem aos mesmos fins.

Levada ao extremo, a tese de Solow é, inegavelmente, falha e de difícil defesa. Afinal, em abstrato, ela admitiria uma substituição completa de recursos naturais pelo capital produzido ou pelo trabalho - o que, mesmo intuitivamente, sabe-se não ser possível.

Em razão disso, são intensas as críticas feitas por outros economistas que tratam da questão ambiental. “Afirmar que o mundo realmente pode subsistir sem recursos naturais é ignorar a diferença entre o mundo real e o Jardim do Éden”, provoca Georgescu-Roegen (2012, p.100).

Porém, é importante frisar que Robert Solow expressamente reconhece a finitude dos recursos naturais e os efeitos limitantes que a Segunda Lei da Termodinâmica gera no processo produtivo e na reciclagem (SOLOW, 1974, p. 2). Também reconhece a impossibilidade de substituição absoluta entre os diferentes capitais produtivos e a crescente dificuldade que tal substituição exigirá.

O que o leva a elaborar esta tese é o entendimento de que, justamente em razão da lei da entropia e da finitude dos recursos, nem mesmo uma economia declinante poderia escapar no aniquilamento. Se não houver crença otimista na capacidade humana de atenuar ao máximo os impactos por ela reduzidos sem renunciar totalmente ao bem-estar humano, não faria sequer sentido empregar esforços para persecução de fins sustentáveis, já que, invariavelmente, seria uma tarefa em vão.

Nesse sentido:

It is of the essence that production cannot take place without some use of natural resources. But I shall also assume that it is always possible to substitute greater inputs of labor, reproducible capital, and renewable resources for smaller direct inputs of the fixed resource. Substitution can take place on reasonable terms, although we can agree that it gets more and more costly as the process of substitution goes on. Without this minimal degree of optimism, the conclusion might be that this economy is like a watch that can be wound only once: it has only a finite number of ticks, after which it stops. In that case there is no point in talking about sustainability, because it is ruled out by assumption; the only choice is between a short happy life and a longer unhappy one<sup>14</sup> (SOLOW, 1993, p. 164).

Em que pese, de fato, Solow deposite uma fé fortemente exageradas nas habilidades e nos potenciais humanos, acredita-se que sua teoria serve como um estímulo para que a sociedade não se acomode no fatalismo, convidando-a a se movimentar em busca de novas tecnologias e a repensar hábitos de consumo.

É extremamente improvável – senão impossível – conceber um retrocesso aos tempos tribais e primitivos nos quais a atividade do homem se equilibrava com a natureza perfeitamente, então, de modo prático, as ideias de Solow podem ser tomadas como um norte a seguir.

#### 1.4.2 Economia ecológica (Georgescu-Roegen, Boulding, Daly, Ayres, Pearce e Turner)

Georgescu-Roegen, Boulding, Daly, Ayres, Pearce e Turner são todos economistas pertencentes à linha da economia ecológica, também conhecida como economia da sobrevivência<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Tradução nossa: É indiscutível que a produção não possa ocorrer sem algum uso de recursos naturais. Mas também devo supor que sempre é possível substituir maiores insumos de trabalho, capital reproduzível e recursos renováveis por menores insumos diretos do recurso fixo. A substituição pode ocorrer em termos razoáveis, embora possamos concordar que fica cada vez mais caro à medida que o processo de substituição prossegue. Sem esse grau mínimo de otimismo, a conclusão pode ser que esta economia é como um relógio que só pode dar corda uma vez: tem apenas um número finito de tiques, após os quais para. Nesse caso, não adianta falar em sustentabilidade, porque ela é descartada por suposição; a única escolha é entre uma vida curta e feliz e uma vida mais longa e infeliz.

<sup>15</sup> Nomenclatura utilizada por Charles C. Mueller (1999).

Essa linha parte da premissa básica de que a economia humana está incrustada na natureza, razão pela qual os processos econômicos precisam ser vistos como processos de transformação biológica, física e química (CECHIN, 2010, p. 138). Desse modo, pondera as inter-relações entre o sistema econômico e o meio ambiente e estuda a natureza das trocas entre eles em termos de dimensões físicas, não fluxos monetários (MUELLER, 1999, p. 517).

Analisando a estrutura e o processo econômico de geossistemas sob a ótica de fluxos físicos de energia e matérias, propõe-se a explicar o uso de matérias e energia em ecossistemas humanos, integrando na análise a crítica aos mecanismos e preços de mercado e à valoração econômica da economia ambiental neoclássica (MONTIBELLER-FILHO, 2001, p. 124).

Consequentemente, defende a necessidade de uma reavaliação dos atuais padrões de produção e consumo, a fim de assegurar a viabilidade do próprio sistema produtivo, uma vez que ele não pode existir sem seu substrato biofísico - o meio ambiente. “A lei da entropia integra o pensamento ecoeconômico, como elemento balizador das relações de produção e consumo: elas não podem, ou pelo menos, não devem aumentar a entropia do sistema” (FERREIRA, 2006, p. 74-75).

Dos economistas mencionados, Georgescu-Roegen é o que apresenta a postura mais radical – mais descrente na possibilidade de conciliação dos interesses ambientais e econômicos. Andrei Cechin (2012, p. 59), um estudioso especialista em sua obra, afirma que ele foi o responsável pela ruptura epistemológica com a economia neoclássica que concebia a economia como fenômeno mecânico, independente do lugar e do tempo.

Desde 1973, Georgescu-Roegen dedica diversos estudos ao tratamento da lei da entropia e suas consequências na interpretação da economia, como o intitulado “The Entropy Law and the Economic Problem”. Neste artigo, ele chega a perguntar “como é possível que o homem produza algo de material uma vez que não pode produzir matéria nem energia?” (GEORGESCU-ROEGEN, 2012, p. 57<sup>16</sup>) – uma clara provocação à economia ortodoxa.

Do ponto de vista físico, alega que o processo econômico apenas transforma recursos naturais de valor, que possuem baixa entropia, em resíduos de alta entropia. O

---

<sup>16</sup> Foi consultada a versão traduzida para o português publicada na obra “O decrescimento”, organizada por Jacques Grinevald e Ivo Lins, publicada em 2012.

verdadeiro produto não seria, portanto, um fluxo material de produtos, mas sim a *alegria de viver* (GEORGESCU-ROEGEN, 2012, p. 62).

Georgescu-Roegen (2012, p. 64) acredita que os avanços tecnológicos levam à superestimação dos poderes da ciência, e por essa razão ele critica as correntes que negam ou a existência ou a dimensão de obstáculos ao crescimento da economia. Identifica-se, nesse ponto, uma forte diferença com Solow, que tem seu otimismo quanto a substituição dos fatores de produção expressa e nominalmente criticado (2012, p. 98-100). Também são tecidas críticas a Boulding, que serão expostas mais adiante.

Além disso, afirma que os homens apenas se preocupam com seus descendentes imediatos, mas dificilmente essa preocupação alcançará gerações posteriores aos de seus bisnetos. Por essa razão, acredita que não seriam capazes de renunciar aos seus luxos em favor de pessoas que só nascerão alguns séculos ou milênios depois. É como se a humanidade tivesse optado por viver “uma vida breve, mas excitante, deixando, às espécies menos ambiciosas uma existência longa, mas monótona” (GEORGESCU-ROEGEN, 2012, p. 70).

Nota-se, portanto, um fatalismo na obra de Georgescu-Roegen, que não vislumbra solução para o dilema entre a natureza e a atividade antrópica, e considera como mitos as soluções apontadas por outros economistas.

Seguindo a linha de Georgescu-Roegen, Herman Daly, também se opõe a Solow. Afirma que o capital produzido pelo homem não pode ser encarado como um substituto do capital natural, mas sim como um complemento. Os recursos naturais seriam, na verdade, fatores limitantes da produção, razão pela qual devem ter sua preservação considerada individualmente, independentemente dos demais fatores (DALY, 2007, p. 15).

Daly (2007, p. 2) rejeita expressamente a concepção da economia como um sistema fechado, e desenvolve sua teoria com base na compreensão desta como um subsistema dentro do Planeta Terra - um sistema maior, finito, fechado materialmente e aberto apenas para a energia dos raios solares. Sendo materialmente fechado, há uma limitação de ordem natural à expansão da economia que conduz à existência de um ponto ótimo de crescimento.

Todo crescimento que ultrapassar esse ponto será considerado antieconômico. Em razão de sua finitude, o capital natural vale mais do que o produzido pelo homem. Se ele for demasiadamente sacrificado a fim de que se produzam bens artificiais, a humanidade experimentará mais prejuízos do que benefícios. Haverá, então o crescimento



antieconômico. “*Once we pass the optimal scale, growth becomes stupid in the short run and impossible to maintain in the long run*”<sup>17</sup>, explica (DALY, 2007, p. 12).

Em síntese, para ele, o caminho do progresso econômico deve deixar de ser o crescimento quantitativo e se tornar o desenvolvimento qualitativo, o que conduzirá a algo como um estado estacionário da economia (DALY, 2007, p. 15).

O economista inglês Kenneth Boulding é outro nome que se destaca pelo reconhecimento da natureza como base material que sustenta o progresso. Apresenta, contudo, uma visão mais moderada a respeito do problema.

Partindo da ideia de que a economia é um subsistema contido em um sistema maior, o meio ambiente, Boulding (1980, p. 258) elabora sua teoria com base na ilustração simbólica de dois subsistemas econômicos: a “economia do cowboy” e a “economia da espaçonave”.

O primeiro subsistema simboliza a ideia de um caubói em campos ilimitados, nos quais pode haver um comportamento impulsivo e imprudente pois a intensidade da exploração não é apta a produzir danos irreversíveis ao meio ambiente. É, na prática, como se fosse um sistema aberto.

Já o subsistema da economia da espaçonave indica um horizonte finito e limitado: o próprio planeta Terra, que passa a ser encarado como uma única espaçonave, sem reservas infinitas de tipo algum. O seu tamanho é grande a ponto de arriscar a própria sobrevivência caso os recursos naturais não sejam cautelosamente manejados. É um subsistema fechado, e como tal, o que acontece em determinada parte do sistema reflete em outra.

Como esclarece Ademar Ribeiro Romeiro (2012, p. 72), as dimensões atuais de nosso subsistema econômico e a rapidez com a qual ela se expande estão progressivamente aproximando a Terra de uma espaçonave – e, conseqüentemente, a distanciando da economia do “cowboy”.

A transição da economia do caubói para a da espaçonave exigirá uma mudança de princípios: a principal distinção entre os dois subsistemas reside na atitude diante do consumo (BOULDING, 1980, p. 258).

Na economia do *cowboy*, tanto o consumo quanto a produção são considerados positivos, e o sucesso econômico é aferido pelo rendimento dos fatores de produção – sendo

---

<sup>17</sup> Tradução nossa: Uma vez ultrapassada a escala ideal, o crescimento se torna estúpido no curto prazo e impossível de manter no longo prazo.

que parte desses fatores é extraída dos reservatórios de matérias primas e, depois, parte é despejado, como rejeito, nos reservatórios de poluição. Sendo tais reservatórios infinitos, de fato, o rendimento é uma medida plausível do sucesso da economia.

Diferentemente, na economia da espaçonave, o uso dos fatores de produção não é algo desejável – pelo contrário: é uma prática a ser minimizada, tendo em vista a preocupação central com a manutenção do estoque de capital. Nesse modelo, não são a produção e o consumo os indicadores do sucesso da economia, mas sim a medida pela qual e a qualidade com a qual é conservado esse estoque.

São, portanto, consideradas valiosas as tecnologias que possibilitam manutenção de um determinado estoque total com um rendimento menor - ou seja, com menos produção e consumo (BOULDING, 1980, p. 259). É a criação tecnológica apta a possibilitar a manutenção do estoque de capital com a menor utilização possível de recursos naturais que indicará o sucesso da economia.

Boulding difere de Georgescu-Roegen, de Daly e de Solow por não considerar os efeitos da lei entropia. Por essa razão, é criticado pelo primeiro, que entende que a tese de Boulding conduz a uma visão de economia circular na qual a produção econômica se dá sem a entrada de materiais e com possibilidade absoluta de reciclagem (GEORGESCU-ROEGEN, 1979 p. 1026-1027).

Merecem destaque também as contribuições de Robert Ayres (apud Mueller, 1999, p. 536-547), que trabalha com a noção de metabolismo industrial - o conjunto de transformações de matéria e energia que possibilitam o funcionamento do sistema econômico. Essas transformações devolvem ao meio ambiente matéria e energia em estado irreversível de alta entropia, o que impacta severamente os mecanismos globais de autorregulação, cuja capacidade de assimilação – de regeneração da natureza – é limitada, e muito aquém do necessário para fazer frente à atividade antrópica.

Esta é a principal preocupação de Ayres: a perda de estabilidade do sistema global em razão de emanações do metabolismo do sistema econômico. Acredita ele que essa questão pode se apresentar com ainda mais urgência do que a problemática da escassez de recursos (AYRES apud Mueller, 1999, p. 539).

Essa é uma abordagem semelhante à de Pearce e Turner (1990, p. 39), também expressa em termos de capacidade de assimilação do meio ambiente. Eles afirmam que a economia apenas funciona como um sistema natural enquanto os rejeitos gerados pelo

processo produtivo forem lançados ao meio ambiente em quantidades e qualidades adequadas a essa capacidade.

Caso contrário, se os rejeitos forem lançados ao meio ambiente em quantidade ou qualidade incompatível com a capacidade de assimilação do meio ambiente, a sua função econômica (como fornecedor de recursos, assimilador de rejeitos e fonte direta de utilidades) estará prejudicada (PEARCE; TURNER, 1990, 1990, p. 41).

#### 1.4.3 Entre o otimismo de Solow e o fatalismo de Georgescu-Roegen

Em síntese, para a corrente da economia ecológica, depois de ultrapassado determinado marco, o crescimento para de ser benéfico e se torna um sério risco para a qualidade de vida de gerações futuras. Essa corrente defende o cômputo de todos os custos envolvidos ao crescimento, não somente os monetários – sobretudo a dilapidação de fontes de recursos naturais e sorvedouros de resíduos (CECHIN, 2012, p. 148-149).

Distancia-se da economia ambiental de Solow, portanto, por vislumbrar um limite ao progresso material (a própria capacidade de fornecimento de recursos e absorção de detritos do meio ambiente), ao passo que esta crê na habilidade de criação humana e na possibilidade de substituição entre os diversos capitais de produção.

Porém, para os fins deste trabalho, focaremos naquilo que as aproxima. O primeiro aspecto de aproximação é a compreensão da economia como um subsistema contido no meio ambiente (um sistema materialmente fechado) e sujeito à Lei da Entropia. Portanto, a compreensão de que o crescimento econômico é limitado em algum grau por fatores ambientais. O segundo, e principal, é a preocupação com as futuras gerações: a solidariedade intergeracional - o fundamento e a razão de ser do desenvolvimento sustentável, justamente o tópico que será estudado a seguir.

#### 1.5 Desenvolvimento sustentável

O reconhecimento das implicações da questão ambiental no modo de vida humana acarreta uma gradual e constante redefinição das ideias a respeito do desenvolvimento. Neste

item, será exposto como acadêmicos abordaram a relação entre o desenvolvimento e as condicionantes ambientais nas últimas décadas.

### 1.5.1 Histórico

Na obra autobiográfica “A Terceira Margem: em busca do ecodesenvolvimento”, Ignacy Sachs relata como a compreensão sobre o tema evoluiu nas últimas décadas. Ele aponta o Encontro de Founex – um painel de especialistas ocorrido em 1971 em preparação para Conferência das Nações Unidas a ser realizada no ano seguinte – como o primeiro debate da comunidade acadêmica sobre o tema (2009a, p. 231-232).

Nesta ocasião, chocaram-se duas posições extremas: os partidários do crescimento selvagem e *zegistas* - defensores do ZEG: *Zero Economic Growth* – de diferentes vertentes (crescimento demográfico zero, do crescimento material zero e do próprio desenvolvimento zero).

Não obstante tenha sido grande o embate, afirma que os congressistas do Encontro de Founex conseguiram chegar em uma solução intermediária. Concluíram não ser possível parar o crescimento enquanto houver pobreza e acentuada desigualdade social, mas reconheceram a necessidade de que esse crescimento sofra alteração quanto às suas modalidades e, principalmente, quanto à divisão de seus frutos. “Saímos de Founex com as ideias claras sobre a articulação do social, do meio ambiente e do econômico”, rememora Sachs (2009a, p. 232).

Em conformidade com o planejado, a discussão foi retomada no ano seguinte, durante Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano (1972), realizada em Estocolmo. Evento muito mais robusto que o anterior, foi capaz de inserir a questão ambiental de forma definitiva na agenda internacional, em razão da criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA).

Mais uma vez, opiniões diametralmente opostas se chocaram, escancarando as divergências entre as nações desenvolvidas e em aquelas em desenvolvimento. As primeiras, de um modo geral, clamavam por maior proteção ambiental, e acreditavam que o assunto deveria ser tratado em escala global. Por outro lado, as segundas recebiam que a busca pela preservação ambiental obstaculizasse o processo de efetiva industrialização de suas economias, o que inviabilizaria suas opções de direito ao desenvolvimento.

Porém, tal qual ocorrera em Founex, os posicionamentos extremos foram descartados, sendo alcançado um meio termo. De modo conciliatório, os países desenvolvidos começaram a aceitar a premência de se proteger o meio ambiente, ao mesmo tempo em que os Estados desenvolvidos concordaram quanto a inclusão questão do direito ao desenvolvimento no âmbito do direito ambiental (FERREIRA, 2006, p. 80).

A acentuada disparidade de renda entre as diversas nações e dentro delas foi o principal motivo de rejeição do crescimento zero, que agravaria as condições das parcelas pobres. Ao mesmo tempo, reconheceu-se que a expansão da economia deveria considerar fatores sociais e ambientais – muito distante da mera incorporação predatória de recursos naturais ao PIB. Harmonizaram-se, assim, ao menos aparentemente, objetivos de diferentes ordens (SACHS, 2009b, p. 52).

Sachs (2009a, p. 234) identifica que foi este o contexto no qual Maurice Strong – ambientalista canadense que presidiu a Conferência - lançou a expressão “ecodesenvolvimento”, que seria trabalhada e aperfeiçoada por estudiosos durante vários anos, até que se transformasse em “desenvolvimento sustentável”.

A Declaração de Cocoyoc, resultado do colóquio ocorrido em 1974, marca justamente a passagem do ecodesenvolvimento para o desenvolvimento sustentável. O documento enfatizou a compreensão de que o desenvolvimento não se prestaria a desenvolver coisas, mas o próprio ser humano. Qualquer processo de crescimento que não leve à satisfação de necessidades básicas - ou, pior ainda, as interrompa – é apenas a carcaça do desenvolvimento (GUTIÉRREZ-ESPELETA, 2002, p. 110).

A Declaração também enfatizou a necessidade de diversidade e a busca de diferentes rotas para o desenvolvimento, bem como o objetivo de desenvolver a confiança nas próprias capacidades e a exigência de mudanças fundamentais nas áreas política, econômica e social (GUTIÉRREZ-ESPELETA, 2002, p. 111).

Alguns anos mais tarde, em 1983, a médica, mestre em saúde pública e ex-Primeira-Ministra da Noruega Gro Harlem Brundtland assumiu a presidência da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU. Em 1987, a Comissão publicou o relatório “Nosso Futuro Comum” - também conhecido como Relatório Brundtland – popularizando o conceito de desenvolvimento sustentável, cujas origens remontam à União Internacional para a Conservação da Natureza – IUCN (FERREIRA, 2006, p. 95).

### 1.5.2 O desenvolvimento sustentável de Brundtland

O estudo do desenvolvimento sustentável, invariavelmente, passa pela definição trazida pelo Relatório Brundtland. Trata-se de um marco que não pode ser ignorado. Neste consta a mais famosa definição do conceito: é aquele que atende às necessidades das gerações atuais sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias (CMMAD, 2001, p. 46).

Oferece, ainda, uma outra definição, menos conhecida, mas mais completa:

Em essência, o desenvolvimento sustentável é um processo de transformação no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se harmonizam e reforçam o potencial presente e futuro, a fim de atender às necessidades e aspirações humanas (CMMAD, 2001, p. 49).

O próprio relatório (CMMAD, 2001, p. 46) indica que a definição é baseada em dois elementos principais: a satisfação de necessidades, principalmente as essenciais, e a compreensão das limitações impostas pelo estado da tecnologia e da organização social à capacidade do meio ambiente de satisfazer as presentes e futuras necessidades.

O documento impõe a todos os países – desenvolvidos ou em desenvolvimento – que definam seus objetivos de desenvolvimento econômico e social em termos de sustentabilidade. Ainda que as interpretações possam variar, devem ser respeitadas certas características e estratégias gerais.

### 1.5.3 Necessidades vs. Liberdades: desenvolvimento sustentável além de Brundtland

Sem dúvidas, o conceito de desenvolvimento sustentável proposto pela IUCN e divulgado pelo relatório Brundtland é valioso por diferentes razões. Uma delas é o fato de que ele proporcionou uma maior popularização da ideia, inserindo de forma definitiva o debate tanto em nível de governo quanto nas esferas privadas. Outro benefício foi a inclusão da ideia de solidariedade (ou justiça) intergeracional. Os avanços promovidos, contudo, não impedem que sejam feitas críticas, tampouco significam a desnecessidade de aprimoramentos.

Para Robert Solow (1993, p. 168), a sustentabilidade é alcançada pela manutenção da capacidade de produção de bem-estar e padrão de vida para as futuras gerações tais quais desfrutadas pelas gerações presentes. Isso porque entende que a maior parte dos recursos naturais é valiosa pelo que podem produzir de bens e serviços, não havendo razão em si que justifique a preservação.

Solow tem o mérito de conferir à definição de Brundtland termos mais concretos, ao mudar o foco das “necessidades” para o bem-estar e o padrão de vida. Além disso, confere mais autonomia à cada geração, pois permite que cada uma delas defina quais interesses merecem atenção – libertando-as das amarras do julgamento das gerações anteriores sobre as supostas necessidades que eventualmente possuirão (SEN, 2004).

Porém, entende-se que a conceituação de Solow não é capaz de incorporar uma visão adequadamente ampla da humanidade e, ao mesmo tempo, padece de excessivo antropocentrismo, desconsiderando o valor e a dignidade da flora e da fauna em si mesmas, independentemente de serventia aos interesses dos homens. Essa visão vai na contramão da tendência contemporânea, que atribui proteção constitucional e infraconstitucional à fauna, à flora e à Natureza em si, inclusive contra condutas humanas. É o que se observa no art. 225, § 1º, VII da CF/88<sup>18</sup>, conforme explanam Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 104-106).

As primeiras páginas deste capítulo foram dedicadas a um breve estudo do desenvolvimento e, ao final, espera-se ter ficado justificada adoção da teoria de Amartya Sen, que encontra eco em obras de relevantes estudiosos no Brasil e no mundo. Conforme exposto, Sen o entende como um processo de expansão das liberdades e capacidades humanas, e é inevitável que essa visão do fenômeno repercuta naquela que se tem a respeito do desenvolvimento sustentável.

Assim, a adoção de sua teoria implica uma concepção que não se resume a elementos como “necessidades”, “bem-estar” ou “padrão de vida” – o desenvolvimento vai

---

<sup>18</sup> 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:

(...)

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

(...)

além: é expansão de liberdades e capacidades, e o desenvolvimento sustentável deve ser formulado sobre as mesmas bases. A partir disso, Sen (2004) sugere que seja combinada a noção básica da sustentabilidade de Brundtland e Solow com uma visão mais vasta dos seres humanos, que os enxerga como agentes cujas liberdades importam, e não meros pacientes resumidos aos seus padrões de vida.

Sen (2013, p. 11) pensa que as pessoas não devem ser vistas apenas nos termos de suas necessidades - aquilo que as iguala a outros animais - mas sim de acordo com a importância da sua liberdade para decidir o que querem (inclusive as necessidades a serem satisfeitas), para viverem como desejarem (seja, ou não, o estilo de vida escolhido visto como uma necessidade), e para fazer o que eles vejam razão para querer, ainda que essa razão não seja de mera satisfação de necessidades.

Até porque a própria compreensão do que seja uma necessidade pode decair conforme a pessoa esteja numa situação de privação das mais elementares liberdades. Por exemplo, pessoas acostumadas a viver em um estado persistente de subnutrição, analfabetismo e falta de cuidados básicos de saúde podem pensar em nutrição, educação escolar ou atendimento médico como um luxo, e não como uma necessidade (SEM, 2013, p.11).

Portanto, se quisermos sustentar a liberdade das gerações futuras de viver da forma pela qual desejam - pouco importando se tal forma corresponde às suas próprias concepções de “necessidades”, muito menos a nossa - devemos optar por uma visão do desenvolvimento sustentável baseada na liberdade.

Afinal, não é possível, desde já, saber quais serão as necessidades que surgirão no futuro. Veja bem: quem poderia, há 100 anos atrás, dizer que seríamos tão dependentes da internet? Nem sequer havia internet há poucas dezenas de décadas. Há inegável autoritarismo na presunção de que governantes, políticos ou quaisquer outras lideranças definam quais necessidades devam ser atendidas prioritariamente. Por corolário, toda a discussão sobre desenvolvimento sustentável deve ser integrada à sustentabilidade das liberdades (SEN, 2013, p. 9-10).

Ao compreendermos o processo de desenvolvimento como um processo de aprimoramento das liberdades e capacidades humanas, devemos modificar o conceito de desenvolvimento sustentável proposta pelo relatório Brundtland apenas em um aspecto específico, embora central: a substituição do núcleo “necessidade” por “liberdade” ou



“capacidade”. Com essa modificação, Sen (2013, p. 11) o delinea como um desenvolvimento que promove as capacidades e liberdades das gerações presentes sem comprometer as das futuras gerações. Esse é o conceito adotado neste trabalho.

Sachs relata expressamente ter sido influenciado pela teoria de Sen, identificando-o como a mente responsável pela fusão entre as problemáticas do desenvolvimento e as dos direitos humanos. “Foi essa leitura de Amartya Sen que me levou a propor a reconceituação do desenvolvimento em termos de universalização efetiva do conjunto das chamadas três gerações de direitos [...]”, afirma (SACHS, 2009a, p. 316).

Assim, pode-se dizer que vem de Sen a ideia de multidimensionalidade do desenvolvimento sustentável tão festejada por Sachs e prestigiada doutrina, da qual é exemplo Juarez Freitas. Este afirma adotar o “conceito eminentemente multidimensional de sustentabilidade, que não se resume ao suprimento de necessidades materiais das presentes e futuras gerações” (2019, p. 51).

#### 1.5.4 As dimensões da sustentabilidade

A nova formulação do conceito de desenvolvimento sustentável em termos de liberdades humanas proposta por Amartya Sen conduz à sua compreensão como fenômeno multidimensional. E não poderia ser diferente, afinal, as próprias liberdades são multidimensionais e se interseccionam.

Juarez Freitas (2019, p. 61-81) enxerga tantas dimensões na sustentabilidade que utiliza o termo “pluridimensional”, a fim de enfatizar que estas não se resumem ao tripé social-ambiental-econômico. Para ele, além dessas, há mais duas: a ética e a jurídico-política.

Na dimensão social, a sustentabilidade impõe o fomento da justiça intra e intergeracional, o oferecimento de condições adequadas ao progresso das potencialidades humanas e o engajamento de toda sociedade na causa, a fim de consolidar uma rede de solidariedade (FREITAS, 2019, p. 67-68).

Na dimensão ética, entende que a sustentabilidade implica o reconhecimento da ligação existente entre todos os tipos de vida (não apenas a humana) e os seus respectivos valores como dignos de defesa. Além disso, determina um objetivo de universalização do

bem-estar, e obriga a reflexão quanto o encadeamento intertemporal de condutas – isto é, o impacto retroalimentar de ações e omissões (FREITAS, 2019, p. 71-72).

Quanto à dimensão ambiental, Freitas também frisa a importância da solidariedade intergeracional, na medida que constata que é impossível haver longevidade digna em ambientes degradados e que, ao extremo, não haverá sequer vida humana nessas situações. “Ou se protege a qualidade ambiental ou, simplesmente, não haverá futuro para nossa espécie”, prenuncia (FREITAS, 2019, p. 74).

Na dimensão econômica, identifica que a sustentabilidade impõe a obrigação de um juízo de ponderação fundamentado sobre todas as transações, de modo a computar benefícios e custos diretos e indiretos – as falhas de mercado do tipo externalidades<sup>19</sup>. Ademais, orienta que as escolhas sejam feitas com base em critérios de economicidade e que a regulação de mercado ocorra com a intensidade adequada a permitir a internalização das externalidades (FREITAS, 2019, p. 74-76).

Por fim, na dimensão jurídico-política, a sustentabilidade impõe, com eficácia direta, a tutela do que o jurista chama de *direito ao futuro*, de status constitucional. A este direito corresponde um dever indeclinável de proteção daqueles que sequer foram concebidos (FREITAS, 2019, p. 76-77).

Com base em Sachs, entende-se que a multidimensionalidade pode ser resumida pelos ideais de solidariedade sincrônica e diacrônica. Pela solidariedade sincrônica - aquela entre os indivíduos de uma mesma geração - o desenvolvimento sustentável deve se preocupar com a satisfação de objetivos ético-sociais (SACHS, 2008, p. 71). Ou seja, impõe-se que ele sirva à promoção das condições que permitam a todas as pessoas viverem da

---

<sup>19</sup> Falhas de mercado (ou imperfeições de mercado) são situações nas quais os mercados reais não funcionam de acordo com o modelo ideal de mercado competitivo. A falha de mercado mais relacionada ao problema ambiental é a externalidade (NUSDEO, 2006, p. 359). Externalidades são benefícios ou custos transferidos de uma unidade do sistema econômico para outra ou para toda a comunidade – razão pela qual também são chamadas de custos sociais (NUSDEO, 2015, p. 49-50). Externalidades positivas e negativas são análogas – correspondendo uma o inverso da outra. Na maioria das vezes, as externalidades negativas correspondem a um subproduto de uma outra atividade, da qual decorrem produtos conjuntos – os bens cuja produção é requerida pelo mercado e os males representados pelos efeitos indesejáveis associados aos primeiros. Desse modo, a restrição de efeitos externos negativos geralmente acarreta, também, na restrição ao exercício da atividade principal e dos bens desejados que ela proporciona (NUSDEO, 1975, p. 47-48).

maneira que almejam. O primeiro passo para tanto é o fornecimento de condições materiais, como a maior distribuição de renda e o oferecimento de educação de qualidade.

Já a solidariedade diacrônica – entre os pertencentes de diferentes gerações – representa a verdadeira condicionalidade ambiental do desenvolvimento sustentável (SACHS, 2008, p. 71). Este valor é o reflexo da consciência quanto à capacidade limitada do meio ambiente de produzir e reproduzir bens e serviços a partir de recursos naturais, assim como de absorver seus rejeitos. Assim, busca-se preservar, desde já, os fatores naturais de produção que permitam às futuras gerações gozarem de tantas opções de vida quanto as que possuímos atualmente.

Há, ainda, uma dimensão econômico-financeira que não pode ser de forma alguma desconsiderada. Em que pese o progresso econômico não possa ser buscado como um fim em si mesmo, trata-se de um instrumento imprescindível ao desenvolvimento (SACHS, 2008, p. 71). “A viabilidade econômica é a *conditio sine qua non* para que as coisas aconteçam”, reconhece (SACHS, 2008, p. 15).

A dimensão jurídico-política apontada por Freitas é componente tanto da solidariedade sincrônica quanto da diacrônica, pois todas as gerações possuem direito ao futuro: o direito de continuar a viver e, mais do que isso, direito que essa vida seja digna, com qualidade e oportunidades de aprimoramento das liberdades e capacidades.

#### 1.5.5 Multidimensionalidade do desenvolvimento sustentável no âmbito da ONU

A multidimensionalidade do desenvolvimento sustentável é uma ideia altamente abraçada pela ONU atualmente. Prova disso é o fato de que o documento “Transformando Nosso Mundo: Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável” (ONU, 2015) está longe de se restringir ao aspecto ambiental.

A Agenda 2030 é composta por 17 objetivos e 169 metas, que vão desde “acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares” (meta 1), até, “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis” (meta 17). Trata-se de um avanço notável, pois a agenda anterior, proposta para o período entre 2000 e 2015 – “Objetivos de Desenvolvimento do Milênio” – sequer trazia o qualificativo “sustentabilidade” em seu nome.

Identificam-se 4 objetivos diretamente relacionados à dimensão ambiental do desenvolvimento sustentável:

- a) Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis (objetivo nº 12);
- b) Tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima e os seus impactos (objetivo nº 13);
- c) Conservar e usar sustentavelmente os oceanos, mares e os recursos marinhos, para o desenvolvimento sustentável (objetivo nº 14);
- d) Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra, e deter a perda da biodiversidade (objetivo nº 15).

O primeiro desses objetivos é o de maior importância para os fins deste trabalho, razão pela qual será, posteriormente, retomado.

#### 1.5.6 Sustentabilidade: de qualificador a elementar

O reconhecimento do caráter multidimensional da sustentabilidade desperta dúvidas quanto à possibilidade de um desenvolvimento *standard*<sup>20</sup>, não qualificado pela sustentabilidade. Não consistiria este em uma própria negação do conceito de desenvolvimento? É difícil – para não dizer impossível - pensar em um processo de ampliação das liberdades e capacidades humanas que não seja marcado pelos traços sustentáveis multidimensionais mencionados por Sachs e Freitas.

Pensa-se que a sustentabilidade é um elemento intrínseco à própria definição de desenvolvimento, e não um simples *plus* ou uma característica desejável. Não estando presente tal aspecto, estaremos diante de um evento que, em tese, pode ser manifestação de diversas coisas – v.g, *boom* econômico, avanço tecnológico, enriquecimento de classes dominantes – mas, nunca, desenvolvimento.

É o que entendem Sachs e Freitas. Para o primeiro, apenas as soluções que promovam, simultaneamente, o crescimento econômico com impactos sociais e ambientais

---

<sup>20</sup> Essa nomenclatura será utilizada apenas para fins didáticos, com o objetivo de exprimir a diferenciação em relação ao desenvolvimento sustentável.

positivos podem ser chamados de desenvolvimento (2008, p.36). Já Freitas defende que a sustentabilidade é uma qualidade inafastável do desenvolvimento. E mais: qualquer compreensão que a negue é inconstitucional, por ofensa aos arts. 170, VI, que elenca defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica, e 225, que reconhece o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o correspondente dever de proteção imposto ao Estado e à coletividade. “O desenvolvimento que importa é aquele que se constitui mutuamente com a sustentabilidade, condicionado por ela” (FREITAS, 2019, p. 53).

Como consequência desse raciocínio, o dever estatal de promoção do desenvolvimento sustentável – ou, simplesmente, do *desenvolvimento* – ganha um outro peso, tendo em vista o tratamento que a Constituição Federal confere ao tema. Veja, o constituinte originário, logo no preâmbulo da Carta<sup>21</sup>, já indica seu desejo de instituição de um Estado Democrático no qual o desenvolvimento seja encarado como um valor supremo, entre outros.

Em que pese seja reconhecida a falta de força normativa do preâmbulo constitucional, conforme acertada doutrina<sup>22</sup> e o entendimento do Supremo Tribunal Federal<sup>23</sup>, não se pode negar sua função como diretriz hermenêutica.

Além disso, em seu artigo 3º, a CF/88 eleva a garantia do desenvolvimento nacional à fundamento da República, assim como faz com a construção de uma sociedade livre, justa

---

<sup>21</sup> “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

<sup>22</sup> “Não se pode recusar ao Preâmbulo um relevante papel, todavia, no âmbito da interpretação e aplicação do direito constitucional. Ao desvendar as linhas estruturantes da Constituição, os objetivos que movem a sua concepção, o Preâmbulo se torna de préstimo singular para a descoberta do conteúdo dos direitos inscritos na Carta e para que se descortinem as finalidades dos institutos e instituições a que ela se refere; orienta, enfim, os afazeres hermenêuticos do constitucionalista.” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 78).

<sup>23</sup> STF - ADI 2.076/AC, Rei. Min. Carlos Velloso (15.08.2002): "Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa"; No mesmo sentido: MS 24.645-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello (21.11.2003).

e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução de desigualdades sociais e regionais e, por fim, com a promoção do bem geral, sem discriminação.

A interpretação desse dispositivo, considerado em sua integralidade, reforça a tese de que o desenvolvimento almejado pelo constituinte é marcado pela sustentabilidade em suas múltiplas dimensões. E, na condição de valor supremo orientador da interpretação da própria Carta e de fundamento da República, se dissemina por todo ordenamento jurídico, o que, naturalmente, alcança a Lei 8.666/93.

Trata-se da constitucionalização do direito na vertente “releitura”: o fenômeno pelo qual a ordem jurídica se impregna de valores constitucionais, em virtude da eficácia irradiante dos princípios constitucionais como norteadores da interpretação da totalidade do ordenamento. Desse modo, todos os preceitos legais, conceitos e institutos legais passam a se submeter a uma filtragem constitucional, sendo lidos a partir da ótica constitucional, o que poderá ocasionar significativas mudanças na sua compreensão e na aplicação concreta (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 26).

Nota-se, portanto, que o desenvolvimento que se coaduna com a Constituição brasileira é o que se caracteriza pela sustentabilidade, o que implicará uma interpretação de toda legislação infraconstitucional em seus termos.

A complexidade do tema do desenvolvimento sustentável clama pela realização de diversos estudos, cada qual focado em um determinado aspecto. Neste, por uma questão de recorte, optou-se pela dimensão ambiental, razão pela qual lhe será dada uma especial atenção no tópico a seguir.

#### 1.5.7 Solidariedade intergeracional como condicionante ambiental do desenvolvimento

Vimos que a multidimensionalidade pode ser sumarizada pelos ideais de solidariedade sincrônica e diacrônica, e que esta é aquela que existe entre os membros de uma geração e os das futuras. Contudo, deve ser reconhecida a dificuldade que os homens e mulheres têm em pensar a longo prazo, sobretudo quando esse prazo envolve um período que ultrapassa sobremaneira a sua existência e a das demais pessoas com as quais se importam.

Poucas pessoas diriam, com todas as letras, não se importar com o futuro da humanidade. Porém, de toda a esmagadora maioria que se considera solidária com as próximas gerações, apenas uma pequena fração estaria disposta a renunciar a algum conforto relacionado com seus hábitos de consumo. Supõe-se que isso se deve, em parte, à lentidão e a à sutileza com as quais são recompensadas por tal renúncia.

Essa suposição encontra respaldo no que ensinam os economistas comportamentais Richard Thaler e Cass Sustein (2019): “pessoas não fazem boas escolhas quando se encontram em cenários nos quais lhe faltam experiência, informações e *feedback* rápido”.

No que concerne a problemática ambiental, esse aspecto é ainda mais acentuado, pois os sacrifícios das gerações atuais reverterão benefícios a serem usufruídos daqui a dezenas, centenas ou milhares de anos. Ou seja, serão aproveitadas, na maioria das vezes, por pessoas diferentes e sem laço afetivo de memória algum. O mesmo ocorre com as práticas temerárias e atroz em relação ao meio ambiente – serão as futuras gerações que pagarão a conta.

Há, portanto, um desestímulo fático às boas práticas ambientais - uma falha de mercado da espécie externalidade<sup>24</sup>. Isto é, há uma situação na qual o mercado não consegue, sozinho, produzir uma alocação eficiente de recursos em razão do impacto das ações de uma pessoa sobre o bem-estar de terceiros (MANKIW, 2013, p. 12). Em termos mais concretos, os custos ambientais dos atos das atuais gerações são transferidos para as gerações futuras.

Essa situação as deixam a mercê da boa-vontade e consciência dos povos de hoje, pois não podem falar por si e fazer valer seus direitos sozinhas. Em razão disso, entende-se que as futuras gerações podem ser reconhecidas como sujeitos de direito vulneráveis. É o que teoriza Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem (2012, p. 166):

O reconhecimento da vulnerabilidade das futuras gerações [...] se dá pela sua impossibilidade de reivindicar hoje a proteção de seus interesses.

---

<sup>24</sup> Deve ficar claro que a questão ambiental envolve falhas de mercado de diferentes tipos, não apenas as externalidades – “a falha das externalidades é um tanto restrita para descrever a questão ambiental, pois essa não se esgota no problema da poluição” (NUSDEO, 2006, p. 362). Um exemplo é a não-rivalidade e a não-exclusividade do direito de uso ou de propriedade de bens ambientais, como o ar, as reservas florestais e a biodiversidade. Como consequência, o mercado não consegue gerar estímulos suficientes para a oferta desses bens. “[...] os indivíduos, dentro do padrão hedonista de comportamento no mercado, não tendem a pagar um preço por algo que não possuirão ou usufruirão com exclusividade. Cabe ao Estado, portanto, provê-los com os custos arcados indiretamente pelos contribuintes e, em parte, cobrando-se um preço ou imposto dos usuários, quando possível.” (NUSDEO, 2006, p. 362).

Expressa-se como uma decisão de respeito à liberdade das futuras gerações, exigindo um comportamento ativo das gerações atuais na preservação desses interesses.

Esse entendimento é compartilhado e reforçado por Sartlet e Fensterseifer (2017, p. 59-60), que defendem a tutela desses vulneráveis alegando, sobretudo, o reconhecimento de sua dignidade. Assim, entendem que deve ser ampliada a dimensão temporal da dignidade para que alcancem as existências humanas futuras.

Do reconhecimento de suas dignidades e da situação de vulnerabilidade, entende-se emergir um dever de especial de proteção estatal – qual como ocorre com outros grupos de vulneráveis (v.g, consumidores, idosos, crianças e adolescentes). Tal dever pode ser cumprido de diferentes formas e em diversas frentes. Uma delas é a promoção de práticas ambientalmente sustentáveis por meio das licitações públicas, conforme será tratado adiante.

## 1.6 Síntese conclusiva

Este capítulo teve como principal objetivo a fixação de alguns marcos teóricos importantes para o deslinde do trabalho. Buscou-se definir uma compreensão a respeito do desenvolvimento, da relação entre o meio ambiente e o sistema econômico e, como consequência, do desenvolvimento sustentável.

Entende-se que essa prévia definição é imperativa, pois a Lei 8.666/93 - diploma que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos para os três níveis federativos - dispõe, expressamente, que, além de se prestar a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, a licitação se destina a promover o desenvolvimento nacional sustentável. Logo, foi preciso, antes de tudo, fixarmos um entendimento – dentre os inúmeros possíveis – a respeito do conceito.

Adotou-se a teoria do desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen e a escola dos economistas que admitem a aplicação da Lei da Entropia ao sistema econômico (economia ecológica e em certa medida, a economia ambiental de Robert Solow). Disso, decorrem as seguintes conclusões:

- a. O fenômeno do desenvolvimento não se limita ao desenvolvimento econômico, muito menos ao crescimento econômico puro e simples;



- b. O desenvolvimento é entendido como um processo de expansão das liberdades e capacidades das pessoas (SEN, 2000, p. 3);
- c. Como as liberdades são multidimensionais, o desenvolvimento também é.
- d. O desenvolvimento sustentável é aquele marcado pela promoção das capacidades e liberdades das gerações presentes sem comprometer as das futuras gerações (SEN, 2013, p. 11);
- e. O único desenvolvimento possível é o sustentável. Essa afirmação encontra respaldo não apenas na Constituição, mas também no entendimento de que a economia humana está incrustada na natureza, razão pela qual os processos econômicos precisam ser vistos como processos de transformação biológica, física e química.
- f. Rejeita-se a concepção da economia como um sistema fechado, pois se entende que ela configura um subsistema dentro do Planeta Terra, que é um sistema maior, finito, aberto apenas para a energia dos raios solares. Sendo materialmente fechado, há uma limitação de ordem natural à expansão da economia.
- g. Por essa razão, tais processos se sujeitam e se condicionam à Lei da Entropia, cuja consequência prática é a geração de resíduos inutilizáveis (de alta entropia) que inviabiliza uma eficácia produtiva e uma reciclagem totais.
- h. Os recursos naturais seriam, na verdade, fatores limitantes da produção, razão pela qual devem ter sua preservação considerada individualmente, independentemente dos demais fatores (DALY, 2007, p. 15).
- i. As limitações de produção de matérias-primas e de absorção do meio ambiente são condicionantes do desenvolvimento que se traduzem na ideia de solidariedade intergeracional – a ideia chave do conceito de sustentabilidade.
- j. Reconhece-se a dignidade das gerações futuras e a vulnerabilidade que ostentam enquanto sujeitos de direito ao futuro. Esse fato justifica que recebam uma especial proteção pelo Estado.
- k. A proteção do *direito ao futuro* (FREITAS, 2019, p. 76-77) das atuais gerações pode ser efetivada por diferentes formas, das quais é exemplo a promoção de práticas sustentáveis por meio das licitações.

## 2 A Constitucionalização do Direito Administrativo

Neste capítulo, objetiva-se traçar um panorama pós-positivista de compreensão jurídica, marcado por traços neoconstitucionais que, ao estabelecer a centralidade da Constituição no ordenamento jurídico, convida a um repensar de suas fontes e dogmática interpretativa.

Acredita-se que a abordagem neoconstitucional é adequada para o presente estudo pois conduz à uma compreensão constitucional do Direito Administrativo, fornecendo o repertório teórico para que se compreenda o papel das licitações de modo mais amplo do que o tradicionalmente se interpreta da literalidade legal.

### 2.1. Neoconstitucionalismo

A expressão “neoconstitucionalismo” pode ser empregada em diferentes acepções. Serve tanto para designar um modelo constitucional específico, que emergiu no contexto da Segunda Guerra Mundial, quanto para uma teoria do direito que busca descrever e operacionalizar esse modelo ou, ainda, para uma ideologia que valoriza de modo positivo as transformações sofridas pelas constituições com a emergência desse modelo (NOVELINO, 2016, p. 59). Essa polissemia é indicada pelo título que nomeia uma das principais obras sobre o assunto, organizada por Miguel Carbonell: “Neoconstitucionalismo(s)” (2009)<sup>25</sup>.

Mesmo quando pensado apenas enquanto teoria, não há uma homogeneidade absoluta de tratamento. Na verdade, existem diferentes linhas de pensamento sobre o que seria uma teoria do *novo Direito Constitucional*. Em que pese apresentem algumas divergências, aproximam-se em pontos relevantes de tal modo que permitem uma categorização conjunta dentro do que pode ser chamado de um espectro neoconstitucional – ou neoconstitucionalismos, como prefere Carbonell:

Casi todos los autores incluídos em este libro están de acuerdo que las modificaciones operadas sobre el modelo o paradigma del um Estado (neo)constitucional. O quizá incluso no de uno, sino de varios

---

<sup>25</sup> O termo foi cunhado por Susanna Pozzolo em 1997, em uma conferência ocorrida no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social, na Argentina (NOVELINO, 2016, p. 59).

(neo)constitucionalismos, como trata de relejar el título e esta complación<sup>26</sup> (CARBONELL, 2009, p. 09).

Há consenso quanto à associação do neoconstitucionalismo a um apanhado de reformas operadas no Estado e no Direito Constitucional. Uma das principais reformas é representada pela adoção do pós-positivismo como marco filosófico, sendo este caracterizado pela centralidade dos direitos fundamentais e pela reaproximação entre Direito e ética (BARROSO, 2005, p. 11). Como consequência, valores religiosos, filosóficos ou jusnaturalistas são condensados em princípios, que quando amparados pela Constituição, explícita ou implicitamente, ganham normatividade (CARVALHO NETO, 2014, p. 16).

Enquanto modelo constitucional, o neoconstitucionalismo designa um conjunto de características marcantes do constitucionalismo contemporâneo, nascido no contexto de reconstitucionalização europeia pós Segunda Guerra Mundial, como reação às barbáries experienciadas, muitas delas juridicamente justificadas. Constituem marcos desse novo modelo as constituições alemã, de 1949, italiana, de 1947, portuguesa, de 1976 e espanhola, de 1978 (CARBONELL, 2009, p. 10).

No Brasil, o fenômeno ocorreu um pouco mais tardiamente. Foi inaugurado com a redemocratização do país e a promulgação da Carta de 1988. “Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração”, afirma Luís Roberto Barroso (2005, p.04).

Todas essas citadas constituições têm em comum a elevação da dignidade da pessoa humana a uma posição nuclear dentro do texto constitucional e da ordem jurídica como um todo. Para tutelá-la, consagram um amplo catálogo de direitos fundamentais e de diferentes valores e princípios (NOVELINO, 2016, p. 52 e 60).

Enquanto teoria, reconhece, de forma definitiva, a plena normatividade da Constituição, que passa a ser compreendida como um sistema composto por regras e princípios – ambos, espécies normativas<sup>27</sup> (SCHIER, 2005, p. 149-150). Tal reconhecimento

---

<sup>26</sup> Tradução nossa: Quase todos os autores incluídos neste livro concordam que as modificações operaram no modelo ou paradigma de um Estado (neo) constitucional. Ou talvez não um, mas vários (neo) constitucionalismos, como o título desta compilação tenta refletir.

<sup>27</sup>O próprio Schier (2005, p. 150) ressalva que apenas impropriamente podemos falar que princípios e regras são normas, pois a norma é o produto de interpretação de enunciados linguísticos jurídicos aplicados a um caso concreto. “O que se pretende, apenas, é destacar que a Constituição possui

acarretou a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2005, p. 12).

Essas características colocam o neoconstitucionalismo em uma posição de oposição ao juspositivismo tradicional<sup>28</sup>, sobretudo por seu estatismo, legicentrismo e formalismo interpretativo (COMANDUCCI, 2009, p. 83). Porém, não se trata de um rompimento completo, pois ele se propõe superar a dicotomia entre jusnaturalismo<sup>29</sup> e positivismo posicionando-se como uma via intermediária.

“O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas” (BARROSO, 2005, p. 04). Situa-se, assim, em um paradigma pós-positivista.

Enquanto ideologia, afasta-se do constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX na medida em que coloca em segundo plano o papel constitucional de limitação do poder estatal: a função principal é de garantir direitos fundamentais. Essa mudança se deve a maior

---

‘normatividades’ regulatórias diferentes”. Regras e princípios apenas expressam o conteúdo normativo de enunciados jurídicos.

<sup>28</sup> O positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico para o Direito, visando criar uma ciência jurídica com características semelhantes às das ciências exatas e naturais. Como consequência, operou-se uma busca por objetividade científica focada na realidade observável em detrimento da especulação filosófica, o que apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Para essa corrente, o Direito é a norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa e a sua ciência, como todas as outras, deve estar fundada em juízos de fato - voltados ao conhecimento da realidade -, e não em juízos de valor, que sempre são tomadas de posição diante dessa mesma realidade. Assim, compreende que o Direito não seria o espaço adequado para tratar de discussões a respeito de legitimidade e justiça. Barroso assevera que o positivismo se propôs a ser uma teoria do direito, na qual o jurista assume uma atitude cognoscitiva fundada em juízos de fato, contudo, tornou-se uma ideologia, “movidada por juízos de valor, por ter se tornado não apenas um modo de entender o direito, como também de querer o Direito. O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviam de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem”. (BARROSO, 2018, p. 147).

<sup>29</sup> Em oposição ao positivismo jurídico, o jusnaturalismo é uma das principais correntes jurídico-filosóficas, que se baseia na admissão da existência de um direito natural. Essa teoria entende haver um conjunto de valores e de pretensões legítimas não decorrentes de normas jurídicas emanadas do Estado. Melhor dizendo, defendem a existência de valores e pretensões que independem do direito positivo. “Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites a própria norma estatal.” (BARROSO, 2018, p. 144)

confiança conferida aos poderes estatais nos estados democráticos contemporâneos, que não são mais vistos com temor e suspeita (COMANDUCCI, 2009, p. 85).

Ademais, o neoconstitucionalismo ideológico não se limita a descrever os feitos do novo processo de constitucionalização. De modo categórico, os valoriza positivamente e defende sua expansão<sup>30</sup>. Enfatiza a importância de mecanismos institucionais para a proteção dos direitos fundamentais e, mais ainda, o dever de que as atividades do legislativo e do judiciário sejam diretamente direcionadas à concretização, ao desempenho e à garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição (COMANDUCCI, 2009, p. 85-86).

De todo o exposto, pensa-se ser indiscutível que a Constituição Federal de 1988 foi elaborada de acordo com modelo neoconstitucional. Por consequência, entende-se que a adoção da respectiva teoria jurídica é a escolha mais adequada. Opta-se pela adesão à ideologia neoconstitucional, pois reputa-se como a mais adequada para a solução dos complexos problemas modernos, que envolvem a colisão entre os mais diversos direitos e valores.

Nos tópicos a seguir, serão abordados com mais profundidade alguns temas correlatos, considerados especialmente relevantes para o estudo das licitações verdes.

## 2.2. A força normativa da Constituição e dos princípios

---

<sup>30</sup> A título de exemplo, destaca-se o seguinte trecho do artigo escrito por Paulo Ricardo Schier (2005, p. 149) no qual o autor se refere ao neoconstitucionalismo: “Após a escuridão de um longo período, a luz se acende! Veio mostrar a clareza, apontar os caminhos, evitar os choques, permitir o início de um novo momento em que podemos olhar o que outrora estava escondido nas sombras de um quarto fechado . [...] Após o assentamento da poeira de um longo período de tempo das secas, a chuva cai! Veio limpar o ambiente, evitar as quedas, permitir o início de um novo momento em que também podemos olhar o que outrora estava escondido sob a sujeira do piso já envelhecido. [...] Viveu-se no Direito, por longos e longos anos, sob o quarto escuro e empoeirado do positivismo jurídico. Sob a ditadura dos esquemas lógico-subsuntivos de interpretação, da separação quase absoluta entre direito e moral, da ideia do juiz neutro e passivo, da redução do direito a enunciados linguísticos, da repulsa aos fatos e à vida em relação a tudo que se dissesse jurídico, da separação metodológica e cognitiva entre sujeito e objeto de interpretação, da prevalência sempre inafastável das opções do legislador em detrimento das opções da constituição e da criatividade hermenêutica do juiz, da negação de normatividade aos princípios e, assim, em grande parte, à própria Constituição. Precisou o neoconstitucionalismo trazer a luz e as águas reparadoras ao mundo do Direito. [...]”

Com o reconhecimento da força normativa das constituições e de seu atributo de juridicidade, supera-se a ideia de que estas sejam documentos essencialmente políticos, cuja concretização se sujeitaria ao arbítrio de legisladores e gestores públicos (BARROSO, 2005, p. 05-10). Fica, então, abandonada a antiga ideia de Ferdinand Lassalle, para quem a Carta Constitucional não passava de um *mero pedaço de papel*, que sempre sucumbe diante dos fatores reais de poder dominantes no país (HESSE, 1991, p. 9).

Não poderia ser outra a compreensão da função de uma Constituição em um Estado que se pretende, não só “de Direito”, mas também “Democrático”. O Estado de Direito é tipicamente liberal, e uma de suas mais basilares características é justamente a submissão ao império da lei, considerada como o ato emanado formalmente do Poder Legislativo (SILVA, 1988, p. 16-17).

Essa noção que identifica o Direito tão somente ao que está positivado - norma pura, tal qual a concepção jurídica de Kelsen – corrobora a ideia formalista do Estado de Direito ou Estado formal de Direito, que tanto potencial possui de se prestar a interesses ditatoriais, conforme a experiência mundial tristemente pode demonstrar. É, portanto, uma redução deformante, pois em que pese o princípio da legalidade seja caro ao conceito do Estado de Direito, a ele não pode, jamais, ser resumido.

Diferentemente, em Estados Democráticos de Direito, como a República Federativa do Brasil, a compreensão jurídica ganha (ou deve ganhar) novos contornos. É da essência destes a subordinação à Constituição e o fundamento na legalidade qualificada pela democracia – uma legalidade que se propõe a ser capaz de promover intervenções diretas na situação da comunidade, influenciando na realidade social (SILVA, 1988, p. 23).

Isso confere ao Direito, e sobretudo a Constituição, a oportunidade de não mais servir a mísera função de justificar as relações de poder dominantes, possibilitando o surgimento de uma ordem jurídica emancipadora. Como aponta Konrad Hesse (1991, p. 15), ao reconhecermos a força normativa das Constituições, estas deixam de configurar apenas a simples expressão de um *ser*, mas também de um *dever ser*, imprimindo ordem e conformação à realidade política e social.

Ainda que esteja sempre condicionada pela realidade histórica e que não realize nada por si só, percebe-se a presença de uma força ativa nas constituições sempre que forem efetivamente realizadas ou que haja tal ímpeto - o que Hesse (1991, p. 18-19) chama de

"vontade de constituição". Quanto maior a convicção sobre a sua inviolabilidade, mais intensa será sua normatividade.

O reconhecimento da força normativa a Constituição está intimamente relacionada à atribuição dessa mesma força aos princípios. Afinal, enquanto as normas legais são, predominantemente, regras, as normas constitucionais sobre direitos e sobre a justiça são, prevalentemente, princípios (ZAGREBELSKY, 2011, p. 110).

No paradigma positivista, os princípios são concebidos como aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, dotados de uma função acessória em relação às regras jurídicas: supletiva, integradora ou corretiva. Nessa concepção, “os princípios operariam para aperfeiçoar o ordenamento e entrariam em jogo quando as outras normas não estivessem em condições de desenvolver plenamente sua função” (CARVALHO NETO, 2014, p. 18). Esse entendimento decorre da ideia de que as verdadeiras normas são as regras, sendo os princípios um *plus*, só necessários como válvulas de segurança do ordenamento.

Porém, a redução positivista dos princípios à condição de acessória é inadequada. Ao incidirem em uma situação fática concreta, impõem ao intérprete uma tomada de posição afinada a seu *ethos*: colocam-se como uma razão autônoma de ser frente à realidade. Ao contrário das regras, que fornecem critérios pré-definidos de conduta, dizendo se e como devemos agir em determinadas situações, os princípios só recebem significado operacional quando reagem a um caso específico (ZAGREBELSKY, 2011, p. 110-111).

Melhor dizendo, seu significado não pode ser abstratamente determinado, mas apenas casuisticamente, pois só em casos concretos pode ter seu alcance definido. É por essa razão que Zagrebelsky (2011, p. 110) afirma que os princípios desempenham um papel “constitutivo” da ordem jurídica, sendo normas que caracterizam a identidade axiológica do ordenamento.

É semelhante o entendimento de Canotilho (p. 167-168), para quem os princípios são normas jurídicas multifuncionais. Ao mesmo tempo em que desempenham uma função argumentativa que permite denotar a *ratio legis* de uma disposição, impõem uma otimização a ser concretizada em diferentes graus, conforme o caso concreto, pois deve haver ponderação entre todos os princípios que eventualmente incidam. Enquanto a convivência de regras é antinômica, a convivência dos princípios é conflituosa: devem coexistir, e não se excluir.

Entende-se que o reconhecimento da força normativa da Constituição e dos princípios impõe a todos os aplicadores do Direito o dever de encarar as suas disposições com a devida seriedade e juridicidade, a fim de concretizá-las no maior grau possível, conferindo-a força ativa.

Trazendo a questão ao objeto deste trabalho, afirma-se que, com a devida proporcionalidade, os gestores públicos não podem ser desincumbir dos deveres constitucionalmente estabelecidos, ainda que na forma de princípios, sob o argumento de ausência de disciplina legal que o reforce ou o regulamente. É certo que, muitas vezes, essa falta será um fator limitante, mas, em outras, não. Portanto, não deve ser feita nenhuma negativa abstrata da sua possibilidade aplicação.

De qualquer modo, ainda que tais deveres estejam expressos em estrutura de princípio, sempre serão vetores aptos a orientar a definição daquilo que seria uma atitude constitucionalmente desejável, uma vez que não poderá ser desconsiderada sua função constitutiva da ordem jurídica. Em toda medida, essa afirmação se aplica ao princípio do desenvolvimento sustentável, cuja origem constitucional já foi demonstrada e será, a diante, retomada.

### 2.3. Princípios de interpretação constitucional

Por serem as Constituições do modelo neoconstitucional documentos inteiramente normativos e dialéticos, consagradoras de tutela a bens jurídicos muitas vezes confrontantes, as colisões entre suas normas é encarada como um fenômeno natural e inevitável. Como consequência, entende-se que deve ser dada especial atenção aos princípios de interpretação constitucional, encarados como “pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais” (BARROSO, 2005, p. 8 e 10).

O rol de princípios adotado no presente trabalho é aquele trazido por Canotilho (1993) e replicado por Gilmar Mendes e Gustavo Branco (2015), de acordo com o método hermenêutico-concretizador.

Pelo princípio da unidade da constituição, a Carta Magna deve ser interpretada com vistas a evitar contradições entre as suas normas, obrigando o intérprete a pensá-la em sua totalidade e a harmonizar os espaços de tensão. Impõe-se que ele sempre considere suas normas “não como normais isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num



sistema interno unitário de normas e princípios” (CANOTILHO, 1993, p. 226). Para tanto, o intérprete deve tentar pressupor a racionalidade do constituinte como ponto de partida metodológico da tarefa hermenêutica (MENDES; BRANCO, 2015, p. 139).

Em sentido semelhante, o princípio do efeito integrador enuncia que a resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve ser feita, primordialmente, com base em critérios que contribuam para a integração política e social e para o reforço da unidade política (CANOTILHO, 1993, p. 227).

O princípio da máxima efetividade, por sua vez, enuncia que deve ser atribuído às normas constitucionais o sentido que lhes confira a maior eficácia, compreendida como a aptidão para produzir os efeitos que lhes são próprios (MENDES; BRANCO, 2015, p. 141). Por essa razão, também é chamado de princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva (CANOTILHO, 1993, p. 227).

Canotilho (1993, 229) reconhece a própria força normativa da constituição como um princípio decorrente do anterior. Seu teor impõe que seja dada prevalência às interpretações que mais contribuem à otimização da eficácia constitucional. Trata-se de um princípio especialmente relevante para a interpretação de textos de redação composta por conceitos indeterminados, de textura literal mais flexível (MENDES; BRANCO, 2015, p. 139) – por exemplo, o “desenvolvimento sustentável”. Nesses casos é exigido maior esforço hermenêutico do intérprete, que deverá proceder à devida valoração do conceito, em conformidade com o tom constitucional.

Além desses, deve ser elencado o princípio da concordância prática ou da harmonização, que visa a solucionar conflitos entre programas normativos, sobretudo envolvendo princípios. Os choques são frequentes porque se espera do intérprete a simultânea extração máxima do efeito de todas as normas constitucionais incidentes em um determinado caso concreto (MENDES; BRANCO, 2015, p. 142).

Pressupondo a ideia de que os bens constitucionais são dotados de mesmo valor e hierarquia, o princípio determina a coordenação e combinação dos bens jurídicos conflitantes para que seja evitado sacrifício total de uns, em benefício de outros. Para tanto, exige que sejam estabelecidos limites e condicionamentos recíprocos (CANOTILHO, 1993, p. 227), buscando-se a ideal medida do detrimento de cada um para o alcance de uma solução justa e proporcional ao caso concreto, que não ultrapasse o prejuízo estritamente necessário (MENDES; BRANCO, 2015, p. 143).

É o que se espera do intérprete que, ao se deparar com o art. 170 da Constituição Federal, recebe a missão de harmonizar valores aparentemente conflitantes – no caso, a propriedade privada, a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente - cuja concordância resulta justamente na ideia de desenvolvimento sustentável.

O conjunto de princípios constitucionais deve constituir uma espécie de "senso comum" da lei – uma compreensão recíproca de todo o discurso jurídico – como condição para resolver contrastes por meio de discussão, e não de imposição. A pluralidade de princípios e a ausência de uma hierarquia formal entre eles significa a impossibilidade de existência de uma ciência exata de articulação, havendo apenas uma ponderação a ser realizada com prudência (ZAGREBELSKY, 2011, p. 124).

Por fim, menciona-se o princípio da conformidade funcional, que visa impedir a alteração da repartição de competências constitucionalmente estabelecida pela interpretação de preceitos (CANOTILHO, 1993, p. 227).

Esses princípios serão úteis ao intérprete que se depara com questões relacionadas ao meio ambiente, visto que este não é o único bem amparado pela Constituição. É, na verdade, tutelado em simultaneidade com tantos outros, como, por exemplo, o progresso tecnológico, nos termos do art. 5º, XXXIII. Tais previsões, aparentemente antinômicas, deverão ser compatibilizadas, de modo a ser extraído o sentido que mais se coadune ao espírito do constituinte.

#### 2.4. Filtragem constitucional e constitucionalização do Direito infraconstitucional

A “Constitucionalização do Direito” é uma expressão que designa fenômenos semelhantes e afins, mas sem identidade total. Pode ser utilizada, por exemplo, para caracterizar qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia, como a maior parte dos sistemas jurídicos contemporâneos (BARROSO, 2012, p. 31).

Também pode identificar a incorporação ao texto constitucional de diferentes temas que são, tradicionalmente, afetos a ramos infraconstitucionais: trata-se da constitucionalização das fontes do direito. Este é um aspecto caracterizador das constituições analíticas e prolixas (como a Constituição de 1988) que está longe de ser um mero detalhe. Veja, quando princípios e regras específicos de um ramo ascendem à Constituição, a

interação com as demais normas do subsistema sofre alteração qualitativa e ganha um caráter subordinante (BARROSO, 2012, p. 41).

Neste trabalho, a expressão será utilizada, primordialmente, para designar o efeito expansivo das normas constitucionais, o que acarreta a irradiação de seu conteúdo material e axiológico, com força normativa, por todo o sistema jurídico e torna imperativa a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional (BARROSO, 2005, p. 12).

“Quando se fala em constitucionalização do direito, a ideia mestra é a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito”, explica Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 38). Essa irradiação pode ser operacionalizada por múltiplas vias.

A primeira é a reforma legislativa, pela qual se dá a adaptação da legislação ordinária às prescrições constitucionais (SILVA, 2005. P. 39). A constitucionalização limita discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral do legislador e o impõe certos deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais (BARROSO, 2012, p. 32). Esta é, certamente, da via menos problemática, porém, a mais morosa, conforme indica a experiência histórica mundial.

A segunda via é operada âmbito do Poder Judiciário. Além de atuar como parâmetro para o controle de constitucionalidade, a Constituição passa a condicionar a interpretação de todas as normas do sistema. Em relação aos particulares, limita o exercício da autonomia da vontade, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais. Já quanto à Administração Pública, limita a discricionariedade dos agentes, impõe deveres de atuação e oferece fundamento de validade para que sejam praticados atos de aplicação direta e imediata da Constituição, sem interposição do legislador ordinário (BARROSO, 2012, p. 32-33).

Em síntese, a constitucionalização do Direito eleva a Constituição à posição de parâmetro interpretativo de todo ordenamento jurídico, o que se traduz no dever de realização do que a doutrina<sup>31</sup> chama de “filtragem constitucional”.

Esse dever se dirige a todos os operadores do Direito, que se obrigam a considerar a unidade formal inerente ao sistema, trabalhando a dogmática jurídica a partir da noção de unidade hierárquico-normativa da constituição e assumindo as consequências decorrentes,

---

<sup>31</sup> Por exemplo: SCHIER (2003, p. 145), BARROSO (2005, p.22), SARMENTO e SOUZA NETO (2012, p. 125-126).

como a impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais e a não hierarquização dos princípios constitucionais (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 26). É determinado, também, o dever de observância da unidade material e axiológica – a unidade de sentido – que impede a interpretação de qualquer instituto senão de modo afinado ao tom constitucional (SCHIER, 2005, p. 147).

A revisitação os conceitos e normas de disciplinas tratadas em âmbito infraconstitucional deve ser feita não apenas para evitar conflitos, mas também para potencializar os valores e objetivos consagrados pela Carta (BINENBOJM, 2014, p. 65).

## 2.5. A constitucionalização do Direito Administrativo

Desde o caso Lüth<sup>32</sup>, há razoável consenso de que a constitucionalização do Direito alcança, em toda medida, o Direito Privado<sup>33</sup> – ramo que difere do constitucional em seus aspectos mais elementares, sobretudo por ser estruturado para reger as relações entre particulares. Se isso é largamente admitido por grande parte da doutrina civilista moderna – a escola do Direito Civil Constitucional<sup>34</sup> – o que dizer, então, sobre o alcance em relação ao Direito Administrativo?

---

<sup>32</sup> “Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, incitava ao boicote de um filme dirigido por Veit Harlan, cineasta que havia sido ligado ao regime nazista no passado. A produtora e a distribuidora do filme obtiveram, na jurisdição ordinária, decisão determinando a cessação de tal conduta, por considerá-la uma violação ao §826 do Código Civil (BGB) (‘Quem, de forma atentatória aos bons costumes, infligir dano a outrem, está obrigado a reparar os danos causados’). O Tribunal Constitucional Federal reformou a decisão, em nome do direito fundamental à liberdade de expressão, que deveria pautar a interpretação do Código Civil” (BARROSO, 2012, p. 35).

<sup>33</sup> Sobre o tema, recomenda-se a leitura da obra “A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares”, de Virgílio Afonso da Silva, publicada em 2005. Nesta, o autor trata sobre o fenômeno da constitucionalização do Direito, dando especial ênfase à eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

<sup>34</sup> Nesse sentido: Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes (2014), Anderson Schreiber (2013, p. 5-24), Tartuce (2018, p. 94-104). Destaca-se a seguinte passagem de Schreiber (2013, p. 09): “O que vem propor, corajosamente, a metodologia civil-constitucional é que os institutos de direito civil sejam reformulados à luz dos novos valores constitucionais, abandonando-se o misoneísmo habitual da doutrina civilista em prol de um a efetiva reconstrução do direito privado. É, nesse sentido, um a proposta altamente revolucionária, destinada a promover um a alteração profunda nas bases mais arraigadas do direito civil contemporâneo”.

Mesmo sem o aparato teórico neoconstitucional, já seria possível defender a sujeição do Direito Administrativo aos ditames constitucionais. Basta pensar na definição do Direito Administrativo, como a proposta por Justen Filho (2014, p. 90):

O direito administrativo é o conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho.

Para ele, o Direito Administrativo pode ser analisado em dois planos principais. O primeiro consiste em evitar que a concentração de poderes políticos ou econômicos, relacionados às atividades de tutela e concretização de direitos coletivos, sacrifiquem a liberdade e outros valores fundamentais. O Direito Administrativo se mostra, portanto, um instrumento de limitação do poder (JUSTEN FILHO, 2014, p. 93).

Em outro plano, é evidenciado o dever de compromisso do Direito Administrativo com a realização de interesses coletivos e com a produção ativa dos valores humanos. Assim, este é identificado como um instrumento jurídico e social de disciplina das organizações estatais e privadas incumbidas do exercício dessas atividades (JUSTEN FILHO, 2014, p. 93)

O jurista defende que o Direito Administrativo e o Estado somente se justificam pelo desempenho como instrumento de realização dos direitos fundamentais, decorrentes da afirmação da dignidade humana (JUSTEN FILHO, 2014, p. 93). Semelhantemente, para Gustavo Binenbojm (2014, p. 73) a primeira e principal vinculação da Administração Pública é ao respeito aos direitos fundamentais – a expressão jurídica máxima da dignidade da pessoa humana.

Comunga-se desse entendimento, uma verdadeira tomada posição a respeito do papel do Direito Administrativo que repercute no entendimento sobre os mais diversos institutos de sua seara – inclusive as licitações.

É importante observar que Binenbojm e Justen Filho, ao tratarem da ontologia do Direito Administrativo, fazem referência a elementos essenciais do constitucionalismo moderno: movimento que pretendeu, sobretudo, radicar as ideias de fundação, ordenação e limitação do poder político e de reconhecimento e garantia de direitos e liberdades dos indivíduos (CANOTILHO, 2003, p. 54-55).

Isso conduz à conclusão de que a razão de ser Direito Administrativo é tão intimamente ligada os a matérias constitucionais, voltadas à concretização de direitos

fundamentais, que atraí, por si só, a incidência de normas constitucionais. O extenso tratamento a temas administrativistas no texto constitucional <sup>35</sup> é indicativo do reconhecimento desse liame pelo Poder Constituinte. “O direito administrativo é o direito constitucional concretizado, levado à sua aplicação última” (ENERRÍA, García de; *apud* BUCCI, 2002, p. 248).

Por isso, entende-se que o desenvolvimento de uma teoria que defende a difusão das normas constitucionais por todo o ordenamento jurídico não traz, propriamente, nada de novo: apenas reforça a compreensão a respeito da completa sujeição de todas as regras, princípios, valores e institutos do Direito Administrativo à Carta Magna. Ainda assim, é um avanço a ser exaltado e trabalhado porque muitas obviedades, por serem inconvenientes a certos setores, acabam sendo ignoradas.

Com a constitucionalização do Direito, emerge a imperativa e indiscutível necessidade de atualizar e elevar o Direito Administrativo ao nível das instituições constitucionais, impregnando a atividade administrativa com o espírito da Constituição, a fim de que propicie a efetiva realização dos direitos fundamentais e valores nela consagrados. Como consequência, a interpretação de todas as instituições de direito administrativo deve estar de acordo com valores constitucionais (JUSTEN FILHO, 2014, p. 104-105).

Esta é uma mudança de visão que abala algumas estruturas do Direito Administrativo pensado sob a perspectiva tradicional, positivista. Entre outros aspectos<sup>36</sup>, acarreta sensíveis alterações no modo de agir e de decidir de agentes públicos. A constitucionalização, além de impor deveres de atuação e de oferecer fundamento de validade para a prática de atos que a apliquem direta e imediatamente (BARROSO, 2012, p. 32-33), reduz a amplitude da discricionariedade administrativa, conceito que designa o poder

---

<sup>35</sup> A CF/88 dedica todo um capítulo à Administração Pública, trazendo, de modo explícito, princípios setoriais do Direito Administrativo. Trata-se de um dos melhores exemplos de constitucionalização das fontes do Direito. Nenhum outro ramo está tão intensa e expressamente contemplado no texto constitucional como o Direito Administrativo.

<sup>36</sup> Gustavo Binbenbojm, na obra “Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização”, trata daquilo que chama de “crise dos paradigmas do Direito Administrativo”. Contesta e desconstrói o valor do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, pois entende que em Estados constitucionais e democráticos, não é possível defender a prevalência a priori e descontextualizada de interesses de caráter difuso ou coletivo sobre os direitos individuais.

de escolha do Estado que é exercido por agentes públicos e, de modo subsidiário, por agentes privados no exercício de funções públicas (MARRARA, 2012, p. 211).

Afinal, aplicação de normas legais não pode ser cega, tampouco desgovernada: deve ter seu sentido e alcance orientados à realização dos fins reconhecidos pelo direito, o sempre conforme o filtro constitucional. Tais fins consubstanciam políticas públicas: programas de ação governamental elaborados com o objetivo de coordenar os meios disponíveis ao Estado e às atividades privadas para a concretização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (BUCCI, 2002, p. 241).

A formulação de políticas públicas é um processo que define os fins da ação pública a partir da escolha de prioridades e da identificação dos interesses públicos juridicamente reconhecidos. Assim, determinados interesses são qualificados como legítimas finalidades a serem perseguidas pela atividade administrativa. Com essa chancela, políticas públicas se tornam uma espécie de controle prévio da discricionariedade (BUCCI, 2002, p. 264-265).

Com o reconhecimento da força vinculante dos princípios, o juízo de conveniência e oportunidade se torna um método objetivo de escolha, pelo qual o gestor deve ponderar princípios constitucionais, direitos fundamentais, razoabilidade e interesses secundários da Administração (MARRARA, 2012, p. 209-210).

A constitucionalização do direito administrativo ocasiona, também, importantes reflexos no princípio da legalidade. Seu conteúdo “explicita a subordinação da atividade administrativa à lei” (MELLO, 2015, p. 78), já que “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza” (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 93).

Muito provavelmente por conta do nome seu nome – legalidade – e de sua mais breve definição – a Administração só pode fazer o que é autorizado por lei - é frequente que o princípio seja interpretado de modo restritivo, como se apenas a lei em sentido estrito, como ato normativo primário, fosse apta a fundamentar a atuação do Poder Público.

Pelo que se apreende de sua obra, acredita-se que essa é a posição adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 102-109). Em que pese o autor não faça nenhuma afirmação categórica a respeito da não sujeição administrativa ao ordenamento jurídico como

um todo, ele enfatiza a sujeição à lei<sup>37</sup>, e nas oportunidades que teria de mencionar a Constituição, não o faz. Ademais, é interessante notar que o jurista afirma que o princípio da legalidade é específico do *Estado de Direito* e, ao tratar do tema, em nenhum momento se refere ao *Estado Democrático de Direito* (MELLO, 2015, p. 103).

Entende-se, com a devida vênia aos respeitados nomes que defendem o contrário, que essa posição não pode mais ser sustentada. De fato, a lei é o instrumento jurídico que mais diretamente disciplina a atuação estatal, de onde advém a maior quantidade de normas. O catálogo de leis no Brasil é gigantesco – praticamente imensurável, se pensarmos na competência legislativa da União, dos 26 estados, do Distrito Federal e dos 5.570 municípios.

Diante dessa verdadeira profusão legislativa, é natural que muitos intérpretes correlacionem imediatamente o princípio em questão à lei. Porém, não se deve olvidar que a constitucionalização do direito determina a compreensão de que as leis são hierarquicamente e axiologicamente subordinadas à Constituição, devendo cada norma e instituto ser interpretada em devida consonância. Há, portanto, um adicional em relação à mera sujeição legal.

Por essa razão, adota-se o entendimento doutrinário<sup>38</sup> que prefere falar em “princípio da juridicidade administrativa”, ao invés de princípio da legalidade. Nesse sentido:

---

<sup>37</sup> O seguinte trecho é bem indicativo de como a compreensão de Bandeira de Mello a respeito do princípio da legalidade se relaciona com a lei em sentido formal: “É, em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.” (2015, p. 103). E também: “Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo - que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social -, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.” (MELLO, 2015, p. 103). Por fim: “assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro” (MELLO, 2015, p. 104).

<sup>38</sup> Podem ser citados como exemplos Gustavo Binenbojm (2014, p. 70), Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2009, p. 107), Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2018, p. 203), Alexandre dos Santos de Aragão (2004, p. 63) e Luís Roberto Barroso (2012, p. 50).



A supremacia da Lei Maior propicia a impregnação da atividade administrativa pelos princípios e regras naquela previstos, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas da disciplina pela ótica constitucional. [...] A constitucionalização do direito administrativo convola a legalidade em juridicidade administrativa. A lei deixa de ser o fundamento único e último da atuação da Administração Pública para se tornar apenas um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pela Constituição. (BINENBOJM, 2014, p. 70).

Essa reformulação busca enfatizar que a Administração deve, sim, pautar-se pela lei, mas não somente: deve obediência a todo o Direito, o que alcança, com a maior força e normatividade, a Constituição, que passa a ocupar o centro da vinculação administrativa.

Como corolário, devem ser afastados as autorizações e determinações legais que ofendem normas e valores constitucionais, assim como devem ser acrescentadas aquelas que emergem com fundamento na Constituição, ainda que ausente a respectiva disciplina legal. Na prática, a principal consequência da admissão do controle de juridicidade também é a retração da área de abrangência do mérito administrativo (DE MENDONÇA, 2014, p. 186).

Apesar da aparente inovação, essa é uma ideia que encontra até mesmo respaldo do legislador infraconstitucional. Consta na redação da Lei nº 9.784/1999 que os processos administrativos devem observar critérios de *atuação conforme a lei e o Direito* (art. 2º, PU, inciso I) – a estipulação de uma conduta pautada pelo princípio da juridicidade.

Além disso, uma visão mais ampla do princípio da legalidade, que não se contenta com a simples observância legal, conta com a adesão de alguns dos mais tradicionais administrativistas. Por exemplo, lê-se na obra de Hely Lopes Meirelles e Brule Filho (2016, p. 93) que “além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos” e que “a eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito”.

No mesmo sentido, ao tratar do tema, Odete Medauar (2018, p. 117) critica a “sacralização da legalidade”. Entende que esta teria sido a responsável pelo “legalismo” ou “legalidade formal”: um desvirtuamento pelo qual as leis são vistas como justas apenas por serem leis, independentemente do conteúdo. Atribui também responsabilidade à divergência entre os interesses defendidos por maiorias parlamentares na elaboração de leis e aquilo que pode ser visto como a vontade geral dos representados.

Em razão disso, defende que o princípio da legalidade deve ser lido conforme bases valorativas, “sujeitando as atividades da Administração não somente à lei votada pelo Legislativo, mas também aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento”

(MEDAUAR, 2018, p. 117), o que contempla a lei formal, os preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito e todos os demais fundamentos e princípios de base constitucional.

Thiago Marrara (2014, p. 25-26) segue a mesma linha. Permanece falando em princípio da legalidade, mas esclarece que as regras de reserva legal e supremacia da lei – seus principais corolários - buscam conferir legitimação democrática à conduta estatal, sendo expressão máxima do Estado Democrático de Direito. Assim, implica relações de juridicidade e de constitucionalidade necessárias, de tal modo que o princípio deve ser interpretado amplamente, abrangendo a CF/88, leis e atos administrativos<sup>39</sup>.

Não obstante não seja exposto com as mesmas palavras, isso é justamente o que advogam os defensores do princípio da juridicidade: um princípio da legalidade compreendido amplamente, que não restringe a submissão da atuação estatal à lei pura e simplesmente, mas sim obriga a uma vinculação a toda a ordem jurídica (MOREIRA NETO, 2014, p. 85).

Ressalta-se que, mesmo já havendo prévio entendimento doutrinário e legal de que a atuação administrativa está vinculada ao Direito como um todo, é importante a substituição do vocábulo “legalidade” por “juridicidade” quando falamos de princípios porque a troca enfatiza uma ideia que contraria o senso comum de subserviência legal enraizado em muitos intérpretes.

Primeiramente, permite defender que os gestores têm o dever-poder de atuar, diretamente, com fundamento na Constituição, e, muitas vezes, independentemente de qualquer manifestação do legislador ordinário (BARROSO, 2012, p. 50). Em segundo lugar, esclarece que uma atuação em conformidade legal não satisfaz o princípio quando não estiver de acordo com normas e valores constitucionais.

Esse raciocínio em toda medida se aplica ao instituto das licitações e às normas sobre seu respeito – o objeto de estudo sobre o qual nos debruçaremos, daqui em diante, em todo o trabalho.

---

<sup>39</sup> O jurista explica que a exigência de presença de lei formal para a atuação administrativa (reserva legal em sentido estrito) é apenas para os casos assim previstos na Constituição ou naqueles que envolvam significativa restrição dos direitos fundamentais do particular pelo Estado (MARRARA, 2014, p. 26).

## 2.6. Síntese conclusiva

As teorias e concepções teóricas enquadradas dentro do paradigma pós-positivista neoconstitucional têm em comum o reconhecimento definitivo da força normativa da Constituição e dos princípios jurídicos. Assim, fica superada a ideia de que constituições sejam documentos essencialmente políticos, cuja concretização se sujeitaria ao arbítrio de legisladores e gestores público.

Da pluralidade de princípios de mesma hierarquia e força, decorre a necessidade de uma hermenêutica jurídica que considere a coexistência de aparentes antinomias e se proponha a harmonizá-las. Entende-se que esta necessidade é adequadamente satisfeita pela adoção do método hermenêutico-concretizador, proposto por Hesse.

Outra consequência é o fenômeno de constitucionalização do direito, que opera tanto pela via legal – a adaptação do ordenamento infraconstitucional às normas e valores constitucionais – quanto pela via interpretativa. Afinal, ao se admitir serem dotadas de normatividade as disposições constitucionais, é preciso admitir, também, que todo o ordenamento jurídico seja interpretado de modo consentâneo.

Essa constitucionalização alcança o Direito Administrativo, razão pela qual há respeitável doutrina que prefere não mais falar em princípio da legalidade, mas sim em princípio da juridicidade. Busca-se, assim, enfatizar que a atuação do gestor público deve se submeter ao Direito como um todo, e não tão somente à lei.

Tal entendimento já é amparado por muitos juristas que, mesmo ainda falando em legalidade, afastam-se do positivismo e explicitam a submissão da Administração Pública à totalidade do ordenamento jurídico. Isso repercutirá na maneira pela qual são interpretados alguns dispositivos sobre licitações, conforme será tratado no capítulo final.

### 3 Licitações: razões e fins

“Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já tem a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos que nos levam sempre aos mesmos lugares, é o tempo da travessia, e se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos.”

Fernando Pessoa.

Neste capítulo, conectando as ideias exposta nos anteriores, inicialmente, será tratado do dever público de promoção de práticas de desenvolvimento sustentável. Serão abordadas algumas estratégias pelas quais isso pode ser feito, assim como instrumentos aptos a esse fim, e a licitação será indicada como um deles.

Partir-se-á, então, para um breve estudo a respeito de conceitos e princípios básicos sobre licitações. Posteriormente, serão tratadas as finalidades da licitação de modo mais específico, e por fim, falar-se-á sobre o conceito de licitações verdes (ou ambientalmente sustentáveis).

#### 3.1. Fomento para promoção do desenvolvimento sustentável

No primeiro capítulo, trabalhou-se com os conceitos de desenvolvimento e de desenvolvimento sustentável para bem interpretar o art. 3º da Lei 8.666/1993. Ao final, chegou-se a seguinte definição, fundada na obra de Amartya Sen: desenvolvimento é o processo de expansão das liberdades reais desfrutadas por um povo, o afastamento de todos os fatores que limitam as escolhas e as oportunidades de alguém (SEN, 2000, p. 3).

Ao aplicarmos a esse conceito o elemento intertemporal consubstanciado na solidariedade intergeracional, chegamos à definição de desenvolvimento sustentável: o desenvolvimento que promove as capacidades e liberdades das gerações presentes sem comprometer as das futuras gerações (SEN 2013, p. 11).

Adota-se a linha da economia que considera os efeitos da Lei da Entropia no sistema econômico. Como consequência, entende-se que a sustentabilidade é, na verdade, elemento condicionante do desenvolvimento, e não um qualificador ou uma espécie de *plus*.

Não seria possível conceber um desenvolvimento – fenômeno fortemente ligado a aspectos econômicos, embora, de modo algum, a estes reduzidos – sem que se contabilize a geração de resíduos e a dilapidação do meio ambiente como fatores limitantes. Afinal, o processo econômico transforma recursos naturais de valor, que possuem alta entropia, em resíduos de baixa entropia, cada vez mais inutilizáveis (GEORGESCU-ROEGEN, 2012, p. 62).

Partindo dessa premissa, defende-se o entendimento de que toda vez que a Constituição Federal faz referência ao termo “desenvolvimento”, ela está falando em “desenvolvimento sustentável”, pois a sustentabilidade seria um elemento sem o qual não se vislumbra desenvolvimento.

Corroborando esse entendimento, o art. 170 da CF<sup>40</sup> eleva ao status de princípios da ordem econômica a função social da propriedade, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego (entre outros).

A redação desse dispositivo permite perceber que o constituinte deseja uma economia orientada à promoção de uma melhora da qualidade de vida das pessoas e à proteção ambiental: uma descrição que muito se assemelha ao fenômeno do desenvolvimento sustentável concebido nos moldes formulados a partir da teoria de Sen, com os traços multidimensionais enfatizados por Sachs.

---

<sup>40</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

O elemento intertemporal que caracteriza a sustentabilidade também é trazido pelo constituinte em termos expressos, confirmando que a proteção ambiental e o crescimento econômico devem sempre ser pautadas pela solidariedade intergeracional. Pode-se observá-lo no caput do art. 225 da CRFB/88, que dispõe que *todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, identificado como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Em correspondência a esse direito, impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*

Cumpramos rememorar<sup>41</sup> que o constituinte, logo no preâmbulo, expressa seu desiderato de instituição de uma sociedade na qual o desenvolvimento seja tratado como valor supremo, além de, estabelecer, no art. 3º<sup>42</sup>, a garantia do desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República.

Logo, ao interpretarmos a Constituição pelo método hermenêutico-concretizador, principalmente por aplicação do princípio da unidade da constituição, identifica-se a existência de um mandamento constitucional para que a Administração promova o desenvolvimento sustentável - um interesse a ser perseguido como fim, na forma de política pública.

Em observância a esse mandamento, diferentes diplomas normativos consagram o dever da Administração na promoção do desenvolvimento sustentável.

Destes, destaca-se, primeiramente, a Lei nº 6.938/81, que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA). Ainda em redação original, consta na lei que a PNMA tem como objetivo preservar, melhorar e recuperar a qualidade ambiental propícia à vida, de modo a garantir condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana (art. 2º, caput) – ou seja, visa proporcionar condições para um desenvolvimento sustentável.

---

<sup>41</sup> Tema tratado no item “Sustentabilidade: de qualificador a elementar”.

<sup>42</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Observa-se que a PNMA atribuí grande responsabilidade ao Poder Público na adoção e no incentivo de práticas de proteção ambiental que permitam um uso racional dos recursos ambientais. Um de seus princípios é o reconhecimento da necessidade de ação governamental para a manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido (art. 2º, caput, inciso I).

Além disso, afirma expressamente que “o Poder Executivo incentivará as atividades voltadas ao meio ambiente” (art. 13, caput) e estabelece que tais iniciativas devem visar o desenvolvimento de pesquisas e processos tecnológicos que objetivem minorar a degradação da qualidade ambiental, assim como a criação de equipamentos antipoluidores e demais iniciativas que propiciem a racionalização do uso de recursos ambientais.

Entende-se, portanto, que, em consonância com a normativa constitucional, a PNMA atribui ao Estado um papel central não apenas na adoção, mas também na promoção de práticas sustentáveis.

### 3.2. Estratégias para promoção do desenvolvimento sustentável pelo Poder Público

A defesa e a promoção dos valores meio ambiente e sustentabilidade pelo Poder Público podem ser operacionalizadas por diferentes estratégias.

Uma das principais é a utilização de instrumentos de comando e controle. Como manifestação do poder de polícia<sup>43</sup>, operam pela fixação de normas, regras, procedimentos e padrões para atividades, visando assegurar o alcance de objetivos de certa política. Especificam, geralmente em detalhes, os requisitos regulatórios e um conjunto de penalidades (penais ou administrativas) pelo descumprimento (NUSEDEO, 2006, p. 364). O melhor exemplo é o licenciamento ambiental, um instrumento que restringe a atividade humana para impedir que ela venha a ser danosa ao meio ambiente (GRANZIERA, 2019, p. 368).

Apesar de serem instrumentos eficientes e amplamente utilizados, apresentam algumas desvantagens, como custos administrativos muito altos, pois envolvem o

---

<sup>43</sup> “Poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público” (DI PIETRO, 2014, p. 124).

estabelecimento de normas por agências oficiais e um forte esquema de fiscalização (ALMEIDA, 1994, p. 26).

Ademais, nem sempre serão o mecanismo ideal para tutelar determinada questão, sobretudo por ofender o postulado da proporcionalidade. Ana Maria Nusdeo (2006, p. 363) explica que o melhor instrumento é sempre aquele capaz de atingir os objetivos perseguidos com o menor custo social – aquele que, simultaneamente, apresentar a melhor relação custo-benefício para a sociedade e articulação com objetivos das políticas públicas, sobretudo as de desenvolvimento sustentável.

Pensemos nos impactos ambientais causados por atividades antrópicas como externalidades negativas – isto é, como custos transferidos de uma unidade do sistema econômico (o seu gerador) para outra ou para toda a comunidade (NUSDEO, 2015, p. 49-50). Na maioria das vezes, as externalidades negativas correspondem a um subproduto de uma outra atividade, da qual decorrem produtos conjuntos: os bens cuja produção é requerida pelo mercado e os males representados pelos efeitos indesejáveis associados aos primeiros. Desse modo, a restrição de efeitos externos negativos geralmente acarreta, também, na restrição ao exercício da atividade principal e dos bens desejados que ela proporciona (NUSDEO, 1975, p. 47-48).

Nem sempre será conveniente ou razoável que a atividade geradora da externalidade negativa seja absolutamente suprimida. Em tese, não há inconstitucionalidade nisso, afinal, o princípio do desenvolvimento sustentável não é de absoluto, tampouco goza de hierarquia superior, tal qual todas os demais princípios constitucionais, devendo ser ponderado com os demais princípios e valores incidentes no caso concreto. Ao contrário das regras, que fornecem critérios pré-definidos de conduta, os princípios só recebem significado operacional quando reagem a um caso específico (ZAGREBELSKY, 2011, p. 110-111).

Nessas situações (e em outras nas quais se mostre adequado), outras formas de atuação estatal devem ser consideradas para o fim de promoção do desenvolvimento sustentável. E uma delas<sup>44</sup> é a utilização de instrumentos de caráter indutor: o oferecimento

---

<sup>44</sup> Também se pode pensar, por exemplo, em instrumentos de criação de mercado – aqueles que “alocam direitos de uso dos recursos naturais ou de emissão de poluentes aos agentes econômicos e criam mecanismos para que sejam transacionados entre eles. [...] Sua implementação envolve quotas de emissão inicialmente alocadas entre as indústrias instaladas que podem ser negociadas entre aquelas que não as utilizam em toda a sua extensão e aquelas que necessitam ultrapassá-las. Assim, o agente que reduz seu uso do recurso pode vender o excedente.” (NUSDEO, 2006, p. 368).



de incentivos ou desincentivos que sejam capazes de induzir determinados comportamentos sem coagir os administrados.

No exercício dessa tarefa condutora, cabe ao Estado exercer o papel de “arquiteto de escolhas”. Incube a ele organizar o contexto no qual as decisões são tomadas de tal forma que se oriente no sentido da decisão desejada, sem, contudo, aniquilar a liberdade de escolha dos indivíduos, que permanecem livres para agir em sentido contrário. Trata-se do que Cass Sustein e Richard Thaler (2019), chamam de “paternalismo libertário”, em obra conjunta sobre economia comportamental.

A expressão, composta por termos tão opostos, busca designar a preferência por políticas que preservam a liberdade de escolha – *libertário* – enquanto tenta conduzir o comportamento das pessoas em sentido de escolhas previamente desejadas e que repercutam positivamente na vida delas e da sociedade como um todo – *paternalista*. Não cria impedimentos às escolhas, mas apenas dão um *nudge*, termo utilizado para identificar os estímulos (ou “cutucões”) no sentido desejado pelo arquiteto de escolhas.

Thaler e Sustein (2019) afirmam que o paternalismo libertário é especialmente necessário nos casos em que há maior dificuldade para que as façam boas escolhas sozinhas. Entendem que isso acontece quando lhes faltam experiência, informações ou um feedback rápido, pois nesses casos a racionalidade característica do *homo economicus* pode falhar.

Acredita-se que pode ser acrescentada a essa lista a hipótese na qual há divergência entre aqueles que aproveitam os benefícios promovidos pelas atividades desenvolvidas e aqueles que sofrem com as suas consequências negativas (externalidades negativas ou custo social): mais uma situação na qual a racionalidade tende sucumbir a outros impulsos.

É justamente o que ocorre nas problemáticas relacionadas ao meio ambiente, sobretudo se considerarmos a falta de informações e a realidade de que os reflexos das condutas (danosas ou protetivas) demoram tanto tempo para serem sentidas que, muitas vezes, apenas são percebidas pelas gerações seguintes.

Repisa-se que, em muitas situações, o Estado deve, sim, valer-se de seu poder de polícia e obrigar ou vedar de modo absoluto a prática de certas condutas. Isso não está sendo criticado ou questionado de forma alguma. Contudo, em certas situações, a coerção seria desproporcional, principalmente por inobservância do crivo da necessidade. Nesses casos,

ao invés de nada fazer, o Estado pode lançar mão de incentivos orientadores, intervindo na economia<sup>45</sup>.

Em termos jurídicos, esses incentivos (ou, pelo menos, grande parcela deles) constituem um tipo de fomento, entendido como a ação administrativa de proteger, estimular ou fomentar as atividades particulares pelas quais são satisfeitas necessidades ou conveniências de caráter geral (POZAS, 1949, p. 50)<sup>46</sup>.

O fomento é marcado pela existência de uma flexibilidade que permite a adaptação conforme as circunstâncias, de modo que é impossível estabelecer um catálogo exaustivo das formas que ele pode assumir. Nesse sentido, esclarecesse Pozas (1949, p. 50) que:

La finalidad perseguida es siempre la misma: convencer para que se haga u omita algo. Este convencimiento no se logra sino por medios eficaces; pero la selección de los medios no es una cuestión de técnica jurídica, sino de experiencia, íntimamente ligada con la psicología colectiva, que cambia con el tiempo, las circunstancias o las gentes.

José Vicente dos Santos Mendonça (2010, p. 145-146) explica que existem meios positivos e negativos de fomento. Os primeiros outorgam prestação, bens ou vantagens ao particular, enquanto os segundos, representam obstáculos que desestimulam certas atividades. O autor só admite que sejam aceitos meios negativos como tipo de fomento caso sejam somente persuasivos, o que exemplifica pela maior tributação sobre bebida alcoólica para combater o alcoolismo. Os meios coativos (como a desapropriação de um imóvel que não cumpre a sua função social) não podem ser considerados fomento, tendo em vista que um de traços marcantes deste instituto é, justamente, a utilização de técnicas indutivas e persuasivas (MENDONÇA, 2010, p. 136).

Uma dessas técnicas pode ser a mobilização da opinião pública, em especial de consumidores, por meio de campanhas de propaganda, discussões públicas e demais modos de divulgação do debate. Este é o que Mendonça (2010, p. 147) classifica como meio psicológico de fomento, embora ressalve que pouco haja de jurídico sobre ele.

---

<sup>45</sup> Ana Maria Nusdeo (2006, p. 360) aponta que as falhas de mercado – como as externalidades – são uma das principais justificativas teórica para a presença do Estado na economia.

<sup>46</sup> Nessa acepção, como se percebe, o termo “fomento” não está, necessariamente, relacionado aos incentivos públicos oferecidos a entidades privadas e sem fins lucrativos que integram o Terceiro Setor.

Cramer e Zegvel (1991, p. 466) apontam que se a preocupação com a ecologia continuar a crescer, os consumidores preferirão consumir produtos que atendam a altos padrões de qualidade ambiental. empresas que sejam reconhecidamente poluidoras ficariam com má reputação perante o mercado consumidor, e o receio aos prejuízos reputacionais podem ser um incentivo forte para a adoção de práticas ambientalmente sustentáveis.

Os meios jurídicos – ou indiretamente econômicos<sup>47</sup> - seriam aqueles que atribuem legalmente um status diferenciado, isto é, que colocam o agente fomentado em uma posição jurídica que lhe permita auferir proveitos, sem que ocorra entrega de valores ou realização de operações financeiras (MENDONÇA, 2010, p. 147).

Nessa categoria, podemos inserir os meios fiscais de fomento, que atuam a partir da função extrafiscal do tributo. Sempre que o Estado institui um tributo visando uma finalidade distinta da meramente arrecadatória, ele faz uso da função extrafiscal da exação<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> É difícil pensar em um meio jurídico que não seja, em alguma medida, econômico. Por exemplo, uma menor tributação sobre determinado produto não implica em um repasse direto de verbas à empresa, porém, não significa coisa senão a desoneração de seus custos. Portanto, talvez seja mais coerente falar em meios direta ou indiretamente econômicos, conforme haja, ou não, aporte imediato de recursos. Em razão disso, Mendonça afirma que, sob uma perspectiva estritamente rigorosa, o meio fiscal não é fomento (MENDONÇA, 2010, p. 148-150).

<sup>48</sup> Como a própria morfologia da palavra indica, extrafiscalidade compreende tudo o que ultrapassa a fiscalidade (a arrecadação de valores aos cofres públicos). Em termos simples, Oliveira (1999, p. 37) conceitua a tributação extrafiscal como a que se orienta para fins diversos da captação de valores para o Erário. Schoueri (2005, p. 32) aponta que estes podem estar relacionados a diversos fatores, como a simplificação do sistema tributário (por exemplo, pela sistemática do lucro presumido no imposto de renda), a distribuição equitativa de renda e, ainda, a finalidade indutora da tributação – a função extrafiscal mais relevante para os presentes fins. As funções fiscais e extrafiscais – apesar de antagônicas, pois uma corresponde ao oposto da outra – não são mutuamente excludentes. Mais do que isso, são aspectos inerentes a todo e qualquer tributo. Vejamos. A arrecadação de valores aos cofres públicos é um efeito que necessariamente está presente, pois representa a própria repercussão fática do ato de tributar, de modo que a função fiscal é sempre utilizada. Ao mesmo tempo, fatalmente, o tributo influencia no comportamento dos agentes, tendo em vista que aquele que o sofre, busca evitá-lo, seja deixando de realizar o fato que enseja o tributo, seja reduzindo sua frequência ou, ainda, realizando fato similar, mas de tributação inferior (MENDES, 2017, p. 352-353). O que é alterado, conforme o caso, é a predominância de uma ou outra função: o quanto determinado tributo é capaz de arrecadas ou induzir comportamentos e o quanto o legislador pondera essa potencialidade ao editar regras de tributação.

Valendo-se da função extrafiscal da tributação, o ente tributante, ao presumir que a maior carga tributária irá desestimular a ocorrência da situação que configura o fato gerador, incentiva ou inibe condutas. Isso deve ser feito em consonância com os valores e princípios refletidos no texto constitucional, a fim de que sejam satisfeitas finalidades caras à coletividade.

Trata-se de uma forma de compelir a internalização das externalidades negativas geradas pela atividade praticada pela atribuição de desvantagens competitivas aos agentes econômicos que a realizam. Afinal, ao assumir o custo de uma maior tributação, esses agentes devem ou reduzir seu lucro ou repassá-lo ao consumidor, o que pode reduzir a demanda. Dá-se, então, concretude aos princípios do poluidor-pagador e do usuário-pagador (NUSDEO, 2006, p. 367).

Por essa mesma lógica, admite-se a adoção de uma diferenciação favorável na tributação de fatos geradores causados por agentes econômicos que sejam ecologicamente corretos. Assim, seria possível operacionalizar a internalização das externalidades positivas, capazes de conferir vantagens competitivas.

Outro modo de induzir comportamentos dos agentes econômicos é por meio de estímulos de oferta gerados pelas demandas do Estado enquanto consumidor. Em outras palavras: a utilização da licitação como um instrumento para a obtenção de uma finalidade específica e desejada: a promoção do desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, reconhece Justen Filho (2019, p. 99) que “o contrato administrativo é concebido como um instrumento de fomento de atividades no Brasil”.

Diversificando as funções classicamente atribuídas às licitações, nessa perspectiva, as compras públicas são direcionadas ao enfrentamento de problemas da sociedade - como o desenvolvimento socioeconômico e a proteção ambiental - ao mesmo tempo em que se prestam à satisfação de necessidades imediatas da Administração. Trata-se do que a doutrina vem chamando de “licitações sustentáveis”<sup>49</sup>, ou “licitações verdes”, quando esta sustentabilidade se evidencia na dimensão ambiental.

---

<sup>49</sup> Sendo a sustentabilidade multidimensional, é possível que as licitações sejam utilizadas como instrumentos de políticas públicas promotoras das mais diversas dimensões. Por exemplo, o decreto federal nº 7.601/2011 estabelece a aplicação de margem de preferência aos produtos manufaturados nacionais nas licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos, com vistas à promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Desde logo, frisa-se o entendimento de que a persecução da promoção da sustentabilidade ambiental por meio de licitações é constitucional. A proteção ao meio ambiente sob perspectiva intergeracional e o estímulo ao desenvolvimento são valores protegidos pela Carta Magna. Configuraram verdadeiros fins a serem contemplados por políticas públicas, “metas coletivas conscientes”, na expressão de Bucci (2002, p. 241).

A harmonização dos valores trazidos pelo art. 170, que trata da ordem econômica, sobretudo a propriedade privada, a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente, “inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental”, tem como produto a ideia de desenvolvimento sustentável. Já a solidariedade intergeracional vem estampada logo no caput do art. 225, que também é explícito ao atribuir ao Estado e à coletividade o dever de preservar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Assim sendo, força normativa da Constituição ocasiona a irradiação de sua tônica por todo ordenamento jurídico, alcançando o Direito Administrativo com força total, o que inclui a legislação sobre licitações. Seus institutos e regras não deverão ser desprezados, mas relidos através de lentes constitucionais.

Além disso, é legalmente amparada, encontrando respaldo não apenas na Lei 8.666/93, como em diferentes diplomas legais que serão posteriormente tratados, tais quais a Política Nacional de Resíduos Sólidos (art. 6º, inciso IV e art. 7º, incisos III, IV, IX, XIII e XV) e a Política Nacional sobre Mudança do Clima (art. 3º, caput e incisos I, III, IV e V).

### 3.3. Generalidades sobre licitações

Nós, particulares, somos livres para adquirir, alienar, gravar, locar bens e realizar todos os demais negócios jurídicos que desejarmos. Podemos até mesmo realizar maus negócios do ponto de vista puramente racional, mas que se justificam por motivos afetivos, emocionais, psicológicos etc. Isso porque, para as pessoas privadas, vigora o princípio da autonomia da vontade – a liberdade para regular os próprios interesses (TARTUCE, 2015, p. 55).

Conforme consta na doutrina civilista, a autonomia privada é ínsita à definição de negócio jurídico: a ação humana, em manifestação de autonomia privada, pela qual particulares regulam por si seus interesses, de modo a formar uma composição de vontades

de conteúdo lícito, destinada a produzir efeitos jurídicos desejados pelas partes e tutelados pela norma jurídica (TARTUCE, 2018, p. 306).

O negócio jurídico por excelência é o contrato, e este é um instituto “eminentemente voluntarista, fruto da autonomia privada e da livre-iniciativa” (GAGLIANO; PAMPLONA 2019, p. 84). No plano contratual, a autonomia privada se mostra em dois aspectos: a liberdade de contratar - o momento no qual se contrata e a parte com quem isso é feito – e a liberdade contratual, que compreende ao conteúdo do contrato – as cláusulas contratuais propriamente ditas (TARTUCE, 2015, p. 55).

Deve ficar claro, entretanto, que a autonomia está longe de ser irrestrita. Pelo contrário: encontra-se em progressiva limitação, seja pela ponderação com outros princípios, do qual é exemplo a função social do contrato, seja pela incidência normas de ordem pública, inderrogáveis pela vontade das partes. Trata-se de manifestação da constitucionalização do direito civil<sup>50</sup>.

Levando tal fato em consideração, é intuitivo pensar que quando uma das partes contratantes é a o Poder Público, tanto a liberdade de contratar quanto a liberdade contratual sofrem restrições ainda mais severas. Isso se deve, em grande medida, à obrigação de licitar – um dever que decorre do princípio da indisponibilidade do interesse público, limitando a liberdade administrativa na escolha do contratante (DI PIETRO, 2014, p. 477), como será demonstrado nos tópicos a seguir.

### 3.3.1. Conceito e natureza jurídica

A Administração Pública, em regra, antes de contratar, deve realizar licitação. Por essa razão, é mitigado de modo significativo o papel da vontade como elemento formador,

---

<sup>50</sup> Nesse sentido, destaca-se a seguinte passagem, de Schreiber (2020, p. 334): “Se, no passado, a autonomia da vontade era vista como valor em si mesmo, a atrair legitimidade ao negócio jurídico pelo simples fato de ser fruto da liberdade individual, hoje a situação afigura-se inteiramente diversa. O negócio jurídico não é mais terreno exclusivo da vontade, imune à incidência das normas constitucionais, mas instrumento cujo merecimento de tutela deve ser permanentemente aferido à luz da nova tábua axiológica consagrada pela Constituição”.

já que o procedimento limita o campo de escolha do administrador, que deve se manifestar em conformidade com critérios legais objetivos e previamente estipulados.

Além disso, ao mesmo tempo, reduz substancialmente as possibilidades de manifestação de vontade do particular contratado, pois a Administração estabelece unilateralmente as condições do ajuste, ainda que este só se aperfeiçoe com a subscrição de ambos.

Em boa síntese, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 536) conceitua a licitação como um certame que deve ser promovido pelo Poder Público para selecionar a proposta mais vantajosa às conveniências públicas, abrindo disputa entre os interessados em com ele travar relações de conteúdo patrimonial. O instituto está fundado na ideia de competição isonômica entre aqueles que satisfizerem os requisitos necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

Também merece destaque a definição do instituto trazida por Di Pietro (2014, p. 373): é o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, possibilita a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no edital, a formulação de propostas para a celebração do contrato, para que o ente selecione e aceite a que reputar a mais conveniente.

Semelhantemente, Carvalho Filho (2015, p. 240) o conceitua como o procedimento administrativo vinculado pelo qual entes pertencentes à Administração Pública ou por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos interessados, visando a celebração de contrato ou da obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Nota-se que, embora as definições guardem grandes semelhanças entre si, cada autor evidencia um aspecto do instituto. Bandeira de Mello destaca a finalidade de promoção da isonomia entre os participantes e seleção da proposta mais vantajosa de acordo com a conveniência do ente. Di Pietro também ressalta esse último aspecto e, além disso, aponta a natureza jurídica de procedimento administrativo.

Carvalho Filho reconhece essa mesma natureza, assim como fez o legislador no art. 4º da Lei 8.666/93. Nas palavras de Di Pietro (2014, p. 373), a expressão “procedimento administrativo” remete a “uma série de atos preparatórios do ato final objetivado pela Administração”. No caso, há um procedimento composto por atos e fatos da Administração e do licitante, ambos com vistas à formação da vontade contratual, esclarece.

Com mais rigor terminológico, Marçal Justen Filho (2019, p. 154-156) reconhece a natureza procedimental da licitação, mas a identifica como processo. “O vocábulo processo indica uma espécie de relação jurídica cujo conteúdo consiste no exercício de poderes decisórios a propósito de interesses contrapostos”, explica (JUSTEN FILHO, 2019, p. 155). Nas licitações, há conflito entre os interesses dos candidatos particulares e entre os destes e da própria Administração.

Essa distinção também é feita por Odete Medauar (2018, p. 175), para quem é a licitação é um processo administrativo cuja sucessão de fases e atos é dirigida à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Ela entende pela natureza de processo em razão da presença e da participação de sujeitos diversos interessados no processo, todos dotados de direitos, deveres, ônus, sujeições, inclusive a Administração.

De qualquer modo, a discussão processo-procedimento não acarreta efeitos práticos relevantes, razão pela qual os termos serão tratados como sinônimos. O importante é que ambos, expressões oriundas do Direito Processual, retratam a consagração de caros princípios: indicam a submissão da atividade licitatória a uma ordenação que restringe a discricionariedade e garante a racionalidade da decisão final (JUSTEN FILHO, 2019, p. 864).

### 3.3.2. Fontes normativas

A obrigação de licitar é constitucionalmente estabelecida, e se impõe a toda Administração Direta e Indireta, nos termos do art. 37, inciso XXI<sup>51</sup>, inclusive empresas estatais (art. 173, inciso III), embora com algumas peculiaridades. Ademais, o art. 1º da Lei 8.666/93 estende esse dever às *entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado*,

---

<sup>51</sup> Constituição Federal. Art. 37, *caput*, inciso XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.



expressão que parte da doutrina<sup>52</sup> compreende de modo a alcançar as contratações realizadas pelo Terceiro Setor.

No âmbito legal, o tema vem sendo tratado por diferentes diplomas. À União compete privativamente legislar sobre normas gerais de licitação e contratações públicas, conforme a regra estabelecida no art. 22, XXVII da CF. Quanto às normas não-gerais – específicas – prevalece a autonomia federativa de cada ente. Assim, cada um destes pode estabelecer suas normas específicas de licitação e contratação pública, desde que estas estejam em conformidade com as normas gerais da União. São exemplos de leis estaduais sobre o assunto a Lei nº 6.544/1989 do Estado de São Paulo e a Lei nº 15.608 do Estado do Paraná.

A Lei 8.666/93 é o principal diploma legal sobre o tema, e se apresenta, expressamente, como uma norma geral. A redação do caput do seu primeiro artigo<sup>53</sup> é peremptória nesse sentido. Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal já manifestou entendimento que apenas algumas normas da referida lei são normas gerais<sup>54</sup>. Afirma-se, portanto, que a referida lei possui caráter híbrido: no que toca às normas gerais, é nacional; em relação às normas específicas, é, tão somente, federal (OLIVEIRA, 2020, p. 593).

Além desta, existem outros diplomas legislativos consagram normas gerais, como a Lei nº 12.462/2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Lei nº 10.520/2002, que trata do pregão, uma modalidade de licitação. Exemplificativamente, em âmbito nacional, também é possível identificar normas sobre o tema na LC nº 123/2005, que disciplina o regime jurídico das microempresas e empresas de pequeno porte, na Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos e na Lei nº 13.303/16, que traz o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias.

---

<sup>52</sup> Nesse sentido: José dos Santos de Carvalho Filho (2015, p. 245).

<sup>53</sup> Lei nº 8.666/93. Art. 1º Esta Lei estabelece 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.[...].

<sup>54</sup> ADI 927 MC/RS, Pleno, Min. Rel. Carlos Veloso, julgamento 03.11.1993, DJ 11.11.1994, p. 30.635.

Por fim, cumpre mencionar o Projeto de Lei nº 1.292/1995, que atualmente tramita no Congresso Nacional<sup>55</sup> com o objetivo de estabelecer novas normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas e indireta para União, Estados, Municípios e DF, ab-rogando as Leis nºs 8.666/1993, 10.520/2002 e alterando e derogando outros diplomas, como a Lei nº 12.462/2011.

### 3.3.3. Princípios

O reconhecimento da força normativa dos princípios, tal qual propugna a teoria neoconstitucional, impõe que estes sejam objeto de atentos estudos de todos os intérpretes.

Identifica-se uma série de princípios aplicáveis ao instituto com base na Constituição e na legislação, explícita ou implicitamente. Di Pietro (2014, p. 375) observa que a própria licitação é um princípio ao qual fica vinculada a Administração Pública, como decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Por serem realizadas no âmbito do Poder Público, as licitações se submetem ao atendimento de princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública em geral, previstos expressamente no caput do art. 37 da Constituição Federal<sup>56</sup> - legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Ademais, embora não se olvide do teor do art. 69 da Lei do Processo Administrativo (Lei nº 9.784/1999)<sup>57</sup>, entende-se que deve haver aplicação subsidiária dos princípios gerais do processo administrativo previstos no rol caput do art. 2º da referida lei<sup>58</sup>, conforme

---

<sup>55</sup> No momento de elaboração deste trabalho (maio de 2020), o PL já foi aprovado na Câmara dos Deputados e, desde outubro de 2019, aguarda a apreciação pelo Senado Federal.

<sup>56</sup> CF. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

<sup>57</sup> Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

<sup>58</sup> Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. [...]

determina o art. 2º, § 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>59</sup> (JUSTEN FILHO, 2019, p. 158).

Dentre tais, destacam-se aqueles que não encontram previsão expressa no texto constitucional – os princípios da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica, e do interesse público.

Há, ainda, outros princípios, próprios do tema das licitações, elencados no caput do art. 3º da Lei nº 8.666/93<sup>60</sup>. Assim, acrescem ao quadro principiológico até agora já delineado os princípios da isonomia, da igualdade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Alguns dos citados princípios, em que pese não possam ser ignorados, apenas de modo reflexo ou secundário interessam ao presente estudo. Por essa razão, serão expostos de maneira breve. Outros, pela aproximação de seus significados, serão tratados conjuntamente.

Devido a seu papel nuclear, o primeiro princípio a ser analisado deve ser o da legalidade: a licitação é um procedimento completamente vinculado à lei, que disciplina todas as suas fases (DI PIETRO, 2014, p. 384). É tamanha a vinculação que a Lei 8.666/93 dispõe que todos os participantes têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido legalmente.

Para Justen Filho (2019, p. 109), o princípio representa a vedação à adoção de qualquer providência ou de instituição de qualquer restrição pela autoridade administrativa sem a devida autorização legislativa. Defende ele que “a validade de qualquer decisão da Administração dependerá não apenas de sua compatibilidade com a ordem jurídica, mas de uma autorização legislativa específica (ainda que implícita).”

---

<sup>59</sup> LINDB. Art. 2º, § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

<sup>60</sup> 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.

Entende-se, porém, conforme já exposto, que uma compreensão pós-positivista do Direito coloca em xeque a legalidade estrita, em benefício do “princípio da juridicidade”. Na verdade, o próprio Justen Filho (2014, p. 104-105) reconhece a necessidade de constitucionalização do Direito Administrativo, o que implica, necessariamente, a deferência da Administração deve se dar ao ordenamento jurídico como um todo – sobretudo a Constituição – e não somente às leis.

Corroborando esse entendimento, Di Pietro (2014, p. 29) afirma que em um Estado Democrático de Direito, este não se submete somente à lei em seu sentido formal, mas ao Direito como um todo, contemplando todos os valores implícitos ou explícitos na Constituição. É a reformulação do princípio da legalidade como juridicidade, que atribuirá a expressões como “proposta mais vantajosa à Administração” um significado muito mais abrangente, e insusceptível de redução a referências meramente econômicos.

Pelo princípio da igualdade (ou da isonomia), busca-se permitir a seleção da melhor proposta pelo entre contratante ao conferir igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Fica, assim, vedado o estabelecimento de condições que constituam preferências a favor de certos licitantes. Imbuído deste espírito, estabeleceu o constituinte que somente serão permitidas as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (DI PIETRO, 2014, p. 377).

Em conexão, o princípio da impessoalidade impõe que seja conferida igualdade de tratamento entre os licitantes, devendo a Administração se pautar por critérios objetivos, ignorando as condições pessoais de cada um ou as vantagens por ele oferecidas, afora aquelas previstas em lei ou no instrumento convocatório (DI PIETRO, 2014, p. 385).

O princípio do formalismo é trazido pela doutrina de Justen Filho (2019, p. 120) em razão da forte tradição de crença de que todos os atos praticados no procedimento licitatório estão sujeitos a um rigorismo formal. Como consequência, ficam invalidados todos aqueles que estiverem em contradição com a lei ou com o edital.

Porém, é importante compreendermos que o formalismo buscado deve ser moderado, e não absoluto. Afinal, a licitação é um procedimento instrumental que tem por objetivo uma finalidade específica: celebração do contrato com o licitante que apresentou a melhor proposta. Acredita-se que é por essa razão que Carvalho Filho (2015, p. 253) e Alexandre dos Santos de Aragão (2013, p. 556) preferiram falar em *formalismo procedimental*. Nas palavras do último, ficam equitativamente equilibrada a aplicação dos princípios da

legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, de modo que meras irregularidades não sejam capazes de afetar interesses públicos ou privados, evitando a desnecessária eliminação de competidores.

Evidência disso é que a legislação tem flexibilizado algumas exigências formais que não arriscam a isonomia, com o objetivo de garantir maior competitividade, como faz o art. 48, § 3º da Lei 8.666 ao permitir que seja fixado novo prazo para que os licitantes apresentem nova documentação ou outras propostas quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas (OLIVEIRA, p. 44, 2018).

Já os princípios da moralidade e da probidade exigem do Poder Público uma atuação não somente em conformidade com a lei, mas também em atendimento à moral, aos bons costumes, às regras de boa administração, princípios e a ideia de honestidade (DI PIETRO, 2014, p. 385). Marçal Justen Filho (2019, p. 193) os diferencia por entender que a probidade possui um vínculo com a dimensão econômica - ultrapassa a violação de deveres éticos ao produzir efeitos patrimoniais reprováveis.

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) tipifica como ato de improbidade que causa lesão ao erário frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente (art. 10, inciso VIII). E, excepcionando a regra pela qual o dano deve ser efetivamente provado, o Superior Tribunal de Justiça<sup>61</sup> entende que, nessa hipótese, há dano *in re ipsa*. Trata-se da única hipótese na qual a Corte entende haver dano presumido, o que demonstra a seriedade no embate a condutas ímprobadas praticadas no âmbito das licitações.

O princípio da publicidade, por sua vez, impõe a divulgação do procedimento licitatório e de todos os seus atos para ciência dos interessados, possibilitando a fiscalização da legalidade. Quanto maior for o certame, mais ampla deverá ser a publicidade, não

---

<sup>61</sup> “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ELEMENTO SUBJETIVO SANÇÕES. RAZOABILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. [...] 7. A fraude à licitação tem como consequência o chamado dano *in re ipsa*, reconhecido em julgados que bem se amoldam à espécie. Precedentes: REsp 1.280.321/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 9.3.2012; REsp 1.190.189, Relator Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2010; STF, RE 160.381/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 12.8.1994. 8. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo ao recorrente demonstrar (...) (AgRg nos EDcl no AREsp 419.769/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 25/10/2016)

devendo, nunca, haver sigilo, senão quanto ao conteúdo das propostas e apenas até a abertura dos envelopes (DI PIETRO, 2014, p. 385-386).

Entrando na seara dos princípios setoriais das licitações, cumpre tecer esclarecimentos sobre o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Esse recebeu robusto tratamento pelo legislador, que não apenas o elencou no rol do art. 3º da Lei 8.666/93, como também explicitou seu conteúdo no art. 41, cuja redação, pela sua clareza, merece transcrição pelas mesmas letras: “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

E não é só. Ele está, também, refletido no art. 43, inciso V, que estampa a regra de que o julgamento e a classificação das propostas devem ser realizados acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. Representa, portanto, dever de estrita observância editalícia tanto para o ente público quanto para os particulares licitantes (DI PIETRO, 2014, p. 387).

O princípio do julgamento objetivo exsurge como corolário da conjugação de todos os demais princípios elencados, sobretudo o da legalidade e da impessoalidade. Ele determina que o julgamento das propostas seja feito nos exatos termos dos parâmetros fixados no instrumento convocatório. “Não se admite que a atividade decisória da Administração seja informada por subjetivismos do julgador” (JUSTEN FILHO, 2019, p. 113). Seu teor está estampado no art. 45 da Lei 8.666/93, que não apenas o enuncia, como confere disciplina ao trazer os tipos de licitação – menor preço, melhor técnica, técnica e preço e melhor lance ou oferta.

A doutrina defende a existência do princípio da competitividade, que veda a adoção de medidas ou criação de regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação (CARVALHO FILHO, 2015, p. 252). O seu procedimento deve sempre possibilitar a disputa e o confronto entre os licitantes, para que se proceda à melhor seleção possível. Alexandre dos Santos de Aragão (2013, p. 565) ressalta que o princípio é extraído de todos os demais princípios, vedando favorecimentos ou discriminações impertinentes à tutela do interesse visado pela contratação. Seria, portanto, expressão do princípio da proporcionalidade nas licitações.

Também tem sede doutrinária (DI PIETRO, 2014, p. 388) o princípio da adjudicação compulsória, que impede o Poder Público de atribuir o objeto da licitação a pessoa distinta

da vencedora do certame, exceto caso haja desistência por parte desta. A vedação também alcança a abertura de novas licitações enquanto permanecer válida a adjudicação anterior.

### 3.4 A licitação como instrumento de promoção de desenvolvimento ambientalmente sustentável

Ao tratarmos das generalidades das licitações, elencamos alguns aspectos conceituais sobre o instituto, reputados como centrais e basilares<sup>62</sup>. Um, no entanto, foi propositalmente deixado de fora porque sua adequada compreensão merece análise pormenorizada e em apartado, com auxílio de teorias neoconstitucionais – a finalidade das licitações.

Trata-se de um elemento de cunho teleológico que repercute na maneira que cada norma e cada valor é (ou deve ser) tratado. Só faz sentido pensar nos meios se estes estiverem em sintonia com o fim. Diante disso, questiona-se: para que se prestam as licitações? Qual a sua razão de ser? Essas são as indagações sobre as quais, agora, nos debruçaremos.

#### 3.4.1 Finalidades da licitação à luz da redação do art. 3º da Lei 8.666/93

Como bem salienta Justen Filho (2019, p. 86), a licitação não é um fim em si mesma, mas um instrumento para o alcance de determinados escopos. Por essa razão, afirma o autor, não é correto encará-la como uma solenidade litúrgica, ignorando sua teleologia.

É a própria lei nº 8.666/93, logo em seu art. 3º, que elenca os fins a serem atingidos pelo procedimento licitatório. Dispõe que ele se destina *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*.

Trata-se de uma disposição importante, pois a determinação legal a respeito dos fins a serem perseguidos diminui a margem de autonomia do intérprete: o gestor não pode buscar fim distinto do previsto pela norma (JUSTEN FILHO, 2019, p. 87).

---

<sup>62</sup> Normas relacionadas a cada etapa do procedimento licitatório serão tratadas no capítulo seguinte.

Pensa-se ser de maior importância a compreensão de que a *proposta mais vantajosa para Administração* não significa, necessariamente, a proposta cujo valor monetário seja o menor (GARCIA; RIBEIRO, 2012, p. 232). Afinal, ao Poder Público incumbe, sim, a tutela de interesses fazendários (interesse público secundário), mas, principalmente, de interesses públicos sociais – os interesses públicos primários. A defesa de interesses públicos secundários só é legítima quando for instrumental para a satisfação do interesse público primário (MOREIRA NETO, 2014, p. 62).

Justen Filho (2019, p. 94) emprega o neologismo “vantajosidade” para expressar a ideia de que a está presente a *maior vantagem* quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o contratado se obriga a cumprir a melhor e mais completa prestação. Trata-se, portanto, de uma relação custo-benefício, de modo que a maior vantagem significa a presença concomitante do menor custo e maior benefício para a Administração.

Afinal, como bem observa Marrara (2017), “o valor do contrato não se confunde com o valor de contratar”: este é formado pela soma do valor do contrato, dos custos do contrato, dos custos da licitação e das externalidades. Fala-se, então, em uma “vantajosidade alargada”, que, ao ponderar fatores como a eficiência dos processos administrativos e a capacidade de contribuição do contrato com políticas públicas, seja capaz de indicar a melhor proposta de contratação como um todo.

Em acréscimo, o reconhecimento da força normativa da constituição ocasiona a irradiação de seu conteúdo por todo o ordenamento jurídico, o que torna imperativa a reinterpretação de todas as normas e institutos e conformidade com os preceitos e valores constitucionais (BARROSO, 2005, p. 12).

Por essa razão, entende-se que a expressão “proposta mais vantajosa” deve ser interpretada de modo a conferir eficácia ao texto constitucional – o que só é feito a partir de uma visão ampla, insusceptível de redução (abstrata e de per se) a termos monetários e interesses fazendários. Em outras palavras, a consagração constitucional de uma pluralidade de valores relevantes para o Estado e o dever de realizá-los torna mais complexa a determinação do conceito de vantajosidade (JUSTEN FILHO, 2019, p. 95).

A garantia da observância do princípio da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa ao Poder Público são as duas finalidades que o legislador classicamente atribui às licitações – ambas constam da redação original do dispositivo, que data de 1993. Apenas



em 2010, com a edição da Lei nº 12.349, fruto da conversão da Medida Provisória nº 495/10, foi incluída no rol de escopos a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Essa inserção simboliza não apenas uma tomada de consciência quanto à problemática da sustentabilidade como um todo - que, como demonstrado no capítulo anterior, não se limita à sua faceta ambiental – mas também a devida reverência do legislador infraconstitucional à normatividade da Constituição.

Ela pode ser vista como manifestação da constitucionalização do direito operada mediante reforma legislativa: a adaptação da legislação ordinária às prescrições constitucionais (SILVA, 2005. P. 39). Afinal, como já tratado, a constitucionalização limita a liberdade que o legislador tem na elaboração das leis em geral, e a ele impõe certos deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais (BARROSO, 2012, p. 32).

Assim, a partir do “novo” teor do art. 3º da Lei nº 8.666/93, entende-se ser possível defender a ideia de que o procedimento licitatório pode ser empregado como forma de regulação diretiva ou indutiva da economia, induzindo o mercado à realização de práticas de desenvolvimento sustentável que produzam efeitos sociais desejáveis (GARCIA; RIBEIRO, 2012, p. 232). Sendo possível perquirir, com a licitação, uma finalidade extraeconômica e constitucionalmente consagrada, distinta da contratação de bens e serviços a um menor custo, identifica-se, nela, uma função regulatória conformadora do mercado (OLIVEIRA, 2020, p. 597),

Dessa forma, a regulação emerge como derivação da finalidade principal e imediata da contratação pública, a aquisição de determinada utilidade especificada como objeto do contrato, partir da inserção de novo fim: a efetivação de políticas públicas - um fenômeno semelhante à extrafiscalidade tributária. Parte da doutrina nomeia a regulação como função derivada ou adicional:

Com a função derivada, o Estado vincula seu papel de comprador ao exercício de uma função regulatória – isto é, o Estado-regulador/fomentador atua por meio do Estado-comprador, utilizando as contratações públicas não apenas para adquirir determinado bem, serviço ou obra, mas também para implementar outro fim público, diversificando assim os fins das contratações públicas. Ao direcionar seu poder de contratar, há a derivação da função primária e original da contratação pública, com a inclusão, em alguma etapa do processo de contratação, de finalidade adicional a ser por ela perseguida. A função derivada permite a conexão direta entre os papéis de Estado-comprador e de Estado promotor de fins públicos (Estado-regulador/fomentador/executor de políticas públicas) (ZAGO, 2018, p. 31-32).

Partindo do pressuposto que o legislador ordinário não promoveria uma alteração no texto legal se não desejasse alguma mudança na norma - o produto da sua interpretação - entende-se que a inserção da promoção do desenvolvimento nacional sustentável como uma finalidade a ser buscada pela licitação não pode ser ignorada pelo intérprete. Tampouco seria possível atribuir um grau de importância ou de hierarquia inferior: o legislador não estabeleceu tal distinção, não havendo razão para que o intérprete o faça.

Por isso, concorda-se com a afirmação exarada no Guia Nacional de Contratações Sustentáveis da Controladoria Geral da União (BRASIL, 2020, p. 20) de que a introdução do desenvolvimento nacional sustentável como finalidade do procedimento licitatório no mesmo patamar normativo das demais faz com que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável se torne um fator de observância cogente pelo gestor público. Conseqüentemente, a contratação sustentável não pode mais ser vista como uma exceção na prática administrativa no cotidiano da Administração Pública: tornou-se regra geral, cuja excepcionalidade só pode ser admitida quando devidamente motivada.

Ademais, a conduta do agente público que menospreza ou desconsidera essa finalidade ofende, além da própria lei, a Constituição Federal, cuja normatividade jamais pode ser desconsiderada. Em diferentes dispositivos, ela impõe que sejam tomadas as devidas medidas em prol do desenvolvimento e do meio ambiente, não devendo o intérprete se desviar desses valores na aplicação do direito infraconstitucional.

#### 3.4.2 Licitações ambientalmente sustentáveis (ou licitações verdes)

Os gastos públicos compõem significativa parcela do produto interno bruto nacional. De acordo com dados do IBGE (2017), em 2015, quase 57% dos municípios brasileiros – o que corresponde ao número de 3.170 municípios – tiveram como principal atividade econômica componente de seu produto interno bruto (PIB) a Administração, seguridade social, defesa, educação e saúdes públicas.

Essa característica está presente mais fortemente nos Estados da Paraíba, do Amapá, de Roraima, do Piauí e do Ceará, nos quais mais de 90% dos municípios apresentam tal perfil. Os estados da Região Sul figuram o extremo oposto: apenas 11% dos municípios apresentam a atuação do Poder Público como principal atividade econômica.

Apesar das discrepâncias entre as regiões do Brasil, pode-se afirmar que a participação do Estado como agente econômico não pode ser menosprezada: seu poder de compra é extremamente significativo, e estima-se que representou cerca de 21,5% do PIB de 2012, conforme aponta relatório da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (BRASIL, 2013, p. 176).

Inexistem indicadores confiáveis que permitam dimensionar o real poder de influência das compras públicas no mercado (BETIOL *et al.*, 2012, p. 40). Porém, a grandiosidade das cifras apresentadas sinaliza a importância de uma maior atenção à sua gestão, de modo que é devido o reconhecimento do potencial das compras estatais serem instrumentos reais e eficazes de efetivação de políticas públicas, como a proteção da sustentabilidade ambiental.

Essa atuação opera, simultaneamente, em duas frentes. Mais diretamente, ele reflete em hábitos de consumo ambientalmente sustentáveis por parte da Administração Pública, o que, por si só, já é positivo, sobretudo ao considerarmos a grandiosidade de seus números.

Por exemplo, nos *considerandos* do Decreto nº 45. 643/2001 do Estado de São Paulo, que dispõe sobre a obrigatoriedade da aquisição pela Administração Pública Estadual de lâmpadas de maior eficiência energética e menor teor de mercúrio, consta que o Setor Público representa cerca de 9% do consumo total de energia elétrica e que o Estado de São Paulo responde por cerca de 30% do consumo nacional de lâmpadas fluorescentes.

Indiretamente, em uma segunda frente, a Administração pode contribuir para o impulsionar um certo tipo de mercado. De acordo com Biderman (2006, p. 25), ao passo que a Administração, na sua condição de grande consumidora, começa a dar preferência à compra de produtos que atendam a critérios ambientais, aumentando a demanda destes, ela estimulará uma maior oferta que, por sua vez - a médio ou longo prazo - conduzirá a preços mais baixos.

Isso porque, ao modificar seu padrão de compra, o Estado indica a provável existência de demanda de longo prazo para produtos ou serviços que atendam determinadas especificações e características. Assim, incentiva as empresas investirem em inovação com a expectativa de realizar economias de escala que permitirão a redução de custos. Como é frequente que a inovação requeira desenvolvimento tecnológico, tais investimentos gerarão aumento da qualidade dos produtos ofertados e melhora na competitividade das empresas que se valham desse potencial (TEIXEIRA, 2013, p. 29).

A título de exemplo, o decreto federal nº 2.783/1998 proíbe a aquisição de produtos ou equipamentos que contenham ou façam uso de substâncias que destroem a camada de ozônio (SDO) por órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta e indireta. É clara a intenção de manejar o poder de compra do Estado, pois o decreto elenca em seus *considerandos* a importância de o Governo Federal contribuir efetivamente para a proteção da camada de ozônio, “estimulando os diversos segmentos usuários e a sociedade em geral a substituir o mais rápido possível o consumo das SDO”.

De modo ainda mais explícito, a legislação paulista consagra o potencial desse instrumento. A Política Estadual de Mudanças Climáticas do Estado de São Paulo (Lei nº 13.798/2008) estabelece como objetivos específicos a criação e a ampliação do alcance de instrumentos econômicos, financeiros e fiscais, “inclusive o uso do poder de compra do Estado” para fins de promoção de desenvolvimento sustentável.

São nomeadas *licitações verdes* ou *licitações ambientalmente sustentáveis* aquelas que consideram “critérios de preferência socioambientais para a escolha de bens, obras e serviços a serem contratados pelo Poder Público, visando preservar o meio ambiente e minorar desigualdades econômicas e sociais” (SANTOS, 2015, p. 157) - ou ainda, como versa Meneguzzi (2015, p. 23), as que ponderam a “sustentabilidade ambiental dos produtos e processos a elas relativos”.

Com base nessa compreensão de que “é possível, por meio do procedimento licitatório, incentivar a preservação do meio ambiente” (DI PIETRO, 2014, p. 389), defende-se a existência do princípio da licitação sustentável. Poucos autores dos tradicionais manuais de Direito Administrativo o mencionam, razão pela qual se destaca a tratativa de vanguarda trazida por Maria Sylvia Di Pietro.

O princípio licitação sustentável possibilita, em tese, que o Estado seja onerado com o pagamento de um custo monetário maior na aquisição de bens e serviços, contanto que seu poder de compra seja mobilizado para a persecução de objetivos de reordenação do mercado e implementação de valores de sustentabilidade constitucionalmente previstos (GARCIA; RIBEIRO, 2012, p. 235).

Ressalva-se, no entanto, que, em que pese a licitação sustentável deva ser tomada como regra geral, admitem-se exceções. É preciso que, sempre, seja observado o postulado da proporcionalidade: a proteção ambiental e o desenvolvimento sustentável não são os

únicos valores protegidos pela Carta, e há situações nas quais, pelas suas características, deverá ser dada primazia à eficiência econômica.

Melhor dizendo, tal qual determina a boa hermenêutica, deverá haver ponderação do princípio da licitação sustentável com outros que incidam no caso concreto, sobretudo o princípio da indisponibilidade do interesse público. Caberá ao gestor, motivadamente, expor as razões pelas quais entendeu ser devido o afastamento dos critérios de sustentabilidade. Afinal, como visto, a vantajosidade é uma análise de custo-benefício. O que se defende é sua aferição ultrapasse a mera conferência dos custos iniciais de aquisição. É o que procuram esclarecer Flávio Amaral Garcia e Leonardo Coelho Ribeiro (2012, p. 236):

A implementação de outros valores constitucionais por meio da licitação não pode torná-la ineficiente e desvirtuada do seu objetivo. Em outras palavras, a pretexto dessa nova função regulatória, não se pode partir de uma equivocada premissa de que a licitação é a solução de todos os males, sob pena de aumentar sua complexidade e burocracia. É necessário comedimento para conciliar a função regulatória da licitação com a indispensável eficiência que deve ser ínsita a qualquer certame público.

O intuito é que a seleção da proposta mais vantajosa contemple uma análise de ecoeficiência que pondere custos econômicos e extraeconômicos de médio e longo prazo, suportados por si e por terceiros, gerados por todo o ciclo de vida do bem ou serviço – isto é, desde o seu desenvolvimento até a disposição final (art. 3º, IV da Política Nacional de Resíduos Sólidos<sup>63</sup>).

### 3.4.3 Licitações sustentáveis na ONU e União Europeia

A utilização do poder de compra do Estado como instrumento de efetivação de políticas públicas relacionadas ao desenvolvimento sustentável é uma prática consagrada e encorajada internacionalmente.

---

63 Art. 3o Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

[...]

IV - ciclo de vida do produto: série de etapas que envolvem o desenvolvimento do produto, a obtenção de matérias-primas e insumos, o processo produtivo, o consumo e a disposição final;

[...]

O documento Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável elenca 17 objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS), cada um com metas próprias que somam 169. Tais metas devem ser cumpridas por ações integradas dos governos, em todos os níveis e esferas, das instituições privadas e da sociedade civil, até 2030.

Um desses objetivos é “assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis” (ONU, 2015, p. 31). Dentro dele, o documento elenca 11 metas, das quais uma é “promover práticas de compras públicas sustentáveis, de acordo com as políticas e prioridades nacionais” (ONU, 2015, p. 31), o ODS 12.

Outra, fortemente interligada a esta, é “incentivar as empresas, especialmente as empresas grandes e transnacionais, a adotar práticas sustentáveis e a integrar informações de sustentabilidade em seu ciclo de relatórios” (ONU, 2015, p. 31). Como já foi dito, é possível que esse incentivo à adoção de práticas sustentáveis se dê justamente pela mobilização do poder de compra estatal.

A Diretiva nº 2014/24 da União Europeia (EU), que oferece a base jurídica para os contratos públicos na UE, é um bom exemplo de legislação em sintonia com os objetivos e metas da Agenda 2030. A norma explicita o entendimento de que diferentes variáveis condicionam a escolha da proposta mais vantajosa, valorizando licitações sociais e ambientais (MARRARA, 2017).

Lê-se, em seus *considerandos*, que

(...) as autoridades públicas deverão fazer a melhor utilização estratégica da contratação pública para fomentar a inovação. A aquisição de produtos, obras e serviços inovadores desempenha um papel fundamental na melhoria da eficiência e da qualidade dos serviços públicos dando simultaneamente resposta aos grandes desafios sociais. Contribui para a utilização mais rentável dos fundos públicos, bem como para maiores benefícios económicos, ambientais e sociais no que respeita ao surgimento de novas ideias, à sua tradução em produtos e serviços inovadores e, consequentemente, à promoção de um crescimento económico sustentável. (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Os critérios de julgamento (chamados de “critérios de adjudicação”) trazidos no art. 67 evidenciam que a proposta economicamente mais vantajosa deve ser identificada como tal “com base no preço ou custo, utilizando uma abordagem de custo-eficácia, como os custos do ciclo de vida” (UNIÃO EUROPEIA, 2014), sendo admitida a ponderação da relação

qualidade-preço, aferida “com base em critérios que incluam aspetos qualitativos, ambientais e/ou sociais ligados ao objeto do contrato público” (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

O art. 67, 2 permite que os Estados-Membros proíbam a utilização dos critérios preço ou o custo como único critério de julgamento, ou restrinjam essa utilização exclusiva a determinadas categorias de autoridades adjudicantes ou a certos tipos de contratos. Visto que não há opção de afastar licitações pautadas em critérios qualitativos, essa previsão permite concluir que “o direito europeu não considera a mera análise de preço como o critério por essência garantidor da vantajosidade” (MARRARA, 2017).

O art. 69, ao tratar dos cálculos dos custos do ciclo de vida, afirma que devem ser contabilizados os custos suportados pela autoridade adjudicante ou outros utilizadores, especialmente aqueles relacionados com a aquisição, com a utilização (ex.: consumo de energia), de manutenção e de fim de vida (coleta e reciclagem). Além destes, devem ser ponderados os custos imputados a externalidades ambientais ligados ao objeto contratado, contando que se possa determinar e confirmar o seu valor monetário. Exemplifica como tais a emissão de gases de efeito estufa e as alterações climáticas.

Para incentivar e auxiliar gestores a firmarem aquilo que se chama de “contratos públicos socialmente responsáveis” (CPSR)<sup>64</sup> ou contratos públicos ecológicos (CPE)<sup>65</sup>, foram editados o guias “Compra social: Guia para ter em conta os aspectos sociais nos contratos públicos” (UNIÃO EUROPEIA, 2012) e “Comprar ecológico! Manual de Contratos Públicos Ecológicos” (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Corroborando o que foi dito nos tópicos acima, ao apresentar as razões pelas quais CPE são importantes, o manual argumenta que gastos públicos com obras, bens e serviços representam que uma expressiva parcela do PIB da UE: 14%. Então, o direcionamento do poder de compra estatal pode constituir um motor de inovação ao proporcionar à indústria incentivo para o desenvolvimento de produtos e serviços ecológicos, principalmente em

---

<sup>64</sup> CPSR é expressão que designa as operações de contratação pública se ponderem ao menos um dos seguintes aspectos: oportunidades de emprego, trabalho digno, conformidade com os direitos sociais e trabalhistas, inclusão social, igualdade de oportunidades, acessibilidade, critérios de sustentabilidade, questões relacionadas com o comércio ético e o cumprimento voluntário mais amplo da responsabilidade social das empresas (UNIÃO EUROPEIA, 2011, p. 7).

<sup>65</sup> CPE é entendido como um processo pelo qual as autoridades públicas adquirem bem, serviços e obras com geração de impactos ambientais reduzidos durante todo seu ciclo de vida (UNIÃO EUROPEIA, 2016, p. 4).

setores nos quais o Poder Público representa grande parcela do mercado, como serviços de saúde ou transportes (UNIÃO EUROPEIA, 2016, p. 5).

Ademais, ao ponderar os custos totais do ciclo de vida de um contrato, e não apenas o valor de aquisição, os CPE permitem economias financeiras. Por exemplo: a aquisição de produtos energeticamente eficientes contribui para uma redução das faturas dos serviços de utilidade pública (UNIÃO EUROPEIA, 2016, p. 5).

#### 3.4.4 Licitações sustentáveis na agenda governamental brasileira

O respaldo governamental à adesão de critérios de sustentabilidade ambiental nas licitações é demonstrado pela existência de programas voltados a promoção desse fim.

Ao Departamento de Desenvolvimento, Produção e Consumo Sustentáveis (DPCS) do Ministério do Meio Ambiente (MMA) compete fomentar práticas de produção e de consumo sustentáveis (PCS) com vistas à promoção de desenvolvimento sustentável. Ele atua na implementação do Plano de Ação para Produção e Consumo Sustentáveis (PPCS) desde 2010 e na disseminação e apoio à implementação da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, sobretudo do ODS 12 (assegurar os padrões de produção e consumo sustentáveis).

O PPCS é um plano de ação nacional que visa fomentar políticas, programas e ações de consumo e produção sustentáveis no Brasil, ampliando as soluções para questões socioambientais, em conformidade com as políticas nacionais de modo a buscar a erradicação da miséria e o desenvolvimento sustentável. São elencados como princípios (entre outros) o desenvolvimento sustentável a liderança governamental por meio do exemplo (BRASIL, 2014, p. 17). Ademais, as compras públicas sustentáveis são indicadas como uma das 6 prioridades do PPCS para o ciclo de 2011 a 2014 (BRASIL, 2014, p. 25).

Há, também, a Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P), um programa criado pelo Ministério do Meio Ambiente em 1999 que visa estimular os órgãos públicos brasileiros a implementarem a responsabilidade socioambiental nas atividades administrativas e operacionais da administração pública (BRASIL, 2016, p. 7).

A A3P tem como objetivos sensibilizar os gestores públicos para as questões socioambientais, promover a economia de recursos naturais e redução de gastos institucionais, reduzir o impacto socioambiental negativo causado pela execução das



atividades de caráter administrativo e operacional, contribuir para revisão dos padrões de produção e consumo e na adoção de novos referenciais, no âmbito da administração pública e contribuir para a melhoria da qualidade de vida (BRASIL, 2016, p. 9). Ela é formulada a partir de 6 eixos temáticos<sup>66</sup>, e um deles é o de “compras públicas sustentáveis”, também chamado de “licitações sustentáveis” em algumas publicações (BRASIL, 2016, p. 10-11)

Observa-se uma crescente melhora no desempenho de ambos os programas (PPCS e A3P). O relatório do primeiro ciclo de implementação do PPCS, que compreende o período de 2011 e 2014, indica resultados satisfatórios. É apontado que:

Ao longo dos últimos 4 anos, as compras sustentáveis saíram de R\$ 13,5 milhões para uma participação de R\$ 40,4 milhões nas aquisições dos órgãos SISG (Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais) – administração pública federal direta, autárquica e fundacional, o que significou um crescimento de 200% em 2013, em relação a 2010. As contratações públicas sustentáveis representaram, em 2013, 0,06% do total das compras públicas, num aumento significativo em relação a 2011, início do Plano, quando somavam 0,02%. Já nos três primeiros meses de 2014, as compras sustentáveis movimentaram R\$ 7,9 milhões na aquisição de bens, por meio de 168 processos. Na comparação com o mesmo período de 2013, as aquisições sustentáveis sofreram um aumento de 66% (BRASIL, 2014, p. 10).

O *site* da A3P<sup>67</sup> também divulga a evolução de seus números. É informado que em 2011 o programa contava com 318 inscritos na Rede A3P<sup>68</sup>; em 2019, o número foi de 1016. Já o número de órgãos que formalizam a parceria com o MMA por meio do Termo de Adesão era, em 2011, de 132, passando para 461 em 2019.

Merece destaque, ainda, a chamada a Estratégia para o Desenvolvimento Sustentável do Estado de São Paulo 2020, instituída pelo Decreto estadual nº 58.107 de 2012 e produzido no contexto da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20). Visando estabelecer uma agenda para o desenvolvimento sustentável

---

<sup>66</sup> Os demais eixos são: uso racional dos recursos naturais e bens públicos; gestão adequada dos resíduos gerados; qualidade de vida no ambiente de trabalho; construções sustentáveis; sensibilização e capacitação dos servidores.

<sup>67</sup> Disponível em: <<http://a3p.mma.gov.br/a3p-em-numeros/>>. Acesso em 24.06.2020.

<sup>68</sup> A Rede A3P é uma plataforma para troca de informações e experiências composta por instituições públicas e privadas, pessoas físicas e jurídicas.

do Estado de São Paulo, apresenta diversas metas setoriais. Uma delas é que, até 2020, 20% de todas as contratações públicas estarão em conformidade com as referências socioambientais<sup>69</sup>.

Nota-se, portanto, que a preocupação com as compras públicas sustentáveis é tema de destaque tanto na agenda internacional quanto na nacional e na estadual. Não se pode mais ignorar a vocação que o procedimento licitatório possui de conduzir práticas desejáveis promotoras de desenvolvimento sustentável. Resta esclarecer como isso pode ser feito. É o tema do próximo e derradeiro capítulo.

### 3.4. Síntese conclusiva

Neste capítulo, procurou-se demonstrar, primeiramente, a existência do dever público de proteção ambiental e promoção de práticas de desenvolvimento sustentável – um dever de envergadura constitucional.

Em seguida, foram elencadas algumas formas pela qual é possível ao Estado se desincumbir deste dever. Basicamente, isso pode ser feito por mecanismos de comando e controle (como o licenciamento ambiental) ou de instrumentos de incentivos, que buscam induzir determinados comportamentos, sem coagir os administrados em um ou outro sentido – fomento.

O fomento pode ser entendido como a ação administrativa de proteger, estimular ou fomentar as atividades particulares pelas quais são satisfeitas necessidades ou conveniências de caráter geral (POZAS, 1949, p. 50), e é marcado pela existência de uma flexibilidade que permite a adaptação conforme as circunstâncias.

Uma estratégia apta ao fomento de práticas, produtos e serviços sustentáveis é a mobilização do poder de compra estatal. Trata-se de um poder que não pode ser desprezado: estima-se que representou cerca de 21,5% do PIB de 2012, conforme aponta relatório da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (BRASIL, 2013, p. 176). As licitações que contemplam critérios de sustentabilidade são chamadas pela doutrina de

---

<sup>69</sup> O anexo do Decreto nº 58.107/2012, em seu item 5.12, aponta que, em 2008 e 2009, cerca de 3% das licitações levaram em consideração aspectos de sustentabilidade.

“licitações sustentáveis” ou “licitações verdes”, quando essa sustentabilidade se manifesta na dimensão ambiental.

Para melhor tratarmos das licitações sustentáveis, partiu-se para uma breve análise acerca de conceitos e princípios basilares para o estudo das licitações. Buscou-se enfatizar que a licitação constitui um instrumento para o alcance de determinados escopos, e não um fim em si mesma. Por essa razão, não é correto encará-la como uma solenidade litúrgica, ignorando sua teleologia (JUSTEN FILHO, 2019, p. 86).

Além disso, apontou-se que, em que pese as finalidades tradicionalmente a elas atribuídas sejam a garantia da observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o procedimento licitatório também se presta para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Melhor dizendo, foi reconhecida a capacidade da contratação pública de propiciar ao Estado o alcance de fins mediatos, de modo que o contrato administrativo se torna um instrumento de realização de políticas públicas relacionadas à sustentabilidade (JUSTEN FILHO, 2019, p. 96).

Trata-se de uma finalidade que está em plena consonância com valores constitucionais, e é o que, atualmente, consta da redação do art. 3º da Lei 8.666/93 com a redação dada pela Lei nº 12.324/2010. Há doutrina que identifica na sustentabilidade um princípio setorial da licitação, posição com a qual se concorda.

Ademais, foi colocada pelo legislador sem diferenciação de hierarquia ou prioridade em relação às outras finalidades, razão pela qual se entende que ela deve ser encarada pelo gestor público com a mesma seriedade das demais. Não poderia, portanto, ser afastada em abstrato, mas apenas ponderada diante das circunstâncias do caso concreto.

Por fim, procurou-se demonstrar como as agendas internacionais, nacionais e estaduais reconhecem a importância que as compras públicas representam no panorama das práticas sustentáveis.

Trata-se de uma das metas elencadas na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da ONU e na Estratégia para o Desenvolvimento Sustentável do Estado de São Paulo 2020. Também configura elemento central do Plano de Ação para Produção e Consumo Sustentáveis (PPCS) e da Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P), programas do Ministério do Meio Ambiente.

Espera-se que o capítulo tenha sido capaz de demonstrar não apenas a legitimidade da função promotora de desenvolvimento sustentável das licitações, mas também a importância do instituto enquanto instrumentos para a realização de políticas públicas de sustentabilidade.

No capítulo seguinte, será buscada a identificação de diretrizes práticas para a adoção dos critérios de sustentabilidade ambiental nos instrumentos convocatórios.



#### 4 Licitações ambientalmente sustentáveis: possibilidades e limitações

No capítulo anterior, buscou-se frisar a importância do papel do Estado nas questões relacionadas à sustentabilidade, assim como a possibilidade de manejo do poder de compra público como um instrumento de políticas públicas promotoras de desenvolvimento sustentável - as chamadas licitações sustentáveis ou licitações verdes.

Foram expostos os fundamentos teóricos e normativos que as embasam e legitimam. Resta, agora, a análise de como pode ser feita a inserção dos critérios de sustentabilidade nos instrumentos convocatórios.

Em que pese haja divergência doutrinária a respeito da natureza jurídica da licitação (processo<sup>70</sup> ou procedimento<sup>71</sup>) com respeitadas vozes em ambos os sentidos, há consenso sobre o fato de que o instituto consubstancia uma série de atos preparatórios ordenados com vistas à realização de um ato final: a formação da vontade contratual da Administração, sobretudo a seleção do particular com quem ela irá contratar.

Partindo do reconhecimento de que a licitação é formada por uma sucessão de atos e fases, com características específicas próprias, entende-se necessário o estudo da inserção de critérios ambientais em cada uma delas. Por isso, primeiramente, será feita uma exposição sobre o rito da licitação e as normas incidentes.

Em seguida, serão trazidos alguns dos principais diplomas normativos para o tema das licitações sustentáveis, a fim de se identificar a existência de regras legais a respeito da adoção de critérios de sustentabilidade ambiental no procedimento licitatório.

Por fim, com base no levantamento de legislação procedido, buscar-se-á indicar quando e como podem incidir critérios de sustentabilidade ambiental nos procedimentos licitatórios.

##### 4.1. Modalidades de licitação

---

<sup>70</sup> Nesse sentido: Justen Filho (2019, p. 154-156) e Odete Medauar (2018, p. 175).

<sup>71</sup> Posição adotada por Maria Sylvia Di Pietro (2014, p. 373) e Carvalho Filho (2015, p. 24).

O rito do procedimento licitatório varia conforme a modalidade eleita: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão, pregão (presencial e eletrônico) consulta. As cinco primeiras modalidades estão previstas no art. 22 da Lei 8.666. O pregão, por sua vez, é regulado pela Lei 10.520/2002 e a consulta é a modalidade prevista no art. 37 da Lei 9.986/2000 para licitações realizadas por agências reguladoras.

Sinteticamente, afirma-se que a concorrência, a tomada de preços e o convite são modalidades que podem ser usadas para os mesmos objetos – obras, serviços de engenharia, compras e serviços. O que define a escolha entre elas, em regra, é o valor do contrato.

Tais modalidades também se diferem quanto àqueles que delas podem participar. A concorrência é marcada<sup>72</sup> pela nota da universalidade, pois é aberta a quaisquer interessados que comprovem os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital (DI PIETRO, 2014, p. 415).

Já a tomada de preços, a princípio, é voltada a interessados cadastrados – o cadastramento é um procedimento que antecede a licitação, feito para agilizar, pois já estariam comprovados os requisitos de habilitação. Porém, a própria lei contraria esse objetivo ao permitir que possam participar os interessados não cadastrados que entreguem os documentos antes. Isso esvazia a razão de ser da modalidade, pois a torna muito similar à concorrência, razão pela qual é raramente utilizada e não está prevista no projeto da nova lei de licitações.

O convite, por sua vez, é modalidade para convidados – cadastrados ou não. Devem ser convidados ao menos 3 potenciais interessados. Podem participar, também, interessados que não tenham sido convidados, mas que estejam previamente cadastrados.

Diferentemente, o concurso é a modalidade de licitação para a escolha de trabalho técnico-científico. O Poder Público não contrata o sujeito vencedor da licitação, mas sim o projeto por ele feito: o autor recebe o prêmio e nada mais. Já o leilão é modalidade para a alienação de bens móveis inservíveis, produtos legalmente apreendidos ou penhorados e bens imóveis adquiridos em procedimentos judiciais ou mediante dação em pagamento.

O pregão, nos termos da Lei nº 10.520/02, é a modalidade que pode ser utilizada para a aquisição de bens e serviços comuns - *aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais*

---

<sup>72</sup> Di Pietro (2014, p. 415) também destaca a ampla publicidade.

*no mercado* (art. 1º, PU) - qualquer que seja o valor estimado do contrato. A opção pelo pregão constitui uma faculdade do administrador público, que pode optar por outra modalidade de licitação.

Embora haja outras peculiaridades, o pregão é caracterizado pela inversão entre as fases de habilitação e julgamento das propostas, que gera grandes consequências para a eficiência: primeiro são julgadas as propostas e apenas depois de tal julgamento é que se procede à habilitação. Também há inversão das fases de homologação e adjudicação, mas isso não repercute na eficiência do certame.

A inversão entre as fases de habilitação e julgamento é muito festejada na prática administrativa, tendo sido replicada em várias leis, como a Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei nº 12.462/2011) e a Lei das Estatais (Lei nº 13.303/16). Além disso, foi consagrada como a regra geral do Projeto de Lei nº 1292/1995, que visa constituir uma nova lei de licitações, ab-rogando a Lei 8.666/93 e derogando leis esparsas.

#### 4.2. Fases e etapas

A presente exposição toma como base o procedimento da modalidade de concorrência, pois é a mais ampla.

A licitação é composta por uma fase interna e uma fase externa, cujo marco divisório é a publicação do ato convocatório (MEDAUAR, 2018, p. 188). Cada uma dessas fases se desdobra em outras.

A fase interna, preambular, pode ser entendida como uma sucessão de atos preparatórios para o início da fase externa desenvolvidos no âmbito interno da Administração. Sua importância é expressiva: o seu desenvolvimento regular condiciona o êxito das atividades posteriores, pois todos os demais atos seguintes são reflexos de decisões e atos praticados na fase interna (JUSTEN FILHO, 2019, p. 860).

Essa fase tem como objetivos evitar contratações administrativas defeituosas – aquelas que se inviabilizam ao longo da execução do objeto ou que não asseguram o eficiente aproveitamento dos recursos públicos – e promover uma licitação satisfatória, reduzindo o risco de conflitos, impugnações e atrasos (JUSTEN FILHO, 2019, p. 213 e 860).



Nessa tarefa, compete à Administração identificar precisamente o objeto a ser executado, a satisfação dos requisitos legais de admissibilidade da contratação e a conveniência da solução adotada para execução do objeto. Assim, impõe-se que seja reconhecida a necessidade a ser satisfeita pela contratação e mapeadas as alternativas disponíveis para satisfazê-la, já que pode ser que a aquisição seja prescindível (JUSTEN FILHO, 2019, p. 213-214).

Então, devem ser avaliadas as viabilidades jurídica e financeira de promoção de cada uma dessas alternativas. Por fim, cumpre averiguar a possibilidade de execução direta, pelos próprios recursos do interessado. Não sendo possível, deverá ser cogitada a contratação de um terceiro e as condições nas quais isso seria feito (JUSTEN FILHO, 2019, p. 213-214).

Em seguida, é realizado o ato de requisição do objeto, pelo qual o agente descreve o objeto e requisita a sua contratação, de acordo com a necessidade identificada. Procede-se a cotações que permitam identificar uma estimativa de valor da futura contratação. Essa estimativa é muito importante, pois, além de permitir a averiguar a disponibilidade de recurso, será utilizada como referência para a escolha da modalidade e para a classificação e desclassificação das propostas. Nos termos do art. 7º, havendo disponibilidade financeira ou previsão de recursos orçamentários suficientes para a contratação<sup>73</sup>, é expedida a autorização de despesas (OLIVEIRA, 2018, p. 139-140).

---

<sup>73</sup> Conforme decidido pela 2ª Turma do STJ: “ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. OBRA PÚBLICA. ART. 7º, §2º, INCISO III, DA LEI Nº 8.666/93. EXIGÊNCIA DE PREVISÃO DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS. 1. Trata-se de discussão acerca da interpretação do disposto no art. 7º, §2º, inciso III, da Lei nº 8.666/93: se há a exigência efetiva da disponibilidade dos recursos nos cofres públicos ou apenas a necessidade da previsão dos recursos orçamentários. 2. Nas razões recursais o recorrente sustenta que o art. 7º, §2º, inciso III, da Lei nº 8.666/93 exige para a legalidade da licitação apenas a previsão de recursos orçamentários, exigência esta que foi plenamente cumprida. 3. O acórdão recorrido, ao se manifestar acerca do ponto ora discutido, decidiu que "inexistindo no erário os recursos para a contratação, violada se acha a regra prevista no art. 7º, §2º, III, da Lei 8.666/93" . 4. A Lei nº 8.666/93 exige para a realização da licitação a existência de "previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma", ou seja, a lei não exige a disponibilidade financeira (fato da administração ter o recurso disponível ou liberado), mas, tão somente, que haja previsão destes recursos na lei orçamentária. 5. Recurso especial provido.” (REsp 1141021/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 30/08/2012)

Parte-se, então, para a elaboração do projeto básico, tarefa que permitirá ao agente público averiguar de modo consistente a solução técnica adequada, os custos, o tempo e demais requisitos necessários à execução. Em seguida, será redigida a minuta do contrato com especificação das obrigações de cada parte, documento que integrará o instrumento convocatório. Se a contratação for de obras ou de serviços, também, deverá ser elaborado o projeto executivo (JUSTEN FILHO, 2019, p. 214). A assessoria jurídica da Administração deve examinar e aprovar as minutas dos instrumentos convocatórios e dos contratos.

Só a partir de então será possível determinar a necessidade de realização de licitação para a contratação. Deve haver muita cautela, pois a dispensa indevida configura ato de improbidade por lesão ao erário (art. 10, VIII da Lei 8.429/1992), havendo dano *in re ipsa*<sup>74</sup>. Além disso, configura o crime do art. 89 da Lei 8.666/93, apenado com detenção de 3 a 5 anos e multa.

Sendo viável a competição e incabível a dispensa, deverá ser elaborado o ato convocatório, o que contempla a decisão a respeito do objeto, da modalidade e do tipo de licitação, expressão utilizada pela lei para se referir a critérios de julgamento. É com a edição do ato convocatório que se conclui a fase interna (JUSTEN FILHO, 2019, p. 214 e 860)

Estando o ato convocatório perfeito e autorizada a licitação, é finalizada a fase interna. A autorização da licitação é o ato administrativo formal pelo qual a autoridade competente manifesta a sua concordância - um juízo de legalidade e conveniência a respeito

---

<sup>74</sup> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE. FRAUDE À LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 5º DA LEI 8.429/92. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGADA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONTRATADO. PERÍCIA. AUSÊNCIA DE CONSTATAÇÃO. DANO IN RE IPSA. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. POSSIBILIDADE. 1. No que tange à possibilidade de imposição de ressarcimento ao erário, nos casos em que o dano decorrer da contratação irregular proveniente de fraude a processo licitatório, como ocorreu na hipótese, a jurisprudência desta Corte de Justiça tem evoluído no sentido de considerar que o dano, em tais circunstâncias, é *in re ipsa*, na medida em que o Poder Público deixa de, por condutas de administradores, contratar a melhor proposta. Precedentes: REsp 1.280.321/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 9/3/2012. AgRg nos EDcl no AREsp 419.769/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/10/2016, DJe 25/10/2016. REsp 1.376.524/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 2/9/2014, DJe 9/9/2014. 2. O entendimento externado pelo Tribunal de origem alinha-se ao que vem sendo perflhado nesta Corte de Justiça sobre o tema. [...] (REsp 728.341/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/03/2017).

do prosseguimento do procedimento licitatório e da instauração da etapa externa (JUSTEN FILHO, 2019, p. 862).

A fase externa é inaugurada pela publicação do instrumento convocatório. Nela, são realizados os atos diretamente destinados à seleção da proposta mais vantajosa, destinados a produzir efeitos perante terceiros. Ela é formada pela sucessão de diferentes etapas, cuja ordem tradicional<sup>75</sup>, estabelecida pela Lei 8.666/93, é a seguinte: a) divulgação; b) proposição; c) habilitação dos candidatos; d) julgamento das propostas; e) deliberação (JUSTEN FILHO, 2019, p. 214, 860 e 861).

A fase divulgação é consubstanciada pela publicação do instrumento convocatório da licitação – o edital ou o convite, conforme a modalidade eleita. Para se referir a esse instrumento, falar-se-á, genericamente, em edital.

O edital desempenha uma dupla função. Por um lado, é o veículo de divulgação da instauração do certame e de demais eventos correlatos (JUSTEN FILHO, 2019, p. 892-893). Por outro, é o instrumento veiculador das normas sobre o certame e a contratação. Ele congrega as regras que orientarão e vincularão a conduta da Administração de tal forma que poderão os licitantes, eventualmente, exigir o seu cumprimento. “Existe, para os licitantes, o direito público subjetivo de exigir o cumprimento do ato convocatório” (JUSTEN FILHO, 2019, p. 892-893).

Por essa razão, exige-se que o edital estabeleça de modo claro e objetivo o objeto a ser licitado, prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, sanções administrativas, informações sobre o projeto básico e sobre eventual projeto executivo, condições de habilitação, critérios de julgamento das propostas, critério de aceitabilidade dos preços e de reajuste, condições de pagamento e de recebimento do objeto assim como demais indicações específicas ou peculiares da licitação, nos termos do art. 40 da Lei 8.666/93.

É a partir da definição do objeto que os licitantes elaborarão suas propostas, razão pela qual a sua descrição deve ser precisa e livre de dubiedades, não se admitindo que seja alterada posteriormente (JUSTEN FILHO, 2019, p. 897). Ciente dessa importância, o Tribunal de Contas da União editou a seguinte súmula:

---

<sup>75</sup> No pregão, no RDC e na Lei das Estatais, são invertidas as etapas de habilitação e de julgamento.

Súmula nº 177 do TCU: A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

Ressalta-se que essa precisa definição não deve ser excessiva a ponto de prever características que direcionem a contratação a determinado produto, marca ou fabricante, em prejuízo da ampla competitividade e do tratamento isonômico a ser conferido aos licitantes. A especificação destituída de respaldo objetivo e técnico cerceia a competitividade, de modo a ofender os mais basilares princípios regentes da Administração Pública, sobretudo a impessoalidade, a moralidade e a igualdade (TERRA; CSIPAI; UCHIDA, 2011, p. 226)

Uma vez formuladas as propostas em conformidade com as definições e diretrizes apresentadas no edital, os licitantes as entregarão em envelopes fechados. Essa entrega ocorrerá em solenidade pública, em data e horário definidos no edital. Trata-se da fase de proposição.

Segue-se com a entrega dos envelopes contendo a documentação necessária à habilitação, que visa verificar a aptidão dos licitantes para a futura celebração do contrato (OLIVEIRA, 2020, p. 143). Sendo eliminatória, é de suma importância que tais condições e os documento que as comprovam estejam devidamente expostas no instrumento convocatório, assim como a data no qual será realizada a sessão pública de abertura.

Aponta Justen Filho (2019, p. 664) que direito de licitar – isto é, de participar da licitação, de formular propostas de contratação à Administração – configura um direito público subjetivo de natureza abstrata. Quando apresenta sua proposta, portanto, o licitante exerce um direito abstrato de agir que não pode ser suprimido. No entanto, esse direito é condicionado: subordina-se à satisfação das exigências previstas no instrumento convocatório – aquilo que o autor chama de *condições do direito de licitar*, também nomeadas de condições de habilitação.

A habilitação, enquanto ato decisório, é vinculada. Não se admite juízos de conveniência, tampouco pode se fundar na vantajosidade das propostas (o que seria faticamente possível quando há a inversão de fases de julgamento das propostas e de habilitação). Deve estar, sempre, fundada em lei e no instrumento convocatório (JUSTEN FILHO, 2019, p. 666).

Além das condições genéricas de habilitação, estabelecidas em lei para toda e qualquer licitação, apenas são admitidas exigências proporcionais à complexidade do objeto a ser contratado. Ou, nos termos versados pelo constituinte, “as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (CF, art. 37, inciso XXI). A licitação tem como uma de suas finalidades, justamente, a garantia da isonomia, sendo de primeira ordem a preocupação com a igualdade de condições a todos os concorrentes.

Elevada ao status de princípio, a isonomia busca permitir a seleção da melhor proposta pelo entre contratante pela conferência de igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Como consequência, veda-se o estabelecimento de condições que constituam preferências a favor de certos licitantes (DI PIETRO, 2014, p. 377). Qualquer exigência imbuída de intuito discriminatório ou favorecedor que ocasione a preterição ou preferência arrazoada<sup>76</sup> de licitantes estará maculada pelo vício da inconstitucionalidade.

No art. 27, a Lei 8.666/93 estabelece que, para a habilitação, apenas poderá ser exigida dos licitantes documentação relativa à habilitação jurídica, à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira, à regularidade fiscal e trabalhista e ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal (proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos).

Trata-se de rol exaustivo, cabendo à Administração, tão somente, especificar o conteúdo da exigência no caso concreto, de acordo com as circunstâncias (JUSTEN FILHO, 2019, p. 670). Isso porque, em razão do princípio da legalidade, qualquer exigência deve estar legalmente respaldada. E, uma vez que apenas a lei federal pode tratar sobre normas gerais de licitação e contratação, em razão da regra de competência prevista no art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal, qualquer exigência trazida pelo edital deve ser enquadrada em alguma das categorias trazidas pelo art. 27 da Lei 8.666/93 ou, eventualmente, de algum

---

<sup>76</sup> Por aplicação do princípio da licitação sustentável, há hipóteses legalmente determinadas nas quais a preferência é legítima. É o que ocorre, por exemplo, com licitantes que sejam microempresas ou empresas de pequeno porte. Nesse sentido, estabelece a Lei 8666/93 que “as normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei” (art. 5º-A).

outro dispositivo trazido por lei federal, contanto que a nova exigência preserve a finalidade da habilitação<sup>77</sup> e observe o comando do art. 37, inciso XXI da Constituição.

Não se olvida da competência que os Estados-membros e os Municípios possuem para suplementar a disciplina trazida para a União<sup>78</sup> – a competência privativa é apenas para a edição de *normas gerais*. Contudo, é preciso que os Estados se contenham a legislar dentro da moldura formada pelas normas gerais sobre veiculadas pela federal. A compreensão do que seriam normas gerais e o que seriam normas específicas, no entanto, muitas vezes só pode ser estabelecida casuisticamente.

Em consonância com esse entendimento, recentemente, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3735<sup>79</sup>. Na ação,

---

<sup>77</sup> Nesse sentido, respeito da exigência de comprovação da regularidade trabalhista, introduzida pela Lei 12.440/2011, lê-se que: “A exigência da comprovação da regularidade trabalhista foi instituída sem qualquer finalidade de selecionar um licitante adequado e capacitado a executar o objeto contratual. Não se trata de proteger os interesses da Administração Pública. Trata-se de utilizar a oportunidade da licitação para constranger o devedor trabalhista a liquidar as suas obrigações – eventualmente, inclusive, apenas pelo fato de essa solução representar a solução mais fácil e rápida. Tanto bastaria para evidenciar o desvio de finalidade. O legislador federal desnaturou a finalidade da habilitação, infringindo claramente o art. 37, XXI, da CF/1988, que determina que as exigências para participar em licitações serão as mínimas necessárias para proteger o interesse da Administração Pública” (JUSTEN FILHO, 2019, p. 711).

<sup>78</sup> Estabelece o art. 24, § 2º da CF que “a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados”. Já o art. 30, inciso II afirma competir aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.

<sup>79</sup> Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI 3.041/05, DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES COM O PODER PÚBLICO. DOCUMENTOS EXIGIDOS PARA HABILITAÇÃO. CERTIDÃO NEGATIVA DE VIOLAÇÃO A DIREITOS DO CONSUMIDOR. DISPOSIÇÃO COM SENTIDO AMPLO, NÃO VINCULADA A QUALQUER ESPECIFICIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL, POR INVASÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA (ART. 22, INCISO XXVII, DA CF). 1. A igualdade de condições dos concorrentes em licitações, embora seja enaltecida pela Constituição (art. 37, XXI), pode ser relativizada por duas vias: (a) pela lei, mediante o estabelecimento de condições de diferenciação exigíveis em abstrato; e (b) pela autoridade responsável pela condução do processo licitatório, que poderá estabelecer elementos de distinção circunstanciais, de qualificação técnica e econômica, sempre vinculados à garantia de cumprimento de obrigações específicas. 2. Somente a lei federal poderá, em âmbito geral, estabelecer desequilíbrios entre os concorrentes e assim restringir o direito de participar de licitações em condições de igualdade. Ao direito estadual (ou municipal) somente será legítimo inovar neste particular se tiver como objetivo estabelecer condições específicas, nomeadamente quando relacionadas a uma classe de objetos a serem contratados ou a peculiares circunstâncias de

foi declarada a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Mato Grosso do Sul que exigia como documento de habilitação a certidão negativa de violação a direitos do consumidor. A Corte entendeu que, no caso, houve usurpação da competência privativa da União, visto que a referida exigência estava prevista, tão somente, em lei estadual.

Os arts. 28, 29, 30 e 31 da Lei 8.666/93 apresentam a relação de documentos que podem ser exigidos para a comprovação de cada condição de habilitação prevista no art. 27, sendo certo que o que o legislador desejou foi indicar um elenco máximo de documentação possível de ser exigida. Assim, admite-se que seja requerida a apresentação de apenas alguns dos documentos indicados (JUSTEN FILHO, 2019, p. 672).

É preciso que haja parcimônia na fixação dos requisitos de habilitação, sob risco de ofender o postulado da proporcionalidade e gerar uma licitação defeituosa. Sobre o assunto:

A fixação de requisitos de participação numa licitação conduz à redução do universo de potenciais licitantes, ainda que propicie elevação da probabilidade de um contrato bem executado. Quanto maiores as exigências condicionantes da participação, tanto menor o número de licitantes aptos a participar da disputa. Logo, a ampliação dos requisitos de participação configura-se como um fator que contribui para a elevação dos preços obtidos pela Administração. O efeito prático da ampliação da severidade na fixação dos requisitos de habilitação é a tendência à obtenção de objeto bem executado, mas com preço muito elevado (JUSTEN FILHO, 2019, p. 673).

Após a análise minuciosa da documentação de habilitação entregue por cada licitante, a Comissão de Licitação proferirá decisão a respeito do preenchimento das condições. A decisão poderá ser divulgada diretamente pela imprensa ou em sessão pública, à critério da Comissão (art. 43 da Lei 8.666/93). Uma vez divulgado o resultado, os

---

interesse local. 3. Ao inserir a Certidão de Violação aos Direitos do Consumidor no rol de documentos exigidos para a habilitação, o legislador estadual se arvorou na condição de intérprete primeiro do direito constitucional de acesso a licitações e criou uma presunção legal, de sentido e alcance amplíssimos, segundo a qual a existência de registros desabonadores nos cadastros públicos de proteção do consumidor é motivo suficiente para justificar o impedimento de contratar com a Administração local. 4. Ao dispor nesse sentido, a Lei Estadual 3.041/05 se dissociou dos termos gerais do ordenamento nacional de licitações e contratos, e, com isso, usurpou a competência privativa da União de dispor sobre normas gerais na matéria (art. 22, XXVII, da CF). 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade 3735/MS – Mato Grosso do Sul. DJe-168, DIVULG 31-07-2017. PUBLIC 01-08-2017.

interessados poderão recorrer no prazo de 5 dias úteis (art. 109 inciso I, alínea “a” da Lei 8.666/93).

Após apreciados eventuais recursos, é encerrada a fase de habilitação. Segue-se ao exame das propostas dos candidatos habilitados: o envelope que as contém apenas será aberto quando já constatada a satisfação das condições de habilitação e o saneamento de defeitos saneáveis, devendo ser devolvidos os envelopes lacrados com as propostas aos inabilitados (JUSTEN FILHO, 2019, p. 1001-1004).

O julgamento das propostas visa selecionar a melhor delas, com base em critérios objetivos e previamente determinados no instrumento convocatório. O art. 45 da Lei 8.666/93 reúne 4 tipos de julgamento – menor preço, melhor técnica, técnica e preço, e maior lance ou oferta – vedando, expressamente, a utilização de quaisquer outros critérios que não estejam legalmente previstos.

As propostas que estejam em desacordo com as diretrizes estabelecidas no edital serão desclassificadas. As remanescentes – aquelas que satisfizeram os requisitos mínimos de admissibilidade legais ou editalícios – serão consideradas classificadas, tendo sua vantajosidade apreciada em conformidade com os critérios de julgamento fixados no edital.

Após tal apreciação, serão ordenadas conforme a vantajosidade aferida, sendo considerada vencedora a proposta que figurar na primeira posição será. Eventual empate deve ser resolvido de acordo com os critérios legais, trazidos no art. 3º, § 2º da Lei de Licitações e, subsistindo, empate, por sorteio realizado em ato público, nos termos do art. 45, § 2º (JUSTEN FILHO, 2019, p. 1010 e 1041).

Da decisão de julgamento das propostas cabe recurso, no prazo de 5 dias úteis. Após o julgamento dos recursos, o procedimento será submetido à autoridade competente (indicada em lei ou ato infralegal) para homologação e adjudicação. Será feito, primeiramente, um juízo de validade, de modo que eventuais defeitos ou vícios deverão ser saneados sempre que possível. Sendo insanável, o certame deverá ser invalidado. Constatada a regularidade, a autoridade procederá a um juízo de conveniência, que considerará, sobretudo, a compatibilidade do resultado obtido (a proposta vencedora) com os preços de mercado e outras circunstâncias objetivas (JUSTEN FILHO, 2019, p. 1017-1018).

Concluindo pela inconveniência, revogará o certame. Caso contrário, procederá à sua homologação, atestando sua validade e conveniência. Em seguida, será realizada a adjudicação, ato formal que finaliza o procedimento licitatório e atribui ao licitante vencedor



do objeto da licitação, assegurando-o não somente a condição de vencedor, mas a titularidade de direitos e deveres que disso decorram (JUSTEN FILHO, 2019, p. 1019 e 1022).

#### 4.3. Panorama das licitações sustentáveis no ordenamento jurídico infraconstitucional

##### 4.3.1 Licitações sustentáveis na legislação federal

Na órbita federal, são identificadas algumas importantes leis e atos normativos secundários de teor afeto ao tema das licitações ambientalmente sustentáveis.

A Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC), disposta na Lei nº 12.187/2009, tem o mérito de ser um dos primeiros diplomas a tratar diretamente da relação entre licitações e desenvolvimento sustentável, antes mesmo da nova redação dada ao art. 3º da Lei nº 8.666 pela Lei nº 12.349, de 2010.

No inciso XII do art. 6º, lê-se que são instrumentos da PNMC medidas que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias de redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, dais quais aponta, como exemplo, o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações.

Fora isso, todo o seu texto é fortemente marcado pela nota do desenvolvimento sustentável, que é erigido a princípio da PNMC e reverbera em diversos dispositivos. Destaca-se o reconhecimento de um dever geral, público e privado, de atuação voltada a redução dos impactos causados pelas interferências humanas sobre o sistema climático (art. 3º, I).

Outro importante diploma legal é a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), instituída pela Lei nº 12.305/2010, que é guiada, entre outros, pelos seguintes princípios:

Art. 6º São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

[...]

IV - o desenvolvimento sustentável;

V - a ecoeficiência, mediante a compatibilização entre o fornecimento, a preços competitivos, de bens e serviços qualificados que satisfaçam as necessidades humanas e tragam qualidade de vida e a redução do impacto ambiental e do consumo de recursos naturais a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta;

VI - a cooperação entre as diferentes esferas do poder público, o setor empresarial e demais segmentos da sociedade;

VII - a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos;  
VIII - o reconhecimento do resíduo sólido reutilizável e reciclável como um bem econômico e de valor social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania;  
[...]

No mesmo tom, estabelece como objetivos, entre outros, a prioridade nas aquisições e contratações governamentais para produtos reciclados e recicláveis, assim como para bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis (art. 7º, XI).

Além disso, são estabelecidos outros objetivos intimamente relacionados às licitações sustentáveis, como:

- a) Proteção da saúde pública e da qualidade ambiental (art. 7º, I);
- b) Não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos, assim como a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos (art. 7º, I).
- c) Estímulo à adoção de padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços (art. 7º, III);
- d) Adoção, desenvolvimento e aprimoramento de tecnologias limpas como forma de minimizar impactos ambientais (art. 7º, IV);
- e) Estímulo à implementação da avaliação do ciclo de vida do produto (art. 7º, XIII);
- f) Estímulo à rotulagem ambiental e ao consumo sustentável (art. 7º, XV).

Ao versar sobre os instrumentos econômicos, dispõe no artigo 42 que o Estado poderá instituir medidas indutoras e linhas de financiamento para atender, com prioridade, iniciativas voltadas à promoção da proteção ambiental e do desenvolvimento sustentável<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> Art. 42. O poder público poderá instituir medidas indutoras e linhas de financiamento para atender, prioritariamente, às iniciativas de:

I - prevenção e redução da geração de resíduos sólidos no processo produtivo;

II - desenvolvimento de produtos com menores impactos à saúde humana e à qualidade ambiental em seu ciclo de vida;

III - implantação de infraestrutura física e aquisição de equipamentos para cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda;

O decreto federal nº 7.404 de 2010 vem regulamentar a PNRS e estabelece que tais medidas indutoras podem constituir, além de outras (rol exemplificativo, dada a cláusula geral do parágrafo único) na “fixação de critérios, metas, e outros dispositivos complementares de sustentabilidade ambiental para as aquisições e contratações públicas” (art. 80, V).

Mais timidamente, há, também, a Política de Educação para o Consumo Sustentável (PECS), tratada na Lei nº 13.186/2015. O seu objetivo principal é estimular a adoção de práticas de consumo e de técnicas de produção ecologicamente sustentáveis, entendidos como tais aqueles que se utiliza dos recursos naturais “de forma a proporcionar qualidade de vida para a geração presente sem comprometer as necessidades das gerações futuras” (art. 1º, PU).

Para tanto, dispõe incumbir ao Poder Público a promoção campanhas em prol do consumo sustentável, em espaço nobre dos meios de comunicação de massa e capacitar os profissionais da área de educação para inclusão do consumo sustentável nos programas de educação ambiental do ensino médio e fundamental (art. 3º). Entretanto, entende-se que tais possibilidades não são as únicas, e tampouco são suficientes. A adoção de critérios de sustentabilidade nos editais de licitações também é uma alternativa apta a consecução dos fins visados pela norma.

São encontradas semelhantes menções de relevância sobre a ponderação de aspectos de sustentabilidade ambiental em disposições da Lei nº 12.462/2011 (LRDC), que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e na Lei nº 13.303/2016, a Lei das Estatais, razão pela qual serão tratadas conjuntamente. Nota-se que os dois diplomas elevam o desenvolvimento nacional sustentável à princípio regente das licitações e contratações (art. 3º da LRDC e art. 31 da Lei das Estatais).

---

IV - desenvolvimento de projetos de gestão dos resíduos sólidos de caráter intermunicipal ou, nos termos do inciso I do caput do art. 11, regional;

V - estruturação de sistemas de coleta seletiva e de logística reversa;

VI - descontaminação de áreas contaminadas, incluindo as áreas órfãs;

VII - desenvolvimento de pesquisas voltadas para tecnologias limpas aplicáveis aos resíduos sólidos;

VIII - desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados para a melhoria dos processos produtivos e ao reaproveitamento dos resíduos.

Ademais, em ambos há a interessante disposição de que a busca da maior vantagem para a Administração pública deve ponderar custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância (art. 4º, III da LRDC e art. 32, II da Lei das Estatais).

Essa concepção de maior vantajosidade está alinhada àquela defendida anteriormente neste trabalho – uma qualidade constitucionalmente aferida, que não é verificada pela simples avaliação do menor preço de aquisição, e que considera outros valores caros à sociedade (GARCIA; RIBEIRO, 2012, p. 233), como o desenvolvimento sustentável.

Corroborando esse entendimento, a Lei das Estatais enuncia que as licitações visam assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, “inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto”. Trata-se de uma manifestação do emprego do conceito de ecoeficiência – “obter mais com menos recursos naturais” (FREITAS, 2013, p. 41) - na análise dos custos financeiros.

Além disso, a sustentabilidade ambiental é valorizada em outro aspecto tanto da LRDC (art. 10) quanto da Lei das Estatais (art. 45): a possibilidade de estabelecimento de remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, aferido mediante uma série de fatores<sup>81</sup>, sendo um deles os critérios de sustentabilidade ambiental.

Identifica-se na LRDC uma expressa autorização para a exigência de requisitos de sustentabilidade ambiental na fase de habilitação, desde que “na forma da legislação aplicável” (art. 14, PU, inciso II). Essa é uma previsão que não consta em nenhuma outra lei analisada.

Podem ser ressaltados, também, outros pontos, que embora não sejam explicitamente e exclusivamente formulados por razões ambientais, resultam benefícios. Primeiramente, aponta-se a preferência pela realização por atos eletrônicos (art. 51, § 2º da Lei das Estatais e art. 13 LRDC). Trata-se de uma opção que, além de mais ágil, vai ao

---

<sup>81</sup> “Na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.”

encontro das boas práticas ambientais, pois permite que sejam poupados inúmeros recursos desnecessários à consecução dos atos – a começar pela economia de folhas de papel.

Em segundo lugar, ambas as legislações determinam um procedimento com a inversão de fases de julgamento das propostas e habilitação (art. 51 da Lei das Estatais e art. 12 da LRDC), na linha do que foi consagrado pela Lei do Pregão. Essa inversão traz eficiência e celeridade, pois não se perde tempo analisando a documentação de todos os candidatos, até daqueles que não possuem a menor chance. Assim, possibilita uma economia de recursos da Administração e dos candidatos.

Pensa-se que a LRDC e a Lei das Estatais indicam uma tendência na normatização das licitações que em breve alcançará o status de regra geral. Uma evidência disso é o fato de algumas dessas previsões estarem presentes no Projeto de Lei nº 1292/95, que visa estabelecer normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas direta e indireta das 3 órbitas federativas, revogando não só a Lei 8.666/93, como também a lei do pregão, alguns dispositivos da LRDC.

No referido PL, o desenvolvimento nacional sustentável também é tratado como princípio (art. 5º), e mais: é indicado como um objetivo da licitação (art. 11, IV), tal qual faz a Lei 8.666/93.

Em observância à essa principiologia estabelecida, o PL contempla a possibilidade de análise de ecoeficiência: é trazido que o julgamento por menor preço poderá considerar custos indiretos relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental e demais fatores vinculados ao ciclo de vida do objeto licitado (art. 33, § 1º).

Nota-se, igualmente, a possibilidade de estabelecimento de remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado conforme a satisfação de critérios diversos, inclusive de sustentabilidade ambiental (art. 142).

Quanto aos aspectos procedimentais, o PL também estabelece a preferência pela realização de atos digitais (art. 12, VI) e a inversão ente as fases de julgamento das propostas e de habilitação (art. 17).

Pode-se, portanto, afirmar que o PL nº 1292/95 consolida uma tendência normativa que já vem sendo observada nas legislações que tratam de licitações e contratações públicas. Essa tendência se coaduna com ideias de sustentabilidade ambiental, razão pela qual se é otimista em relação ao cenário futuro.

#### 4.3.2 A regulamentação do art. 3º da Lei 8.666/93 pelo decreto nº 7.746/2012

Em âmbito infralegal, o ato normativo de maior destaque é o decreto federal nº 7.746/2012, editado para regulamentar o art. 3º da Lei nº 8.666/93. Ele estabelece critérios e práticas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal direta e indireta. O seu art. 2º teve a redação alterada em 2017, de tal forma que o caput, hoje, é versado nos seguintes termos:

Art. 2º Na aquisição de bens e na contratação de serviços e obras, a administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes adotarão critérios e práticas sustentáveis nos instrumentos convocatórios, observado o disposto neste Decreto. (Redação dada pelo Decreto nº 9.178, de 2017) [...]

Entende-se que a nova redação busca afastar a discricionariedade quanto a adoção de critérios de sustentabilidade nos editais. Veja: o art. 2º, atualmente, diz que "adotarão critérios", em tom peremptório, enquanto a redação original meramente dizia que "poderão adquirir bens e contratar serviços e obras considerando critérios e práticas de sustentabilidade"<sup>82</sup>.

O parágrafo único do art. 2º também ganhou nova redação, de tal forma que hoje há maior clareza a respeito de como poderá ser feita a adoção dos critérios de sustentabilidade. Antes, lia-se somente que “a adoção de critérios e práticas de sustentabilidade deverá ser justificada nos autos e preservar o caráter competitivo do certame”. Atualmente, a redação é mais precisa, dispondo que “a adequação da especificação do objeto da contratação e das obrigações da contratada aos critérios e às práticas de sustentabilidade será justificada nos autos, resguardado o caráter competitivo do certame”.

A comparação entre as redações permite concluir que os critérios de sustentabilidade ambiental poderão integrar, especificamente, a definição do objeto da

---

<sup>82</sup> Redação original: 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.

contratação e das obrigações da contratada. Assim, estaria afastada a inclusão de critérios como requisitos de habilitação, por exemplo.

Porém, o art. 3º<sup>83</sup> afirma que os critérios e as práticas de sustentabilidade serão publicados como especificação técnica do objeto, obrigação da contratada ou requisito previsto em lei especial sobre a documentação relativa à qualificação técnica, de modo que parece haver uma antinomia entre os dispositivos.

De modo bastante ilustrativo, é oferecido um rol exemplificativo daquilo que se considera critérios e práticas sustentáveis (art. 4º). São mencionados: baixo impacto sobre recursos naturais, preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local, maior eficiência na utilização de recursos naturais, maior geração de empregos (preferencialmente com mão de obra local), maior vida útil e menor custo de manutenção, uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais, origem sustentável dos recursos naturais utilizados e utilização de produtos florestais madeireiros e não madeireiros originários de manejo florestal sustentável ou de reflorestamento.

Em complemento, permite que a Administração exija, no instrumento convocatório para a aquisição de bens, que estes sejam constituídos por material renovável, reciclado, atóxico ou biodegradável, ou que estejam adequados a outros critérios de sustentabilidade (art. 5º).

No mesmo tom, exige que as especificações do projeto básico ou executivo para contratação de obras e serviços de engenharia sejam elaboradas de tal forma que propiciem a economia da manutenção e operacionalização da edificação, assim como a redução do consumo de energia e água, por meio de tecnologias, práticas e materiais que reduzam o impacto ambiental (art. 6º).

#### 4.3.3 Licitações verdes na legislação paulista

Sendo a análise legislativa de todos os Estados-membros uma tarefa sobremaneira árdua e incompatível com os fins deste trabalho, por uma questão de recorte, optou-se por

---

<sup>83</sup> Art. 3º Os critérios e as práticas de sustentabilidade de que trata o art. 2º serão publicados como especificação técnica do objeto, obrigação da contratada ou requisito previsto em lei especial, de acordo com o disposto no inciso IV do caput do art. 30 da Lei nº 8.666, de 1993. (Redação dada pelo Decreto nº 9.178, de 2017)

analisar a legislação do Estado de São Paulo, pois é a unidade da federação dentro da qual o presente estudo é elaborado.

A legislação do Estado de São Paulo (SP) apresenta um rico arsenal de disposições a respeito de desenvolvimento sustentável e licitações verdes, muitos editados antes mesmo da alteração do art. 3º da Lei 8.666/93 pela Lei nº 12.349/2010. Serão apresentadas algumas leis, sendo certo que há também outras de grande valia, sobretudo no aspecto principiológico.

Em ordem cronológica, cita-se, primeiramente, a Política Estadual do Meio Ambiente (Lei nº 9.509/1997), cujo principal objetivo é garantir às presentes e futuras gerações o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, compreendido como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida de modo a assegurar, em SP, condições ao desenvolvimento sustentável, com justiça social, aos interesses da seguridade social e à proteção da dignidade da vida humana (art. 2º).

Assim, visa compatibilizar o desenvolvimento econômico e social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico (art. 4º, I) e promover o desenvolvimento de pesquisas e tecnologias orientadas para o uso sustentado dos recursos ambientais (art. 4º, VI), entre outros.

A lei menciona como um de seus princípios<sup>84</sup> a restrição à participação de pessoas punidas e/ou condenadas por atos de degradação ambiental em licitações promovidas pela administração direta, indireta ou fundacional do Estado, ou de serem contratadas por ela (art. 2º, caput, inciso XVIII). Essa restrição é operacionalizada na forma de condição de habilitação, o que leva a crer que há vício de inconstitucionalidade nessa disposição, pois apenas a lei federal pode tratar sobre normas gerais de licitação e contratação (art. 22, inciso XXVII da CRFB/88).

Em seguida, destaca-se o Decreto Estadual nº 50.170/2005, que é apontado como o marco legal para a realização de compras públicas sustentáveis no Estado de São Paulo. Ele institui o Selo Socioambiental, estabelecendo critérios a serem observados nas descrições de materiais, especificações e memoriais descritivos de catálogos de materiais e serviços, dos serviços terceirizados e nas obras. Assim, as unidades compradoras paulistas foram incentivadas a definir o objeto de contratação de modo claro e objetivo, contemplando

---

<sup>84</sup> Entende-se que seria, na verdade, um instrumento. No entanto, o legislador utiliza o termo “princípio”.



características necessárias à satisfação de interesse público, como a preservação ambiental (SÃO PAULO, 2012, p. 43).

O próximo ato normativo de destaque é a lei que institui a Política Estadual de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.300/2006), cujos princípios são “a promoção de padrões sustentáveis de produção e consumo” (art. 2º, IV) e a “minimização dos resíduos por meio de incentivos às práticas ambientalmente adequadas de reutilização, reciclagem, redução e recuperação” (art. 2º, IV).

São elencados como alguns de seus instrumentos as medidas fiscais, tributárias, creditícias e administrativas que inibam ou restrinjam a produção de bens e a prestação de serviços com maior impacto ambiental (art. 4º, XII). Entende-se que a licitação sustentável pode ser identificada como um exemplo desse tipo de medida.

Já o Programa Estadual de Contratações Públicas Sustentáveis, trazido pelo Decreto nº 53.336/2008, almeja implantar, promover e articular ações que visem a inserção de critérios socioambientais de sustentabilidade nas contratações públicas.

O diploma apresenta “considerandos” dignos de destaque, pois expressamente reconhecem a necessidade de inserção de critérios ambientais nas licitações públicas, ao reconhecerem também a necessidade de adoção de práticas de consumo sustentáveis na Administração e o potencial que o poder de compra do Estado possui enquanto instrumento de desenvolvimento sustentável. Veja:

Considerando a premência de implementação de ações de consumo sustentável por parte da Administração Pública direta e indireta do Estado; Considerando a necessidade de observância de critérios sócio-ambientais nas contratações do Estado; Considerando que o artigo 170 da Constituição Federal estabelece competir ao Poder Público a defesa e preservação do meio ambiente, conferindo tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços, assim como de seus processos de elaboração e prestação; e Considerando que o poder de compra do Estado é o meio eficaz para promover o desenvolvimento sustentável, [...]

Em seu artigo 3º, apresenta um rol daquilo que entende como critérios ambientais, dos quais se destaca a economia no consumo de água e energia, a minimização na geração de resíduos, a racionalização do uso de matérias-primas, a redução da emissão de poluentes e a adoção de tecnologias menos agressivas ao meio ambiente.

A lei que institui a Política Estadual de Mudanças Climáticas de SP (lei nº 13.798/2009) é, também, muito completa e interessante. Apresenta diversas definições e utiliza vários conceitos econômicos (v.g, externalidades, ativos e passivos). Percebe-se que o legislador paulista tem o claro intuito de reforçar a importância do papel exercido pelo Poder Público na preeminente tarefa de criação de hábitos de consumo sustentáveis, conforme denota o princípio fundamental da ação governamental (art. 3º, inciso VII<sup>85</sup>).

Em consonância, são trazidos como objetivos específicos o estabelecimento de formas de transição produtiva que gerem mudanças de comportamento, de modo a estimular modificações ambientalmente desejáveis nos padrões de consumo e nas atividades econômicas (art. 5º, inciso III) e a criação e a ampliação do alcance de instrumentos econômicos, financeiros e fiscais, com destaque para uso do poder de compra da Administração Pública (art. 4º, inciso XIII).

No art. 11, estabelece que incumbe ao Estado propor e fomentar medidas que favoreçam padrões sustentáveis de produção, comércio e consumo, visando reduzir a demanda de insumos, utilizar materiais menos lesivos e gerar menor quantidade de resíduos, com a conseqüente redução das emissões dos gases de efeito estufa. Para a consecução dos fins dessa tarefa, apresenta um rol exemplificativo de iniciativas que podem ser adotadas, e uma delas é a “licitação sustentável, para adequação do perfil e poder de compra do Poder Público estadual em todas as suas instâncias” (art. 12, inciso I).

#### 4.4. A ponderação da sustentabilidade em cada etapa do processo licitatório

Uma vez expostas as principais regras sobre os procedimentos das licitações e analisado o estado da arte legislativa sobre o tema, no âmbito federal e do Estado de São

---

<sup>85</sup> Artigo 3º - A PEMC atenderá aos seguintes princípios fundamentais:

[...]

VII - da ação governamental, importante na manutenção do equilíbrio ecológico, considerado o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente protegido, tendo em vista sua fruição coletiva, com racionalidade na utilização do solo, do subsolo, da água e do ar, por meio do acompanhamento, pelo Estado, da qualidade ambiental, além do planejamento e da fiscalização do uso sustentável dos recursos naturais;

[...]

Paulo, é possível pensar em respostas para questões práticas a respeito da incidência de critérios de sustentabilidade.

As possibilidades se apresentam desde o princípio, sendo a fase interna um momento de grande importância. Conforme visto, cabe ao gestor verificar a necessidade a ser satisfeita pela contratação e mapear as alternativas disponíveis para satisfazê-la, pois pode ser que a contratação seja desnecessária. Nesse âmbito, cumpre reconhecer que

a decisão de licitar, em si, já se mostra passível de pleno escrutínio: cumpre perquirir, de plano, se a decisão de realizar o certame, em tempo e lugar, encontra-se consistentemente motivada, ou se merece a pronta rejeição, seja por reforçar falha de mercado, seja por acarretar dano inaceitável (FREITAS, 2013, p. 36).

#### 4.4.1 Modalidade de licitação

Uma vez constatada a necessidade da contratação e de realização da licitação, entende-se que a eleição da modalidade constitui oportunidade de emprego da sustentabilidade ambiental. Cada uma delas possui nuances que variam em termos de formalidade, publicidade e agilidade. A modalidade concorrência é a mais completa e formal, o que repercute, invariavelmente, em maior dispêndio de recurso financeiro e ambiental tanto para a Administração quanto para os licitantes.

Ciente desse fato, sempre que couber o pregão – isto é, quando o objeto a ser contratado for bens e serviços comuns, inclusive de engenharia<sup>86</sup>, qualquer que seja o valor estimado<sup>87</sup> - é esta que deve ser a modalidade escolhida. A inversão entre as fases de habilitação e julgamento das propostas confere agilidade ao certame, pois poupará esforços

---

<sup>86</sup> Súmula 257/2010 do TCU: O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei 10.520/2002.

<sup>87</sup> A rigor, o pregão é modalidade exclusiva para a aquisição de bens e serviços. Logo, não poderia ser utilizada para alienação, locação, delegações de serviços públicos, obras e outros negócios. Porém, ainda assim, o TCU tem admitido que o pregão seja utilizado para concessão de uso de bem público: “Em geral, no que se refere às concessões, a modalidade a ser utilizada é a concorrência. Contudo, com base no princípio da eficiência, a jurisprudência tem se firmado no sentido de que quando a concessão de bem público não envolver delegação de serviço público, a melhor modalidade a ser empregada na licitação é o pregão” (Acórdão 2.050/14, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 06.08.2014, Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU n. 209).

da Administração na análise da documentação de candidatos que jamais se sagrariam vencedores. Além disso, permite concentrar a interposição dos recursos em um momento só: após a habilitação do candidato vencedor.

Recomenda-se que seja utilizada a forma eletrônica – em âmbito federal, a utilização é obrigatória, nos termos do art. 1º, §1º do Decreto nº 10.024/2019. A preferência pela realização dos diversos atos do processo licitatório por via digital é uma opção que, além de mais ágil, vai ao encontro das boas práticas ambientais, pois permite que sejam poupados inúmeros recursos desnecessários à consecução dos atos – a começar pela economia de folhas de papel.

O Tribunal de Contas da União tem jurisprudência consolidada<sup>88</sup> no sentido da preferência do pregão eletrônico, por razões extra-ambientais: a maior transparência, controle social e menor chance de conluio entre os candidatos. Entende o TCU que a adoção da modalidade presencial deve ser devidamente justificada, quando comprovada a inviabilidade técnica ou a desvantagem para a Administração na realização da forma eletrônica, sob pena de se configurar possível ato de gestão antieconômico.

Pensa-se que a sustentabilidade ambiental pode ser acrescentada a esse rol de benefícios que justificam a sua obrigatoriedade. Foi o que fez o Poder Executivo Federal, que, ao elaborar o Decreto nº 10.024/2019 regulamentando o pregão eletrônico em âmbito federal, elevou o desenvolvimento sustentável ao status de princípio, e dispôs que ele deve ser observado nas “etapas do processo de contratação, em suas dimensões econômica, social, ambiental e cultural, no mínimo, com base nos planos de gestão de logística sustentável dos órgãos e das entidades” (art. 2º, § 1º).

#### 4.4.2 Definição do objeto

Na elaboração do instrumento convocatório, é possível inserir a sustentabilidade na definição técnica do objeto licitado: ele deve ser precisamente descrito de modo a priorizar

---

<sup>88</sup> Nesse sentido: “Apesar de não existir comando legal que obrigue o Poder Judiciário a utilizar, sempre que possível, o pregão eletrônico para suas contratações, seus órgãos devem motivar a escolha da forma presencial, sob pena de se configurar possível ato de gestão antieconômico [...]” (Acórdão 1.515/2011, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, 08.06.2011, Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU n. 66).

objetos de contrato ambientalmente sustentáveis por suas próprias características, como a escolha por lâmpadas fluorescentes ou de LED em vez de incandescentes.

Garcia e Ribeiro (2012, p. 245) advertem que a fundamentação técnica não deve se basear em estudos ainda experimentais, sobre os quais pairam dúvidas da comunidade científica, pois os gastos com compras públicas não podem ser empenhados para testes ou agravados por incertezas.

Ainda assim, entende-se que esta é a oportunidade mais segura para a inserção dos critérios ambientais. O Decreto Estadual nº 53.336/2008 de São Paulo traz um rol de critérios que se enquadram nesse quesito: economia no consumo de água e energia, minimização na geração de resíduos, racionalização do uso de matérias-primas, redução da emissão de poluentes, adoção de tecnologias menos nocivas ao meio ambiente e utilização de produtos de baixa toxicidade.

Do mesmo modo, o Decreto Federal nº 7.746/2012 expressamente dispõe que os critérios de sustentabilidade devem ser trazidos na especificação técnica do objeto ou na obrigação da contratada, e apresenta um rol exemplificativo de características ambientalmente desejadas, das quais se destaca o baixo impacto e a maior eficiência na utilização de recursos naturais, maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra, origem sustentável dos recursos naturais utilizados e utilização de produtos florestais madeireiros e não madeireiros originários de manejo florestal sustentável ou de reflorestamento.

A Lei do RDC (Lei nº 12.462/2011) admite, inclusive, a solicitação de certificação de qualidade do produto ou processo de fabricação sob o aspecto ambiental.

Nesse âmbito, é um bom exemplo a iniciativa da Secretaria da Fazenda e Planejamento do Estado de São Paulo, que na Bolsa Eletrônica de Compras (BEC) paulista traz um “catálogo socioambiental” de produtos, composto apenas por aqueles aos quais fora atribuído o chamado “Selo Socioambiental” pela Secretaria do Meio Ambiente de São Paulo, em razão da observância dos critérios trazidos no Decreto Estadual nº 50.170/2005. São reunidas informações sobre a especificação técnica de produtos e potenciais fornecedores, classificados por grupos conforme o seguimento. Assim, agiliza-se a tarefa do gestor, que pode se valer, com segurança, de dados já sistematizados e referendados.

Ademais, não são raros atos normativos infralegais que estabelecem proibições ou preferências genéricas a respeito da aquisição de bens e serviços marcados por certas

características. Por exemplo, o Decreto Federal nº 2.783/98 veda a aquisição por órgãos e entidades da Administração Pública Federal de produtos ou equipamentos que contenham ou façam uso das Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio, conforme discriminação apresentada em anexo.

Já a instrução normativa nº 01/2010, editada pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental nas licitações realizadas em âmbito federal. Também é trazido um rol exemplificativo de características ambientalmente sustentáveis semelhantes às trazidas pelo decreto federal nº 7.746/2012<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> Art. 4º Nos termos do art. 12 da Lei nº 8.666, de 1993, as especificações e demais exigências do projeto básico ou executivo, para contratação de obras e serviços de engenharia, devem ser elaborados visando à economia da manutenção e operacionalização da edificação, a redução do consumo de energia e água, bem como a utilização de tecnologias e materiais que reduzam o impacto ambiental, tais como:

I – uso de equipamentos de climatização mecânica, ou de novas tecnologias de resfriamento do ar, que utilizem energia elétrica, apenas nos ambientes aonde for indispensável;

II – automação da iluminação do prédio, projeto de iluminação, interruptores, iluminação ambiental, iluminação tarefa, uso de sensores de presença;

III – uso exclusivo de lâmpadas fluorescentes compactas ou tubulares de alto rendimento e de luminárias eficientes;

IV – energia solar, ou outra energia limpa para aquecimento de água;

V – sistema de medição individualizado de consumo de água e energia;

VI – sistema de reuso de água e de tratamento de efluentes gerados;

VII – aproveitamento da água da chuva, agregando ao sistema hidráulico elementos que possibilitem a captação, transporte, armazenamento e seu aproveitamento;

VIII – utilização de materiais que sejam reciclados, reutilizados e biodegradáveis, e que reduzam a necessidade de manutenção; e

IX – comprovação da origem da madeira a ser utilizada na execução da obra ou serviço.

[...]

Na órbita estadual, o Decreto nº 53.336/2008<sup>90</sup> e o Decreto nº 50.170/2005<sup>91</sup> também trazem elencos de critérios semelhantes aos do Decreto Federal nº 7.746/2012<sup>92</sup> a comporem a descrição do objeto no edital.

Há divergência sobre a constitucionalidade de veiculação de tais normas por lei. Bim (2011, p. 201-203) entende que tais vedações só podem ser realizadas pelo próprio poder Executivo (ou pelo poder que se encontra no exercício da função atípica executiva), no edital, em ato normativo por ele elaborado ou por projeto de lei de iniciativa do seu chefe, pois haveria chamada “reserva de administração” sobre o tema. A interferência do Poder Legislativo configuraria violação à separação de poderes.

Essa foi a posição adotada pelo então Ministro Carlos Ayres Brito no julgamento da medida cautelar requerida na ADI 3.059, que discutiu a constitucionalidade de lei gaúcha

---

<sup>90</sup> Artigo 3º - Consideram-se critérios sócio-ambientais, para fins deste decreto:

- I - fomento às políticas sociais;
- II - valorização da transparência da gestão;
- III - economia no consumo de água e energia;
- IV - minimização na geração de resíduos;
- V - racionalização do uso de matérias-primas;
- VI - redução da emissão de poluentes;
- VII - adoção de tecnologias menos agressivas ao meio ambiente;
- VIII - utilização de produtos de baixa toxicidade.

<sup>91</sup> Artigo 2º - Para os fins deste decreto, consideram-se critérios socioambientais, entre outros:

- I - fomento a políticas sociais;
- II - valorização da transparência da gestão;
- III - economia no consumo de água e energia;
- IV - minimização na geração de resíduos;
- V - racionalização do uso de matérias-primas;
- VI - redução de emissão de poluentes;
- VII - adoção de tecnologias menos agressivas ao meio ambiente;
- VIII - utilização de produtos de baixa toxicidade.

<sup>92</sup> Artigo 3º - Consideram-se critérios sócio-ambientais, para fins deste decreto:

- I - fomento às políticas sociais;
- II - valorização da transparência da gestão;
- III - economia no consumo de água e energia;
- IV - minimização na geração de resíduos;
- V - racionalização do uso de matérias-primas;
- VI - redução da emissão de poluentes;
- VII - adoção de tecnologias menos agressivas ao meio ambiente;
- VIII - utilização de produtos de baixa toxicidade.

que estabelece preferência abstrata pela aquisição de softwares livres ou sem restrições proprietárias.

Porém, no julgamento da mesma ação, prevaleceu a compreensão de que a lei impugnada seria constitucional, pois a regra de precedência abstrata pode ser afastada sempre que presentes razões tecnicamente justificadas, e que os postulados constitucionais da eficiência e da economicidade o estabelecimento de preferência em favor de softwares livres a serem adquiridos pela Administração Pública<sup>93</sup>.

Diante disso, entende-se que o estabelecimento de preferências poderia se dar de modo abstrato por lei, tal qual entendido pelo Supremo Tribunal Federal no citado julgamento, e que o mesmo raciocínio pode ser aplicado para a hipótese de vedação abstrata.

---

<sup>93</sup> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. LEI Nº 11.871/02, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, QUE INSTITUI, NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA REGIONAL, PREFERÊNCIA ABSTRATA PELA AQUISIÇÃO DE SOFTWARES LIVRES OU SEM RESTRIÇÕES PROPRIETÁRIAS. EXERCÍCIO REGULAR DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PELO ESTADOMEMBRO. INEXISTÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGIFERANTE RESERVADA À UNIÃO PARA PRODUZIR NORMAS GERAIS EM TEMA DE LICITAÇÃO. LEGISLAÇÃO COMPATÍVEL COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DA IMPESSOALIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA ECONOMICIDADE. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. 1. A competência legislativa do Estado-membro para dispor sobre licitações e contratos administrativos respalda a fixação por lei de preferência para a aquisição de softwares livres pela Administração Pública regional, sem que se configure usurpação da competência legislativa da União para fixar normas gerais sobre o tema (CRFB, art. 22, XXVII). 2. A matéria atinente às licitações e aos contratos administrativos não foi expressamente incluída no rol submetido à iniciativa legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo (CRFB, art. 61, §1º, II), sendo, portanto, plenamente suscetível de regramento por lei oriunda de projeto iniciado por qualquer dos membros do Poder Legislativo. 3. A Lei nº 11.871/2002 do Estado do Rio Grande do Sul não engessou a Administração Pública regional, revelando-se compatível com o princípio da Separação dos Poderes (CRFB, art. 2º), uma vez que a regra de precedência abstrata em favor dos softwares livres pode ser afastada sempre que presentes razões tecnicamente justificadas. 4. A Lei nº 11.871/2002 do Estado do Rio Grande do Sul não exclui do universo de possíveis contratantes pelo Poder Público nenhum sujeito, sendo certo que todo fabricante de programas de computador poderá participar do certame, independentemente do seu produto, bastando que esteja disposto a celebrar licenciamento amplo desejado pela Administração. 5. Os postulados constitucionais da eficiência e da economicidade (CRFB, arts. 37, caput e 70, caput) justificam a iniciativa do legislador estadual em estabelecer a preferência em favor de softwares livres a serem adquiridos pela Administração Pública. 6. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente. ADI 3059 / RS - RIO GRANDE DO SUL. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Redator(a) do acórdão: Min. LUIZ FUX. Julgamento: 09/04/2015. Publicação: 08/05/2015. Órgão julgador: Tribunal Pleno.



#### 4.4.3 Habilitação

Mais polêmica é a questão da possibilidade de inserção de critérios ambientais na fase de habilitação. Apenas podem ser exigidas as condições previstas em lei federal e proporcionais à complexidade do objeto a ser contratado. Logo, já se afasta a possibilidade de criação de tal requisito por ato normativo infralegal ou por qualquer espécie de ato normativo editado em âmbito estadual ou municipal.

Em tese, admite-se que leis federais tragam nova exigência de documentação relativa a requisitos de sustentabilidade. Porém, na prática, pensa-se que, dificilmente serão tais critérios reputados pertinentes à exigência de garantia do cumprimento das obrigações contratuais – a finalidade das exigências de qualificação trazida pela CF. Nesse sentido:

A inserção de critérios ambientais também não tem pertinência com a exigência de garantia do cumprimento do contrato objeto do concurso, não podendo ser inserida como requisito na fase de habilitação. Os requisitos de habilitação são interpretados restritivamente pela jurisprudência e somente são admitidos quanto tem por fim garantir o cumprimento do contrato. Essa visão sobre a habilitação praticamente impossibilita a inserção de critérios ambientais nessa fase. Mesmo que inseridos mediante lei federal, a chance serem declarados inconstitucionais é grande, tendo em vista o precedente da ADI nº 3.670. Seria necessário alterar o que se entende atualmente como requisitos ‘indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações’ (art. 37, XXI, CF) para considerar inserido nessa expressão, especialmente no vocábulo ‘obrigação’ não apenas a realização do contrato, mas a boa realização deste em face das normas ambientais (BIM, 2011, p. 195).

No art. 27, a Lei 8.666/93 exige a apresentação de documentação relativa à habilitação jurídica, à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira, à regularidade fiscal e trabalhista e ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF. Note, portanto, que é difícil pensar na exigência de algum tipo de certificação ambiental. Bin (2011, p. 196) pensa ser possível, no máximo, a exigência de registros, licenças e certificados na documentação de qualificação jurídica, quando a atividade desempenhada pelo licitante exigir.

A Lei do RDC traz a possibilidade de exigência do cumprimento de requisitos de sustentabilidade ambiental na fase de habilitação, na forma da legislação aplicável (art. 14, PU, inciso II). Diante do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, entende-se pela possibilidade de exigência de requisitos de sustentabilidade ambiental na fase de

habilitação das licitações disciplinadas pelo RDC, desde que a exigência seja proporcional e indispensável à garantia do cumprimento das obrigações, sob pena de ser maculada por vício de inconstitucionalidade material.

A Política Estadual do Meio Ambiente do Estado de São Paulo, instituída pela Lei nº 9.509/1997, traz como princípio, no inciso XVIII do art. 2º, a restrição à participação das pessoas físicas e jurídicas punidas e/ou condenadas por atos de degradação ambiental em licitações.

Pensa-se que tal previsão é maculada por vícios de inconstitucionalidade formais e materiais. Formais porque o dispositivo consta de lei federal, e materiais porque traz uma exigência que não se relaciona com a finalidade de assegurar a Administração Pública quanto à qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

#### 4.4.4 Julgamento das propostas

Admite-se a inserção dos critérios de sustentabilidade ambiental no julgamento das propostas como um fator diferenciado de pontuação técnica, nos certames que elegem esse tipo de julgamento, evidentemente, e desde que nos estritos termos previamente determinados no instrumento convocatório. Tais fatores devem ser objetivamente mensurados, de modo a garantir a ampla competição e afastar o risco de privilegiar indevidamente determinados licitantes (GARCIA; RIBEIRO, 2012, p. 249).

Acredita-se haver uma tendência mundial <sup>94</sup> na admissão de critérios ecossustentáveis até mesmo em licitações do tipo “menor preço”, o que pode ser observado também no ordenamento jurídico pátrio. A Lei do RDC, em seu art. 19, § 1º, positiva a ideia de que os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização,

---

<sup>94</sup> A título de exemplo, a já citada Diretiva 2014/24/EU, que dispõe que a proposta economicamente mais vantajosa deve ser identificada com base no preço aferido por uma abordagem de custo-eficácia, como os custos do ciclo de vida. Nestes, devem ser computados custos relacionados à aquisição, utilização (energia e outros recursos), manutenção e custos de fim de vida (coleta e reciclagem).

reposição, depreciação e impacto ambiental, podem ser considerados para a definição do menor preço sempre que forem objetivamente mensuráveis.

Semelhante previsão é observada na Lei das Estatais (art. 32, inciso II). O Projeto de Lei nº 1292/95 literalmente replica o art. 19, § 1º da LRDC (art. 33, §1º), com o intuito de tornar essa análise de ecoeficiência como a regra geral de toda e qualquer licitação. Trata-se de uma iniciativa salutar, já que interpreta a vantajosidade e mesmo o “menor preço” de modo mais consentâneo com a Constituição Federal, podendo ser vista como uma manifestação da constitucionalização do Direito Administrativo.

Reforça essa ideia a compreensão de que os resíduos<sup>95</sup> não são compatíveis com a noção de *res derelictae* (coisas abandonadas), cujo abandono gera a perda da propriedade e exoneração da responsabilidade do seu titular, em prejuízo da coletividade (LEMOS et al, 2013, p. 155-156). Esse entendimento conta com amplo apoio doutrinário, estando contemplado no enunciado nº 565 da VI Jornada de Direito Civil: “Não ocorre a perda da propriedade por abandono de resíduos sólidos, que são considerados bens socioambientais, nos termos da Lei n. 12.305/2012.”

Ao dispor que o resíduo sólido é bem “econômico e de valor social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania” (art. 6º, VIII<sup>96</sup>), a PNRS impõe deveres ao proprietário, impedindo que estes sejam descartados inadequadamente (JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2013, p. 109).

Ademais, a classificação de resíduos e rejeitos como bens socioambientais evidencia a relevância intra e intergeracional destes, pois gera responsabilidade pós-consumo para toda a cadeia proprietária ou possuidora. Impede-se, portanto, que sejam livremente dispostos. É

---

<sup>95</sup> A PNRS diferencia resíduos sólidos e rejeitos (art. 3º, incisos XV e XVI). “Enquanto os resíduos sólidos estão sujeitos à denominada ‘destinação final ambientalmente adequada’, os rejeitos nada mais são do que resíduos sólidos que, após o esgotamento de todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e viáveis economicamente, não apresentem possibilidade diversa que não a chamada ‘disposição final ambientalmente adequada’, ou seja, a sua distribuição ordenada em aterros” (LEMOS et. al, 2013, p. 154).

<sup>96</sup> Art. 6º São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

[...]

VIII - o reconhecimento do resíduo sólido reutilizável e reciclável como um bem econômico e de valor social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania;

[...]

mandatória a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos e a destinação final ambientalmente adequada dos resíduos, nos termos do art. 3º, VII e VIII da PNRS (LEMOS et al, 2013, p. 158).

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

[...]

VII - destinação final ambientalmente adequada: destinação de resíduos que inclui a reutilização, a reciclagem, a compostagem, a recuperação e o aproveitamento energético ou outras destinações admitidas pelos órgãos competentes do Sisnama, do SNVS e do Suasa, entre elas a disposição final, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos;

VIII - disposição final ambientalmente adequada: distribuição ordenada de rejeitos em aterros, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos;

[...]

Logo, como essa obrigação de conferir disposição ou destinação final ambientalmente adequada o envolve custos, deve também ser ponderada pelo gestor na definição do menor preço.

#### 4.4.5 Critérios de desempate

Por ora, entende-se não ser possível o estabelecimento de critérios ambientais como solução de eventuais empates. Isso porque o desempate apenas pode se dar de acordo com os critérios do art. 3º, § 2º. Tais critérios estão intimamente ligados com o princípio da sustentabilidade, mas em outras dimensões, como a social<sup>97</sup> e a econômica<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup>Art. 3º § 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

[...]

V - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

[...]

<sup>98</sup> Art. 3º, § 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

[...]

Nada impede, no entanto, que alguma lei federal institua alguma ordem de preferência a empresas que comprovem satisfazer algum tipo de benefício ou certificação ambiental, visto que, como exaustivamente tratado nos capítulos anteriores, a proteção ao meio ambiente é um valor tutelado pela Constituição Federal.

É o que faz, em tom diretivo, a Política Nacional sobre Mudança do Clima, instituída pela Lei nº 12.187/2009. É estabelecida como instrumento o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos (art. 6º, inciso XII).

Inclusive, nota-se que o Projeto de Lei nº 1292/95 sugere novos critérios de desempate, sendo um deles - o mais subsidiário de todos, infelizmente – o desempate à favor de empresas que comprovem a prática de mitigação, compreendida como mudanças e substituições tecnológicas que reduzam o uso de recursos e as emissões por unidade de produção, bem como a implementação de medidas que reduzam as emissões de gases de efeito estufa e aumentem os sumidouros<sup>99</sup> (art. 59, § 1º, inciso IV).

#### 4.4.6 Definição das obrigações do contratado e remuneração

É possível a inserção de exigências de sustentabilidade ambiental na definição das obrigações a serem assumidas pelo contratado na execução do objeto. Contudo, na prática, pensa-se que a viabilidade é baixa, pois há grande dificuldade na fiscalização adequada do contrato, o que demanda um quadro profissional com capacidade técnica de verificação do cumprimento das exigências fixadas no contrato (GARCIA; RIBEIRO, 2012, p. 250-251).

---

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

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

[...]

<sup>99</sup> Essa é a definição de “prática de mitigação” trazida no art. 2º, VII, pela Lei nº 12.187/2009, que institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima, à qual é feita expressa referência pelo legislador no PL nº 1292/95

Uma última oportunidade e adoção de fatores ecossustentáveis é na definição da remuneração do contratado. Legislações modernas, como a Lei do RDC (art. 10) e a Lei das Estatais (art. 45) preveem a possibilidade de estabelecimento de remuneração variável vinculada ao desempenho, aferido conforme indicado por metas, padrões de qualidade, prazos de entrega e critérios de sustentabilidade ambiental e definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Esse tipo de remuneração convida o contratado a ser mais eficiente e a melhor executar o contrato a partir de incentivos econômicos. Para tanto, devem ser estabelecidos parâmetros objetivos de aferição do alcance de metas relacionadas à sustentabilidade ambiental, o que, na prática, pode representar um entrave ou obstáculo de tormentosa superação.

O Projeto de Lei 1292/95 contém dispositivo muito semelhante (art. 142), o que indica uma tendência do legislador em admitir que esse tipo de ajuste de remuneração seja feito sempre que possível, nas licitações em geral.

#### 4.5. Síntese conclusiva

Neste capítulo, buscou-se conferir tratamento prático à inserção dos critérios de sustentabilidade ambiental nos procedimentos licitatórios.

Primeiramente, foi feita uma exposição sobre as modalidades de licitações, pois cada uma é dotada de características peculiares e possui um rito próprio. Em seguida, foi analisado o procedimento da modalidade concorrência, com especial atenção às possibilidades do gestor e do legislador na disciplina de cada uma delas.

Seguiu-se para uma apresentação de diversas normas legais e infralegais do ordenamento jurídico federal e paulista que tratam, direta ou indiretamente, de licitações sustentáveis. Destacam-se, no âmbito federal, a Política Nacional de Resíduos Sólidos, a Lei do Regime Diferenciado de Contratações, a Lei das Estatais e o Decreto nº 7.746/2012, que regulamenta o art. 3º da Lei 8.666/93.

Já no âmbito estadual, são normas de relevo a Política Estadual do Meio Ambiente (Lei nº 9.509/1997, o Decreto Estadual nº 50.170/2005, que institui o Selo Socioambiental, a Política Estadual de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.300/2006), o Programa Estadual de

Contratações Públicas Sustentáveis, trazido pelo Decreto nº 53.336/2008 e a Política Estadual de Mudanças Climáticas de SP (Lei nº 13.798/2009). Pode-se observar que o Estado de São Paulo possui uma moderna legislação ambiental que confirma e confere segurança ao gestor que implementa licitações sustentáveis.

No último tópico, procurou-se unir as duas exposições anteriores de modo a sistematizar como podem ser inseridas ponderações e critérios de sustentabilidade nos procedimentos licitatórios. Entende-se que logo na escolha de contratar, ou não, já é dada oportunidade de uma postura sustentável, pois é possível que algumas necessidades sejam satisfeitas apenas com uma reorganização dos recursos já existentes. Por exemplo, a configuração de impressão em modo econômico acarreta a redução da quantidade de cartuchos de tinta a serem consumidos.

Uma vez identificada imperiosa necessidade de contratar com licitação, é recomendável que seja eleita, sempre que cabível, a modalidade pregão, pois a simplicidade do seu rito (com destaque para a inversão de fases) permite agilidade e economia de recursos não só da Administração, como também dos licitantes. Em acréscimo, recomenda-se que os atos sejam realizados eletronicamente (o que é mandatório em âmbito federal, nos termos do art. 1º, § 1º do Decreto 10.024/2019).

Admite-se a inserção de critérios ecossustentáveis na definição técnica do objeto a ser contratado, havendo diversas normas que proíbem a aquisição de bens marcados por qualidades ambientalmente indesejadas. Por exemplo, o Decreto Federal nº 2.783/98 veda a aquisição por órgãos e entidades da Administração Pública Federal de produtos ou equipamentos que contenham ou façam uso das Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio.

Diferentemente, esses critérios não podem ser trabalhados na fase de habilitação pois inexistente previsão legal (há uma previsão na Lei do RDC, mas que carece de regulamentação). Como, em razão de regras constitucionais (art. 22, XXVII e art. 37, XXI), apenas podem ser exigidas as condições previstas em lei federal, proporcionais à complexidade do objeto a ser contratado e voltadas à garantia do cumprimento das obrigações contratuais, entende-se que, dificilmente, será constitucional uma lei que exija condições de habilitação relacionadas à ecossustentabilidade.

No julgamento das propostas, é possível que seja atribuída pontuação técnica diferenciada às propostas ambientalmente sustentáveis. No entanto, exige-se que

mensuração objetiva. Ademais, pensa-se que há uma tendência à admissão de avaliação ecoeficiente do “menor preço”, pois a Lei do RDC, a Lei das Estatais e o Projeto de Lei nº 1292/95 positivam a ideia de que os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental, podem ser considerados para a definição do menor preço sempre que forem objetivamente mensuráveis.

Quanto à ponderação como critério de desempate, entende-se, por ora, não ser possível, pois o desempate apenas pode se dar de acordo com os critérios do art. 3º, § 2º. Porém, é plenamente admissível que alguma lei federal institua preferência a empresas que comprovem satisfazer algum tipo de benefício ou certificação ambiental. É o que faz o art. 59, § 1º, inciso IV do Projeto de Lei nº 1292/95.

Pode-se, ainda, pensar na inclusão de sustentabilidade na definição das obrigações do contratado, em que pese se reconheça a dificuldade prática na fiscalização. Por fim, entende-se ser possível incentivar o contratado a ser mais sustentável na execução por meio da definição de metas para remuneração variável.

Essa é uma previsão que consta tanto na Lei do Regime Diferenciado de Contratações quanto na Lei das Estatais, mas que, possivelmente, em breve será estendida às licitações em geral, pois consta do Projeto de Lei 1292/95, que está em fase final de tramitação, já aprovado pela Câmara dos Deputados e aguardando apreciação pelo Senado Federal.





## CONCLUSÃO

Inspirado pela lacônica previsão do art. 3º da Lei 8.666/93, que versa ser uma das destinações da licitação a garantia da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, este trabalho teve sua elaboração orientada à resposta de uma questão principal: como podem ser inseridos elementos de sustentabilidade ambiental nas licitações?

Para respondê-la, foi percorrido um caminho, a princípio, essencialmente semântico. Se quisermos falar sobre sustentabilidade e desenvolvimento sustentável, devemos nos questionar sobre o significado que é atribuído a esses termos. Por essa razão, o primeiro capítulo foi todo dedicado ao estudo do conceito de desenvolvimento sustentável.

Primeiramente, concluiu-se que o fenômeno do desenvolvimento não se limita ao desenvolvimento econômico, muito menos ao crescimento econômico puro e simples. Ele é muito mais amplo, e mais bem compreendido com base na teoria de Amartya Sen, para quem o desenvolvimento é um processo de expansão das liberdades e capacidades das pessoas (SEN, 2000, p. 3).

Como as liberdades são multidimensionais, o desenvolvimento também é. E sendo os processos econômicos, inexoravelmente, limitados pela incidência da Lei da Entropia – tal como entendem, v.g., Georgescu-Roegen, Leff e Daly – deve haver, na compreensão do desenvolvimento, a ponderação de um elemento ambiental que se apresenta como um condicionante intertemporal. Essa ideia se traduz no conceito de desenvolvimento sustentável: aquele marcado pela promoção das capacidades e liberdades das gerações presentes que não compromete que o mesmo seja feito pelas futuras gerações (SEN, 2013, p. 11).

Contudo, entende-se que não se pode pensar no desenvolvimento sustentável tão somente como um desenvolvimento qualificado, acrescido do *plus* da sustentabilidade. Sendo o meio ambiente um intransponível fator limitante, o único desenvolvimento possível é o sustentável. A sustentabilidade é, portanto, um elemento essencial ao desenvolvimento. Apenas ela tutela a dignidade das gerações futuras e a vulnerabilidade que ostentam enquanto sujeitos titulares de *direito ao futuro* (FREITAS, 2019, p. 76-77), o que justifica que seja conferida uma especial proteção pelo Estado.

A Constituição Federal, no art. 225, reconhece e positiva o direito de todos, inclusive de futuras gerações, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em correspondência, atribui à coletividade e ao Estado o dever de defendê-lo e preservá-lo. Já o art. 170, que trata da ordem econômica, estabelece como alguns de seus princípios a propriedade privada, a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente, possibilitando até mesmo que seja conferido tratamento diferenciado de acordo com o impacto ambiental dos produtos e serviços.

Pelos princípios de interpretação constitucional da unidade da constituição e da concordância prática, esses dispositivos permitem concluir que o constituinte deseja que, na República Federativa do Brasil, haja desenvolvimento sustentável, e não simples desenvolvimento econômico ou, pior ainda, um progresso econômico destituído de repercussões sociais e ambientais positivas. Entende-se, portanto, que o desenvolvimento sustentável é um valor de envergadura constitucional.

Sendo a Constituição um documento dotado de força normativa, é preciso que a Administração Pública encare com a devida seriedade seu dever de proteção do meio ambiente de promoção do desenvolvimento sustentável. Nessa missão, ela pode se valer de diferentes estratégias, que vão desde mecanismos de comando e controle, como o licenciamento ambiental, até a utilização de mecanismos indutivos.

É nesse contexto de indução que podemos pensar nas licitações como instrumento de manejo do poder de compra estatal - um poder que não deve ser desprezado: estima-se que representou cerca de 21,5% do PIB de 2012, conforme aponta relatório da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (BRASIL, 2013, p. 176).

Em que pese as finalidades tradicionalmente atribuídas às licitações sejam a garantia da observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o procedimento licitatório também se presta para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Essa finalidade foi expressamente reconhecida pelo legislador no art. 3º da Lei 8.666/93 (redação dada pela Lei nº 12.349/2010), que a colocou no mesmo patamar das demais, sem diferenciação de hierarquia ou prioridade. Por isso, entende-se que ela deve ser encarada pelo gestor público com a mesma normatividade, não podendo, portanto, ser afastada em abstrato, mas apenas ponderada diante das circunstâncias do caso concreto.

Ademais, a constitucionalização do direito, verdadeiro corolário do reconhecimento da força normativa da Constituição, impõe que todo ordenamento jurídico seja interpretado à luz dos valores e princípios constitucionais. Isso repercute na maneira pela qual são lidos alguns dispositivos sobre licitações, sobretudo o que se entende por “proposta mais vantajosa”. Sendo o desenvolvimento sustentável um valor constitucional, é imperativo que aquilo que se entende como mais vantajoso leve em consideração elementos de sustentabilidade.

Diante desse quadro constitucionalmente referendado, concluiu-se que sempre fora possível ao gestor da coisa pública a adoção de critérios de sustentabilidade ambiental nas licitações. Com a positivação da finalidade de promoção de desenvolvimento sustentável pelo legislador no art. 3º da Lei 8.666/93 em 2010, contudo, operou-se uma inversão da lógica até então reinante: os critérios de sustentabilidade deixam de ser uma simples possibilidade para emergirem como a regra geral do sistema, a ser afastada no caso concreto por motivação idônea, fruto de ponderação.

A licitação é um instituto que nasce como resposta à necessidade de observância dos princípios da isonomia e da indisponibilidade do interesse público. Logo, não é possível que sejam feitas exigências desarrazoadas, que beneficiem ou prejudiquem candidatos ou que resultem em uma oneração desmedida dos cofres públicos. A inobservância desses princípios, traduzidos em regras em diferentes dispositivos, é seriamente repreendida nas esferas cível, administrativa e penal.

Diante disso, surge como imperiosa a tarefa de esboçar soluções para questões práticas que o gestor da coisa pública certamente se deparará ao ponderar a sustentabilidade ambiental nas licitações.

A escolha de contratar, ou não, muitas vezes já se mostra como uma oportunidade de adoção de postura sustentável, pois algumas necessidades podem ser satisfeitas apenas com uma reorganização dos recursos já existentes. Por exemplo, a configuração de impressão em modo econômico acarreta a redução da quantidade de cartuchos de tinta a serem consumidos.

Uma vez identificada a real necessidade de contratar com prévia licitação, é recomendável que seja eleita, sempre que cabível, a modalidade pregão, pois a simplicidade do seu rito, principalmente a inversão de fases, confere agilidade e economia de recursos não só da Administração, como também dos licitantes. Em acréscimo, sugere-

se (quando não for obrigatório, como, por exemplo, na órbita federal) que o pregão se dê na forma eletrônica.

Admite-se a inserção de critérios ecossustentáveis na definição técnica do objeto a ser contratado. Nesse sentido, existem diversas normas que proíbem a aquisição de bens marcados por qualidades ambientalmente indesejadas. Por exemplo, o Decreto Federal nº 2.783/98 veda a aquisição por órgãos e entidades da Administração Pública Federal de produtos ou equipamentos que contenham ou façam uso das Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio.

Diferentemente, não é possível a inserção desses critérios na fase de habilitação, pois inexistente previsão legal (há uma previsão na Lei do RDC, mas que carece de regulamentação). Como, em razão de regras constitucionais, apenas podem ser exigidas as condições previstas em lei federal, proporcionais à complexidade do objeto a ser contratado e voltadas à garantia do cumprimento das obrigações contratuais, entende-se que dificilmente será constitucional uma lei que exija condições de habilitação relacionadas à ecossustentabilidade.

É possível que seja atribuída pontuação técnica diferenciada às propostas ambientalmente sustentáveis na fase de julgamento. Porém, para tanto, deve ser possível que essas qualidades sejam passíveis de mensuração objetiva.

Ademais, identifica-se uma tendência à admissão de avaliação ecoeficiente do “menor preço”, pois a Lei do Regime Diferenciado de Contratações, a Lei das Estatais e o Projeto de Lei nº 1292/95, na esteira de Diretivas da União Europeia, positivam a ideia de que os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental, podem ser considerados para a definição do menor preço sempre que forem objetivamente mensuráveis.

Quanto à possibilidade de ponderação como critério de desempate, entende-se, por ora, não ser possível, pois o desempate apenas pode se dar de acordo com os critérios do art. 3º, § 2º. Porém, não há óbice à instituição de preferência a candidatos que comprovem satisfazer algum tipo de benefício ou certificação ambiental, desde que por lei federal. É o que se nota no art. 59, § 1º, inciso IV do Projeto de Lei nº 1292/95.

É possível, ainda, pensar em inclusão de sustentabilidade na definição das obrigações do contratado, embora não se olvide da provável dificuldade prática na fiscalização.

Por fim, entende-se ser possível incentivar o contratado a ser mais sustentável na execução por meio da definição de metas para remuneração variável. Essa é uma previsão que consta tanto na Lei do Regime Diferenciado de Contratações quanto na Lei das Estatais, mas que, possivelmente, em breve será estendida às licitações em geral, pois consta do Projeto de Lei 1292/95.



## REFERÊNCIAS<sup>100</sup>

ALMEIDA, Luciana Togeiro de. **Instrumentos de política ambiental: debate internacional e questões para o Brasil**. 1994. 148 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 236, p. 51-64, abr. 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

\_\_\_\_\_. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BETIOL, L. S. et al. **Compra sustentável: A força do consumo público e empresarial para uma economia verde e inclusiva**. 1ª. ed. São Paulo: FGV, 2012.

BIDERMAN, Rachel et al. **Guia de compras públicas sustentáveis: uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a Juridicidade e os Limites da Licitação Sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). **Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

---

<sup>100</sup> De acordo com a ABNT NBR 6023, 2018.



BOULDING, Kenneth. The Economics of the coming spaceship earth. In: DALY, Herman E. **Economics, Ecology, Ethics: essays towards a steady-state economy**. San Francisco: W.H. Freeman and Company, 1980. p. 253-263.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

BRASIL, Advocacia-Geral da União (AGU), Consultoria-Geral da União. **Guia Nacional de Contratações Sustentáveis**. 3. ed. Brasília: AGU, abril, 2020

BRASIL, Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. **Mecanismos Jurídicos para a modernização e transparência na gestão pública**. Série Pensando o Direito, vol. 2, n. 49. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. **Plano de ação para produção e consumo sustentáveis – PPCS: Relatório do primeiro ciclo de implementação**. Brasília: MMA, 2014.

\_\_\_\_\_. **A3P**. 2. ed. rev. e atual. Brasília: MMA, 2016..

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel. (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015

CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. 2014. 335 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

CAVALCANTI, Clóvis. Sustentabilidade: mantra ou escolha moral? uma abordagem ecológico-econômica. **Estud. av.**, São Paulo, v. 26, n. 74, p. 35-50, 2012 .

CECHIN, Andrei. **A natureza como limite da economia: contribuições de Nicholas Georgescu-Roegen**. São Paulo: Editora Senac São Paulo/Edusp, 2010.

CECHIN, Andrei; VEIGA, José Eli da. A economia ecológica e evolucionária de Georgescu-Roegen. **Revista de Economia Política**, v. 30, n. 119, pp. 438-454, 2010.

CMMAD, Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso futuro comum**. 2a ed. Tradução de Our common future. 1 ed. 1988. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. 4 ed. Miguel Carbonel (org.). Madrid: Trotta, 2009.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 6., 2013, Brasília. **Enunciados Aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

CRAMER, J.; ZEGVELD, W.C.L. The future role of technology in environmental management. **Futures**, vol. 23, n. 5, p. 451-468, 1991.

DALY, HERMAN E. **Ecological Economics and Sustainable Development**: Selected Essays of Herman Daly. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2007.

\_\_\_\_\_. Is the Entropy Law Relevant to the Economics of Natural Resource Scarcity? Yes, of Course It Is! **Journal of Environmental Economics and Management**, vol. 32, p. 91-5. 1992.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DE MENDONÇA, José Vicente Santos. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 265, p. 179-198, jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não paternalista. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, p. 115-176, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8.ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

FARIAS, Carmem; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. Meio ambiente e economia: uma perspectiva para além dos instrumentos de comando e controle. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 148-181, ago. 2017.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, p. 133-142, jul./set. 2009.

FERREIRA, G. A. **Meio ambiente e OMC**: parâmetros para uma relação jurídica. Canoas: Editora da Ulbra, 2006.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade dos contratos administrativos. **A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 35-53, abr./jun. 2013

\_\_\_\_\_. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FURTADO, Celso. Os desafios da nova geração. **Revista de Economia Política**. Vol. 24, n. 24, 2004.

\_\_\_\_\_. **Teoria e política do desenvolvimento econômico**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1967.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 4: contratos**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações públicas sustentáveis. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 260, jan. 2012.

GEORGESCU-ROEGEN, Nicholas. Energy Analysis and Economic Valuation. **Southern Economic Journal**, vol. 45, no. 4, 1979.

\_\_\_\_\_. **O decrescimento: entropia, ecologia, economia**. São Paulo: Senac São Paulo, 2012.

\_\_\_\_\_. Thermodynamics and we, the humans. **Bioeconomics Review**, v. 2, n. 2, 2019.

GUASTINI, Riccardo. Derecho dúctil, Derecho incierto. **Anuário de Filosofía Del Derecho XIII**, n. 13-14, p. 111-124, 1996.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

GUTIERREZ-ESPELETA, Édgar E. Indicadores sociales: una breve interpretación de su estado de desarrollo. In Carlos Sojo (ed.). **Desarrollo Social em América Latina: temas y desafíos para las políticas públicas**. San José, Costa Rica, FLACSO: Banco Mundial, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5.<sup>a</sup> ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. Os conceitos jurídicos e a doutrina real do direito. In **Revista da Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo**. V. LXXVII, janeiro/dezembro, 1982, p. 221- 224.

GRANZIERA, Maria Luiza machado. **Direito Ambiental**. 5. ed. rev. e atual. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

IBGE, Coordenação de Contas Nacionais. **Produto interno bruto dos municípios: 2010-2015**. Rio de Janeiro: IBGE, 2017.

IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento. **Educação: 2018**. Rio de Janeiro, BGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento, 2019.

JACOBZONE, Stéphane; CHOI, Chang-Wong; MIGUET, Claire. Indicators of regulatory management systems. **OECD Working Papers on Public Governance**, n. 4. Paris: OECD Publishing, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei 8.666/93. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental**: a reapropriação social da natureza. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; MENDES, João Múcio Amado. Resíduos eletroeletrônicos e seu panorama jurídico no Brasil: desafios regulatórios e oportunidades de implementação de sistemas de logística reversa. **Revista de Direito Ambiental**, v. 72, p. 39-66, 2013.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. et. al. **Consumo sustentável**. Brasília: SENACON, DPDC, 2013.

MANKIW, Gregory. **Introdução à economia**. Tradução da 6ª edição norte-americana. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitador da discricionariedade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, mai. 2012.

\_\_\_\_\_. Licitações na União Europeia (VI): compreensão da vantajosidade, critérios de julgamento e análise de custo do ciclo de vida do objeto contratado. **Revista Colunistas Direito do Estado**, Salvador, p. 1 - 1, 17 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 1, p. 23-51, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual: São Paulo, Saraiva, 2015.

MENDES, Guilherme Adolfo. Regime Constitucional da Extrafiscalidade. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; SAAD-DINIZ, Eduardo; MARRARA, Thiago (Coords.). **O Direito Brasileiro em Evolução: estudos em homenagem à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto**. São Paulo: Almedina, 2017.

MENDES, João Múcio Amado. **Responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto na cadeia de resíduos eletroeletrônicos**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

MENEGUZZI, Rosa Maria. **Conceito de Licitação Sustentável**. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (Coords.). Licitações e contratações públicas sustentáveis. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2015.

MUELLER, Charles. Economia e Meio Ambiente na Perspectiva do Mundo Industrializado: uma avaliação da economia ambiental neoclássica. **Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 26, n. 2, p. 261-304. mai-ago/1996.

MONTIBELLER-FILHO, Alberto. **O Mito do Desenvolvimento Sustentável**. Florianópolis, Editora da UFSC, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. **O Direito Administrativo no século XX**. Belo Horizonte: Fórum, 2018

MUELLER, Charles. Economia, Entropia e Sustentabilidade: abordagem e visões de futuro da Economia da Sobrevivência. **Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 29, n. 4, p. 513-50. out-dez/1999.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. O uso de instrumentos econômicos nas normas de proteção ambiental. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 101, jan./dez. 2006.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao Direito Econômico**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Desenvolvimento e ecologia**. São Paulo: Saraiva, 1975.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito Tributário e Meio Ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita**, 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

OLIVIERA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018.

\_\_\_\_\_. **A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo.** 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.** 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>>. Acesso em 24/05/2020.

PEARCE, David W. TURNER, R. Kerry. **Economics of natural resources and the environment.** Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1990.

PNUMA, PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE. **Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável e a Erradicação da Pobreza: Síntese para tomadores de decisão.** [S.I]: PNUMA, 2011.

POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoria del fomento em el Derecho administrativo. **Revista de estúdios políticos.** Madrid, n. 48, p. 41-54, 1949.

ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Desenvolvimento sustentável: uma perspectiva econômico-ecológica. **Estud. av.,** São Paulo , v. 26, n. 74, p. 65-92, 2012 .

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: includente, sustentável, sustentado.** Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

\_\_\_\_\_. **A terceira margem: em busca do ecodevelopolvimento.** São Paulo: Companhia das Letras, 2009a.

\_\_\_\_\_. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável.** Rio de Janeiro: Garamond, 2009b.

SANTOS, Murillo Giordan. **Poder Normativo nas Licitações Sustentáveis.** In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (Coords.). Licitações e contratações públicas sustentáveis. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2015.

SÃO PAULO, Governo do Estado de São Paulo. **Desenvolvimento Sustentável do Estado de São Paulo: 40 metas.** São Paulo: Governo do Estado de São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www2.ib.unicamp.br/profs/cjoly/0%20-%20NE441%20%202013/TEXTOS%20o%20Seminaro/Grupo%203/Estrat%E9gia%20Desenvolvimento%20Sustent%E1vel%20de%20S%E2o%20Paulo%20FINAL.pdf>>. Acesso em 30.06.2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental: introdução, fundamentas e teoria geral.** São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo. **A & C R. de Dir. Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 145-165, abr./jun. 2005.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica.** Rio de Janeiro, Forense, 2005.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição.** São Paulo: Atlas, 2013.

SEN, Amartya Kumar. **Development as freedom.** New York: Anchor Books, 2000.

\_\_\_\_\_. The Ends and Means of Sustainability. **Journal of Human Development and Capabilities: A Multi-Disciplinary Journal for People-Centered Developmen**, vol. 14, n. 1, 2013.

\_\_\_\_\_. Why we should preserve the spotted owl. **London Review of Books**, Londres, vol. 26, n. 3, fev. 2004.

SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-24, jul. 1988.

\_\_\_\_\_. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros, 2005.

SOLOW, Robert. An almost practical step toward sustainability. **Resources policy**. vol. 19, n. 3. 1993.

\_\_\_\_\_. The Economics of Resources or the Resources of Economics. **The American Economic Review**, vol. 64, n. 2. 1974.

STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e a sua importância na e para a democracia. **Revista da Associação dos juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS)**, Porto Alegre, v. 41, n. 135, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 1: Lei de Introdução e Parte Geral.** 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie.** 10. ed. São Paulo: Método, 2015.

TEIXEIRA, Maria Fernanda de Faria Barbosa. **Desafios e Oportunidades para a Inserção do Tripé da Sustentabilidade nas Contratações Públicas: um estudo dos casos do Governo Federal Brasileiro e do Governo do Estado de São Paulo.** 2013. 312 p. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Sustentável) - Centro de Desenvolvimento Sustentável, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bondin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, v. 1. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

TERRA, Luciana Maria Junqueira; CSIPAI, Luciana Pires; UCHIDA, Mara Tieko. Formas Práticas de Implementação das Licitações Sustentáveis: Três Passos para a Inserção de Critérios Socioambientais nas Contratações Públicas. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). **Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass R. **Nudge**: Como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

UNDP - United Nations Development Programme. **Human Development Indices and Indicators**: 2018 Statistical Update. New York, 2018.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho**, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. Jornal Oficial da União Europeia, n. L 94/65, de 28 de março de 2014. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex:32014L0024>>. Acesso em 23 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Compra social**: Guia para ter em conta os aspectos sociais nos concursos públicos. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2011.

\_\_\_\_\_. **Comprar ecológico!** Manual de Contratos Públicos Ecológicos. 3. ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2016.

VEIGA, José Eli da. **Para entender o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Editora 34, 2015.

\_\_\_\_\_. **Desenvolvimento sustentável**: o desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

VELOSO, Fernando A.; VILLELA, André; GIAMBIAGI, Fabio. **Determinantes do "milagre" econômico brasileiro (1968-1973)**: uma análise empírica. **Rev. Bras. Econ.**, Rio de Janeiro, v. 62, n. 2, p. 221-246, June 2008.

WALKER, Jearl; HALLIDAY, David; RESNICK, Robert. **Fundamentals of Physics**. 10th. ed. Hoboken: Wiley, 2013.

YOUNG, Jeffrey T. Is the entropy law relevant to the economics of natural resources scarcity? In: **Journal of Environmental Economics and Management**, v. 21, 1991.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. 10. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

ZAGO, Marina Fontão. **Poder de compra estatal como instrumento de políticas públicas**. Brasília: Enap, 2018.