

CONTRATAÇÕES PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Nathália Farjala Ferraz Souza¹

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO PÚBLICA. 2.1 CONTRATAÇÕES PÚBLICAS 2.2 LICITAÇÕES 2.1.1 Conceito 2.1.2 O princípio da isonomia no processo licitatório 2.1.3 Finalidades da Licitação 3 DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL 3.1 SUSTENTABILIDADE 3.2 DESENVOLVIMENTO NACIONAL 3.3 DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO 4 LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS 4.1 CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEIS 4.1.1 A função social dos contratos administrativos 4.2 LICITAÇÃO SUSTENTÁVEL 4.3 SUSTENTABILIDADE E FALÁCIAS ARGUMENTATIVAS 4.3.1 Economicidade 4.3.2 Vantajosidade 4.4 O EQUÍVOCO CONCEITUAL 5 UMA ANÁLISE DAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS À LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA 5.1 A IGUALDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL 5.2 CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE 5.3 A PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA 5.3.1 Mudanças de paradigma a partir da Lei 12.349/2010 5.3.2 A necessidade de traçar critérios objetivos no ato convocatório 5.3.3 A importância das audiências públicas . 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: Diante da constatação, pela sociedade, de que o crescimento meramente econômico não mais se ampara, a sustentabilidade vem ganhando cada vez mais força, buscando melhorar a qualidade de vida

1 Bacharela em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS). Advogada. Pós-graduanda em Direito e Gestão Imobiliária na Faculdade Baiana de Direito.

das pessoas, e, ao mesmo tempo, preservar o meio ambiente. Nesta senda, a Carta Magna estabelece que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental de todos e essencial à sadia qualidade de vida. Nesta busca pelo equilíbrio ambiental a Administração Pública tem grande responsabilidade, possuindo diversos mecanismos para isso. Seguindo essa percepção o legislador editou a Lei nº 12.349/2010, que acrescentou a promoção do desenvolvimento nacional sustentável às finalidades das licitações públicas. Entretanto, em vista da relevância do princípio da isonomia nas contratações realizadas pela Administração Pública, poderia se pensar que as contratações sustentáveis violam a necessidade de manter a igualdade entre os interessados. Neste contexto, o presente trabalho buscou fazer uma análise das contratações sustentáveis sob a ótica do princípio da isonomia, para, através dos institutos jurídicos postos, verificar se há violação a esse princípio basilar nas licitações.

Palavras chave: Desenvolvimento Sustentável, Contratações Sustentáveis, Princípio da Isonomia.

1 INTRODUÇÃO

A proposta do presente artigo é discorrer sobre as contratações públicas sustentáveis à luz do princípio da isonomia. De fato, a análise do tema decorre do novo paradigma trazido pela Lei 12.349/2010 que estabeleceu uma nova finalidade ao processo licitatório: o desenvolvimento sustentável. Com efeito, para análise do tema, cumpre verificar, *a priori*, como o ordenamento jurídico brasileiro regula as contratações públicas e as licitações.

Posteriormente, será realizado o enquadramento das contratações públicas e licitações à noção de sustentabilidade. Neste momento, serão apresentados e rechaçados os argumentos falaciosos suscitados pela doutrina acerca do tema.

Por fim, fixada tais premissas iniciais, será possível concluir sobre a interpretação do princípio da isonomia a partir da nova conjuntura que as contratações públicas vêm vivenciando, ao mesmo tempo em que se analisará a suposta violação ao princípio com a incorporação da noção de desenvolvimento sustentável.

2 LICITAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

A função administrativa do Estado se traduz em um movimento dinâmico tendente a desenvolver um conjunto ordenado de atividades, sendo necessária para tal finalidade a existência de uma estrutura material organizada, composta pelo trabalho direto e indireto de pessoas, associado à um patrimônio constituído. Todo esse aparato está voltado para a satisfação das necessidades coletivas, protegendo e efetivando-se o interesse público.

Considerando este entendimento, compõem as atribuições da Administração Pública a realização de obras e serviços, a compra e alienação de bens, a prestação de serviço público eficiente, dentre outras. Diante deste expressivo número de atribuições, para torná-las possíveis, muitas vezes a Administração precisa realizar contratos que, em regra, dependem de processo licitatório prévio.

2.1 CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

O contrato, interpretado de forma ampla, pode ser entendido como uma combinação de interesses entre as partes que tendem a gerar obrigações e direitos recíprocos, a partir do exercício da autonomia da vontade. Meirelles (2013) salienta que a instituição do contrato, embora comumente utilizada no Direito Privado, é utilizada pela Administração Pública seja na sua pureza originária, quando realiza contratos de natureza privada, seja adaptado às peculiaridades dos negócios públicos, sendo contratos administrativos propriamente ditos.

Ao tratar sobre contrato administrativo, Carvalho Filho (2013, p.223) assevera que “pode-se conceituar o contrato administrativo como o ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público”.

Destarte, é possível afirmar que o contrato administrativo caracteriza-se pelo acordo de vontades, em que a Administração Pública figura como uma das partes contratantes, valendo-se de todas as suas prerrogativas especiais frente à outra parte, formalizando os requisitos de existência de qualquer avença.

2.2 LICITAÇÕES

Diante da eminente e crescente necessidade da administração firmar compromissos com terceiros, não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do gestor público a escolha das pessoas a que podem exercer o direito de contratar. Isso porque tal liberdade facilitaria conchavos entre o administrador e determinados particulares, o que acabaria por desviar a finalidade pública do contrato administrativo abrindo-se a possibilidade de se privilegiar o interesse particular em detrimento do interesse público.

Deste modo, entende-se que a licitação pública é uma limitação imposta à liberdade administrativa em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, constitucionalmente prevista no art. 37, XXI da Constituição Federal.

Meirelles (2013, p. 289), relacionando a licitação com o contrato administrativo preleciona que se por um lado a licitação é necessariamente anterior ao contrato administrativo, este é o conseqüente lógico da licitação.

Dessa forma, a licitação precede o contrato administrativo e obedece a um procedimento preliminar rigoroso, preestabelecido em lei e que desta forma submete-se sistematicamente aos preceitos de ordem jurídica estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito.

2.1.1 CONCEITO

A doutrina especializada ao realizar a conceituação do termo licitação diverge quando ao seu enquadramento. Com efeito, há quem entenda se tratar de um procedimento administrativo² e quem a classifique como um processo administrativo.

Medauar (2008, p. 178) filia-se a segunda corrente e ensina que³:

Licitação, no ordenamento jurídico brasileiro, é o processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público.

2 Meirelles (2013, p. 290), Justen Filho (2006, p.316) Carvalho Filho (2013, p.236)

3 No mesmo sentido entende Moreira e Guimarães (2012, p. 15).

Cumpra-se asseverar que conceituar a licitação como um procedimento seria reduzir a sua abrangência. Isso porque o procedimento se resume a um conjunto de atos coordenados que possibilitará o alcance a determinada finalidade.

A licitação, aos olhos do que se pretende no presente trabalho, deve ser entendida como um processo e como tal, deve ter assegurado o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, direitos constitucionalmente garantidos ao exercício de tal instrumento.

De forma objetiva, licitação é o processo administrativo realizado pela Administração Pública, destinado à seleção da melhor proposta de contratação, obedecidos critérios objetivos previamente estabelecidos e garantindo tratamento isonômico entre os licitantes, além da promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Estando garantido aos licitantes o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

2.1.2 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NO PROCESSO LICITATÓRIO

Diversos são os princípios que norteiam o processo licitatório, a saber: o princípio da legalidade, impessoalidade, isonomia, publicidade, vinculação ao instrumento convocatório, entre outros. Contudo, diante do recorte epistemológico do presente artigo científico, cumpre destrinchar especificamente a aplicação do princípio da isonomia no processo licitatório.

O princípio da isonomia tem cunho eminentemente constitucional e indica que a Administração Pública deve proporcionar tratamento igualitário a todos aqueles interessados em contratar com ela, sem que haja qualquer discriminação ausente de fundamentação.

O princípio da isonomia está previsto de forma originária no caput do art. 5º da Constituição Federal. Contudo, no art. 37, inciso XXI, a Constituição Federal trata do princípio da isonomia no processo licitatório ao assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes.

A garantia de igualdade no processo licitatório é um dos meios de atendimento ao princípio da impessoalidade, ou seja, quando a Administração Pública oferece oportunidades iguais aos concorrentes ela está assegurando que não haverá interferência de fatores subjetivos e pessoais no certame.

Meirelles (2013, p. 296) preleciona que esse impedimento de discriminação aos concorrentes, não significa que está vedada a exigência de requisitos mínimos, por parte da Administração Pública, para participação no certame. Muito pelo contrário, o edital é o instrumento que irá veicular os requisitos que podem vir a selecionar os participantes, sempre orientado pela razoabilidade e proporcionalidade. A diferença pré-estabelecida no instrumento convocatório não advém do poder discricionário do administrador público, ela é justificada e deve ser orientada na realização do interesse público.

Intimamente ligado ao princípio da isonomia está o caráter competitivo da licitação pública. Via de regra, não pode ser estabelecido critérios que venham a frustrar esse traço inerente à licitação⁴. Tanto assim, que o art. 3º, §1º da Lei 8.666/93 anuncia que é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas que comprometam o caráter competitivo, bem como estabelecer tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras.

Contudo, impende salientar que a própria lei específica estabelece ressalvas, demonstrando a possibilidade de critérios distintivos. Com efeito, tem-se as exceções citadas nos incisos I e II do art. 3º, §1º estabelecidas na defesa dos interesses nacionais, ou de países pertencentes ao Mercosul, assim como a previsão do § 2º do art. 3º que aponta preferências, sucessivas, que devem ser obedecidas como critério de desempate. Em relação às microempresas, empresas de pequeno porte e cooperativas também são dispensadas um tratamento diferenciado em virtude das suas características constitutivas (LC 123/2006).

2.1.3 FINALIDADES DA LICITAÇÃO

O art. 3º da Lei nº 8.666/93 apresenta uma tripla finalidade para a licitação pública: “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 [...]”.

4 Na ADI 3.070-RN o Ministro Eros Grau decidiu ser inconstitucional a utilização para averiguação da proposta mais vantajosa os valores relativos aos impostos pagos ao ente federativo que realiza a licitação.

Mello (2012, p. 534) resume as finalidades atribuídas à licitação da seguinte forma:

proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isso), assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendem realizar com os particulares e concorrer para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Dessa forma, a lei vincula o administrador público à observância do interesse público concreto, da impessoalidade e da probidade administrativa quando da realização do processo licitatório. Ademais, a Lei nº 12.349/2010, resultado da conversão da Medida Provisória nº 495/2010, alterou a redação do art. 3º da Lei nº 8.666/93 e inclui como finalidade das licitações públicas a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

A inserção dessa terceira finalidade encontra fundamento em alguns comandos constitucionais, elencados na própria Exposição de Motivos da medida provisória. O primeiro deles é inciso II do art. 3º da Constituição Federal, que coloca como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil garantir o desenvolvimento nacional.

Não obstante, o desenvolvimento não pode se restringir apenas ao âmbito econômico. O desenvolvimento nacional incentivado pela Lei nº 12.349/2010 é aquele sustentável, em que se busca uma sadia qualidade de vida mediante a justa distribuição de renda, um meio ambiente equilibrado e o incremento de riquezas.

3. DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

Conforme se destacou a Lei nº 12.349/2010 veio para modificar o antigo ‘marco legal’ das licitações públicas no Brasil, passando a exigir para estas uma terceira e concomitante finalidade: a de promover o desenvolvimento nacional sustentável (FERREIRA, 2012, p.65).

Através das contratações públicas, o Estado tem o dever de fomentar condutas empresariais em conformidade com o desenvolvimento nacional

sustentável. A noção de desenvolvimento nacional perpassa pelo estímulo à economia local, para que haja uma evolução industrial, tecnológica e de valorização dos produtos nacionais em âmbito internacional. Logicamente que esse crescimento econômico deve ser voltado para a melhoria de vida da população brasileira, através da distribuição de riquezas, bem como redução dos impactos ambientais.

3.1 SUSTENTABILIDADE

Sustentabilidade, no sentido literal da palavra, significa suportar, apoiar, conservar. Com os avanços da humanidade, a expressão passou a ter ligação direta com a proteção dos recursos naturais. Neste contexto, desenvolvimento sustentável pode ser entendido como aquele fenômeno que ao tempo em que promove o crescimento, busca se manter por um longo espaço de tempo.

A sustentabilidade ganhou especial relevância quando a humanidade percebeu que o crescimento selvagem não iria levar ao avanço social, ao contrário, apenas iria criar novos problemas, além de acentuar os antigos já existentes. Percebeu-se que é preciso respeitar os limites impostos pelos ecossistemas naturais e repartir os frutos de maneira diferente. Foi nesse contexto que surgiu o conceito de “ecodesenvolvimento” que precedeu o mais conhecido “desenvolvimento sustentável”.

O ecodesenvolvimento aparece em foco pela primeira vez na Conferência de Estocolmo, em 1972. Nessa reunião, foi estabelecida a relação direta entre os problemas ambientais, o crescimento econômico desmedido e a pobreza. Posteriormente, Sachs (1993) difundiu o conceito, entendendo ser aquele capaz de promover um desenvolvimento endógeno, ou seja, partindo das suas próprias forças, e buscando harmonizar o desenvolvimento social e econômico com uma gestão consciente dos recursos naturais.

Já o desenvolvimento sustentável deriva do conceito de ecodesenvolvimento e teve como marco histórico o Relatório de Brundtland, fruto dos trabalhos realizados na Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente. Nesse momento, desenvolvimento sustentável era entendido como “o desenvolvimento que procura satisfazer as necessidades da geração atual sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades” (ONU, 1987).

Ao analisar tão conceito, Boff (2012) chama atenção de duas limitações, uma que diz respeito ao seu caráter antropocêntrico, já que apenas considera o ser humano, e outra porque se omite quanto aos outros seres vivos que dependem da biosfera e da sustentabilidade. Para Boff (2012) sustentabilidade deve ser entendida como

toda ação destinada a manter as condições energéticas, informacionais, físico-químicas que sustentam todos os seres, especialmente a Terra viva, a comunidade de vida e a vida humana, visando a sua continuidade e ainda a atender as necessidades da geração presente e das futuras de tal forma que o capital natural seja mantido e enriquecido em sua capacidade de regeneração, reprodução, e coevolução.

Complementando o conceito apresentando, Freitas (2011, p.51), entende que a sustentabilidade é princípio constitucional, já que a própria Constituição possui dispositivos que a protege e busca o seu fomento, tais como os art. 225 e art.170, VI. Ademais, afirma o autor que a sustentabilidade possui eficácia direta e imediata, pois não necessita de norma legal específica que a regulamente.

Destarte, a sustentabilidade, como valor superior, não pode ser utilizada pelo homem para atender aos seus interesses. É preciso adaptar a sustentabilidade ao sistema vigente no mundo atualmente, por ser esta a ferramenta disponível para alcançar o equilíbrio essencial à manutenção da vida no planeta.

3.2 DESENVOLVIMENTO NACIONAL

O art.3º da Magna Carta fixou, no inciso III, como objetivo da República Federativa do Brasil garantir o desenvolvimento nacional. A partir de uma leitura superficial e rápida poderia se confundir desenvolvimento com crescimento econômico, pura e simplesmente. Entretanto, o conceito de desenvolvimento não é apenas econômico, como muito bem diferencia Grau (2013, p.213), o desenvolvimento representa o qualitativo, enquanto que o crescimento econômico representa o quantitativo. O autor ressalta que o processo de desenvolvimento deve ser direcionado a uma evolução da

estrutura social, acompanhado, logicamente, do nível econômico e cultural.

A erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, ao lado do desenvolvimento nacional, enquanto objetivos da República Federativa do Brasil, representam princípios da ordem econômica, até mesmo o fim a que ela se presta. Dessa forma, não restam dúvidas de que o desenvolvimento tratado no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 é aquele nacional e sustentável.

Ferreira (2012) aponta que o crescimento econômico pode ser aquele selvagem, degradante do ponto de vista ambiental e injusto do ponto de vista social; aquele benigno do ponto de vista ambiental, mas socialmente iníquo; o socialmente benigno, mas degradante do ponto de vista ambiental; e, finalmente, aquele que é socialmente justo e benigno ambientalmente.

O crescimento econômico socialmente benigno promove igualdade de condições e oportunidades para os indivíduos que compõem determinada sociedade, de modo a gerar emprego e renda, reduzindo a marginalização, o desemprego e, conseqüentemente, as desigualdades sociais. Por outro lado, ele precisa observar os limites impostos pelo ecossistema, protegendo o patrimônio ambiental para as futuras gerações.

Da análise da Lei 12.349/2010 que alterou a Lei 8.666/93, verifica-se uma busca pelo incentivo ao desenvolvimento do mercado interno do País. Nesta senta, foram estabelecidas margens de preferência a produtos e serviços manufaturados nacionais de até 25% sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros. Segundo o §6º, a margem de preferência deve ser estabelecida em observância a geração de emprego e renda, desenvolvimento e inovação tecnológica realizada no País, entre outros fatores.

Seguindo a ordem constitucional, portanto, o desenvolvimento que se pretende alcançar é aquele nacional, que fomenta o crescimento econômico local. Assim, cabe ao Poder Público criar mecanismos e políticas de incentivo ao desenvolvimento de tecnologia local e de preferência aos produtos nacionais. As contratações sustentáveis surgem, justamente, a partir dessa tendência, para através do poder de compra estatal gerar o desenvolvimento nacional sustentável e, por conseguinte, o bem estar de todos.

3.3 DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

Por possuir especial relevância na contemporaneidade, a dimensão ambiental da sustentabilidade merece uma análise pormenorizada para se alcançar a devida compreensão do desenvolvimento nacional sustentável.

A necessidade de elevação do meio ambiente ecologicamente equilibrado ao *status* de direito fundamental adveio do reconhecimento, pela sociedade, da importância da proteção ambiental à sobrevivência humana. A crise ambiental, efetivamente, se mostrou uma séria ameaça não só a sobrevivência dos seres, como a sua sadia qualidade de vida.

O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está enquadrado nos direitos de terceira geração. Os direitos de terceira geração caracterizam-se justamente por sua transindividualidade, rompendo com a ideia tradicional de necessária individualização do titular do direito. Sendo assim, Canotilho (2010, p. 123) preleciona que o direito ao meio ambiente é “direito de exercício coletivo, mas também individual, não se perdendo a característica unitária do bem jurídico ambiental – cuja titularidade reside na comunidade (“todos”) – ao reconhecer-se um direito subjetivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. Portanto, os direitos de terceira geração somente poderão ser concretizados com a participação de todos os setores da sociedade (público e privado).

No aspecto jurisprudencial, Canotilho (2010) ressalta a importante decisão que se tornou paradigma no tema, do Ministro Celso de Melo. No MS 22.164/SP o STF reconheceu pela primeira vez as características essenciais do bem ambiental: “a) a repartição de responsabilidades no exercício desses deveres; b) a relação estabelecida entre a sua concretização e os deveres atribuídos aos Poderes Públicos e à coletividade; e, sobretudo, c) a titularidade compartilhada de interesses sobre o bem, que alcançam inclusive as futuras gerações” (CANOTILHO, 2010, p. 411).

Nessa ocasião, o STF reconheceu que definir o meio ambiente como direito fundamental representava a necessidade de proteger valores e objetivos, associado a um princípio de solidariedade. E, ainda, houve “expresso reconhecimento de que o direito fundamental ao meio ambiente não encerra apenas uma perspectiva de pretensões, mas materializa, também, a proteção

de valores indisponíveis e, sobretudo, de poderes de titularidade coletiva, atribuídos a toda a sociedade” (CANOTILHO, 2010, p. 411).

A previsão constitucional não veio apenas para assegurar um direito de todos, mas, também, para atribuir deveres aos titulares desse direito. Ademais, a ordem constitucional e o próprio posicionamento do STF evidenciam que o meio ambiente não é patrimônio público porque pertence ao Poder Público, mas sim porque a sua proteção interessa a toda coletividade. Isso fica ainda mais claro quando a Constituição Federal diz, no *caput* do art. 225, que o meio ambiente é bem de uso comum do povo. Ou seja, por ele ser um bem de interesse público, ele se submete ao regime de Direito Público. Proteger o meio ambiente, portanto, é dever do Poder Público, mas, também, de toda a sociedade.

4. LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS

Não poderia o Estado se manter inerte, como mero observador dos problemas ambientais e sociais vividos em todo o planeta. Com efeito, o Poder Público deve agir em duas frentes, uma legislativa através de uma legislação eficaz que incentive um desenvolvimento sustentável, conjuntamente com a criação de políticas públicas, meio pelo qual será concretizada a proteção ambiental e cultural, a distribuição dos recursos econômicos e o bem estar de toda a população.

Nesse contexto, a Administração Pública assume um papel importante quando se trata de desenvolvimento sustentável, fomentando a mudança de comportamento e de investimento da iniciativa privada, através do seu grande poder de compra⁵. Nesse sentido, Justen Filho (2011) ressalta que o Estado, através da configuração adotada nas suas contratações, orienta e delinea a estrutura e o funcionamento da iniciativa privada. Essa é, sem dúvidas, um mecanismo de intervenção estatal no domínio econômico.

5 As estatísticas do Governo Federal apontam que, entre janeiro e dezembro de 2013, as compras governamentais movimentaram R\$ 68,4 bilhões na aquisição de bens e serviços por meio de 223,2 mil processos, levando-se em consideração todas as modalidades de contratação. Quanto às compras sustentáveis, nos doze meses de 2013, movimentaram R\$ 40,4 milhões na aquisição de bens, por meio de 1.457 processos. Essas contratações representaram 0,06% do total das compras públicas. Em relação ao mesmo período de 2012, as aquisições sustentáveis sofreram um aumento de 1%.

Sendo assim, observando a necessidade de mudança da realidade e do comportamento, andou bem o legislador ao editar a Lei nº 12.349/2010 que alterou o art. 3º da Lei nº 8.666/93, inserindo a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como objetivo da licitação.

4.1 CONTRATAÇÕES PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS

As contratações sustentáveis são aquelas pautadas em critérios ambientais, sociais e econômicos na sua formação. Trata-se de um fim a que a contratação administrativa se destina, portanto, a observação de tais critérios permeia a fase pré e pós-contratual.

Nesse contexto, a licitação é um processo anterior ao contrato, no qual se busca a proposta mais vantajosa para a Administração, entre outras finalidades, e tende a culminar em uma contratação. Entretanto, existem outras formas da Administração Pública firmar contratos administrativos e, em todos esses casos, ela deve se pautar em critérios sustentáveis.

As contratações consideradas sustentáveis, portanto, nos dizeres de Justen Filho (2011), “foi concebida como um instrumento interventivo estatal para produzir resultados mais amplos do que o simples aprovisionamento de bens e serviços necessários à satisfação das necessidades dos entes estatais”. Sendo assim, trata-se de um meio hábil a reduzir os impactos ao meio ambiente, produzir o avanço social e reduzir as desigualdades, além de promover o crescimento do mercado nacional.

4.1.1 A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Apesar das inegáveis diferenças entre o regime de direito privado e o regime de direito público, mostra-se evidente que os contratos administrativos estão sujeitos a algumas normas que compõem a teoria geral dos contratos. Com efeito, as contratações públicas podem se materializar como coletivamente útil. Essa função social não está apenas na satisfação da necessidade direta e imediata decorrente da execução do objeto do contrato (FERREIRA, 2010, p.1), podendo mirar outros objetivos indiretos e mediatos, realizando valores de abrangência coletiva.

A função social da licitação pública apresenta-se sempre que possível e cumulativamente, como um **instrumento** para a concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, bem como dos demais valores, anseios e direitos nela encartados, sem prejuízo de outros, assim reconhecidos por lei ou até mesmo por uma política de governo. (FERREIRA, 2010, p.1)

O exercício da função administrativa deve ser guiado pelos objetivos elencados no art. 3º da Constituição Federal. Dessa forma, cabe aos gestores públicos agirem de modo a garantir o desenvolvimento nacional, reconhecer a defesa do meio ambiente e reduzir a marginalização e a discriminação entre pessoas e regiões do país. Esses princípios da ordem econômica devem nortear a produção e o consumo de bens e serviços.

É preciso, entretanto, evidenciar a consequência da não observância aos ditames da função social da licitação pública. A esse respeito, Ferreira (2010, p.3) leciona que “a eventual desconsideração da ‘função social’ da licitação, apenas com lastro nos comandos constitucionais, não importaria em sua nulidade, *porém apenas na responsabilização disciplinar do agente público* – por negligência ou mesmo por ignorância inescusável”.

Nesse sentido, importante ressaltar, que todas as conclusões apresentadas em relação às licitações públicas se aplicam aos contratos administrativos em geral, mesmo aqueles que não são precedidos de licitação. Isso porque o meio hábil a efetivar os benefícios coletivos é o instrumento contratual. Observando tal realidade, Ferreira e Maciel Filho são categóricos ao afirmarem a necessidade de funcionalização da licitação pública e dos contratos administrativos, objetivando a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

4.2 LICITAÇÃO SUSTENTÁVEL

Licitações sustentáveis são aquelas em que são inseridos critérios ambientais, sociais e econômicos quando das aquisições de bens e contratações de serviços e obras, tendo como escopo a promoção do desenvolvimento social e econômico do país, da maneira menos invasiva possível ao meio ambiente, obtendo um equilíbrio capaz de garantir a sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

A licitação sustentável é justamente aquela orientada para a busca da proposta mais vantajosa sob o prisma do desenvolvimento nacional sustentável. Sendo assim, a partir do novo panorama legislativo e comportamental, a análise da vantajosidade das propostas apresentadas nas licitações passa a ter novos contornos.

Nos dizeres de Biderman (2008):

a licitação sustentável é uma solução para integrar considerações ambientais e sociais em todos os estágios do processo da compra e contratação dos agentes públicos (de governo) com o objetivo de reduzir impactos à saúde humana, ao meio ambiente e aos direitos humanos. A licitação sustentável permite o atendimento das necessidades específicas dos consumidores finais por meio da compra do produto que oferece o maior número de benefícios para o ambiente e a sociedade.

Sendo assim, a licitação sustentável é aquela que exerce uma influência social latente, buscando a proposta que promova o desenvolvimento econômico com vistas a reduzir as desigualdades regionais e sociais, afetando minimamente o meio ambiente. A licitação sustentável, portanto, é aquela que busca atender aos objetivos constitucionalmente traçados.

4.3 SUSTENTABILIDADE E AS FALÁCIAS ARGUMENTATIVAS

A inclusão do desenvolvimento nacional sustentável no âmbito das licitações e contratações públicas representa a própria função social destas, trazendo, portanto, benefícios de ordem coletiva. Entretanto, os posicionamentos não são unânimes em reconhecer a observância obrigatória a tal princípio. Os argumentos suscitados têm como base as próprias finalidades da licitação e da contratação, que teoricamente seriam incompatíveis com as exigências do critério sustentável.

Passaremos a analisar os argumentos levantados, com a ressalva de que a crítica de suposta afronta ao princípio da competitividade e da isonomia, por ser o objeto central deste estudo, será tratado no capítulo que se segue.

4.3.1 ECONOMICIDADE

O Estado, apesar de necessitar de bens e serviços para implementar as suas atividades e investimentos, dispõe de recursos limitados. Sendo assim, a gestão dos recursos financeiros, pelo Poder Público, perpassa por uma análise da economicidade.

Nos dizeres de Justen Filho (2011), a economicidade é

o resultado da comparação entre encargos assumidos pelo Estado e direitos a ele atribuídos, em virtude da contratação administrativa. Quanto mais desproporcional em favor do Estado o resultado dessa relação, tanto melhor atendido estará o princípio da economicidade. A economicidade exige que o Estado desembolse o mínimo e obtenha o máximo e o melhor. Em princípio, a economicidade se retrata no menor preço pago pelo Estado ou no maior lance por ele recebido, conforme a natureza da contratação.

Dessa forma, a economicidade perpassa por uma análise da atividade administrativa sob o prisma econômico. Trata-se, portanto, nos dizeres de Justen Filho (2014) da eficiência gerencial que recai sobre o agente público, já que considerando a escassez dos recursos públicos é preciso que a utilização destes produza os melhores resultados econômicos.

Não há qualquer dúvida de que a economia no investimento de uma determinada contratação acaba por criar condições de desenvolver outras atividades de responsabilidade do Poder Público. Sendo assim, a observância à economicidade gera benefícios para a Administração Pública e para os administrados. Entretanto, em algumas situações, a economicidade é limitada por outros valores igualmente importantes dentro do contexto social. É nesse ponto que ganha relevância as contratações sustentáveis.

A inserção de critérios sustentáveis nas contratações públicas tem como finalidade a efetivação do bem estar dos cidadãos, o desenvolvimento de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e um crescimento econômico responsável. As dimensões da sustentabilidade, portanto, se voltam à proteção da sadia qualidade de vida dos indivíduos. Em razão disto, a economicidade é mitigada em alguns casos, para que seja possível favorecer critérios que trazem mais benefícios para os indivíduos.

Válido ressaltar que, muitas vezes, a inserção de critérios sustentáveis nas contratações públicas traz maiores vantagens econômicas, coadunando com a economicidade. São os casos de produtos que, apesar de se apresentarem um pouco mais onerosos para o Poder Público, acabam por reduzir custos quando da sua utilização. A utilização de fontes alternativas de energia é um exemplo clássico dessa situação.

A vantagem econômica não é apurada tão somente pelo valor investido inicialmente no produto, mas sim as vantagens e desvantagens que aquele produto vai gerar no decorrer da sua vida útil. O custo deve ser analisado, portanto, a longo prazo, considerando as influências diretas e indiretas, bem como os benefícios ambientais, sociais e econômicos, na busca por um desenvolvimento sustentável.

4.3.2 VANTAJOSIDADE

Uma das finalidades das licitações públicas, prevista no art. 3º da Lei nº 8.666/93, é obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Segundo Justen Filho (2014, p. 497) “a maior vantagem se apresenta quando a Administração Pública assume o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação”.

Justen Filho (2014, p. 497) afirma que a vantagem buscada pela Administração Pública gira em torno da conjugação dos aspectos da qualidade e da onerosidade. Ou seja, o que a Administração Pública persegue é a maior qualidade do produto ou serviço prestado, com a menor contraprestação, trazendo um resultado positivo economicamente.

A vantajosidade se diferencia da economicidade na medida em que não está ligada somente à questão financeira. Existe aqui uma busca pela conjugação da maior qualidade do produto ou serviço e o benefício econômico. Nesse sentido, não basta que a contratação seja pouco onerosa para o Poder Público se esta não atender a sua finalidade precípua. É imprescindível, portanto, que a proposta atenda à necessidade que motivou aquela contratação, em observância ao interesse da coletividade, e, ao mesmo tempo, onere o mínimo possível o Poder Público.

O argumento de que a licitação sustentável é incompatível com a busca pela vantajosidade é fundado na suposta elevação dos custos para os cofres públicos. Isso porque nem sempre haverá compatibilidade entre a proposta menos onerosa e aquela que atende à promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Entretanto, diante da importância dos pilares da sustentabilidade, é possível que seja afastada a vantajosidade econômica, para que seja protegida a vida digna dos indivíduos. Assim, não há uma incompatibilidade entre a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e a vantajosidade, pois esta possui diversas facetas, que ultrapassam a mera análise de menor preço. Nesse ponto, o aumento de preço em determinado produto pode levar, por outro lado, a uma redução dos danos ambientais, sociais e, até mesmo, econômicos.

4.4 O EQUÍVOCO CONCEITUAL

A alteração introduzida pela Lei nº 12.349/2010 no art. 3º da Lei nº 8.666/93 incorreu em equívoco conceitual, já que introduziu a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como finalidade das licitações públicas, quando, na verdade, este é um fim a ser alcançado através das contratações públicas.

A partir de uma leitura teleológica do dispositivo resta evidente que o legislador confundiu as finalidades da licitação e as finalidades da contratação, que são coisas bastante distintas. Justen Filho (2011) atento a tal confusão conceitual explica muito bem tal diferença:

A licitação é um mero procedimento seletivo de propostas – esse procedimento não é hábil a promover ou a deixar de promover o desenvolvimento nacional. O que o legislador pretendia era determinar que a contratação pública fosse concebida como um instrumento interventivo estatal para produzir resultados mais amplos do que o simples aprovisionamento de bens e serviços necessários à satisfação das necessidades dos entes estatais.

Destarte, é preciso compreender que as novas finalidades trazidas pela mencionada lei são implementadas através dos contratos administrativos.

Dessa forma, a observância à promoção do desenvolvimento nacional sustentável vai além das licitações, abarcando todas as formas de contratar da Administração Pública, sempre que possível e cabível, em observância aos princípios que compõem o sistema jurídico.

5 UMA ANÁLISE DAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS À LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

A isonomia é princípio que rege a ordem jurídica instituída pela Constituição Federal e garante tratamento igualitário a todos os cidadãos, inviabilizando diferenciações arbitrárias. A análise das contratações sustentáveis à luz do princípio da isonomia perpassa pela análise da suposta violação a tal princípio quando da inserção de critérios sustentáveis nas licitações e contratações públicas.

Dessa forma, o princípio da isonomia será analisado, principalmente, a partir da ótica do Direito Administrativo para que seja possível chegar a uma conclusão sobre a relação entre as licitações e contratações sustentáveis e tal princípio.

5.1 A IGUALDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal, no caput do art. 5º, afirma que todos são iguais perante a lei. É nesse dispositivo que originariamente está previsto o princípio da isonomia. Mello (2009, p. 9) preceitua que “o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia”. Sendo assim, tanto o legislador quanto o aplicador da lei devem observância a tal princípio.

Segundo Justen Filho (2014, p. 204) a igualdade se enquadra no rol da garantias fundamentais.

isso deriva da afirmação de um compromisso da atividade administrativa com a promoção da dignidade humana, por via inclusive do tratamento isonômico. A isonomia é um direito fundamental, na acepção de que a identidade do sujeito e a realização integral de sua personalidade

pressupõem ações e omissões estatais proporcionadas às circunstâncias de cada qual.

Impende pontuar que não existe pretensão de se promover a igualação absoluta entre os sujeitos. Quando se reconhece a dignidade humana o que se busca é reconhecer as diferenças e respeitá-las. A isonomia jurídica consiste justamente em realizar projetos individuais e coletivos de forma equivalente, o que significa garantir possibilidades a um indivíduo ou um grupo que não são desejáveis para outros (JUSTEN FILHO, 2014, p. 204).

Dentre os direitos fundamentais, a cláusula da isonomia ganha especial relevância já que “a *igualdade* constitui o signo fundamental da democracia” (SILVA, 2011, p. 211). Corroborando, Bonavides (2013, p. 388) apresenta o princípio da igualdade como o pilar do Estado social e de todos os direitos que formam sua ordem jurídica. Sendo assim, este compõe a própria concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo. Por tudo isso, o autor caracteriza a igualdade como “o direito-chave, o direito-guardião do Estado social”.

Assim, resta demonstrado a relevância que o princípio da isonomia assume na ordem jurídica instituída pela Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, é atribuída ao Estado a responsabilidade de produzir uma igualdade fática.

5.2 CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O conteúdo jurídico do princípio da igualdade foi objeto de análise de Celso Antônio Bandeira de Mello em obra específica. O supramencionado autor se dedica a estabelecer algumas premissas de orientação capazes de auxiliar no reconhecimento das diferenciações que estariam autorizadas sem que houvesse a quebra da isonomia.

O primeiro critério diz respeito ao elemento tomado como fator de desigualação; o segundo se refere à correlação lógica abstrata existente entre o fator de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico díspar; a terceira trata-se da consonância entre aquela correlação lógica analisada no segundo critério e os interesses erigidos pelo sistema constitucional e judicializados (MELLO, 2009, p. 21).

Não basta reconhecer a compatibilidade de uma regra de direito com o princípio da igualdade quanto a um aspecto apenas, terá que ser com relação aos demais também. Entretanto, a ofensa a qualquer um dos requisitos já é suficiente para desqualificar a regra.

No que toca ao primeiro critério – fator de discriminação – há dois requisitos a serem observados. O primeiro diz que a lei não pode eleger como critério de diferenciação um traço específico capaz de individualizar atual e definitivamente um sujeito alvo do regime diferenciado; já o segundo alerta de que o traço diferencial adotado deve residir na pessoa, coisa ou situação a que é alvo, não podendo um elemento externo a elas servir como base para sujeição ao regime peculiar (MELLO, 2009, p. 23).

Em relação ao segundo aspecto, a correlação lógica entre o fator elegido como critério de *discrimen* e a discriminação legal é o ponto nodular da análise da regra em face do princípio da isonomia. Mello (2009, p. 38) é muito claro ao esclarecer “tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada”.

Nesse ponto, apesar das diferentes expressões da dogmática do princípio da igualdade, é unânime o entendimento de que “as diferenciações ou tratamentos desiguais estão autorizados se puderem ser justificados racional e objetivamente.” (STEINMETZ, 2004, p. 238).

Na visão de Celso Antônio ainda é necessário que ligação entre o fator de *discrimen* e a distinção de regime jurídico em razão dele tenha pertinência com os valores protegidos pelo sistema constitucional, ou seja, fundado em uma razão concreta que realize o interesse público. Sendo assim, “não é qualquer diferença, conquanto real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais.” (MELLO, 2009, p. 42). É preciso, portanto, que tal vínculo seja constitucionalmente pertinente.

Ao final de toda exposição, Mello (2009, p. 47-48) conclui que há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando: I – a norma individualiza, no presente e definitivamente, um destinatário específico, ao invés de abranger uma categoria de pessoas ou uma pessoa futura e indeterminada; II – a norma adota como critério diferenciador elemento não residente nos

fatos, situações ou pessoas alvo da discriminação; III – quando a norma não estabelece correlação racional em abstrato entre o fator de *discrimen* adotado e o regime diferenciado correspondente; IV – quando a norma estabelece um *discrimen* que produz efeito contraposto ou dissonante com os interesses prestigiados constitucionalmente; V – quando da interpretação da norma é possível extrair distinções que não foram difundidas de forma clara por ela, ainda que por via implícita (MELLO, 2009, p. 47-48).

Dessa forma, é possível perceber que as diferenças são reconhecidas pela ordem jurídica, mas para que estas se compatibilizem com a isonomia é preciso que seja observada uma correlação lógica e racional e, ainda, para Celso Antônio, a própria ordem instituída pela Constituição Federal.

5.3 A PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

As mudanças na legislação referente às licitações e contratações públicas foram fruto de uma nova conjuntura que transformou os paradigmas que dirigiam as compras públicas. Os critérios de vantajosidade meramente econômica e maior competitividade a qualquer custo passaram a ser insuficientes para efetivar os direitos garantidos constitucionalmente aos cidadãos brasileiros.

Antes das alterações promovidas pela Lei nº 12.349/2010 havia dúvidas acerca da inclusão de cláusulas com critérios sustentáveis no edital do certame. Um dos argumentos utilizados para refutar as licitações sustentáveis era de que o número de licitantes hábeis a participar da disputa seria reduzido, em virtude dos critérios sustentáveis, o que comprometeria o caráter competitivo da licitação. Tendo em vista que a competitividade está intimamente relacionada com o princípio da isonomia, tal comprometimento implicaria na violação ao princípio da isonomia.

Contudo, os argumentos ora suscitados correspondem a uma grande falácia. Em verdade, a alteração legislativa acarretou na mudança de paradigma no que tange diretamente no modo de aplicar a isonomia e na análise da vantajosidade das propostas.

5.3.1 MUDANÇA DE PARADIGMA A PARTIR DA LEI 12.349/2010

A Lei nº 12.349/2010 concretizou, no ordenamento jurídico brasileiro, novas formas de compreender os diversos institutos relativos às licitações e contratações públicas.

Em primeiro lugar, a licitação passou a não ser orientada pelo critério da vantajosidade meramente econômica, havendo uma qualificação da vantajosidade. Sendo assim, não basta que a proposta apresente o menor preço se o objeto não atende ao interesse da coletividade. Ou seja, é preciso que haja benefício econômico para a Administração Pública, mas, combinado a isso, deve ser observado a eficiência daquela contratação em vista da concretização dos objetivos traçados constitucionalmente. É justamente nesse ponto que os critérios sustentáveis ganham relevância já que representam a vantajosidade ambiental, social e econômica.

Quanto ao aspecto da competitividade, o que deve ser traçado como objetivo do poder público não é reduzir o número de licitantes aptos a participar do certame, mas sim, fomentar que as empresas adequem a sua atividade à sustentabilidade, visando firmar contratos com a Administração Pública. Por isso, o Poder Público deve procurar formas de interagir com a sociedade para que haja divulgação das novas finalidades das licitações e contratações públicas e como elas pretendem ser implementadas.

Outra decorrência da edição da Lei nº 12.349/2010 é o modo de aplicar o princípio da isonomia. Seria possível argumentar que quando se admite a estipulação de preferências em favor de bens e serviços que atendam à promoção do desenvolvimento nacional sustentável estaria sendo violado tal princípio. Justen Filho (2014) assevera, entretanto, que não se trata de preferências arbitrárias e tampouco dizem respeito a nacionalidade do licitante, mas sim à produção do bem ou serviço em território brasileiro. Trata-se, em verdade, de uma “preferência de cunho impessoal, relacionada aos objetivos fundamentais da Nação” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 505).

Sendo assim, o que se percebe é que os antigos paradigmas pré-fixados em torno das licitações públicas foram reformulados com as alterações promovidas pela Lei nº 12.349/2010, ganhando nova valoração e nova interpretação, agora adequadas às necessidades mundiais e aos comandos constitucionais.

5.3.2 A NECESSIDADE DE TRAÇAR CRITÉRIOS OBJETIVOS NO ATO CONVOCATÓRIO

O ato convocatório da licitação disciplina o procedimento licitatório, inclusive fixando as condições de participação dos interessados e os critérios de julgamento, bem como define o objeto da licitação e as cláusulas do futuro contrato (JUSTEN FILHO, 2014, p. 511).

Ao estabelecer as limitações e exigências no ato convocatório deverá ser observado o princípio da proporcionalidade, para que haja pertinência entre os critérios estabelecidos e o interesse público a ser alcançado. A partir do momento que a Administração Pública estabelece limitações excessivas e inúteis ela está impedindo a participação de alguns interessados e, portanto, reduzindo a competitividade injustificadamente.

Ademais, é preciso que no ato convocatório esteja delimitado de forma explícita o objeto da licitação, bem como as condições de participação dos interessados, a fim de que seja observado o princípio da isonomia.

a) Quanto ao objeto

No que diz respeito ao objeto, a Administração Pública deve definir de forma pormenorizada o que ela pretende adquirir com aquele processo licitatório, ainda na fase interna. A Lei nº 8.666/93 nos arts. 14 e 38, caput e 40, inciso I dispõem, igualmente, que o objeto da licitação deve ser caracterizado adequadamente e indicado de forma sucinta e clara.

O objeto especificado de forma clara e objetiva evita incertezas quanto à sua ideal formatação. Com isso é possível que o licitante atenda fielmente ao desejo do Poder Público e, ao mesmo tempo, evita questionamentos posteriores acerca da licitude da licitação. Tais especificações não poderão estabelecer discriminação negativa ou restrição indevida. Sendo assim, se for possível efetivar a sustentabilidade através do objeto da licitação este deverá ser minuciosamente descrito já no ato convocatório.

b) Quanto ao licitante

Podem ser estabelecidas, pela Administração Pública, exigências relacionadas aos participantes do processo licitatório. Justen Filho (2014, p. 512) aponta alguns itens que o edital deverá definir quanto às condições de participação dos interessados, dentre eles estão os requisitos de habilitação e outras exigências indispensáveis à participação, impedimentos à participação, a forma de apresentação dos documentos e das propostas, etc.

As exigências relativas aos critérios sustentáveis podem se apresentar de diversas maneiras, restringindo a participação de licitantes. Entretanto, é preciso que elas sejam veiculadas no edital de forma objetiva, ou seja, é preciso que existam critérios objetivos para apurar tais cobranças.

Dessa forma, resta evidente que o ato convocatório é o instrumento que a Administração Pública deverá utilizar para evidenciar o que será exigido dos licitantes e, ao mesmo tempo, demonstrar a pertinência de tais exigências. O atendimento a esse comando legal afasta o argumento de violação ao princípio da isonomia.

5.3.3 A IMPORTÂNCIA DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

A introdução de critérios sustentáveis nas licitações e contratações públicas representou, sem sombra de dúvidas, uma mudança de paradigma. As contratações públicas passaram a ser meio indutor de padrões sustentáveis de consumo e produção. Entretanto, o mercado de consumo não está preparado para atender a esta nova demanda de produtos e serviços. Ignorar esse déficit é prejudicial tanto para o Poder Público que terá uma gama restrita de fornecedores, quanto para as empresas que não poderão contratar com a Administração. Por isso, além de introduzir paulatinamente os critérios sustentáveis nas suas contratações, cabe à Administração Pública se utilizar de meios democráticos para debater o tema com a sociedade.

A Lei nº 8.666/93 prevê em alguns dispositivos a participação popular, mas o seu ápice se encontra no art. 39, onde se determina a necessidade de realização de audiência pública para licitações de grande vulto. A audiência pública é um meio eficiente de democratização da gestão do

bem público, ou seja, é uma forma de fazer com que o cidadão se informe sobre aquilo que pretende a Administração Pública, ao mesmo tempo em que participa de um debate para se construir a decisão final.

Sendo assim, esse seria um instrumento eficaz de difundir as práticas sustentáveis no meio empresarial e debater as carências da população para que essas contratações sirvam efetivamente para realizar o interesse público. Esse é o momento, portanto, de informar o motivo da contratação, de forma fundamentada; de justificar a escolha de determinada técnica; de apresentar a congruência entre as exigências sustentáveis e o objetivo da contratação, etc.

Dessa forma, a audiência pública pode ser muito importante nas licitações e contratações públicas mesmo nos casos em que a lei não prevê expressamente, tendo em vista o seu papel de estreitar a relação entre a Administração Pública e os administrados, com vistas a efetivar o bem comum. No mesmo sentido, tal prática fortalece o atendimento ao princípio da isonomia, pois reduz as possibilidades de obtenção de informações privilegiadas sobre o certame e oferece informações no mesmo nível a todos os interessados em contratar.

6. CONCLUSÃO

A partir de uma análise superficial sobre as licitações e contratações públicas sustentáveis seria possível questionar acerca da incompatibilidade entre estas e o princípio da isonomia. Isso porque, como já se sabe, a inserção de critérios sustentáveis nas licitações e contratações públicas, na prática, reduz o quantitativo de opções para a Administração Pública e, portanto, a competitividade.

Em vista da relevância que o princípio da isonomia possui no ordenamento jurídico pátrio e, em especial, no âmbito nas licitações e contratações públicas é preciso cautela na análise do caso concreto. Trata-se, nesse ponto, de interesses de grande valor, de um lado o princípio da isonomia e de outro os direitos fundamentais das atuais e futuras gerações.

A definição objetiva, no ato convocatório da licitação, do objeto e das condições para participação do licitante e a realização de audiência pública antes da licitação são maneiras de tornar o processo transparente, buscando oferecer igualdade de condições a todos os interessados em contratar com a

Administração Pública. O Poder Público não pode se omitir em relação ao novo contexto mundial, em que se torna essencial adotar práticas sustentáveis, isso porque não faz parte do seu poder discricionário, trata-se de comando constitucional. A compatibilização, nesse ponto, advém da proporcionalidade e da análise racional entre as exigências impostas e a isonomia.

A proporcionalidade e razoabilidade, nesse ponto, ganha especial relevância, pois não se está a defender com essa tese uma ditadura verde a qualquer preço. Ou seja, a adoção de critérios sustentáveis não justifica o sacrifício de outros valores constitucionalmente garantidos e de observância igualmente obrigatória. É preciso sopesar valores e aplicar aquilo que seja menos prejudicial para a coletividade.

Sendo assim, é possível afirmar que abstratamente as licitações e contratações públicas sustentáveis não violam o princípio da isonomia. Ou seja, não é possível que, de forma genérica, a incompatibilidade com o princípio da isonomia seja utilizada como argumento para refutar as licitações e contratações públicas sustentáveis. Isso porque o princípio da igualdade consagra tratamento distinto para os desiguais, sempre que exista uma ligação lógica entre o *discrimen* e a diferença de tratamento, pautada na concretização de objetivos constitucionais.

Por outro lado, não é absoluta a compatibilidade, ou seja, sempre que a licitação ou contratação for sustentável não haverá violação ao princípio da isonomia. Tal afirmativa não é verdadeira, pois as licitações e contratações públicas sustentáveis, assim como outra qualquer, podem infringir determinações legais e constitucionais e, portanto, serem nulas. Sendo assim, é possível que haja exigências desarrazoadas de critérios ambientais e, portanto, violação ao princípio da isonomia. Entretanto, tal violação deve ser constatada no caso concreto, mediante contraditório, ampla defesa e a devida produção de provas acerca do tratamento diferenciado.

REFERÊNCIAS

BIDERMAN, Rachel *et al.* **Guia de compras públicas sustentáveis: uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.** Disponível em: <<http://www.gvces.com.br/arquivos/36/Guia-de-compras-publicas-sustentaveis.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2014

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: tentativa de definição**. Disponível em: <<http://leonardoboff.wordpress.com/2012/01/15/sustentabilidade-tentativa-de-definicao/>>. Acesso em: 28 jun. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei nº 12.349 de 15 de dezembro de 2010**. Altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1o do art. 2o da Lei no 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Brasília, DF: Senado Federal, 2010.

_____. **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1993.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **MS nº 22.164/SP**. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 30 out. 1995. Publicado no DJ, 17 nov. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3.070/RN**. Relator Min. Eros Grau. Julgado em: 29 nov. 2007. Publicado no DJ, 19 dez. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=502946>>. Acesso em: 10 maio 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

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

FERREIRA, Daniel; MACIEL FILHO, Fernando Paulo da Silva. **A funcionalização das licitações e dos contratos administrativos com vistas à promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0cbcd40c0d920b94>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

_____. Função Social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável (no e do Brasil, antes e depois da MP 495/2010). **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Belo Horizonte, ano 9, n. 107, nov. 2010.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição Federal de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desenvolvimento nacional sustentado: contratações administrativas e o regime introduzido pela Lei nº 12.349/2010**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 50, abril 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=50&artigo=1077&d=pt>>. Acesso em: 12 ago. 2014.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente.** São Paulo: Nobel/Fundap, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** v.3. São Paulo: Malheiros, 2004.