

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SUSTENTABILIDADE II

ELCIO NACUR REZENDE

MARIA CLAUDIA DA SILVA ANTUNES DE SOUZA

JERÔNIMO SIQUEIRA TYBUSCH

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito e sustentabilidade II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Elcio Nacur Rezende; Jerônimo Siqueira Tybusch; Maria Claudia da Silva Antunes De Souza – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-417-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Sustentabilidade. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SUSTENTABILIDADE II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho e Pesquisa (GT) denominado “Direito e Sustentabilidade II,” do IV Encontro Virtual do CONPEDI , realizado por web conferencia, com enfoque na temática “CONSTITUCIONALISMO, DESENVOLVIMENTO, SUSTENTABILIDADE E SMART CITIES”, o evento foi realizado entre os dias 09 a 13 de novembro de 2021.

Trata-se de publicação que reúne 20 (vinte) artigos que guardam o rigor da pesquisa e o cuidado nas análises, que tiveram como objeto de estudos balizados por referencial teórico da mais alta qualidade e realizadas por pesquisadores comprometidos e envolvidos com a busca da efetividade dos direitos socioambientais. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do Brasil, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes. Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões jurídicas relevantes na sociedade contemporânea.

A produção intelectual, que ora apresentamos, certamente servirá de instrumento para futuras reflexões e quiçá para o efetivo avanço na tutela do meio ambiente, tão primordial para a satisfação das necessidades das presentes e futuras gerações.

Boa leitura!

Prof^a. Dr^a. Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza

Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI/ SC

Prof. Dr. Elcio Nacur Rezende

Escola Superior Dom Helder Câmara

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch

Universidade Federal de Santa Maria

**O MICROSSISTEMA LEGISLATIVO DE COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS
E O POTENCIAL DE UTILIZAÇÃO DOS CERTIFICADOS E SELOS
AMBIENTAIS NAS LICITAÇÕES**

**THE LEGISLATIVE MICROSYSTEM OF SUSTAINABLE PUBLIC PURCHASES
AND THE POTENTIAL FOR USING ENVIRONMENTAL CERTIFICATES AND
SEALS IN BIDDINGS**

**Fabricio Vasconcelos de Oliveira
Patrick Bezerra Mesquita**

Resumo

O presente trabalho parte da premissa que, diante da emergência de promover cultura de sustentabilidade ambiental, o critério de preço é insuficiente para garantir as melhores contratações ao poder público, em especial na compra de bens com substancial impacto ambiental, ou em negócios que grassam assimetria de informações ou outras falhas de mercado. Se vislumbra verdadeiro microssistema de licitações sustentáveis que torna mandatório que o poder público se utilize de marcadores ambientais na busca da melhor compra possível, mostrando-se os certificados e selos verdes como um instrumento potencialmente seguro e transparente para cumprir esses objetivos de sustentabilidade.

Palavras-chave: Autorregulação privada, Compras públicas sustentáveis, Certificados ambientais, Licitações verdes, Nova lei de licitações

Abstract/Resumen/Résumé

This work is based on the premise that, given the emergence of promoting a culture of environmental sustainability, the price criterion is insufficient to guarantee the best contracts to the government, especially in the purchase of goods with substantial environmental impact, or in businesses that have asymmetry information or other market failures. A true microsystem of sustainable tenders is envisioned, which makes it mandatory for the government to use environmental markers in the search for the best possible purchase, showing certificates and green seals as a potentially safe and transparent instrument to meet these sustainability goals.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Private self-regulation, Sustainable public purchases, Environmental certificates, Green public bidding, New bidding law

1. Introdução

Os marcos normativos das compras governamentais, que ora culminam na Nova Lei de Licitações, vêm consolidando uma tendência de conferir prestígio a critérios ambientais nas compras públicas em detrimento do mecanismo do menor preço, firmando a Administração Pública como indutora de comportamentos mercadológicos que melhor atendam ao desenvolvimento sustentável.

O esverdeamento das compras públicas ocorre de diversas formas e através de múltiplos instrumentos. O presente artigo visa investigar as hipóteses de utilização dos certificados e selos ambientais, constituídos no bojo de autorregulação privada, sob o pálio do microssistema legislativo de compras sustentáveis, sobretudo, a partir do que prevê a Nova Lei de Licitações (Lei Federal nº 14.133/2021). Visa-se, ademais, inquirir se o uso de critérios ambientais nas compras públicas está no âmbito da discricionariedade do gestor, e se os certificados ambientais como condição da aquisição constituem cláusula restritiva da concorrência legitimada ou não pelo ordenamento jurídico. Almeja-se, ainda, discutir se no cenário atual de bens naturais cada vez mais escassos, ainda faz sentido verter como epicentro do sistema de contratação pública apenas o critério do menor preço.

Para melhor desenlace do artigo, organizamos o presente texto em cinco capítulos, incluída esta introdução. O segundo propõe-se a conceituar sustentabilidade, e a rememorar a evolução dos marcos normativos respeitantes a compras públicas sustentáveis que acabaram por formar um microssistema legislativo próprio. O terceiro aborda a faceta reguladora do Estado como indutor de boas práticas e garantidor do bom funcionamento do mercado, expondo questões respeitantes à (in)adequação do menor preço como veículo de informação da importância de bens com substancial impacto ambiental, e, sobretudo, a necessidade de se superar falhas de mercado, como a assimetria de informação e a seleção adversa nas compras públicas através da valorização de critérios ambientais. O quarto investiga, em específico, o manejo de certificados e selos ambientais nas compras públicas, em especial na Nova Lei de Licitações, sem embargo de tecer considerações acerca da jurisprudência histórica do Tribunal de Contas da União acerca da temática. No quinto capítulo, à guisa de conclusão, são lançadas considerações finais em torno do caráter mandatório em se buscar critérios sustentáveis nas compras públicas, através de discriminações positivas em favor de bens e serviços de excelência ambiental, que acabam por restringir, justificadamente, o acesso ao mercado público de compras aos produtos e serviços que atendam a requisitos superiores de sustentabilidade.

2. Sustentabilidade ambiental e o desenvolvimento do microsistema legislativo de compras públicas sustentáveis

Até a Idade Média o impacto que a Humanidade causava ao meio ambiente, embora não pudesse ser tido como irrelevante, era, em sua boa parte, passível de assimilação pela própria natureza, ou, ao menos, não implicava em danos insuportáveis à biota atingida. Ademais, toda a demanda da população humana não fazia frente à aparente inesgotável fonte de matéria prima do planeta Terra. O quadro mudou com o advento e o apogeu da revolução industrial. A corrida das grandes potências na busca do domínio dos mercados consumidores, alimentada pelo franco desenvolvimento tecnológico experimentado, especialmente a partir do século XIX, foi o motor das primeiras tragédias ambientais.

A internacionalização da agenda ambiental a partir dos anos 1970 teria como um de seus focos a definição do que seria “desenvolvimento sustentável”, pedra de toque do ambientalismo moderno. Em 1987, a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, cuja primeira presidência recaiu sobre Gro Harlem Brundtland, antiga Primeira-Ministra da Noruega, encerrou seus trabalhos nos umbrais de 1987 para 1988, culminando com a confecção do Relatório Brundtland, conhecido como “Nosso Futuro Comum”, e que veio a conferir inédita definição internacional do conceito de desenvolvimento sustentável. Para a Comissão, desenvolvimento sustentável seria aquele que garante o atendimento das *“necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as gerações futuras de atenderem também às suas”* (COMISSÃO, 1991).¹

Como bem assinala Sandro Schimtz dos Santos (2007, p.2), *“É esta noção que foi amplamente aceita pela comunidade internacional e que serviu de norte para a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida em 1992 no Rio de Janeiro.”* Muito embora a doutrina atual consagre diversos elementos na delimitação conceitual de sustentabilidade, via de regra apoiada na ideia de tripé que perpassaria as ideias de “ambientalmente correto” (1), “socialmente justo” (2) e “economicamente viável” (3), a limitação temática do presente artigo nos compele a focar as nossas atenções acerca apenas do elemento ambiental da sustentabilidade nas compras públicas brasileiras, sem embargo de possíveis interlocuções marginais com os outros elementos referenciados.²

1 A despeito da ausência de força normativa, o Relatório Brundtland veio a inspirar a replicação do conceito de desenvolvimento sustentável em convenções internacionais, como, por exemplo, a Convenção Quadro sobre mudança do clima, bem como decisões das cortes internacionais, o que facilita sua compreensão como verdadeiro costume internacional, fonte reconhecida do direito das gentes.

2 Há verdadeira imbricação conjunta e contínua desses três elementos ambientais, sociais e econômicos para o deslinde da noção de sustentabilidade, o que há de ser levado em consideração na interpretação jurídica. Mas não

Dito isso, é inegável que a Constituição Federal de 1988 bebeu destas fontes jorradas a partir dos documentos internacionais, e dando ênfase ao elemento ambiental, fez por lapidar um art. 225³ munido da ideia de equidade intergeracional e do dever estatal na preservação do meio ambiente. Para além disso, alçou o meio ambiente ecologicamente equilibrado como *bem de uso comum do povo*, traçando-se, por consequência, uma série de obrigações estatais para sua manutenção.

A despeito de certo destaque que naquela oportunidade o Brasil ostentou na temática do meio ambiente em nível internacional, inclusive sediando em 1992, a Rio-92, maior conferência sobre meio ambiente até então realizada pelas Nações Unidas, no ano seguinte, em 1993, fora editada a Lei Federal nº 8.666/1993, marco das contratações públicas que não previa, em sua redação originária, qualquer consideração ambiental nas compras pelo poder público, exceto esparsas menções ao impacto ambiental por ocasião das feitura dos projetos básicos e executivos. Pode-se dizer que, de início, a legislação mais importante de compras públicas passou ao largo da ideia de licitação sustentável, e não levou em consideração os elementos ambientais na preparação, formalização e execução de certames licitatórios e dos contratos públicos.

Os primeiros dispositivos legais a expressarem preocupação sobre a sustentabilidade ambiental nas compras públicas foram as Leis Federais nº 11.947/2009 (trata da alimentação escolar) e a nº 12.187/2009 (trata da Política Nacional sobre Mudança do Clima). A primeira impôs como diretriz na aquisição de gêneros alimentícios nas escolas públicas o apoio ao desenvolvimento sustentável, criando prioridade aos fornecedores da agricultura familiar, forte no pressuposto de que o consumo local tem boas implicações ambientais haja vista a economia no fretamento e a consequente redução da pegada de carbono que os combustíveis fósseis submetem à biosfera. A segunda lei previu como instrumento para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, e para a economia de recursos naturais, o estabelecimento genérico de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas.

é só. Avulta de importância a contribuição da doutrina na evolução do conceito de sustentabilidade, que passando do tripé já consagrado passa a ser visto sob um pálio de múltiplas funcionalidades, reverberando as cinco dimensões de Sachs. Com efeito, Ignacy Sachs (1993), expondo sobre a necessidade de um novo arranjo entre os diversos capitais estruturantes do mundo moderno, acaba por referenciar em acréscimo ao tripé tradicional da sustentabilidade, as dimensões espacial e cultural do conceito, chegando a uma definição quádrupla de desenvolvimento sustentável que hoje é majoritária na doutrina especializada. Assim, as cinco facetas do desenvolvimento sustentável são a ecológica, a social, a econômica, a espacial e a cultural.

3 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. (...)

Em 2010 veio a lume a Lei Federal nº 12.349/2010, resultado da conversão da Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010, que incluiu entre os objetivos da licitação a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. O reconhecimento do desenvolvimento sustentável como um dos objetivos da licitação acabou por ressignificar o papel regulador do Estado como indutor de comportamentos sociais ambientalmente adequados no mercado, a partir do uso de técnicas de fomento a nichos econômicos focados na sustentabilidade, uma vez que o poder público brasileiro é o maior comprador do mercado nacional, com participação direta nas compras nacionais na ordem de estimados 12,5% do PIB (RIBEIRO; JUNIOR, 2019, p.18).

No ano seguinte, em 2011, é editada a Lei Federal nº 12.462/2011 (trata do Regime Diferenciado de Contratações – RDC), idealizada para viabilizar as obras e as contratações dos grandes eventos esportivos que o Brasil sediaria em 2014 e 2016, quais sejam, a Copa das Confederações da FIFA, a Copa do Mundo de Futebol e as Olimpíadas do Rio, além de obras correlatas. O RDC se consubstanciou em um passo a mais na trilha por uma postura mais sustentável da Administração Pública em seus contratos e licitações ao alavancar à diretriz geral várias questões de claro teor ambiental, tais como, a disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; a mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental; a utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais. O RDC igualmente previu o condicionamento à habilitação licitatória ao cumprimento de requisitos de sustentabilidade ambiental, e criou interessante métrica de remuneração variável aos contratados, com o possível uso da pauta ambiental para aferir um melhor desempenho da execução contratual a ser premiada com um bônus remuneratório, invertendo a lógica de desestímulo pela punição através do estímulo pela premiação.

Em 2016, a Lei Federal nº 13.303/2016 (dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios) seguiu a tendência de prestígio à sustentabilidade ambiental nas compras efetuadas pelas empresas estatais, basicamente reproduzindo os avanços já inaugurados pelo RDC. Esta lei, contudo, foi mais precisa sobre a possibilidade de uso de certificados ambientais, ao estatuir que poderia ser solicitada a certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por instituição previamente credenciada. Acrescentou, no mais, que o edital poderá exigir, como condição de aceitabilidade da proposta, a adequação às normas da Associação

Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou a certificação da qualidade do produto por instituição credenciada pelo Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Sinmetro).

Finalmente, em 2021, é promulgada a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei Federal nº 14.133/2021, que durante dois anos conviverá com a Lei Federal nº 8.666/1993, ambas em vigência, e cuja aplicação de uma ou de outra decorrerá da escolha discricionária manifestada pelo gestor público até 1º de abril de 2023, ocasião em que perderá vigência definitiva a Lei Federal nº 8.666/1993. A Nova Lei de Licitações incorpora as evoluções oriundas do RDC, da Lei das Estatais e da legislação pretérita, como, por exemplo, maior prestígio e consideração sobre o ciclo de vida do objeto a ser contratado, de modo que seja haurida a vantajosidade das contratações públicas sob esse prisma. Ademais, foi criada margem de preferência para bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, de acordo com o que for estatuído em regulamento, que consiste na possibilidade da administração pagar até dez por cento mais em razão da matriz ambiental do bem em disputa. Outrossim, manteve-se a premissa de prestigiar a remuneração variável com novo reforço do aspecto ambiental para aferimento desse *plus* de desempenho.

É importante jogar luzes que a evolução normativa das mais diversas leis e instrumentos infralegais acerca das compras sustentáveis desvela verdadeiro microssistema de compras sustentáveis públicas, capitaneado, sobretudo, pelo art. 225 da Constituição Federal e, agora, a Nova Lei de Licitações. O reconhecimento da existência de um microssistema legislativo se dá a partir da identificação de valores e de princípios comuns a regularem de forma homogênea determinada matéria, aconselhando uma constante comunicação entre suas normas em apelo à interpretação sistemática. Um microssistema consiste em apelo ao policentrismo do direito moderno, compromissado com leitura interpretativa que vise harmonizar todos os núcleos normativos esparsos sob uma unidade valorativa advinda da Constituição Federal e de leis gerais sobre determinado tema, que interage com o regramento específico de maneira bilateral. O que importa para o microssistema legislativo é preservar os valores jurídicos comuns, aproveitando-se da máxima potencialidade de efetivar os objetivos comungados. (DIDIER JR; ZANETTI JR, 2009)

Assim sendo, o reconhecimento de um microssistema legislativo de compras públicas sustentáveis traz consequências interessantes a partir do intercâmbio de suas normas, que devem ser vistas sob um pálio sistemático e de confluência circular entre elas. No microssistema legislativo da sustentabilidade, uma norma, na mesma medida que inspira a

intelecção da outra, é por ela, igualmente inspirada, num círculo hermenêutico compromissado com o objetivo comum de todas: a promoção do desenvolvimento sustentável nas compras públicas.

3. Regulação estatal em favor bens e serviços ambientalmente adequados nas licitações e compras públicas

Dentre os princípios gerais da atividade econômica encartados na Constituição Federal de 1988, ganha relevo para o presente estudo aquele que prevê a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (art. 170, VI, da Constituição Federal). Deste dispositivo constitucional, que trata da ordem econômica e financeira, conjugado com aquele do art. 225 já referenciado, se extrai o arcabouço constitucional que confere validade para políticas públicas de intervenção e de regulação do Estado na economia com o propósito de favorecer produtos, bens e serviços alinhados à ideia de sustentabilidade ambiental.

Através da regulação estatal, os agentes privados de mercado são chamados a contribuir em assuntos de interesse público com o deliberado aproveitamento das suas virtudes, como a capacidade de inovação, de investimento e de organização, para concretização de objetivos sociais (GONÇALVES, 2010). Os modos de regulação do Estado em favor da produção de objetos ambientalmente adequados são vastos e amplos. Pode passar pela via da criação de incentivos fiscais, de maneira que a redução da carga tributária estimule sua produção e competitividade; por intermédio da criação de linhas de créditos subsidiados com o intuito de reduzir o custo de captação de capital desses mesmos agentes econômicos, barateando a cadeia produtiva; ou através de direitos preferenciais na aquisição pública, estimulando agentes econômicos a ocuparem um mercado ainda carente de fornecedores, com a salvaguarda que seus bens e serviços terão uma demanda garantida a partir do poder de compra do poder público.

A aposta no desenvolvimento de uma economia ambiental está delineada no planejamento econômico dos países desenvolvidos, o que é reforçado no recém lançado plano de recuperação da economia americana, alcunhado de Plano Biden. Tudo indica que esse filão da economia tende a ser uma das molas propulsoras para o crescimento econômico qualitativo deste século, o que reforça a necessidade de impulso dessa área no Brasil. A rigor, o favorecimento de bens e serviços ambientalmente adequados visa corrigir uma falha muito

clara no mercado de bens sustentáveis: exatamente por atenderem a requisitos mais acentuados de sustentabilidade, acabam por se tornar mais caros e têm dificuldades na concorrência em face de congêneres que não se sujeitam aos mesmos rigores ambientais. Nessa quadra, o mecanismo de preço apresenta disfuncionalidades em sua tarefa de melhor traduzir as informações de oferta e procura, uma vez que retira da prateleira o melhor produto em razão da competição desleal de produtos mais baratos, porém ambientalmente irresponsáveis.

O preço funciona no capitalismo como um veículo importante de transmissão de informações sobre os produtos e serviços postos à disposição no mercado, de maneira que haja uma congruência de expectativas de venda do fornecedor com a de compra pelo cliente. Ocorre que, quando estamos a tratar de produtos escassos, como o são os bens sob cuidados ambientais mais rigorosos, o mecanismo de preço funciona mal, já que não fornece, *per si*, aos potenciais consumidores, informações adequadas sobre a escassez desse bem, nem as vantagens sociais em comprá-lo (SALOMÃO FILHO, 2019). O favorecimento de produtos ambientais nas licitações e compras pública objetivam, assim, corrigir uma falha de mercado conhecida como “seleção adversa”, que ocorre quando há uma assimetria de informações entre fornecedores e clientes, que acabam não selecionando para compra os serviços e produtos melhores, pelo fato de não terem conhecimento de todas as repercussões positivas que a compra destes produtos e serviços detêm em comparação com outros presentes no mercado. Isso causa a prevalência de produtos piores nos mercados, com a diminuição da participação, ou até mesmo, a exclusão mercadológica dos produtos melhores.

As certificações e os selos ambientais são instrumentos indiretos que ajudam a enfrentar o problema da seleção adversa, ofertando visibilidade de consumo aos fornecedores sustentáveis, que se revertem em vantagens econômicas aos poluidores para que remodelam a gestão de seus negócios de maneira que suas escolhas por maximizar lucros se direcionem e coincidam com escolhas compromissadas com uma economia de baixo carbono. A ideia de se priorizar bens ambientalmente adequados se revela como uma forma de reestruturar os mercados de modo a estimular a conduta dos agentes econômicos com o objetivo de que adotem posturas ambientalmente responsáveis.

A faceta regulatória que nos interessa no presente estudo é o exercício pelo Estado de sua posição dominante no mercado para empreender apelo aos agentes econômicos, através da facilitação na adjudicação de contratos administrativos, para que forneçam bens e serviços com menor pegada de carbono e preocupados com a intergeracionalidade. Ocorreria nesta

linha, o manejo pelo Estado de “soluções de mercado” para atingir uma finalidade pública, que é a manutenção do meio ambiente sustentável, e o fomento de produtos e serviços ecologicamente corretos (GONÇALVES, 2010). Sob essa perspectiva, o mecanismo de preço cederia da posição de critério fundamental na compra pública em favor de índices de eficiência social cuja idoneidade seja comprovada através de instrumentos transparentes de informação de suas qualidades.

O estímulo à criação de um novo critério ambiental de compra no mercado público de licitações e contratos é condizente com as perspectivas indutoras de práticas sustentáveis pelo Estado Regulador brasileiro. Nesse condão, o poder público nacional direciona uma mensagem a todos os fornecedores de que está disposto até a pagar mais se o bem ofertado for ambientalmente adequado. Essa mensagem tende a ser recebida pelos agentes de mercado como um estímulo a ocupar o flanco mercadológico em aberto. Trata-se de nítida reestruturação do mercado público com o uso de instrumentos jurídicos de regulação que direcionam os esforços de transação comercial em favor de objetivos coletivos e sociais de defesa do patrimônio ambiental do país (SALOMÃO FILHO, 2019).

A par da indiscutível relevância de se estimular o mercado de bens e serviços ambientalmente adequados, é preciso investigar quais aparatos seriam pertinentes como veículos de informação dessa qualidade ambiental, e, portanto, definidores sobre quais produtos e fornecedores a vantagem aquisitiva deve recair. Nos parece indene de dúvida que os certificados ambientais nas compras públicas facilitam o acesso à informação pela própria Administração Pública, garantido maior transparência acerca das qualidades ambientais imanescentes a eles. Mitiga-se, daí, os riscos de assimetria informacional e de seleção adversa. O estímulo público à certificação ambiental é prática de regulação premial que consiste em mensagem aos agentes privados para que, cada vez mais, adiram às práticas ambientais autorreguladas, ofertando-lhe como recompensa o acesso facilitado a contratos públicos.

4. A questão dos certificados e selos nas compras públicas

Diz-se autorregulada a atividade quando os próprios agentes de mercado estabelecem normas, condutas ou padrões de qualidade mínimos a serem observados em determinado setor econômico. A autorregulação privada tem como característica a identidade da fonte produtora da regulação e de seus destinatários, que são igualmente agentes do mercado, sendo a adesão aos seus termos voluntária. A autorregulação privada assume o pressuposto que ninguém melhor para estabelecer o grau, a extensão e o conteúdo da atividade regulatória que os

próprios regulados, uma vez que detêm pleno conhecimento da realidade e das necessidades de aprimoramento do setor a ser objeto de regulação. Os adeptos da autorregulação privada pressupõem que ela é mais eficiente também em razão da maior velocidade na formação dos instrumentos regulatórios, uma vez que desvinculados das amarras burocráticas típicas da administração.

Os certificados e selos ambientais costumam ser veículos de exercício da autorregulação privada, tendo em vista que são produzidos, via de regra, fora do ambiente estatal, e o assentimento sobre sua adesão parte de decisão voluntária dos agentes de mercado com vistas aos mais diversos objetivos, desde a readequação operacional espontânea, passando pela busca de ganho de imagem pela adoção de práticas ambientais, ou, até mesmo, como forma de evidenciar concorrências desleais perpetradas por agentes ambientalmente não comprometidos.

Os certificados, portanto, para muito além de instrumento de visibilidade comercial, também se mostram como veículo de autorregulação ambiental que busca reduzir a assimetria de informação acerca das qualidades ambientais de determinado produto/serviço, bem como salientar as boas repercussões coletivas e sociais de seu uso. Com eles, ajuda-se na regulação das cadeias globais de suprimento, mitigando os riscos de seleção adversa (DEMIREL; IATRIDIS; KESIDOU, 2017). Ao aderir a determinado certificado ou selo ambiental, o agente econômico se submete a regras e condições específicas demandadas pela entidade privada certificadora, e que, via de regra, correspondem a um regime de tratamento ambiental mais rigoroso que o legal, ou significam a comprovação fática, através de auditorias de certificações e de constante monitoramento, da adequação de seu produto ou serviço às normas ambientais estatais vigentes.

A autorregulação privada pode ser fenômeno espontâneo e sem qualquer referência à regulação estatal, ou advir de algum tipo de emparceiramento - incentivado ou natural; facultativo ou obrigatório - da regulação privada com a regulação estatal, o que Pedro Costa Gonçalves alcunha de autorregulação privada publicamente regulada. Nessa última circunstância, os atores de mercado atuam “*num ambiente jurídico marcado pela intersecção entre uma regulação jurídica com origem no Mercado (auto-regulação privada) e uma regulação jurídica com origem no Estado (hetero-regulação pública)*” (GONÇALVES, 2010).

É o que ocorre nos casos em que a entidade certificadora é acreditada, no Brasil, perante o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – INMETRO, ou quando o certificado se resume a atestar o cumprimento das normas estatais de proteção ao meio

ambiente. O processo de acreditação perante o INMETRO consiste em averiguação pelo órgão acreditador sobre a capacidade de determinada entidade avaliar requisitos de conformidade em produtos ou de adequação de sistemas de gestão por parte das empresas interessadas, nos moldes, por exemplo, do que prevê a norma ABNT NBR ISO/IEC 17021-1:2016.

É importante assinalar que ao acreditar uma entidade certificadora, o INMETRO não deita avaliação acerca dos critérios de certificação que a entidade promoverá nem sobre o manancial técnico ambiental a que se sujeitará, isto é, a acreditação não figura espécie de juízo de valor acerca dos requisitos ambientais demandados para obter o certificado ou selo, sejam aqueles previstos no ISO 14001⁴ ou qualquer outro.

O INMETRO se subsume a atestar a capacidade operacional da certificadora em ter uma estrutura capaz de produzir auditorias de conformidade ou de gestão ambiental. O conteúdo e o grau de exigência ambiental que as normas técnicas do certificado fazem referência não recebe qualquer intervenção ou avaliação do INMETRO. De mais a mais, é preciso rememorar que a própria acreditação perante o INMETRO é facultativa. Assim, nada impede que determinado certificado ambiental seja emitido por entidade privada que não buscou acreditação perante o INMETRO, seja porque não tem interesse na acreditação (o que pode ocorrer no caso da certificadora ter forte reputação de idoneidade e reconhecimento mundial, por exemplo), ou porque seu sistema e estrutura de conformidade não se ajustam às normas de organização demandadas pelo INMETRO, e, diante disso, preferiu não ajustá-los.

Embora haja plena liberdade de acreditação, o microssistema legislativo de compras públicas optou por prestigiar os certificados ambientais oriundos de entidades credenciadas pelo INMETRO, se mostrando, portanto, incentivador da autorregulação privada sujeito a alguma fiscalização e regulação pública. De fato, vertendo e voltando os olhos para o microssistema legislativo de compras públicas sustentáveis referenciado no capítulo segundo deste trabalho, percebe-se uma lógica de prestígio aos certificados ambientais desde que emitidos; ou por instituições oficiais competentes – imagina-se aqui as secretarias de meio ambiente ou autarquias que detenham poder de polícia ambiental–; ou por organismo

4 A ABNT NBR ISO 14001 é um conjunto de normas técnicas elaborada no Comitê Brasileiro de Gestão Ambiental (ABNT/CB-038), pela Comissão de Estudo de Sistema de Gestão Ambiental (CE-038.001.001). Esta norma é uma adoção idêntica, em conteúdo técnico, estrutura e redação, à ISO 14001, que foi elaborada pelo Technical Committee Environmental Management, Subcommittee Environmental Management Systems, conforme ISO/IEC Guide 21-1:2005. O objetivo do ISO 14001 é prover às organizações uma estrutura para a proteção do meio ambiente e possibilitar uma resposta às mudanças das condições ambientais em equilíbrio com as necessidades socioeconômicas. A ISO 14001 especifica os requisitos que permitem que uma organização alcance os resultados pretendidos e definidos para seu sistema de gestão ambiental.

certificador credenciado. Neste ponto o art. 42, III da Nova Lei de Licitações não é explícito sobre quem deva credenciar o organismo certificador, mas a interpretação conjunta do referido inciso III, com o inciso I, bem como o §1º, todos do art. 42, nos levam a concluir que é demandado credenciamento (acreditação) pelo INMETRO, ou, ainda, outra entidade acreditadora que detenha acordo de reconhecimento mútuo com o INMETRO, conforme já reconheceu o Tribunal de Contas da União (TCU)⁵.

Ademais, o microssistema legislativo igualmente faz repetidas referências específicas à ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas. A ABNT é entidade privada sem fins lucrativos, mas que é reconhecida, pelo Estado Brasileiro, como sendo o Foro Nacional de Normalização, conforme uma miríade de normas nesse sentido, a exemplo da Resolução nº 07, de 24 de agosto de 1992, do CONMETRO. Além de exercer a função de Foro Nacional de Normalização, de onde provêm várias normas técnicas, a ABNT detém sua própria certificadora, consistindo, outrossim, em organismo certificador de produtos. Dessas reverberações normativas, conclui-se que a ABNT tanto pode ser fonte de normas técnicas sobre o qual se basearão certificados emitidos por agentes certificadores outros, ou pode ela mesma certificar diretamente os agentes de mercado.

Temos que, excepcionalmente, ao prever que a prova de qualidade do produto pode se dar através de comprovação que são observadas a normas da ABNT, se abre margem, como meio de prova, de certificados oriundos de organismos certificadores não acreditadas no INMETRO, bastando que o certificador assuma norma da ABNT como seu parâmetro técnico. Identifica-se nessa excepcionalidade, pequena janela aberta para a autorregulação privada pura (isto é, sem intermediação pública), tendo em vista que nessa circunstância, tanto a entidade certificadora, quanto a origem da norma técnica, seriam privadas, despidiend a acreditação pelo INMETRO.

É preciso, agora, compreender as funções que os certificados ambientais podem assumir no microssistema legislativo de compras sustentáveis. Segundo a Nova Lei de Licitações, a certificação ambiental poderá ser utilizada para fins de comprovação da aderência do produto aos padrões de qualidade exigidos no edital, ou como requisito de aceitabilidade da proposta.

5 A Administração deve fazer constar do processo licitatório parecer técnico, elaborado por pessoal especializado, que explicita as razões para eventual exigência de certificação do produto, devendo ser aceitos, nessas hipóteses, certificados emitidos por qualquer entidade acreditada pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro) para tal. Acórdão 555/2008-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN

Há, portanto, duas técnicas distintas de aproveitamento dos certificados na fase pré-contratual. Se for requisito de aceitabilidade, objetos ofertados não certificados culminarão na pronta desclassificação do proponente, tendo em vista que o certificado compõe a especificação técnica do objeto licitado. Caso funcione como prova de qualidade, o licitante tem a opção de trazer o certificado como elemento probatório de adequação do produto aos parâmetros editalícios, podendo, contudo, valer-se de outras vias probatórias facultadas no edital, como, por exemplo, a declaração de satisfação emitida por entidade de nível federativo equivalente ou superior que tenha adquirido o produto ou o serviço, ou, ainda, a emissão de laudo laboratorial específico que possibilite a aferição de conformidade do produto ou do processo de fabricação.

Para compras menos complexas e referente a bens/serviços de prateleira, é desarrazoado imaginar que a Administração Pública abra possibilidade para prova de qualidade via laudo laboratorial da amostra, o que, de certo, encareceria os custos de transação do certame, não apenas para os participantes, mas também para si próprio, que teria que se preparar para avaliar tais laudos. É possível imaginar, desde logo, que a opção por comprovação de qualidade via certificados ou declaração de outros órgãos ou entidades públicas sejam preferíveis.

Os certificados poderão ser utilizados, ainda, como prova de ciclo de vida mais econômico por ocasião da definição dos custos indiretos da contratação, a teor do que prevê o art. 34, §1º da Nova Lei de Licitações, ou como baliza para o reconhecimento do caráter reciclado, reciclável ou biodegradável de bem que recebeu o beneplácito da margem de preferência a que se refere o art. 26 do novel estatuto licitatório. Uma outra possibilidade de uso dos certificados e selos ambientais, desta feita em fase de execução contratual, seria alçá-los como métrica de bom desempenho para fins da remuneração variável a que faz menção o art. 144 da Nova Lei de Licitações. Para o TCU, à míngua de previsão na Lei nº 8.666/93, era incabível contratação com remuneração variável pelo desempenho fora das hipóteses do RDC⁶. Pelo novel diploma, fica ampliada a possibilidade de remuneração variável para o sistema geral de contratações, inclusive para os contratos de fornecimento, antes não cobertos pelo RDC. Nessa hipótese, a remuneração variará de acordo com o desempenho do contratado segundo os parâmetros estabelecidos no edital de licitação e no contrato. Considerando que um dos critérios estabelecidos para variação na remuneração é o desempenho em

6 O estabelecimento de remuneração fundada em taxa de administração, comissão, participação ou outra espécie de recompensa variável, que não traduza um preço certo, é incompatível com a Lei de Licitações. Acórdão 503/2007-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER

sustentabilidade ambiental, o edital e/ou o contrato podem se valer do uso de produtos e bens que sejam certificados para avaliar o atingimento das metas ambientais previstas, e que, se acaso atingidas, darão azo a bônus remuneratório em favor do contratado.

Dado todo esse panorama, não há dúvidas que a imposição dos certificados ambientais, seja como requisito de aceitabilidade da proposta, seja como deflagrador da margem de preferência ou de outras vantagens licitatórias ou contratuais, implica em restrição à competitividade do certame, porquanto delimita entre o rol de bem passíveis de contratação, vantagem ou exclusividade em favor apenas daqueles certificados. Ocorre que a restrição imposta é, não apenas admitida pelo microssistema legislativo de compras públicas sustentáveis, mas impulsionada por ele. Em verdade, ao estatuir que as compras públicas devam atender ao desenvolvimento nacional sustentável, o microssistema legislativo das compras sustentáveis, em clara comunicação com os arts. 170, VI e 225 da Constituição Federal, se presta, sobretudo, para fundamentar e validar a criação de regras de discriminação positiva em favor de fornecedores de bens e serviços ambientalmente superiores, estimulando o mercado de tais bens e serviços e o ingresso de novos agentes nesse mercado.

O conteúdo objetivo pela sustentabilidade das compras públicas é mandatório, detentor de diretriz interpretativa vinculante com espraiamento à todas as decisões alocativas de recursos públicos que venham importar na compra ou aquisição de bens e serviços. Desta feita, decisão e execução de compra pública que ignora os signos da intergeracionalidade e sustentabilidade estarão em manifesta contrariedade ao microssistema legislativo de compras sustentáveis, que encontra abrigo, em última instância, como vimos, na Constituição Federal. (FREITAS, 2018). Além disso, não é demasiado lembrar, que, a rigor, qualquer conteúdo descritivo de bem ou serviço a contratar, será, por si só, restritivo da competitividade, uma vez que ao se definir determinada característica desejável nos objetos licitatórios - das mais banais às mais sofisticadas - a Administração Pública estará deixando de comprar outros bens e serviços que não se encaixem no seu intuito adjudicatório. Portanto, ao estatuir critérios e instrumentos de sustentabilidade na compra pública, sobretudo a exigência de certificados de excelência ambiental, não se estará incorrendo em qualquer prática novidadeira no âmbito das compras públicas, mas sim, mero exercício de conformação da política de compras governamentais ao que prevê o ordenamento jurídico.

Em resumo, é da natureza do microssistema legislativo de compras sustentáveis o impulsionamento de discriminações positivas em favor da sustentabilidade, que são, *a priori*, admitidas, salvo comprovada desproporcionalidade, inadequação ou ineficiência. Isto é, a

exigência por certificados ambientais oriundos de entidades credenciadas no INMETRO ou que se baseiem em normas técnicas ambientais da ABNT, traduzem forma de dar vazão ao objetivo fundamental de promover o desenvolvimento nacional sustentável nas licitações, pelo que ostentam grau de primazia na contratação pública, o que inverte o ônus argumentativo em favor do gestor que lança mão de critérios sustentáveis, bastando que mencione a vantagem ambiental de determinada especificação técnica.

Nessa linha, é a inobservância de critérios ambientais, inclusive através da não utilização de certificados e selos ambientais quando cabíveis, que há de receber reforço motivacional e argumentativo que ponha luzes sobre as razões públicas do gestor que o levaram a preterir parâmetros sustentáveis na contratação.⁷ Não há aqui que se falar em discricionariedade em buscar ou não a contratação mais sustentável possível.

É forçoso reconhecer que promover o desenvolvimento sustentável é ato vinculado do gestor público nas licitações, sindicável pelo Poder Judiciário e pelos Tribunais de Contas, que poderão, até mesmo, emitir juízo de invalidação de editais e contratos contrastantes com a nota do desenvolvimento sustentável. Prefere-se, contudo, que para melhor absorção de uma cultura administrativa pela sustentabilidade, especialmente os Tribunais de Contas adotem postura mais pedagógica e menos punitivista, priorizando meios consensuais de persuasão, antes de se valer das medidas máximas de decretação de irregularidade e imposição de multas e outras punições.

O atendimento a critérios de sustentabilidade nas compras públicas é cláusula vinculante que só deverá ceder, no caso concreto, diante da emergência de outros princípios de estatura constitucional em conflito; ou por impossibilidade técnica/fática devidamente justificada e comprovada; ou por falta de eficácia dos certificados existentes; ou por constituir a certificação em item supérfluo ou luxuoso; ou em razão da certificação impor acréscimo financeiro inviável diante da escassez orçamentária.

7 Aqui cabe aderir à oportuna crítica formulada por Pedro Niebuhr, no sentido de que a exigência de fundamentação do uso de variantes ambientais na licitação inverte a lógica de sua promoção a um dos objetivos da contratação pública. Ora, se um dos objetivos da licitação é promover o desenvolvimento nacional sustentável, o que deve ser fundamentado é o não uso de critérios ambientais. *In verbis*: “Registra-se que ao mesmo tempo em que o Decreto Federal n. 7.746/2012 avançou ao detalhar o conteúdo e exemplificar as possibilidades das licitações sustentáveis, ele também é um dos responsáveis pela sua contida aplicação prática. O artigo 2º do Decreto Federal n. 7.746/2012 prevê a possibilidade da consideração da variável ambiental na aquisição de bens e contratação de serviços, que deve ser justificada. O regulamento, nesse aspecto, acaba atentando contra uma das finalidades declaradas da Lei n. 8.666/1993, já que “se a ratio da licitação é promover o desenvolvimento sustentável, o uso de critérios de sustentabilidade deve[ria] ser regra, não faculdade”. Nessa linha de raciocínio, o regulamento deveria exigir justificativa para a negativa da adoção de critérios de sustentabilidade nas licitações, não o inverso.” (NIEBUHR, 2021)

Nesta senda, pensamos ser digna de crítica a jurisprudência do TCU que demanda que o ônus argumentativo do gestor seja no sentido de justificar a utilização de critérios ambientais, como os certificados e selos verdes⁸ na compra pública, quando, repise-se, o que deve ser justificada de forma exaustiva é a não utilização de instrumentos sustentáveis. É claro, e não se desconhece, que sob o manto grandiloquente da sustentabilidade, pode o gestor mal intencionado escamotear intenções pouco republicanas que, ao fim e ao cabo, tencionam promover alguma forma de direcionamento licitatório. É preciso estar atento a exageros iníquos ou a imposição por certificados de origem duvidosa, mas, a rigor, a primazia pela sustentabilidade *per si* já respalda a escolha administrativa em favor de critérios ambientais, atribuindo-se o ônus argumentativo e probatório de sua desconstituição àqueles que sustentam sua invalidade.

Por outro lado, demandará argumentação do gestor eventual adoção de determinados critérios ambientais quando outros também seriam aproveitáveis, ou a imposição de restrições limitadoras a determinados certificados ou selos ambientais, quando houverem outros que, em tese, cumprissem a mesma função comprobatória e evidenciadora da dotação ambiental favorecida do bem ou serviço pretendido. É porque, nessas circunstâncias em que o apelo pela sustentabilidade pudesse se dar de diversas formas, devem restar transparentes e translúcidas as razões pelo encaminhamento de uma certa maneira e não de outra. A título de exemplo, se várias certificadoras estão acreditadas no INMETRO para emitir selo de origem biodegradável, a aceitação de apenas um ou alguns deles, em detrimento dos outros, deve estar explicitada nos autos administrativos da fase interna, porquanto em tudo se assemelharia a uma espécie de indicação de marca.

De um modo geral, a jurisprudência do TCU, ainda sob a perspectiva anterior à Nova Lei de Licitações e Contratos, vinha se mostrando pendular acerca do manejo de critérios ambientais nas licitações, sobretudo através da exigência de certificados. Ponto pacífico que aparentemente foi assumido na Nova Lei de Licitações, é que o uso de certificados ambientais jamais deva funcionar como cláusula de habilitação⁹, debate que até mesmo perde importância, considerando a consolidação da fase de habilitação para após da fase de julgamento das propostas.

⁸ É legítima a exigência de certificação, comprovando que o objeto licitado está em conformidade com norma da **Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT)**, de forma a garantir a qualidade e o desempenho dos produtos a serem adquiridos pela Administração, desde que tal exigência esteja devidamente justificada nos autos do procedimento administrativo. Acórdão 1225/2014-Plenário | Relator: AROLDO CEDRAZ

⁹ A certificação FSC (Forest Steward Council) pode constar como especificação técnica do objeto a ser fornecido, não como exigência de habilitação da licitante (artigos 2º e 3º do Decreto 7.746/2012). Acórdão 1375/2015-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS

Julgados mais antigos enveredavam em atribuir aos certificados, apenas e tão-somente, a natureza de pontuação técnica nas licitações tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”, sendo descabido utilizá-lo como condicionante de aceitabilidade da proposta¹⁰. Outros precedentes, no entanto, não hesitavam em prestigiar a certificação ambiental¹¹, ainda que se reconhecesse possível aumento dos custos de contratação¹². Há decisões¹³, igualmente, que já antecipavam os certificados com potencial dupla funcionalidade - condição de classificação ou meio de comprovação de qualidade – o que veio a ser assumido pela Nova Lei de Licitações. Outros acórdãos, por sua vez, inadmitiam o uso de certificados como requisito de qualificação técnica¹⁴.

O sistema de controle externo brasileiro deve estar atento às implicações do microsistema legislativo de compras públicas sustentáveis, reforçado o pendor em favor da sustentabilidade pela Nova Lei de Licitações, o que demanda atualização interpretativa que compreenda que o manejo de critérios ambientais – facilitado com o uso de certificados ambientais -, não é mera trivialidade do ordenamento ou capricho do gestor, mas pelo contrário, cláusula mandatória que, ao invés de ser recebida com desconfiança pelo controle externo, deve receber o beneplácito de presunção de legitimidade, salvo robusta prova em contrário.

5. Considerações finais

Ao longo deste estudo, fez-se questão de enfatizar o percurso trilhado das previsões normativas acerca da sustentabilidade nas compras públicas, porquanto dessa trajetória se

10 É legítima a especificação editalícia das características de eficiência energética desejadas nos equipamentos a serem adquiridos pela administração, sem, contudo, vinculá-los a certificações específicas, a exemplo do selo PROCEL. Acórdão 1305/2013-Plenário | Relator: VALMIR CAMPELO

11 Diante da legislação ambiental, em especial a que disciplina o correto manejo florestal, e considerando que a comprovação da procedência legal da madeira é condição necessária para sua comercialização, a exigência de atestado de certificação ambiental quanto à madeira utilizada não compromete, em princípio, a competitividade das licitações públicas. Acórdão 2995/2013-Plenário | Relator: VALMIR CAMPELO

12 É legítimo que as contratações da Administração Pública se adequem a novos parâmetros de sustentabilidade ambiental, ainda que com possíveis reflexos na economicidade da contratação. Deve constar expressamente dos processos de licitação motivação fundamentada que justifique a definição das exigências de caráter ambiental, as quais devem incidir sobre o objeto a ser contratado e não como critério de habilitação da empresa licitante. Acórdão 1375/2015-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS

13 Nas situações em que a Administração não possui condições técnicas para aferir, mediante amostra, a qualidade do produto ofertado, é admitida, como condição para classificação ou como requisito contratual, mas não para habilitação, a utilização de certificações para comprovar a aderência do produto às normas técnicas de qualidade. Acórdão 2583/2014-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS

14 Em processos licitatórios para contratações custeadas com recursos federais, é ilegal a exigência de apresentação de **certificado** do **Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Habitat** (PBQP-H) como requisito de qualificação técnica. Acórdão 3291/2014-Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES

extrai não apenas manancial de leis incommunicáveis, mas sim verdadeiro microssistema legislativo que encontra inspiração e fonte de validade nos art. 170, IV e 225 da Constituição Federal, e que tem agora, na Nova Lei de Licitações, o regulamento mais moderno de prestígio ao elemento ambiental no âmbito das compras estatais.

Mais relevante que o advento do novel diploma, contudo, nos parece ser a atualização interpretativa dos operadores, dos profissionais e dos órgãos de controle que lidam com licitações e contratos públicos, para que absorvam o máximo de potencialidade eficaz das hipóteses de tratamento privilegiado aos bens que atendam a rigorosos requisitos de qualidade ambiental. Não é momento de receber o microssistema legislativo de compras sustentáveis com olhos no passado, demasiadamente presos no dogma do menor preço, e sem ousadia para explorar as grandes possibilidades que se abrem de uso do poder de compra estatal como catalisador de uma economia de baixo carbono, na linha do que as economias mais desenvolvidas já adotam. É preciso inverter a cultura ultrapassada e até mesmo prosaica, de alçar o menor preço como bússola e força motriz de todo procedimento licitatório, sobretudo quando se está a falar de produtos ou serviços de significativo impacto ambiental.

Expomos, no mais, que a função reguladora do Estado tem aptidão de orientar, monitorar e induzir que os agentes de mercado, a partir de estímulos e esquemas de incentivos ambientais corretos, possam colaborar com o alcance do objetivo de manter o equilíbrio e a saúde do meio ambiente, desiderato carregado de fundamentalidade em nossa Constituição. A criação de vantagens competitivas de acesso ao mercado público ajuda a evitar a ocorrência de duas falhas de mercado recorrentes na contratação do setor público: a assimetria de informações e a seleção adversa, que conduzem o Poder Público a compras que não suprem nem sua necessidade interna, e muito menos estimulam o desenvolvimento de produtos ambientalmente mais adequados.

Segundo pensamos, toda atuação estatal deve estar focada não em qualquer desenvolvimento, mas apenas e tão-somente em um desenvolvimento sustentável e inclusivo, na exata medida em que dá vazão aos objetivos fundamentais da República. Fincada tal premissa fundamental, não tem mais lugar o pensamento, que ainda habita na jurisprudência do TCU, de que o manejo de critérios ambientais nas licitações é opção da livre discricionariedade do gestor, e que acaso a exerça, deve explicitar suas razões do porquê ter exercido na fase interna da compra.

A hipótese que sustentamos é justamente a oposta. A cláusula do desenvolvimento sustentável na compra pública é mandatória, reveladora de dever direcionado ao gestor, o que

comporta atuação vinculada. Nessa oportunidade, a imposição de restrição à competitividade pelo favorecimento a bens sustentáveis é, não apenas esperada, como até mesmo estimulada pelo Direito, posto que a intenção estatal é precisamente fomentar o crescimento do mercado de bens sustentáveis através de uma reserva de mercado nas compras públicas. Trata-se, enfim, de restrição à competitividade lícita, benfazeja e desejada.

Por fim, no que tange aos certificados ambientais – veículo de autorregulação privada por excelência -, compreendemos que é o instrumento mais apropriado para o exercício do dever estatal de buscar o desenvolvimento sustentável nas compras públicas, uma vez que são dotados de grande visibilidade e transparência. Ademais, os certificados e selos ambientais em muito facilitam a rotina da Administração Pública, que não teria estrutura para averiguar, por conta própria, a melhor qualidade ambiental dos bens e serviços que visa contratar, sem incorrer em severos custos de transação e ainda maior burocratização do procedimento licitatório.

Ao nosso sentir, dentre todos os usos possíveis dos certificados ambientais na contratação pública, o de condicionante da aceitabilidade da proposta há de ser o mais efetivo, porquanto afirma uma restrição de acesso à contratação pública condizente com os ditames da sustentabilidade ambiental. A par disso, o uso dos certificados ambientais igualmente será de enorme praticabilidade e encontrará terreno fértil como prova de qualidade do produto; como critério de mensuração de melhor desempenho ambiental na remuneração variável, ou, ainda, como requisito para demonstrar o direito à preferência a que se refere o art. 26 da Nova Lei de Licitações.

Espera-se ter demonstrado que o manejo da autorregulação privada ambiental, corporificada nos certificados e selos ambientais, há de ser reconhecida pela Administração Pública como valiosa ferramenta em sua missão de atribuir às compras públicas um sentido maior de respeito e estímulo ao desenvolvimento nacional sustentável.

REFERÊNCIAS

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum**. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

DEMIREL, Pelin; IATRIDIS, Konstantinos; KESIDOU, Effie. **The Impact of Regulatory Complexity upon Self-regulation: Evidence from the Adoption and Certification of Environmental Management Systems**. *Journal of Environmental Management*, 207. p. 80-91, Leeds, 2017.

DIDIER JR, Fredie, ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*, 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, v. 4.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: novo prisma hermenêutico. **Revista Novos Estudos Jurídicos Eletrônica**, v. 24, n. 3, set-dez, 2018.

GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, v. VII (especial: Comunicações do I Triénio dos Encontros de Professores de Direito Público), Porto, 2010.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação, sustentabilidade e políticas públicas**. Interesse Público, Belo Horizonte, ano 15, n. 81, set./out. 2013.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. Licitações sustentáveis. In: NIEBUHR, Joel de Menezes (Coord) et al. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Curitiba: Zênite, 2021. p. 96-111.

RIBEIRO, Cássio Garcia, JÚNIOR, Edmundo Inácio. **O mercado de compras governamentais brasileiro (2006-2017): mensuração e análise**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, Rio de Janeiro. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2476.pdf. Acesso em: 21/08/2021.

SACHS, Ignacy. Estratégias de transição para o século XXI. In: BURSZTYN, Marcel et al. **Para pensar o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Brasiliense, 1993.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Inclusion Gains in Markets for Scarce Products**. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3386817. Acesso em 28 de julho de 2021. Maio. 2019

SANTOS, Sandro Schmitz dos. Desenvolvimento sustentável: a inconsistência de sua definição. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU**, Belo Horizonte, ano 6, n. 32, mar./abr.2007.