

1. INTRODUÇÃO

Em 2010, a Lei nº 8.666/93, Lei Geral de Licitações, foi alterada pela Lei nº 12.349/10, inserindo, dentre os objetivos da licitação, o desenvolvimento nacional sustentável.

Assim, após o advento dessa alteração legislativa, o processo licitatório deixou de ter dois objetivos (garantir a isonomia e obter a proposta mais vantajosa), para incluir um terceiro objetivo, sendo este a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Desde então, muito se discute sobre a questão e as formas de promoção do desejável desenvolvimento nacional sustentável. Contudo, são incontáveis os processos licitatórios que sequer tocam neste tema ou o fazem de maneira absolutamente tangencial, apenas passando a impressão de uma preocupação com este novo objetivo do processo licitatório, mas sem atingir o âmago da questão.

Diante desse cenário, mostra-se relevante o debate do tema, para uma melhor elucidação do tema, sem a pretensão de esgotar a matéria que, sem dúvida, gerará ainda enorme debate doutrinário e efeitos práticos significativos nas contratações públicas.

Para isto, o presente artigo foi dividido em três tópicos centrais:

No primeiro tópico será apresentado o conceito de desenvolvimento nacional sustentável, especialmente no que se refere à tutela do meio ambiente.

Já na segunda parte deste artigo, será discutido os contornos jurídico-conceituais da eficiência enquanto princípio do direito administrativo.

Por fim, no terceiro trecho, serão cruzados os dois conceitos no intuito de verificar a compatibilidade entre os dois e de que forma é possível contextualizar e combinar esses dois princípios novos do direito administrativo brasileiro.

O artigo adota o método indutivo, valendo-se da técnica de levantamento bibliográfico e análise crítica.

2. O DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL NA LEI Nº 8.666/93

Lei Geral de Licitações prevê em seu texto, desde de 2010, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como um de seus objetivos centrais.

Esse novo conceito nos processos licitatórios permite inúmeras abordagens que transitam desde questões econômicas, sociais, políticas até os debates ambientais.

Para o presente artigo, será analisado o desenvolvimento nacional sustentável, sob o ponto de vista ambiental¹.

A partir de sua sanção, em 1993, uma das críticas ofertadas à Lei nº 8.666/93 é de não deter uma preocupação com a questão ambiental (PEREIRA JÚNIOR, 2014, p. 51). Em que pese a existência de discussões já notáveis à época de sua concepção, o meio ambiente notadamente não foi motivo de grande preocupação para o legislador naquele momento.

A redação original da Lei Geral de Licitações não impedia, em nenhuma maneira, a adoção de critérios ambientais para o julgamento das propostas, seja ela no detalhamento mínimo nas licitações do tipo menor preço, ou como critério de pontuação nos certames em que se adotava o critério de julgamento da técnica e preço ou melhor técnica. Neste mesmo sentido afirmam FERREIRA e GIUSTI (2012, p. 188):

Então, fica evidente que as licitações, pelo menos do ponto de vista teórico, sempre puderam servir, e, validamente, para outras e mais sobranceiras finalidades que não a franciscana satisfação da necessidade ou da utilidade administrativa ou coletiva, o que se manteve incólume até a adoção do Estatuto das Microempresas e, mais recentemente, a Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010. E isso porque, até então, persistia uma frequentemente subliminar dúvida: se a licitação poderia ou deveria promover outros fins, como aqueles anunciados no preâmbulo e nas primeiras — e mais importantes — notas da Carta Republicana.

Não obstante, visando o amadurecimento dessa política de forma mais ampla e nacional, o legislador entendeu por bem inserir, por meio da Lei nº 12.349/10, dentre as finalidades do processo licitatório, o conceito de desenvolvimento nacional sustentável, em clara demonstração da necessidade de fomentar este tema nas contratações públicas.

Assim surgiu a ideia de desenvolvimento nacional sustentável nas contratações públicas. Sobre o tema, é fundamental trazer como marco teórico o autor brasileiro de maior

¹ É fundamental repisar que não se pretende aqui reduzir o conceito de desenvolvimento nacional sustentável exclusivamente à questão ambiental. A própria inovação legislativa concebida com a Lei nº 12.349/10, ao inserir a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, o fez em conjunto com a inclusão dos §§ 5º a 12 no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, cujo cerne é a previsão de regras de preferência a produtos de origem nacional em detrimento de insumos importados – o que também está compreendido na ideia de desenvolvimento nacional sustentável. Logo, é indiscutível que o conceito de sustentabilidade trazido pela inovação legislativa compreende uma gama muito maior de questões que a problemática ambiental. Ainda assim, o presente artigo, por recorte metodológico, adotará apenas a discussão no plano ambiental da questão.

prestígio na área, FREITAS (2011, p. 29), que assim conceitua desenvolvimento nacional sustentável:

Tudo considerado, útil oferecer o conceito de licitações norteadas pelo princípio constitucional da sustentabilidade: são aquelas que, com isonomia e busca efetiva do desenvolvimento sustentável, visam a seleção de proposta mais vantajosa para a Administração Pública, ponderados, com a máxima objetividade possível, os custos e benefícios sociais, econômicos e ambientais. Ou, de forma mais completa, são os procedimentos administrativos, por meio dos quais um órgão ou entidade da Administração Pública convoca interessados — no bojo de certame isonômico, probo e objetivo — com a finalidade de selecionar a melhor proposta, isto é, a mais sustentável, quando almeja efetuar ajuste relativo a obras e serviços, compras, alienações, locações, arrendamentos, concessões e permissões, exigindo na fase de habilitação as provas realmente indispensáveis para assegurar o cumprimento das obrigações pactuadas.

Mesmo entendendo que a redação original já possibilitava ao gestor público a realização de licitações sustentáveis, a positivação do desenvolvimento nacional sustentável como finalidade da licitação coloca o tema em um patamar diferenciado.

Como apontam SANTANA e ANDRADE (2011), essa alteração legislativa acaba implicando em uma obrigatoriedade ao setor público de definir matrizes claras de sustentabilidade e de preservação do meio ambiente que devem ser considerados quando da elaboração de um processo licitatório e do seu julgamento.

Em resumo o fato de o conceito estar positivado altera, ou deveria alterar², substancialmente o posicionamento do gestor público com relação às contratações sustentáveis.

A Administração Pública não pode fechar os olhos à realidade. O impacto das contratações públicas é volumoso demais para que não se coloque em pauta a proteção ao meio ambiente.

Os alertas acerca dos problemas ecológicos não são de hoje e nem se pretende neste humilde artigo esgotá-lo. Todavia, a título exemplificativo, merecem destaque trabalhos de relevância internacional como a denúncia ecológica de Kolbert (2015), ao trazer o impacto e efeitos da iminente sexta grande extinção da humanidade³.

² Interessante anotar o posicionamento de BARROS FILHO (2009) para quem a simples determinação legal não faz com que se mude a racionalidade de produção e consumo da economia. Para o autor, faz-se necessário que o Estado faça uso de meios coercitivos e financeiros para garantir as mudanças necessárias e previstas pela legislação.

³ A obra vencedora do Pulitzer 2015 denuncia o processo atual em que se notam elementos que permitem aferir que a humanidade estaria diante do sexto grande processo de extinção em sua história conhecida, talvez o maior

A crise ecológica mundial e o significativo volume de contratações públicas compõem uma combinação impactante demais para que o direito administrativo trate a questão com descaso.

É fundamental que a Administração se debruce sobre os processos licitatórios dando efetividade à alteração legislativa.

Mas isso não significa fazer exigências a esmo, sem planejamento, concepção direcionamento. Isso não é contratação sustentável, licitação sem planejamento está fadada ao fracasso. Este é o apontamento claro de Garcia e Ribeiro (2012, p. 240):

Não bastam exigências vazias ou que não tenham por objetivo a produção de efetivos resultados práticos. Indispensável, insista-se, o dever de o administrador público formular as exigências de natureza ambiental de maneira objetiva e motivada, de modo a não inviabilizar a competição.

A Administração precisa modificar sua forma de pensar em todas as fases da contratação, seja ela na concepção, julgamento ou execução.

Neste sentido, compreendendo as dificuldades relacionadas à dimensão do conceito daquilo que é sustentabilidade, FREITAS (2013, p. 43-44) propõe um modelo de teste tríplice de sustentabilidade, ou seja, três exames que devem ser realizados quando da concepção de um processo licitatório, para que se assegure a ideia de sustentabilidade àquela contratação.

O primeiro teste diz respeito à idealização do processo licitatório, com a verificação da necessidade real da contratação, com os cálculos dos benefícios diretos e indiretos, intrínsecos e extrínsecos. Claramente, toda essa análise deve ser realizada de forma fundamentada no processo administrativo, para que o gestor público se depare, de forma aberta e formal, com essas questões e as fundamente.

O segundo teste é o questionamento acerca de a quais políticas públicas aquela determinada contratação se prestará. Neste momento devem ser detalhados quais serão os critérios objetivos que fundamentarão a avaliação da proposta mais vantajosa para o contrato que a Administração pretende firmar.

Por fim, o terceiro teste diz respeito à atividade fiscalizatória do Estado. Em resumo, nada adianta que o Estado conceba a licitação de forma sustentável, julgue o processo de forma sustentável, mas a execução do contrato aconteça à revelia daquilo que foi imaginado durante o desenvolvimento do certame licitatório em suas fases interna e externa.

deles. As outras cinco extinções seriam o fim dos períodos: a) Ordoviciano; b) Devoniano; c) Permiano; d) Triássico; e e) Cretáceo.

Reforce-se: licitação sem planejamento é um chamamento ao insucesso. Imagine-se que um dado gestor, buscando uma contratação ecologicamente adequada, adquirisse veículos flex, em detrimento daqueles que utilizam apenas combustível fóssil e, após a aquisição desses automóveis (que foram mais caros que um veículo que só pode ser abastecido com derivado do petróleo), a Administração, por economia, passe a abastecer aqueles veículos apenas com gasolina ou diesel.

Mostra-se muito claro que, como exposto por FREITAS, em seu modelo de teste tríplice, a contratação sustentável pressupõe um acompanhamento e uma cultura cotidiana neste sentido.

3. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E SEUS CONTORNOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO

O princípio da eficiência ingressa no direito administrativo de forma positivada na Reforma Administrativa de 1998, por meio da Emenda Constitucional nº 19/98.

Essa questão estrutural acerca do advento do princípio da eficiência e o conceito histórico da expressão eficiência, muito utilizado na Administração e na Economia, acabou imprimindo à expressão um cunho econômico muito forte em parcela da doutrina.

Exemplo desse posicionamento é a conclusão de BLIACHERIENE, RIBEIRO e FUNARI (2013), em artigo sobre o princípio da eficiência:

Por fim, a eficiência veio para ficar na seara jurídica e para se mostrar como um termômetro entre a atuação do Estado e a satisfação do cidadão. Não se confunde com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e é um aferidor de produtividade, ou seja, o quanto se consegue produzir pela administração pública com os meios disponibilizados pela cidadania. Há casos e casos, e os indicadores de mensuração de eficiência devem ser construídos de acordo com as políticas públicas a serem analisadas.

Essa análise econômica do direito administrativo, trazendo autores da Economia para tentar conceituar um princípio de direito administrativo, não parece, ao nosso sentir, a mais adequada.

O princípio da eficiência deve ser compreendido enquanto um instituto do direito administrativo inserido nesse contexto. Não é possível interpretar um mandamento constitucional de forma isolada, sem que se verifique os demais conceitos a ele relacionados.

Interpretar eficiência sob o ponto de vista puramente econômico, implicaria em trazer uma noção distorcida de lucro à Administração Pública, sendo que este não é, obviamente, o objetivo central do Estado, é como se posiciona ANDRADE (2010):

Nem se diga que esta eficiência deve-se ater tão somente à redução de gastos, direcionando-a para a economicidade. A redução de custos é um dos objetivos da eficiência, mas não o único. O foco no resultado, o ganho de tempo nos processos de produção, a satisfação do usuário, o melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, são também objetivos aos quais a eficiência deve se reverenciar.

A compreensão puramente econômica do direito administrativo leva a uma visão rasteira do conceito de Administração Pública.

A título exemplificativo, tome-se uma determinada localidade na qual seu gestor praticasse a ideia da maximização de lucros, ao extremo.

Ora, diferentemente da iniciativa privada, as contas de receitas e despesas não estão intimamente atreladas. Melhor dizendo, em uma empresa, para que se melhore a receita, agregando valor a um produto, é necessário, na maioria das vezes, uma maior despesa, seja esta com a melhoria do bem a ser ofertado, com marketing, com políticas diferenciadas de distribuição. Ou seja, a eficiência é conseguir maximizar receitas e minimizar despesas e isso é uma arte que demanda estudo, sacrifício e planejamento.

No direito administrativo, essas contas são, em tese, desatreladas uma da outra. É perfeitamente possível a um determinado gestor aumentar a sua arrecadação tributária sem, necessariamente, aumentar os gastos públicos, e vice-versa: é possível reduzir significativamente os gastos sem a contrapartida reducional na arrecadação.

Evidentemente seria possível o argumento contrário a esta afirmação, tendo em consideração a revolta popular contra aquele gestor que estaria aumentando tributos e devolvendo serviços mínimos à população. Sobre o tema, ROUSSEAU já alertava em sua obra clássica, o Contrato Social, acerca da necessidade de haver uma justa retribuição entre os tributos impostos a um povo e o retorno por ele percebido em serviços públicos.

Para o autor francês, pouco importa se haverá uma cobrança pequena ou grande de impostos, conquanto esse pagamento seja revertido em políticas públicas que satisfaçam a sociedade.

Não obstante essa análise, é inegável que esse processo de insatisfação social é lento, manifestando-se em nosso sistema democrático a cada quatro anos ou em raras oportunidades através de um possível *impeachment*.

Isso permite concluir que não há um atrelamento direto entre arrecadação e prestação de serviços públicos por parte de um determinado gestor. Assim sendo, seria factível que um dado administrador empreendesse durante sua gestão uma altíssima arrecadação acompanhada de uma despesa reduzidíssima.

Ao final de sua gestão, esse político teria alcançado “lucros” exorbitantes à sua Administração, abarrotando os caixas de sua tesouraria e deixando aquela localidade extremamente rica.

Ao mesmo tempo, passaram-se quatro anos em que houve uma altíssima carga tributária, sem que houvesse os serviços públicos essenciais. Para cortar despesas não houve criação de cargos públicos, não foram realizadas obras, os programas assistenciais foram interrompidos, o sistema de saúde não atende mais à população, além de todas as outras paralisações.

Esse cenário hipotético em *reductio ad absurdum* permite inferir que o conceito de eficiência cunhado em lucro, tal qual no campo econômico, não pode ser utilizado no direito administrativo.

É evidente que embora essa gestão hipotética tenha aferido grande “lucro” durante o período em que essa política foi realizada, não há nenhuma eficiência administrativa, do ponto de vista do princípio previsto no artigo 37 da Constituição Federal.

Essa correlação equivocada entre eficiência e lucro no sentido puramente econômico mais raso se dá, também, em razão do inadequado agrupamento do princípio da eficiência ao princípio da economicidade, como se transmitissem a mesma ideia, ou mesmo, como se fossem facetas do mesmo instituto jurídico.

O raciocínio é absolutamente falho.

Os dois princípios possuem contornos nitidamente diferentes, ainda que tenham, como plano de fundo (tal qual os demais princípios do direito público), a promoção do interesse público.

A economicidade tem relação direta com o menor dispêndio, ou, melhor dizendo, com o não desperdício de recursos públicos. O conceito é claro: o erário é composto por recursos públicos, de toda a sociedade, logo, o gestor deve usar esses recursos de forma contingenciada, sem extravagâncias, sem despesas desnecessárias.

É defeso ao gestor público o gasto por desperdício, o luxo, o pomposo. O dinheiro público deve ser empregado naquilo que retorna finalidades úteis à sociedade e não para satisfazer gostos babilônicos daqueles que, temporariamente, assumem a gestão de um determinado local.

Não é este o conceito por trás da eficiência.

Mas se a eficiência não pode ser compreendida como a busca pelo lucro (maximizando receitas e minimizando despesas) e também não pode ser abordada como

reflexo da economicidade, tornando o estado mais econômico e, portanto, mais “eficiente”, como pode ser definida a eficiência?

O princípio da eficiência no direito administrativo deve ser compreendido, como dito anteriormente, dentro do contexto que é referenciado.

Assim, não é por todo equivocado o raciocínio que assemelha a ideia jurídica de eficiência à noção econômica de eficiência. Apenas faz-se necessário rever os conceitos operacionais utilizados em cada um desses campos para a concepção de uma definição una.

Em realidade o equívoco na transposição do conceito de eficiência da economia para o direito não reside na transferência per se, mas sim na ideia de lucro adotada quando dessa distinção de abrangência.

O conceito operacional de lucro, utilizado para definir a noção econômica de eficiência pode e deve ser substituído por objetivo para que se faça a adequada transposição.

O objetivo primário de uma empresa privada é a obtenção de lucro, daí a aferição de sua eficiência tem estreita relação com o volume de seu lucro.

Já à Administração Pública o objetivo não é, por evidente, a obtenção de lucro⁴. O objetivo do Estado é, em rápido resumo, a tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos que o compõe, podendo ser observado de acordo com as previsões constitucionais.

Assim também entende SILVA (2016), em recente artigo acerca da indefinição do conceito de eficiência no direito administrativo:

No entanto, não parece ser possível excluir o sentido econômico como um dos sentidos que o dever constitucional de eficiência administrativa pode assumir, ressaltando-se que o conceito econômico de lucro não se parece aplicar, a princípio, à administração pública. Sendo assim, na ausência do lucro como critério de análise, avaliar a administração pública em termos de eficiência econômica parece consistir, principalmente, em submeter as atividades administrativas a juízo de custo/benefício.

Ainda que não se possa excluir o sentido econômico, como uma das vertentes do princípio constitucional da eficiência, é fundamental que se faça com o devido cuidado de se observar a distinção natural entre uma empresa privada e o Poder Público.

Desta forma, conclui-se que o princípio da eficiência permite, sem sombra de dúvida, a contratação de determinado produto em detrimento de outro, mesmo quando mais oneroso

⁴ Utiliza-se aqui o conceito de lucro em sentido amplo, podendo ser substituído por outras expressões como superávit, resultado operacional ou saldo patrimonial. Ainda que existam distinções evidentes entre cada uma dessas expressões, para o contexto que se busca discutir, a noção de lucro ou superávit seria basicamente a mesma, o resultado final das receitas excluídas as despesas.

ao erário, nas hipóteses em que este custo adicional gere benefícios outros à coletividade que compensem o incremento de gasto.

4. A COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS

Em uma primeira e mais rasa análise, poderia parecer que as ideias de eficiência e de sustentabilidade são princípios conflitantes, demandando a utilização da teoria de ponderação de princípios de ALEXY. Contudo, o estudo adequado daquilo que compreende o princípio da eficiência, como visto no tópico anterior, permite compreender que não é necessário afastar a aplicabilidade de um para se ter o outro:

Assim é que podemos concluir que a exigência de critérios técnicos condizentes com a sustentabilidade dos produtos a serem adquiridos ou das obras a serem promovidas, ainda que impondo uma certa diferenciação entre tais produtos e os demais existentes no mercado, estão plenamente de acordo com a interpretação constitucional que deve ser feita dos artigos e incisos acima mencionados. (MAMEDE, 2011, p. 65)

Eficiência e sustentabilidade caminham lado a lado nas contratações públicas. Desde 1992, criado pelo *World Business Council for Sustainable Development* (WBCSD), tem-se o termo ecoeficiência, definido como a eficiência vista pela primazia da ecologia, colocando no mercado bens e serviços que trazem qualidade de vida e minimizam os impactos ambientais o uso de recursos naturais, levando em consideração a “ecocapacidade” do planeta.

Essa ecoeficiência vem se mostrando aplicável em inúmeros produtos, em que há uma redução do custo de produção, atrelado à adoção de técnicas mais ecologicamente sustentáveis, como a redução no consumo de água na fabricação de produtos ou redução no custo energético pela adoção de novas tecnologias.

Sustentabilidade não tem relação direta com acréscimo de custos ao consumidor final, no caso, a Administração Pública.

Há que se levar em consideração, novamente, o grandioso poder de compra da Administração Pública que detém a capacidade de potencializar o mercado para produtos sustentáveis fazendo com o que os custos desses insumos sejam reduzidos (FRANCO, 2013, p. 282).

É cediço que a relação oferta-demanda⁵ implica em significativa alteração de preços nos produtos. A capacidade aquisitiva do Estado é tão grande que sua atuação implica, necessariamente, em uma modificação nos preços praticados no mercado.

O mesmo posicionamento é compartilhado por Pereira Junior e Dotti (2012, p. 379), para os quais os alarmes realizados por alguns, ao afirmarem que os preços seriam majorados em cerca de 30%, quando considerados requisitos de sustentabilidade, não possuem sustentação científica. Os autores afirmam que desconhecem estudo nesse sentido no mercado brasileiro e ainda apontam que a arguição tende a ser infundada na medida em que empresas vão incorporando práticas sustentáveis no processo produtivo, que propiciam redução de custos.

Em análise diametralmente oposta, NIEBUHR (2013) traz posicionamento contrário, sob a tese da desburocratização da contratação pública:

A segunda ressalva é que a licitação brasileira é procedimento já por demais complicado. Os editais de licitação desenham verdadeira gincana de documentos, contendo exigências e exigências, muitas delas meramente formais e burocráticas, totalmente dispensáveis. A eficiência em licitação será encontrada na medida em que ela tornar-se mais simples, mais focada no propósito de selecionar a proposta mais vantajosa. Tudo que se põe na licitação que não vise selecionar a proposta mais vantajosa acaba prejudicando em algum grau este intento, já que a torna mais complicada. O País ganhará muito com uma licitação menos complicada, o procedimento será mais célere, o custo financeiro dos contratos menor e os objetos terão melhor qualidade. Isto fará com que a Administração desempenhe melhor as suas atividades, em prol da população. Disporá de obras, serviços e bens de melhor qualidade e mais eficientes, portanto prestará serviços melhores. Economizará recursos financeiros, portanto poderá utilizar o montante economizado para ampliar sua atuação, atendendo mais gente e com mais funcionalidades. Enfim, a simplificação da licitação é a melhor medida para promover o desenvolvimento nacional sustentável, sob todos os seus aspectos. Aliás, estas considerações não são meros frutos de opiniões pessoais e políticas, dado que encontram justificativa jurídica e constitucional no caput no artigo 37 da Constituição Federal, mais precisamente no princípio da eficiência e na própria ideia constitucional de desenvolvimento, tão aturdida ultimamente.

Vê-se que o tema não se mostra tão sereno na doutrina, encontrando teses contrárias nas mais variadas vertentes.

Mesmo assim, em parte, mostra-se adequada a ponderação feita por Niebuhr, ao tentar questionar o processo de burocratização das contratações públicas, sobretudo se fosse adotado um sistema que criasse novo critério de desempate adicional, em consideração à

⁵ Exemplo dessa relação direta, ainda que não relacionado com o presente tema, é o caso do açúcar. Mesmo considerando que o açúcar refinado corresponde ao açúcar cristal transpassado o processo adicional de refino, o primeiro, que deveria ser mais caro, dado o maior custo de produção, é significativamente mais barato ao consumidor final, em razão da demanda por este produto ser muito maior.

sustentabilidade, a ser somado aos dois outros já existentes (micro e pequenas empresas e produtos nacionais).

Contudo não é este o caminho que vem se desenhando.

Como afirma TORRES (2012, p. 230) a discussão está na precisa e correta definição do objeto que está sendo licitado. A descrição do bem, serviço ou obra que será executada deve ocorrer de forma clara e precisa, tomando-se em conta as reais necessidades da Administração e qual será a finalidade que se pretende com aquela contratação. Essa definição passa, necessariamente, pelas especificidades que dão azo aos direitos e princípios elencados na Carta Magna. Para o autor, nessa correlação entre o objeto e as questões constitucionais estão presentes os critérios de sustentabilidade.

Não se pode tomar a contratação de forma pueril, esquecendo da importância do processo licitatório e de suas definições antecipadas. Essas definições vincularão toda a execução contratual, regulando as condições com que são executadas o acordo firmado entre o público e o privado (DROMI, 1995, p. 44).

De fato, a verdadeira licitação sustentável é eficiente e vantajosa à Administração Pública. Em obra oriunda de sua dissertação de mestrado, FREITAS (2014, p. 143) afirma que a vantajosidade compreende a economicidade mas não pode ser confundida com esta. O conceito de vantajosidade é transcendente, devendo ser relacionado com a melhor opção para suprir interesses supra-individuais (econômicos ou não).

Vai-se além. O legislador ordinário nunca definiu a licitação na busca míope pelo menor preço. Esse processo foi construído ao longo dos anos pela prática, doutrina e jurisprudência.

O texto puro positivista da Lei Geral de Licitações é cristalino ao trazer noções de maior vantajosidade ao poder público, adequada descrição do objeto a ser contratado, definição precisa do projeto básico que será licitado, dentre outros.

Nunca houve a afirmação legal de que a licitação deve ser julgada pelo menor preço. O critério do menor preço, definido pelo legislador no artigo 45, §1º, I, prevê o menor preço como critério de julgamento das propostas já qualificadas, de acordo com especificações previstas no instrumento convocatório:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

O legislador deixou muito claro que a adoção do critério menor preço deve ser realizada dentre os licitantes que apresentaram proposta de acordo com especificações do edital.

E ainda reforçou esta ideia no § 3º do mesmo dispositivo legal:

§ 3º No caso da licitação do tipo menor preço, entre os licitantes considerados qualificados a classificação se dará pela ordem crescente dos preços propostos, prevalecendo, no caso de empate, exclusivamente o critério previsto no parágrafo anterior.

Note-se que a ordem crescente dos preços propostos se dá entre os licitantes considerados qualificados, ou seja, aqueles que cumprem com os requisitos objetivamente definidos no instrumento convocatório.

Afirmar que a licitação se presta a contratar produtos mais baratos representa o claro desconhecimento do texto legal e do ordenamento jurídico no qual ele se encontra inserido.

Não obstante, é evidente que a concepção de um edital mal redigido, sem definições mínimas e sem garantias fundamentais à boa execução do contrato, levará a uma péssima contratação, mas isso nada tem a ver com a legislação, mas sim com a incompetência do gestor responsável pela redação das regras do instrumento convocatório.

Estas noções são manifestas quando se trata de licitações sustentáveis. Não basta perfumar o processo de sustentabilidade, há que se pensar de forma profunda e planejada, como alerta FREITAS (2011, p. 24):

Os edifícios públicos, por sua vez, precisam ser construídos de maneira verdadeiramente sustentável, não apenas com a adoção de pontuais tecnologias “verdes” de fachada. Por exemplo, uma construção em área contaminada simplesmente não pode ser aceita, sem que se proceda a completa descontaminação prévia. Outra aplicação: os projetos básicos e executivos, para a contratação de obras e serviços de engenharia, devem contemplar opções que reduzam os custos de manutenção e de operacionalização, não apenas os de construção. Isto é sustentabilidade.

Logo, vê-se que o grande desafio à frente das contratações sustentáveis é de ordem prática e não legislativa. A Administração Pública deve repensar toda sua lógica de atuação para posicionar-se ante os duros embates ecológicos que permeiam a atualidade.

Vieira (2015, p. 37) destaca a necessidade de implantação de um modelo de gestão sustentável das aquisições públicas, que envolva as atividades operacionais e administrativas, com capacitação dos recursos humanos da Administração Pública e a identificação dos

critérios e regras de sustentabilidade para cada espécie de contratação. Devem ser promovidas atividades de boas práticas ambientais, para que sirvam de exemplo de eficiência na gestão ambiental. Há que se viabilizar e fiscalizar políticas públicas com uma abordagem pedagógica, interdisciplinar e sistêmica que permita uma mudança de paradigma a médio e longo prazo.

Por fim, Machado e Resende (2016) rememoram a contraposição entre o Estado de Direito e o velho Estado Absolutista, tendo como principal ponto de distinção os limites jurídicos impostos à atuação estatal. Neste contexto, os autores afirmam que, em sendo o desenvolvimento nacional sustentável um direito fundamental dos cidadãos, a atuação do Estado neste sentido é vinculada e não discricionária.

Nota-se, portanto, que a realização de certames sustentáveis não é apenas congruente com o princípio da eficiência. As licitações verdes são o reflexo direto do princípio da eficiência nas contratações públicas, é a consumação de um dos objetivos constitucionais ao qual o Estado é destinado.

5. CONCLUSÃO

Em síntese, é possível concluir pelo levantamento bibliográfico realizado que o conceito de desenvolvimento nacional sustentável possui diversas dimensões, sendo uma delas a questão ambiental e a tutela ao meio ambiente por meio do Estado.

A inserção da finalidade do desenvolvimento nacional sustentável na legislação regulamentadora das licitações públicas é, sem dúvida, uma forma de prestigiar a importância dessa análise quando da realização de contratações administrativas.

Mais ainda, quando observado a faceta específica das compras verdes, dentro do conceito de licitação sustentável, a inserção do desenvolvimento nacional sustentável enquanto finalidade denota um patamar de importância diferenciado ao conceito, tornando obrigatório o seu atendimento em todas as contratações públicas.

Também foi analisado os contornos jurídicos do princípio da eficiência, ao que foi possível concluir que, embora não seja possível realizar uma transposição direta do conceito econômico de eficiência para o direito administrativo, o princípio da eficiência pode ser compreendido como a maximização de resultados, quando considerado o resultado não enquanto superávit estatal, mas sim o atendimento ao interesse público primário.

Do exposto, é notório que o princípio da eficiência não pode ser confundido com o princípio da economicidade, tratam estes de conceitos distintos e que possuem contornos

jurídicos bem delineados separando-os. É perfeitamente possível que uma contratação seja eficiente sem ser econômica e que algo econômico não seja eficiente. Não há, em tese, um atrelamento teórico entre os dois princípios, por mais similares que possam parecer seus núcleos estruturantes.

Assim, mostra-se natural a congruência entre eficiência e a realização de certames sustentáveis, à luz de uma ideia finalista do princípio da eficiência, que tem por objetivo alcançar bens fundamentais protegidos constitucionalmente, tal qual a defesa do meio ambiente.

O desafio, entretanto, está justamente na concepção prática dos processos licitatórios e a definição dos critérios que fomentarão a política estatal de sustentabilidade nas contratações públicas.

Para isto, mostra-se válido o modelo do teste tríplice de sustentabilidade cunhado por Juarez Freitas. Há que se realizar a contratação pública de forma sustentável do início ao fim, desde sua concepção, com a elaboração do termo de referência, passando pelos critérios de julgamento das propostas e culminando com a boa e adequada gestão e fiscalização dos contratos.

Sem isso não há o que se falar em compras sustentáveis, mas em perfumaria verde em uma licitação velha e cansada.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Fernanda Alves. Eficiência na gestão dos contratos administrativos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 101, p. 22-25, maio 2010.

BARROS FILHO, Fernando do Rego. A política nacional de uso de biodiesel: o direito como instrumento de promoção do desenvolvimento sustentável. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional A&C*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57083>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

BLIACHERIENE, Ana Carla; RIBEIRO, Renato Jorge Brown; FUNARI, Marcos Hime. Governança pública, eficiência e transparência na administração pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 133, p. 9-15, jan. 2013.

DROMI, Roberto. Licitación publica. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995

FERREIRA, Daniel; GIUSTI, Anna Flávia Camilli Oliveira. A licitação pública como instrumento de concretização do direito fundamental ao desenvolvimento nacional sustentável. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 177-193, abr./jun. 2012.

FRANCO, Caroline da Rocha. Licitações ecoeficientes e as políticas públicas ambientais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 275-286, jan./mar. 2013.

FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, p. 15-35, nov./dez. 2011.

_____. Sustentabilidade dos contratos administrativos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 35-53, abr./jun. 2013.

FREITAS, Thiago Pereira de. Sustentabilidade e as contratações públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações públicas sustentáveis. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 260, p. 231-254, maio/ago. 2012.

KOLBERT, Elizabeth. A sexta extinção: uma história não natural. Trad. Mauro Pinheiro. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; RESENDE, Augusto César Leite de. Edifícios públicos sustentáveis: discricionariedade administrativa ou dever constitucional e legal? *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 165-185, jan./mar. 2016.

MAMEDE, Filipe Regne. Compras verdes: o paradigma da sustentabilidade aplicado às licitações públicas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 120, p. 60-71, dez. 2011.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação, sustentabilidade e políticas públicas. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 81, p. 129-144, set./out. 2013.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. A gestão da sustentabilidade no judiciário do Estado do Rio de Janeiro. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 153, p. 46-63, set. 2014.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROUSEEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social e Discursos sobre a Economia Política. (traduzido por Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima). São Paulo: Hemus, 1981.

SANTANA, Jair Eduardo; ANDRADE, Fernanda. As alterações da Lei Geral de Licitações pela Lei nº 12.349, de 2010: novos paradigmas, princípios e desafios. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 10, n. 110, p. 29-43, fev. 2011.

SILVA, Gabriel Cozendey Pereira. Indefinição conceitual acerca do dever constitucional de eficiência administrativa. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 96, p. 93-122, mar./abr. 2016.

TORRES, Rafael Lopes. Licitações sustentáveis: sua importância e seu amparo constitucional e legal. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 71, p. 219-241, jan./fev. 2012.

VIEIRA, André Luís. As contratações públicas sustentáveis na realidade brasileira. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 48, p. 21-41, jan./mar. 2015.