

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

DIREITO E SUSTENTABILIDADE II

JOSÉ CLAUDIO JUNQUEIRA RIBEIRO

LIANE FRANCISCA HÜNING PAZINATO

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 Naspolini - 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: Liane Francisca Hüning Pazinato; Jerônimo Siqueira Tybusch; José Claudio Junqueira Ribeiro. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-772-4

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

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Sustentabilidade. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO E SUSTENTABILIDADE II

Apresentação

O Grupo de Trabalho em Direito e Sustentabilidade II já conta com diversos anos e edições dentro dos Congressos e Encontros do CONPEDI. Em particular, neste evento de Buenos Aires, pode-se verificar uma grande diversidade de temáticas afins ao conceito de sustentabilidade, perpassando os mais diversos ramos do direito de uma forma interdisciplinar e sistêmica.

Foram, ao todo, 14 trabalhos apresentados, envolvendo temas como análise econômica, licitações sustentáveis, desenvolvimento sustentável, mobilidade urbana, logística reversa, resíduos eletroeletrônicos, aquecimento global e crise climática, políticas públicas municipais, geração de energia, dano moral ambiental coletivo, regulamentação de agrotóxicos no Brasil, povos originários, licenciamento ambiental, energia fotovoltaica, acesso à justiça e recursos hídricos.

A qualidade das apresentações reflete o alto padrão dos textos produzidos, todos alicerçados em pesquisas desenvolvidas na pós-graduação do direito brasileira e contanto com a formação de redes, assistência e troca de ideias com pesquisadores argentinos que a natureza do evento proporcionou. Certamente enriquece e reforça a produção e o acervo de textos publicados pela nossa Sociedade Científica do Direito no Brasil.

Vida longa ao CONPEDI!

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch

Prof. Dr. José Claudio Junqueira Ribeiro

Prof. Dra. Liane Francisca Hüning Pazinato

ANÁLISE ECONÔMICA DAS LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS

ECONOMIC ANALYSIS OF SUSTAINABLE PROCUREMENT

Heron José de Santana Gordilho
Mariana Dourado Lopes Santana Gordilho
Pedro Paulo Santana Pimentel

Resumo

O presente artigo utiliza a teoria da análise econômica do Direito como método hermenêutico e como técnicas de pesquisa a bibliográfica e documental, para analisar a colisão entre os princípios ambientais e o princípio da economicidade na escolha da melhor proposta nas licitações sustentáveis. O artigo inicialmente faz uma análise histórica da concepção dos princípios do desenvolvimento sustentável e do poluidor-pagador. Em seguida, analisa a introdução das licitações sustentáveis no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei Federal nº 14.133/2021. Por fim, o artigo, a partir da teoria da Robert Alexy, analisa a colisão entre os princípios ambientais e o princípio da economicidade, para demonstrar a necessidade da adoção de critérios protetivos ao meio ambiente para a seleção da melhor proposta para a administração pública, de modo que a decisão sobre a vantajosidade das propostas considere os custos indiretos decorrentes da produção dos serviços e bens a serem licitados.

Palavras-chave: Princípio do desenvolvimento sustentável, Princípio do poluidor-pagador, Princípio do protetor-beneficiário, Princípio da economicidade, Externalidades negativas

Abstract/Resumen/Résumé

This article uses the theory of economic analysis of law as a hermeneutic method and as research techniques the bibliographic and documentary, to analyze the collision between environmental principles and the principle of economy in choosing the best proposal in sustainable bids. The article initially makes a historical analysis of the conception of the principles of sustainable development and the polluter pays. It then analyzes the introduction of sustainable bidding in the Brazilian legal system through Federal Law No. 14,133/2021. Finally, the article, based on Robert Alexy's theory, analyzes the collision between environmental principles and the principle of economicity, to demonstrate the need to adopt environmentally protective criteria for the selection of the best proposal for the public administration, so that the decision on the advantageousness of the proposals considers the indirect costs arising from the production of the services and goods to be bid on.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principle of sustainable development, Polluter-pays principle, Beneficiary-protector principle, Principle of economicity, Negative externalities

1. Introdução

Este artigo vai utilizar o método jurídico de abordagem histórico-evolutivo, visando identificar o conjunto de circunstâncias que ensejaram os princípios e regras ambientais responsáveis pela introdução das licitações sustentáveis em nosso ordenamento jurídico.

A técnica de pesquisa será bibliográfica e documental, através da consulta a livros, sites, artigos de jornais, trabalhos acadêmicos, diários oficiais, periódicos científicos, leis e jurisprudência sobre o tema.

Inicialmente, o artigo fará uma breve retrospectiva histórica das Conferências da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização para a Cooperação do Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a construção dos princípios do desenvolvimento sustentável, poluidor-pagador e protetor-beneficiário, os quais exigem que os agentes públicos e privados incluam as externalidades negativas na avaliação das políticas públicas visando assegurar os recursos ambientais para a presente e as gerações futuras.

Em seguida, considerando que as compras públicas são responsáveis por movimentar uma grande parcela do erário, o artigo irá analisar a introdução das licitações sustentáveis no ordenamento jurídico brasileiro, através da Lei Federal nº 14.133/2021.

Por fim, a partir do princípio da economicidade, o artigo demonstrará a necessidade da adoção de critérios protetivos ao meio ambiente para a seleção da melhor opção para a administração pública, de modo que a decisão sobre a vantajosidade das propostas deve considerar os custos indiretos decorrentes da produção dos serviços e bens a serem licitados.

2. Os princípios ambientais do desenvolvimento sustentável e do poluidor-pagador

Além das fronteiras geográficas e culturais existentes entre os Estados, existem questões que ultrapassam os interesses nacionais, uma internacionalização de interesses surgida no contexto pós Segunda Guerra Mundial, visando salvaguardar direitos essenciais, como a paz, o desenvolvimento social e a preservação do meio ambiente.

Em 1987, a Comissão Mundial sobre o Desenvolvimento Econômico das Nações Unidas publicou o Relatório “Nosso Futuro Comum”, apresentando pela primeira vez o princípio do desenvolvimento sustentável, um conceito que já vinha sendo concebido desde a década de 1970.

A tutela jurídica, seja no plano internacional, seja no plano nacional, avançou de tal modo que os desafios entre o desenvolvimento econômico nos países de produção capitalista e a necessidade de proteção dos recursos naturais passaram a ocupar um lugar de destaque.

A partir de então, as questões ambientais passaram, cada vez mais, a integrar as agendas dos países desenvolvidos na busca pelo equilíbrio entre a exploração desenfreada do meio ambiente e a sua preservação.

Após a Segunda Guerra Mundial, a necessidade de proteger o meio ambiente ganhou um novo impulso, especialmente depois do lançamento do livro “A Primavera Silenciosa”, da cientista Rachel Carson, que alertava sobre os riscos para a saúde humana decorrentes do uso de pesticidas químicos sintéticos na agricultura.

A preocupação com o meio ambiente é considerada um evento recente na história, como resultado da percepção dos perigos para a saúde humana decorrentes do desenvolvimento econômico dos países industrializados, de modo que somente nos anos 70 a temática ambiental passou a ser incluída nos debates políticos, sociais e jurídicos (Padilha, 2010, ps. 2-4).

Foi neste contexto que, em 1972, a Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) convocou a primeira Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, marco histórico da internacionalização da questão ambiental e do reconhecimento das consequências geradas a partir do progresso científico e tecnológico (Padilha, 2010, p. 7).

O evento reuniu mais de 6.000 pessoas e representantes de 113 Estados, e aprovou vários documentos internacionais, dentre eles a Declaração de Estocolmo, o Plano de Ação para o Meio Ambiente e o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente.

Além da edição de inúmeros documentos internacionais ambientais, a ordem jurídica interna dos países passou a consagrar normas ambientais protetivas, do modo que, no começo da década de 80, o Brasil editou a Lei Federal nº 6.803/1980, que introduziu o princípio da sustentabilidade em nosso ordenamento jurídico.

Em seguida, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal nº 6.938/81) vai regular a proteção ambiental através da criação do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), com o objetivo de integrar a atuação dos entes federativos na preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental e incentivar a produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia voltadas para a melhoria da qualidade ambiental (art.9º, V da Lei Nacional nº 6.938/81).

O princípio do desenvolvimento sustentável foi previsto no art.225 da CF/88, impondo ao Poder Público, e à coletividade, o dever preservar os recursos naturais para a presente e futuras gerações.

O desenvolvimento sustentável é uma norma princípio e norma-matriz do ordenamento, um princípio constitucional estruturante que indica a necessidade de consolidar o Estado de direito ambiental e promover uma atuação vinculada, já que se trata de uma verdadeira imposição de prioridade pública (Milaré, 2000, p. 214).

É importante destacar que em decorrência de diversos acidentes ambientais ao redor do mundo, a Assembleia Geral da ONU vai convocar uma nova conferência ambiental, a Conferência da Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92), que se realizou no Brasil em 1992 e contou com a participação de 179 países.

Entre os documentos internacionais aprovados pela ECO-92 está a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente, que em seu o Princípio 3º declara que:

O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras.

O Princípio 16 enfatiza a necessidade de internalização dos custos ambientais:

As autoridades nacionais devem se esforçar para promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando em conta a abordagem de que o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida consideração pelo interesse público e sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais.

Em 2002, a ONU realizou um encontro na África do Sul para ratificar os compromissos com o desenvolvimento sustentável, até que em 2012, ambientalistas e chefes de Estado se reuniram mais uma vez no Brasil para a Conferência Rio+20, cujo documento final, denominado “O futuro que queremos”, traça as metas para o desenvolvimento sustentável, dentre elas a de nº 253:

Pedimos a todos os países que priorizem o desenvolvimento sustentável na alocação de recursos de acordo com as prioridades e necessidades nacionais, e reconhecemos a importância crucial de aumentar o apoio financeiro de todas as fontes para o desenvolvimento sustentável para todos os países, em especial os países em desenvolvimento. Reconhecemos a importância dos mecanismos financeiros internacionais, regionais e nacionais, incluindo aqueles acessíveis às autoridades subnacionais e locais, para a implementação de programas de desenvolvimento sustentável e solicitamos seu fortalecimento e implementação. Novas parcerias e fontes inovadoras de financiamento podem desempenhar um papel importante na complementação das fontes de financiamento para o desenvolvimento sustentável. Nós incentivamos sua maior exploração e uso, juntamente com os meios tradicionais de implementação.

Todos esses documentos internacionais tiveram como objetivo concretizar, além do princípio da solidariedade entre as nações, povos e grupos humanos, a solidariedade intergeracional entre as atuais gerações e as gerações futuras (Belchior, 2011, p. 133).

O poluidor pagador foi instituído pelo Conselho da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) como um princípio econômico para garantir equidade econômica ambiental, por meio da aprovação da RECOMENDAÇÃO C (72), 128, de 26 de maio de 1972, denominada de Princípios Diretores Relativos aos Aspectos Econômicos das Políticas Ambientais Internacionais.

Este princípio foi estabelecido como um princípio econômico internacional destinado a corrigir as distorções no mercado, provocadas por políticas ambientais distintas, considerando que enquanto alguns Estados promoviam investimentos para a proteção do meio ambiente, outros não possuíam qualquer proteção (Gordilho; Bittencourt, 2023, p.3).

Em sua cláusula 128 a Recomenda 72 dispõe sobre a internalização dos custos como método de correção das falhas de mercado ou externalidades ambientais:

Os recursos ambientais em geral são limitados e o seu uso na produção e nas atividades de consumo pode conduzir à sua deterioração. Quando o custo desta deterioração não é adequadamente levado em conta no sistema de preços, o mercado falha ao refletir a escassez de tais recursos em ambos os níveis, nacional e internacional. Medidas públicas são então necessárias para reduzir a poluição e para alcançar uma melhor alocação de recursos assegurando que os preços dos bens dependendo da qualidade e/ou da quantidade dos recursos ambientais reflita rigorosamente sua relativa escassez e que os agentes econômicos interessados reajam adequadamente.

O princípio do poluidor-pagador tem caráter preventivo e sua função primordial é proteger o meio-ambiente, e não sancionar, constituindo-se em um mecanismo de contabilização de recursos despendidos na prevenção e reparação dos danos ambientais.

Não está na essência deste princípio estabelecer uma permissão para poluir, mas apenas prevenir a poluição através de mecanismos que desestimulem a produção de produtos e/ou a realização de atividades ambientalmente nocivas (Gordilho; Pimenta, 2018, p.365).

A primeira norma brasileira a prever o princípio do poluidor-pagador foi a Lei nº 6.938/1981, a denominada Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (LPNMA), que em seu art 4º, inciso VII, impõe ao poluidor e ao predador a obrigação de reparar e/ou indenizar os

danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Ao lado do poluidor-pagador, o art.6º, inciso II da denominada Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos (Lei nº12.305/2010) introduziu os princípios do usuário-pagador e do protetor-recebedor, visando onerar o empreendedor que desenvolve atividades que provocam externalidades negativas e, ao mesmo tempo, recompensar aqueles que internalizam estas externalidades.

3. Inovações decorrentes da introdução da lei que institui as licitações sustentáveis no Brasil (Licitações sustentáveis)

Por ocupar posição de superioridade em relação aos particulares, a Administração Pública detém prerrogativas especiais que lhe permite agir unilateralmente. Contudo, por outro lado, a conduta dos seus agentes esteja sujeita às rigorosas exigências de impessoalidade (Niebuhr, 2008, p.19)

Nesse contexto, a Constituição Federal, no art. 37, XXI, determina que, com exceção dos casos especificados em lei, as compras e alienações públicas devam ser realizadas através de licitação (Niebuhr, 2008, p.19).

Licitação pública é um procedimento preliminar através do qual a Administração Pública abre uma disputa entre os interessados, a partir de critérios objetivamente fixados, com a finalidade de selecionar a proposta mais vantajosa para a aquisição, alienação e locação de bens, realização de obras e serviços ou a outorga de concessões e permissões (Mello, 1994, p. 265).

Em 1988, a nova Constituição brasileira vai abordar, com profundidade, a proteção ambiental, dedicando o Capítulo VI inteiramente à sua proteção, além de estabelecer que a defesa do meio ambiente é um dos princípios da Ordem Econômica nacional (art.170 da CF/88).

Porém, inobstante da importância das previsões, a essência das normas constitucionais reside em sua eficácia social, ou seja, na práxis dos partícipes da vida constitucional. Em outras palavras, a Lei Maior apenas estabelece obrigações, e sua força normativa depende da consciência e da conduta dos responsáveis pela implementação da ordem constitucional (Hesse, 1991).

Dito isto, para concretizar a força normativa do Estado de Direito Ambiental os agentes públicos e privados devem posicionar a sustentabilidade como meio e fim das suas decisões (Canotilho, 2010, p.1-5).

Após vinte e oito anos de vigência da antiga Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93), o Congresso Nacional aprovou uma nova norma geral, a Lei nº 14.133/21. A justificativa central para a sua aprovação foi a necessidade de acolher as novas tendências das contratações públicas, como a preocupação com o meio ambiente enquanto direito fundamental de toda a coletividade (Oliveira, 2022).

Embora já houvesse previsões para a proteção do meio ambiente na Lei do Regime de Contratação Diferenciado (Lei nº 12.462/11) e na Lei das Estatais (Lei nº13.303/16), a Nova Lei Geral das Licitações e Contratos administrativos (LLCA) foi responsável por sistematizar o regramento das “licitações sustentáveis”.

São consideradas licitações sustentáveis aquelas que, além das exigências tradicionalmente adotados para a escolha da melhor proposta, o Poder Público estabelece critérios ambientais no edital do certame (Torres, 2012, p. 2).

No Guia Prático de Licitações Sustentáveis do Superior Tribunal de Justiça, é definida como um instrumento de gestão pública que visa alterar a cultura de consumo do país, onde são integrados fatores ambientais e econômicos em todas as fases do processo licitatório (STJ, 2023).

Um dos valores supremos do ordenamento jurídico é o desenvolvimento econômico do país, mas a partir da leitura teleológica do texto constitucional, podemos concluir que o desenvolvimento não se esgota na perspectiva econômica, devendo também ser levado em conta a sua sustentabilidade (Freitas, 2013, p. 44-45).

As licitações sustentáveis atendem precisamente ao conceito multidimensional de desenvolvimento, uma vez que o Estado é o maior comprador do mercado brasileiro, detendo uma enorme capacidade de estimular o comportamento de produtores e prestadores de serviço (Meneguzzi, 2015).

É pertinente, neste momento, destacar algumas previsões da Lei 14.133/21. Em primeiro lugar, na nova legislação, o desenvolvimento nacional sustentável é posicionado como princípio (art. 5º da Lei nº 14.133/21) e objetivo das licitações (art. 11º da Lei nº14.133/21).

O art. 18, §1º, XII da referida LLCA determina que estudo técnico preliminar deverá descrever os impactos ambientais dos produtos e serviços a ser licitados, enquanto o art. 26, II, permite que o edital estabeleça margem de preferência para produtos reciclados, recicláveis e biodegradáveis.

O artigo 33 da LLCA estabeleceu os critérios de julgamento que podem ser fixados nos editais de licitação, tais como o menor preço, o maior desconto, a melhor técnica ou conteúdo artístico, o maior lance e, em caso de leilão, o critério deve ser o maior retorno econômico.

O art. 42, III da LLCA permite que a Administração Pública exija a prova da qualidade ambiental do produto ou serviço, enquanto o art. 45, I a V determina que as licitações de obras e serviços devem respeitar as disposições ambientais.

O art. 144 da LLCA traz a possibilidade de se estabelecer uma remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação ou no contrato.

Os mencionados dispositivos demonstram que o tema ambiental está fortemente inserido no âmbito das licitações e, em especial, o art. 34, §1º faz uma previsão fundamental para as licitações sustentáveis: a possibilidade de se computar os custos ambientais indiretos na definição do menor preço dos bens ou serviços a serem contratados, conforme disposto no regulamento da lei.

Por fim, em conformidade com a Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos (Lei nº12.305/10), que representou uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro ao valorizar o ciclo de vida dos produtos, a LLCA prevê a dispensa de licitação para a contratação que tenha por objeto coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis em áreas que possuam sistema de coleta seletiva realizadas por cooperativas de catadores de materiais recicláveis (art. 75, III, j).

Impende esclarecer que, embora o dispositivo determine a possibilidade de se considerar os custos indiretos ambientais, as licitações sustentáveis têm natureza cogente, dado que o princípio da sustentabilidade possui índole constitucional e o Estado não pode, no exercício de sua função indutora, ignorar os custos ambientais indiretos na escolha da proposta vencedora (Freitas, 2013, p.11).

O Guia Nacional de Contratações Sustentáveis da Advocacia Geral da União (2022) propõe um passo a passo para a implementação das licitações sustentáveis, no qual o primeiro passo consiste em examinar a real necessidade de contratação do produto ou serviço e a viabilidade de reutilização do produto a ser contratado.

O segundo passo é verificar a necessidade da contratação, de modo que o gestor público deve escolher os critérios e práticas de sustentabilidade que constarão no edital a partir da sua disponibilidade no mercado.

O terceiro passo é compreender a importância do equilíbrio entre a sustentabilidade, a economicidade e a competitividade, enquanto o quarto passo consiste em fiscalizar a observância dos parâmetros de sustentabilidade durante toda a execução contratual.

Para além das disposições existentes na nova lei geral de licitações, outros diplomas normativos tratam das compras sustentáveis, como a Lei da Política Nacional sobre Mudanças do Clima (Lei nº 12.187/09), que prevê como instrumento de definição de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas e o art. 6º, XI da Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/10), que estabelece como um dos seus objetivos a prioridade na aquisição e contratação pública de produtos reciclados e recicláveis.

4. Critérios para a análise do custo-benefício nas compras públicas sustentáveis

A economia estuda o comportamento humano e suas decisões frente a cenários de escassez, tendo como premissa fundamental a concepção de que os indivíduos são racionais e ponderam os custos e benefícios das escolhas que realizam (Araújo Jr., Shikida, 2023, p. 34).

A LLCA estabeleceu a obrigação de incluir parâmetros ambientais nos editais de licitação e isto vem provocando questionamentos acerca de uma possível violação do princípio da economicidade, tendo em vista que a proposta que melhor atende aos parâmetros sustentáveis não são necessariamente as que possuem o menor preço.

Como sabemos, o princípio da economicidade preceitua que os recursos públicos devem ser alocados de um modo que produza o maior benefício a partir do menor custo possível (Barcessat, 2015).

Nas licitações públicas, a Administração Pública precisa escolher, a partir de critérios objetivos previamente fixados, a proposta mais vantajosa ao interesse público, uma vez que o orçamento público é limitado.

Acontece que reduzir a análise da melhor proposta à busca pelo menor preço pode representar um desperdício da função regulatória do Estado, na medida em que isso pode afastar a compra de produtos ambientalmente sustentáveis (Ferreira Júnior, 2021, p. 76).

Restringir o princípio da economicidade ao menor preço é uma concepção ultrapassada e insuficiente, uma vez que o aumento imediato no custo dos produtos e serviços pode ser compensado, a curto e longo prazo, pela preservação de recursos naturais (Barcessat, 2015).

É que a economia ambiental tem como propósito internalizar os custos indiretos, vale dizer, as externalidades negativas, atribuindo um preço para cada fração de uso dos recursos naturais, pois assim como o orçamento público, esses recursos também são limitados.

Assim, a escolha da proposta mais vantajosa ao interesse público precisa considerar os custos indiretos dos produtos ou serviços, tais como o custo de manutenção, reparo, vida útil e os impactos ambientais do produto, pois muitas vezes os custos diretos de uma oferta vêm acompanhados de externalidades negativas que tornam a proposta uma verdadeira armadilha (Niebuhr, 2013, p.42).

O menor preço de hoje poderá ser o pior preço a curto e médio prazo, de modo que, nos termos do 34, §1º da Lei nº 14.133/21, é preciso considerar os custos indiretos dos produtos e serviços na definição do menor preço, desde que esses custos possam ser objetivamente mensuráveis (Freitas, 2013, p.344).

Os custos indiretos se referem àqueles decorrentes das medidas administrativas adotadas pelo poder público, tais como análises e controles diretos de determinadas atividades, mas também aos danos residuais, mesmo quando a atividade adota as prescrições normativas e as condições fixadas pela administração e aos custos acidentais decorrentes do uso de substâncias perigosas na produção dos produtos (Canotilho, 1996, p.47).

Esses custos devem ser objetivamente mensurados, tais como aqueles decorrentes das despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação, impacto ambiental e ciclo de vida do produto ou serviço, além das medidas de prevenção, precaução, implementação de políticas públicas ambientais e as despesas advindas da proteção, embora seja necessário evitar que esses valores sobrecarreguem os custos de produção, provocando a estagnação produtiva das empresas (Gordilho; Pimenta, 2018, p.365).

Na análise das repercussões financeiras da internalização dos custos indiretos é preciso diferenciar as repercussões internas, como por exemplo, os custos produtivos decorrentes da redução do preço da mão de obra em razão dos custos acrescidos, e as

repercussões externas, decorrentes da transferência de tais custos para os preços dos produtos ou serviços.

A percepção dos custos indiretos dialoga diretamente com o conceito de "economia ambiental", pois decorre da análise dos problemas ambientais a partir da compreensão de que os recursos ambientais são limitados (Derani, 2001, ps.110-111).

Quando cada empreendedor se preocupa apenas com o seu próprio interesse e não internaliza as externalidades negativas decorrentes de sua atividade isso pode ensejar o esgotamento dos recursos naturais e provocar a degradação da base comum da vida humana (Derani, 2001, p.110-111).

Somente a partir da análise econômica dos procedimentos licitatórios através da análise da relação custo-benefício das contratações públicas é possível escolher os produtos e serviços que produzem um menor custo ambiental, ainda que eles sejam mais caros, desde que tenham o potencial de reduzir gastos futuros do governo com as políticas de reparação de danos socioambientais (Moura, 2013, p.11).

Quando o critério adotado nos certames for o “menor preço”, o que se propõe é que sejam considerados os custos ambientais indiretos decorrentes das externalidades negativas embutidas no preço final, como destacado no art. 34, §1º da LLCA (Ferreira Júnior, 2021, p.77).

Esses critérios ambientais, todavia, precisam ser inseridos nos editais de licitação de forma clara e objetiva para não comprometer a isonomia e a competitividade entre os licitantes, em conformidade com a Súmula 177 do Tribunal de Contas da União:

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

Outra maneira de concretizar as licitações sustentáveis é através da adoção de critérios qualitativos conjugados com a análise do preço, tais como a melhor técnica ou a melhor técnica e preço (Ferreira Júnior, 2021, p. 8).

O Poder Público pode exigir diferentes parâmetros como as especificações técnicas dos produtos, desempenho, método de produção/prestação do serviço e projetos adequados, a exemplo da utilização de material que gere menos danos ambientais, como a utilização de borracha reciclada de pneus (Bim, 2015, p. 188) ou exigir papel reciclado ou um modo específico de descarte dos resíduos sólidos (Ferreira Júnior, 2021, p. 8).

Quanto aos métodos de produção de prestação de serviço, pode-se citar como exemplo a exigência de energia renovável e como especificação de desempenho a definição de metas ou deixar o contratado livre para escolher os meios para alcançá-las, mesmo porque a LLCA trata expressamente da remuneração variável vinculada ao desempenho com base em critérios e metas ambientais (Bim, 2015, p.188).

É possível que exista resistência por parte do particular em participar de licitações sustentáveis, uma vez que a alteração do seu modo de produção – para atender às exigências de sustentabilidade – não traz qualquer garantia de que a sua proposta vença o certame. Diante disso, é imprescindível que o Estado desenvolva políticas de incentivo. (Brito, Astrodi, 2017, p.87).

Ademais, outro custo de transação que o Estado precisa enfrentar, na concretização das licitações sustentáveis, é o exame da proporcionalidade da especificação de um critério sustentável. Isto porque, inobstante da urgência da conscientização ambiental, os preços dos produtos precisam ser justificados e compatíveis com o orçamento público, de modo que as exigências ambientalmente favoráveis, nos editais de licitação, não podem ser feitas a qualquer custo. (Niebuhr, 2013, p 42).

O que se propõe, em verdade, é a substituição da cultura clássica do “menor preço” pela busca do “melhor preço”. Para isso, é preciso que o gestor público defina critérios objetivos que contemplem os valores constitucionais e compatibilize a preocupação com limites orçamentários e a escassez dos recursos naturais.

5. Conclusão

Como vimos, o princípio do desenvolvimento sustentável surgiu em 1987 com o Relatório “Nosso Futuro Comum” da Comissão Mundial sobre o Desenvolvimento Econômico das Nações Unidas, embora o seu conceito que já viesse sendo concebido desde a década de 1970.

O Brasil adotou inicialmente a sustentabilidade como princípio na Lei Federal nº 6.803/1980 e em 1988 o alçou ao status de norma constitucional, impondo ao Poder Público, e à coletividade, o dever preservar os recursos naturais para a presente e futuras gerações (CF/88, art.225, *caput*).

Outro importante princípio para a inclusão da sustentabilidade no domínio econômico é o princípio do poluidor pagador, instituído pelo Conselho da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) como um princípio econômico de garantia da equidade econômica ambiental e correção das falhas do mercado.

Ao lado do poluidor-pagador, o art.6º, inciso II da denominada Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos (Lei nº12.305/2010) introduziu os princípios do usuário-pagador e do protetor-recebedor, visando onerar o empreendedor que provocam externalidades negativas e, ao mesmo tempo, recompensar aqueles que internalizam os custos indiretos, na produção dos bens e na prestação dos serviços a serem licitados.

A introdução das licitações sustentáveis representa a concretização desses princípios ambientais, uma vez que o Estado é o maior comprador do mercado brasileiro e detém uma enorme capacidade de estimular o comportamento ambientalmente adequado dos produtores e prestadores de serviço.

A economicidade dos procedimentos licitatórios deve decorrer da análise da relação custo-benefício das contratações públicas através da escolha os produtos e serviços que geram menor custo ambiental.

Por fim, nos termos do 34, §1º da Lei nº 14.133/21, é preciso considerar os custos indiretos dos produtos e serviços na definição do menor preço, tais como aqueles decorrentes das despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação, impacto ambiental e ciclo de vida do produto ou serviço, desde que esses custos possam ser objetivamente mensuráveis.

6. Referências

ARAÚJO JR, Ari Francisco e SHIKIDA, Claudio Djissey. **Microeconomia**. In: Direito e Economia no Brasil: estudos sobre análise econômica do direito/ Coord. Luciano Benetti Timm - 5. ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2023.

AZEVEDO, Pedro Henrique Magalhães. Os Tribunais de Contas brasileiros e as licitações sustentáveis. **Revista TCEMG, Belo Horizonte**, v. 32, n. 4, p. 54-74, 2014. Disponível: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/7169>. Acesso em: 03 jul. 2023.

BARCESSAT, Lana. Papel do Estado Brasileiro na ordem econômica e na defesa do meio ambiente: necessidade de opção por licitações públicas sustentáveis. In: SANTOS, Murillo

Giordan; BARKI, Tereza Villac Pinheiro (Coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BARTH, Maria Leticia B. G; Cabral, Flávio. G. ; Carvalho, Flávia G. de; Clare, Celso V.; Fernandes, Viviane V. S. ; Paz e Silva Filho, Manoel; Gomes, Patricia M.; Passos, Cynthia R. L; Pereira, Rodrigo M.; Villac, Teresa. **Guia Nacional de Contratações Sustentáveis**. 5ª ed. Brasília: AGU, julho 2022

BELCHIOR, Germana. **Hermenêutica jurídica ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman. **Direito constitucional ambiental brasileiro. Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, p. 57-130, 2007. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/31149>. Acesso em: 31 jul. 2023.

BERCHIN, Issa Ibrahim; CARVALHO, Andréia de Simas Cunha. **O papel das conferências internacionais sobre o meio ambiente para o desenvolvimento dos regimes internacionais ambientais: de Estocolmo à Rio+ 20**. DebatesVII, p. 167, 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/321732240_O_papel_das_conferencias_internacionais_sobre_o_meio_ambiente_para_o_desenvolvimento_dos_regimes_internacionais_ambientais_de_Estocolmo_a_Rio_20. Acesso em: 01 jul. 2023.

BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. In: Santos, Murillo Giordan; Villac, Teresa (Coord.) **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. 2. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2015.

BRASIL. STJ. **Guia prático de licitações sustentáveis do STJ**: Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4277/1/1_Livro_Compras%20p%C3%BAblicas%20para%20al%C3%A9m%20da%20economicidade.pdf. Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. TCU. **Súmula 177**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sumula-177-tcu/>. Acesso em 30 jul. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Revista de estudos politécnicos**, v. 8, n. 13, p. 007-018, 2010. P.1-5. Disponível em: <https://scielo.pt/pdf/tek/n13/n13a02.pdf>. Acesso em 3 ago. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O direito público no ambiente**: Direito Constitucional e Direito Administrativo. Curso de Pós-Graduação promovido pelo CEDOUA e a Faculdade de Direito de Coimbra no ano de 1995/1996.

COMPARATO, Fabio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 11. ed- São Paulo: Saraiva, 2017.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

FERREIRA JÚNIOR, E. A função regulatória das compras públicas e o projeto de nova lei de licitações e contratos: três críticas ao Projeto de Lei n.º 4.253/2020. **Revista Digital de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 68-87, 2021. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/180521>. Acesso em: 3 ago. 2023.

FREITAS, Juarez. Licitações públicas sustentáveis: dever constitucional e legal. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, 2013. Disponível em: https://meriva.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11516/2/Licitacoes_Publicas_Sustentaveis_de_ver_constitucional_e_legal.pdf. Acesso em: 24 jul. 2023.

GIORDAN. **Licitações e contratações públicas sustentáveis** / Coordenação: Murilo Giordan Santos; Teresa Villac - 2. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GORDILHO, Heron. **Direito Ambiental Pós-Moderno**. Curitiba: Juruá. 2011.

GORDILHO, Heron José de Santana Gordilho; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Fins do princípio poluidor-pagador. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo. Vol. 14, n. 1, 2018. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2080> Acesso em: 12 mai. 2023.

GORDILHO, José Heron Santana; MATIAS, Marcia Bittencourt Barbosa A logística reversa das embalagens plásticas na interpretação do Superior Tribunal de Justiça, à luz do princípio poluidor pagador. **Revista de Direito e Sustentabilidade**, v. 7, n. 2, p. 01 – 18, jul/dez, 2021. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistards/article/view/8141>. Acesso em 18 mai. 2022, p.3.

HOLANDA, Fábio e FREITAS, Ana. Do “Homo consumericus” ao ser bioético: a função social dos contratos: a função social dos contratos de consumo sob o viés da proteção do meio ambiente. **Revista Brasileira de Direito Animal** v. 15 n.1, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/36237/20827>, Acesso em 3 ago. 2023.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo; GUERRA, Isabella Franco. 30 anos do relatório Brundtland: nosso futuro comum e o desenvolvimento sustentável como diretriz constitucional brasileira. **Revista de Direito da Cidade**, v. 9, n. 4, p. 1884-1901, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/30287/23220>. Acesso em: 02 jul. 2023.

MASTRODI, J.; BRITO, B. D. C. de. Licitações públicas sustentáveis: vinculação ou discricionariedade do administrador? **Revista de Direito Administrativo**, v. 274, p. 81–112, 2017. DOI: 10.12660/rda.v274.2017.68743. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/68743>. Acesso em: 3 ago. 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo, Malheiros, 1994.

MENEGUZZI, Rosa Maria. **Conceito de Licitações Sustentáveis**. In: Santos, Murillo Giordan; Villac, Teresa (Coord.) **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. 2. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MILARE, Edis. **Direito do Ambiente: doutrina prática, jurisprudência, glossário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MOURA, Adriana. **As compra públicas sustentáveis e sua evolução no Brasil**. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5584/1/BRU_n07_compras.pdf. Acesso em: 25 jul. 2023.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Princípio da isonomia na licitação pública**. 4.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

UNO. Outcome of the conference. **The future we want**. Disponível em: http://www.rio20.gov.br/documentos/documentos-da-conferencia/o-futuro-que-queremos/at_download/the-future-we-want.pdf

UNO. **Rio Declaration on Environment and Development**. Disponível em: https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf