CONTRATOS PÚBLICOS E DIREITO ADMINISTRATIVO

carlos ari sundfeld
guilherme jardim jurksaitis
(organizadores)

andré castro carvalho
andré rosilho
benedicto porto neto
cristiana maria melhado araujo lima
dinorá adelaide musetti grotti
diogo r. coutinho
floriano de azevedo marques neto
frederico a. turolla
guilherme antonio fernandes
gustavo andrey fernandes
jacintho arruda câmara
juliana bonacorsi de palma
maria sylvia zanella di pietro
rodrigo pagani de souza
thiago marrara
tomas anker
[illegible] schirato

2790

CONTRATOS PÚBLICOS E DIREITO ADMINISTRATIVO

carlos ari sundfeld
guilherme jardim jurksaitis
(organizadores)

Na Administração Pública atual, *administrar* é, sobretudo, contratar. Os contratos com o setor privado tornaram-se decisivos para desenvolver a infraestrutura do País e para implantar políticas públicas. Daí este livro, mais um da consagrada coleção editorial ***sbdp***/Malheiros Editores, sobre os desafios e problemas mais atuais desses contratos.

Na primeira parte a obra trata da modelagem e da celebração dos contratos públicos, com ou sem licitação, analisando o Regime Diferenciado das Contratações Públicas-RDC, as concessões, os Procedimentos de Manifestação de Interesse-PMIs, as contratações sustentáveis, as sanções de proibição de contratar etc.

A segunda parte é sobre a execução dos contratos, envolvendo temas como cláusulas de reajuste e revisão, desequilíbrio dos contratos, aditivos contratuais e prorrogações.

A terceira parte do livro procura entender as contratações públicas em profundidade, por meio de sua conexão com a ampla dinâmica do direito administrativo, com suas características, problemas e tendências.

O livro é fruto de um projeto coletivo que, mais uma vez, reuniu na Sociedade Brasileira de Direito Público/***sbdp*** professores, pesquisadores e profissionais de várias instituições importantes.

MALHEIROS EDITORES

MANESCO.
RAMIRES.
PEREZ.
AZEVEDO
MARQUES

CONTRATOS PÚBLICOS E DIREITO ADMINISTRATIVO

© SBDP, 2015

ISBN: 978-85-392-0290-4

Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 – São Paulo – SP
Tel.: (11) 3078-7205
Fax: (11) 3168-5495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@terra.com.br

Composição
Acqua Estúdio Gráfico Ltda.

Capa
Criação: Vânia Lúcia Amato
Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
03.2015

Manesco - Adv
TOMBO: 27
CCDIR: 341
CUTTER: C76
ANO: 2015 EDIÇÃ
EX: 1 VOL:

Apresentação .....
– CARLOS ARI SUNDFEL

PARTE I –
DO

*Capítulo 1 — **Onde E***
– CARLOS ARI SUNDFEL

*Capítulo 2 — **Aponta** **das Contratações***
– BENEDICTO PORTO N

*Capítulo 3 — **Desafio** **Contratação Integ***
– ANDRÉ ROSILHO

*Capítulo 4 — **Contra***
– JULIANA BONACORSI

*Capítulo 5 — **O Regi** **Concessão*** .....
– MARIA SYLVIA ZANE

*Capítulo 6 — **Conces** **em Infraestrutur***
– VITOR RHEIN SCHIR

*Capítulo 7 — **A Part** **Privada em Proje***

Capítulo 4

CONTRATAÇÕES PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS[1]

JULIANA BONACORSI DE PALMA

4.1 Introdução: contratações públicas sustentáveis e os novos desafios às licitações públicas. 4.2 Construção da Política de Compras Públicas Sustentáveis na esfera federal: 4.2.1 Antecedentes da Política de Compra Pública Sustentável – 4.2.2 Desenvolvimento regulamentar da Política de Compras Públicas Sustentáveis – 4.2.3 Fatores de afirmação da Política de Compras Públicas Sustentáveis e a inserção do critério de "Desenvolvimento Nacional Sustentável" na Lei 8.666/1993 – 4.2.4 O Decreto 7.746/2012. 4.3 Panorama da experiência federal com as compras públicas sustentáveis. 4.4 Os desafios de gestão que as compras públicas sustentáveis apontam: 4.4.1 O poder de compra estatal em debate – 4.4.2 Discricionariedade e vinculação nas compras públicas sustentáveis. 4.5 Considerações finais.

1. Este artigo baseia-se na pesquisa *Compras Públicas Sustentáveis* (coord. de Juliana Bonacorsi de Palma e Nelson Pedroso Novaes), desenvolvida pelo Centro de Pesquisas Jurídicas Aplicadas/CPJA da Direito GV no âmbito do *Projeto Pensando o Direito* da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), apoiado pelo Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas (PDNU). A pesquisa completa pode ser acessada na página do *Projeto Pensando o Direito*: *http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito*. Agradeço a todos os pesquisadores e consultores envolvidos na pesquisa: André Janjácomo Rosilho, André Luís Macagnan Freire, Beatriz Alencar Dalessio, Carlos Ari Sundfeld, Flávia Silva Scabin, Frederico Araújo Turolla, José Reinaldo de Lima Lopes, Juliana Cristina Luvizotto, Lígia Paula Pires Pinto Sica, Marina Fontão Zago, Marina Jacob Lopes da Silva e Yonara Dantas Oliveira. Agradeço aos professores Carlos Ari Sundfeld e Guilherme Jardim Jurksaitis pelo convite para debater os resultados preliminares do estudo com os alunos do *Curso Anual de Direito Administrativo* na *sbdp*, cujas contribuições enriqueceram nosso relatório final.

4.1 Introdução: contratações públicas sustentáveis e os novos desafios às licitações públicas

Diversos são os trabalhos que têm apontado para um cenário de *transformação das contratações públicas* no Brasil. Nesta agenda de debates participam temas controvertidos que, em geral, visam a incrementar a qualidade das contratações públicas. Indicativos da reforma das licitações no Brasil são, por exemplo, a superação do regime administrativo único ditado pela Lei 8.666/1993, a simplificação eletrônica de procedimentos licitatórios e a possibilidade de Estados e Municípios disporem de regimes próprios de licitação com soluções jurídicas diferentes do texto da Lei 8.666/1993. Há ainda mais um elemento a ser considerado nesse panorama: *o emprego do poder de contratação para implementação de políticas públicas*.

É o caso das *contratações públicas sustentáveis*. As contratações públicas sustentáveis são caracterizadas pela observância de critérios de sustentabilidade na fase de licitação (*licitações sustentáveis*) ou no momento da celebração do contrato (*contrato administrativo sustentável*). Uma licitação que se destina à aquisição de bem reciclado ou atóxico pode ser apontada como exemplo de licitação sustentável. Mais especificamente, consiste em uma *compra pública sustentável*, pois envolve o poder de compra estatal para satisfação de finalidade que transcende a relação bilateral Poder Público contratante e contratado – qual seja: a sustentabilidade.[2] Outro exemplo consiste na contratação de serviços sustentáveis pela Administração Pública, em cujo contrato haja previsão de cláusula sustentável (contrato administrativo sustentável), como a que estipula o dever de certa contratada providenciar o adequado descarte de lâmpadas fluorescentes quando da prestação de serviço de limpeza em uma repartição pública. Ainda, obras podem ser sustentáveis na medida em que o contrato preveja, por exemplo, o dever de emprego de material com maior vida útil, que garanta o nível "A" de eficiência energética ou que tenha menor impacto ambiental.

Instituições públicas têm adotado práticas sustentáveis em suas contratações. Na esfera federal saliente-se o exemplo do Ministério da

2. O conceito de *sustentabilidade* assumido neste estudo é baseado em três pilares – ambiental, social e econômico – e deve ser desdobrado em socialmente inclusivo, ambientalmente sustentável e economicamente sustentado no tempo (cf. pesquisa *Compras Públicas Sustentáveis*, CPJA/Direito GV, 2013, pp. 219 e ss.).

Justiça/MJ, cujo *Projeto EcoJustiça* almejava substituir a aquisição de papel branco por papel reciclado na ordem de 75% até o final de 2013. Apenas no ano de 2012 o MJ alocou 12,2 Reais para as contratações públicas sustentáveis. O Ministério da Educação/MEC lançou o *Programa Escolas Sustentáveis*, para adequação da infraestrutura escolar a critérios de sustentabilidade, que resultou na criação de inovador sistema de compra compartilhada, posteriormente adotado por diversos órgãos e entes federais: o *Registro de Preços Nacional*. Todas as compras públicas sustentáveis foram concentradas no Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação/FNDE, que passou a ser responsável pelo gerenciamento das compras compartilhadas do MEC e pela padronização das minutas de edital, atendendo o máximo possível de órgãos abrangidos na capilar rede educacional brasileira por meio de uma única licitação.[3] Com sua *Política de Compras Públicas Sustentáveis*,[4] o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social/

3. O primeiro Registro de Preços Nacional foi realizado em 2008, com a licitação de ônibus escolares para atendimento de zonas rurais, em conformidade com o *Programa Caminho da Escola*. Para as compras públicas sustentáveis, o modelo de compras públicas centralizadas no FNDE permite padronizar os bens objeto de aquisição pública, mantendo constante o padrão de qualidade (e o atendimento aos critérios de sustentabilidade) em todos os pontos da capilarizada rede educacional, especialmente os pequenos Municípios que adiram ao Programa. Isso significa efetiva melhoria da qualidade da infraestrutura escolar, pois que o Registro de Preços Nacional confere a garantia de que todos os bens adquiridos via licitação (sustentável) invariavelmente atenderão às mesmas especificações técnicas de qualidade do material.

4. Este é o conceito de compras públicas sustentáveis esposado na Política de Compras Públicas Sustentáveis do BNDES: "A Política de Compras Sustentáveis do BNDES tem como objetivo promover a adoção de critérios de sustentabilidade social e ambiental, associados aos econômico-financeiros, no processo de aquisição de bens e contratação de serviços por parte do BNDES. Além de valorizar o planejamento e a eficiência na utilização de recursos, a Política impulsiona os esforços do Banco em estimular a adoção de práticas sustentáveis entre seus fornecedores, ampliando assim os benefícios a toda a sociedade" (disponível em *http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/BNDES_Transparente/Responsabilidade_Social_e_Ambiental/politica_compras.html*, acesso em 10.9.2013).

Nessa linha vai o *Relatório de Atividades do BNDES* referente ao ano de 2011, p. 221: "Esse conceito [*compras públicas sustentáveis*] refere-se à inclusão de critérios de sustentabilidade social e ambiental nas contratações realizadas pelo setor público. Além de reduzir o impacto ambiental e a desigualdade social, as compras públicas sustentáveis podem garantir maior qualidade aos produtos e serviços adquiridos, como o resultado da adoção de uma lógica que valoriza o desempenho do produto ou serviço no longo prazo" (disponível em *http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/RelAnual/ra2011/relatorio_anual2011.pdf*, acesso em 10.9.2013).

BNDES passou a adotar critérios sustentáveis em suas licitações nos termos do *Protocolo Verde*, do qual é signatário conjuntamente com o Ministério do Meio Ambiente, em que se reconhece o papel indutor dos aderentes à promoção da sustentabilidade.

Também são diversos os exemplos recolhidos nas esferas estaduais e municipais. Praticamente todos os Estados dispõem de leis formais ou decretos pertinentes ao tema das licitações sustentáveis.[5] Muito embora o cenário seja de baixa densidade normativa e a leitura da sustentabilidade seja predominantemente ambiental, desconsiderando a vertente social do conceito, tem-se que a noção de sustentabilidade está integrada ao sistema de direito administrativo. Destaca-se a experiência do Estado de São Paulo, cujas mais recentes práticas voltadas à promoção das contratações sustentáveis correspondem à priorização da inclusão de novos itens com Selo Socioambiental no Cadastro Único de Materiais e Serviços da Bolsa Eletrônica de Compras, bem como a criação do Banco de Dados Madeira Legal/CAD-MADEIRA.

Paralelamente a esse movimento de internalização das contratações sustentáveis por instituições federais, estaduais e municipais, com crescente respaldo normativo, é notável o papel de difusão das licitações sustentáveis que alguns órgãos públicos têm desempenhado, como a Advocacia-Geral da União/AGU e a Secretaria Paulista do Meio Ambiente. Além de estudos almejando a segurança jurídica nas contratações sustentáveis,[6] cursos de capacitação são sistematicamente fornecidos aos gestores públicos.

Há uma tendência em andamento nas contratações públicas. O tema das contratações públicas sustentáveis coloca em xeque paradigmas bem estabelecidos no direito administrativo brasileiro – como a

5. São 79 diplomas normativos recolhidos nos Estados, segundo levantamento da pesquisa *Compras Públicas Sustentáveis*, cit., pp. 141 e ss. Apenas os Estados de Rondônia, Roraima, Alagoas e Paraíba não dispõem de leis formais ou decretos relativos às contratações sustentáveis.

6. Cf. *Guia Prático de Licitações Sustentáveis da Consultoria Jurídica da União do Estado de São Paulo – AGU*, AGU, 2013 (disponível em *http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=138067&id_site=777*, acesso em 10.9.2013).

noção de proposta mais vantajosa – e realça outra ordem de preocupações: essas contratações são mais caras? As contratações públicas sustentáveis aumentam o risco à corrupção? Poderiam comprometer a qualidade da contratação administrativa? Compreender esse fenômeno de origem prática e decifrá-lo juridicamente é o principal objetivo do texto.

A proposta do presente artigo não é fazer uma apologia à sustentabilidade e ao emprego do poder de compra estatal para satisfazer este nobre fim. Práticas que, a princípio, parecem ser "do bem" podem terminar em um grande fiasco de gestão pública. Não é preciso ir longe para noticiar como investidas bem-intencionadas do Poder Público acabaram em significativo aumento dos custos e abertura à corrupção, ou simplesmente padeceram de inefetividade. Também o artigo não se destina a rechaçar a prática do uso do poder de compra estatal para viabilizar políticas públicas. Variáveis como a natureza do objeto licitado, valores envolvidos ou estabilidade de determinado programa de governo podem sinalizar a pertinência da experiência em algumas situações. Não vou tomar partido. Este artigo se destina a *qualificar o debate* sobre contratações públicas sustentáveis, servindo como uma porta de entrada à análise do uso do poder de contratação estatal para satisfação de fins públicos outros que não o próprio contrato administrativo em si considerado.

Para endereçar esta proposta, considero adequado adotar uma *postura de imparcialidade* – postura, esta, fundamental em qualquer pesquisa jurídica para melhor constatação das potencialidades e das fragilidades de determinado instituto e de sua dinâmica. Especialmente no tema das licitações públicas, soluções simples pouquíssimo contribuem ao aprimoramento do sistema. A *complexidade* foi adotada como ponto de partida de análise, de modo que busquei ao máximo apresentar a realidade das contratações sustentáveis, considerando seus interesses, preocupações e soluções em discussão. Assim, as considerações aqui desenvolvidas se lastreiam fundamentalmente em fontes primárias do Direito – como normas, decisões judiciais e documentos governamentais –, buscando ao máximo uma abordagem interdisciplinar. Para um estudo mais acurado, o tema será enfrentado pela perspectiva das *compras públicas sustentáveis*, ou seja, das licitações voltadas à contratação de bens cuja especificação técnica atenda a algum critério de sustentabilidade.

O principal objetivo traçado é mapear um fenômeno em andamento na gestão pública: o uso do poder de contratação estatal para satisfazer políticas públicas. Trata-se de proposta que se compatibiliza com a linha de metodologia empírica de pesquisa que cada vez mais tem ganhado adeptos no direito público brasileiro. São céticos e mais céticos fazendo trabalho minucioso de levantamento de dados, entrevistas, sistematização doutrinária, estudo de casos – dentre tantas outras empreitadas –, com a finalidade comum de compreender os meandros do direito público brasileiro. Nesta oportunidade pretendo colecionar informações que possam instigar reflexões sobre o atual papel das licitações públicas no Brasil, bem como apresentar soluções jurídicas que considero serem oportunas para constarem na agenda de debates sobre o uso do poder de contratação pública para implementar políticas públicas.

4.2 Construção da Política de Compras Públicas Sustentáveis na esfera federal

4.2.1 Antecedentes da Política de Compra Pública Sustentável

A previsão normativa das compras públicas federais na esfera federal é inovação recente, sem antecedentes sólidos. A ausência de exemplos normativos sobre compras públicas sustentáveis deve-se fundamentalmente ao fato de não pertencer à tradição pública brasileira a visão da licitação como instrumento de implementação de políticas públicas. Tampouco integra nossa tradição a sustentabilidade como diretriz da própria Administração Pública. Assim, o Decreto 2.783/1998 sinaliza para uma possível mudança da chave de compreensão do papel do Poder Público em matéria socioambiental, sob influência estrangeira, ao proibir que a Administração, direta, autárquica e fundacional, adquira produtos ou equipamentos que contenham ou façam uso das Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio/SDO.[7]

7. É o texto do art. 1º do Decreto 2.783/1998:
"Art. 1º. É vedada a aquisição, pelos órgãos e pelas entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, de produtos ou equipamentos que contenham ou façam uso das Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio – SDO, discriminadas no Anexo deste Decreto.

Outro preceito normativo que pode ser indicado como precursor da Política de Compra Pública Sustentável corresponde ao Documento de Princípios da Política Nacional de Biodiversidade (Decreto 4.339/2002), que prevê, dentre seus objetivos específicos, "estimular o uso de instrumentos voluntários de certificação de produtos, processos, empresas, órgãos do governo e outras formas de organizações produtivas relacionadas com a utilização sustentável da biodiversidade, inclusive nas *compras do governo*" (grifos acrescentados). Sem estabelecer uma Política de Compras Públicas Sustentáveis ou determinar obrigações ao Poder Público de adoção de critérios de sustentabilidade em suas licitações, tem-se embrionária sinalização de relacionamento entre sustentabilidade e processos licitatórios em sede normativa. Em 2006 foi editada a Lei de Gestão Florestal (Lei 11.284/2006),[8] cujo art. 19 determina o cumprimento de determinadas obrigações de caráter ambiental para habilitação em licitação de concessão florestal, sem prejuízo dos critérios de habilitação definidos na Lei de Licitações.[9]

4.2.2 Desenvolvimento regulamentar da Política de Compras Públicas Sustentáveis

As primeiras iniciativas de uso do poder de compra estatal para promoção da sustentabilidade viriam, porém, apenas em 2008, com a

"Parágrafo único. Excluem-se do disposto no *caput* deste artigo os produtos ou equipamentos considerados de usos essenciais, como medicamentos e equipamentos de uso médico e hospitalar, bem como serviços de manutenção de equipamentos e sistemas de refrigeração."

O texto normativo foi endereçado à Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio e ao Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio – SDO, dos quais o Brasil foi signatário.

8. Regulamentada pelo Decreto 6.063/2007.

9. São duas as exigências de habilitação determinadas pela Lei de Gestão Florestal: (i) comprovação de ausência de débitos inscritos na Dívida Ativa relativos a infrações ambientais nos órgãos do SISNAMA e (ii) comprovação de ausência de decisões condenatórias, com trânsito em julgado, em ações penais relativas a crime atentatório ao meio ambiente, à ordem tributária ou à Previdência. Ademais, o julgamento da licitação de concessão florestal, sempre na modalidade técnica e preço, será tomado segundo os parâmetros definidos na lei, quais sejam: (i) menor impacto ambiental; (ii) os maiores benefícios sociais diretos; (iii) a maior eficiência; e (iv) a maior agregação de valor ao produto ou serviço florestal na região da concessão (cf. art. 26, II, da Lei 11.284/2006).

edição de regulamento pelos principais atores na construção da política federal de compra pública sustentável: o Ministério do Meio Ambiente/MMA e o Ministério do Planejamento, por meio da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação/SLTI.

O engajamento do MMA com o tema das compras públicas sustentáveis começou efetivamente a ser articulado como uma potencial política em meados dos anos 2000, muito embora esta não fosse uma pauta estranha à sua agenda institucional. Além do *input* interno, proveniente de seu corpo técnico especializado, o MMA se sensibilizou com as experiências internacionais e nacionais que ganhavam corpo em alguns Estados, como São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro.[10]

Com a criação do *Programa A3P* em 1999, a partir dos compromissos firmados pelo MMA na Agenda 21, as compras públicas sustentáveis[11] passaram a ser relacionadas dentre as práticas sustentáveis que deveriam ser adotadas pelos órgãos da Administração Pública. O Programa Governamental A3P tem grande influência na construção da Política de Compras Públicas Sustentáveis, servindo como substrato à conformação de sua disciplina jurídica. Porém, também impulsionou formulações legislativas, que, inclusive, conceberam o poder de compra estatal como relevante indutor da sustentabilidade, como a Política de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010) e a Política Nacional de Mudanças Climáticas (Lei 12.187/2009). A grande contribuição da A3P às licitações sustentáveis reside na mudança da perspectiva de análise da licitação. Primeiramente, o poder de compra estatal possuiria finalidades outras que não o alcance da oferta economicamente mais vantajosa para o Poder Público. O Programa enfatiza a necessidade de que os compradores públicos saibam delimitar corretamente as necessidades da instituição na qual estejam lotados e conheçam a legislação aplicável. Pela formalização do termo de adesão ao Programa

10. Cf. pesquisa *Compras Públicas Sustentáveis*, cit., pp. 61 e ss.

11. Este é o conceito de *licitação sustentável* adotado no Programa A3P: "Procedimento administrativo formal que contribui para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, mediante a inserção de critérios sociais, ambientais e econômicos nas aquisições de bens, contratações de serviços e execução de obras" (disponível em *http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/a3p*, acesso em 10.9.2013). São critérios de sustentabilidade para contratações públicas sustentáveis estipulados no Programa A3P: custos ao longo de todo o ciclo de vida, eficiência, compras compartilhadas, redução de impactos ambientais e problemas de saúde e desenvolvimento e inovação.

A3P, órgãos e entes públicos têm aderido à prática das compras públicas sustentáveis na medida em que a assinatura do termo demonstra o comprometimento da instituição compromitente com a agenda socioambiental definida pela A3P.[12]

No dia 15.5.2008 foi editada a Portaria 61 para estabelecer práticas de sustentabilidade ambiental que condicionariam as compras públicas sustentáveis realizadas pelo próprio Ministério ou por órgãos a ele vinculados.[13] Tomando como referência o texto final do Decreto 7.746/2012, que regulamenta as licitações sustentáveis, é possível depreender já na Portaria 61/2008 as bases da Política de Compras Públicas Sustentáveis na esfera federal: (i) clara explicitação da competência para realização de compras públicas sustentáveis; (ii) adoção como critério de sustentabilidade nos certames de aquisição de bens a especificação do objeto licitado; (iii) aposta na conscientização da importância da sustentabilidade como elemento de transformação da racionalidade formal ditada pela Lei 8.666/1993; (iv) formalização do plano de metas de promoção da sustentabilidade na instituição; e (v) disciplina jurídica orientada pela discricionariedade administrativa, com valorização do papel do gestor público na projeção das compras públicas sustentáveis.

A proposta do MMA à época era vivenciar uma experimentação caseira das compras públicas sustentáveis. A partir da análise das experiências práticas exclusivamente na aquisição de bens, o Ministério poderia tomar contato com as potencialidades e as fragilidades da

12. Com base nas balizas da A3P, algumas experiências envolvendo compras públicas sustentáveis foram desenvolvidas no âmbito do MMA e pelos parceiros da A3P. Na Câmara dos Deputados, por exemplo, os gestores devem observar os critérios de sustentabilidade dispostos no Ato da Mesa 4/2011 para a aquisição de bens, contratação, execução e fiscalização de serviços e obras pela Casa. De acordo com o bem ou serviço, é exigida a observância de critérios envolvendo logística reversa, coleta seletiva, rotulagem e certificação, eficiência energética, redução de gasto de recursos hídricos, redução de embalagens etc. Outras experiências implementadas por parceiros da A3P envolvem Banco da Amazônia, IBRAM, IFT/GO (Campus Rio Verde) e ELETROBRAS/ELETRONORTE.

13. O "considerando" apresentado no texto normativo é bastante elucidativo daquela que seria uma das principais bandeiras do MMA na promoção da sustentabilidade: "Considerando que a Administração Pública ao exercer o seu poder de compra e de contratação desempenha papel de destaque na orientação dos agentes econômicos e na adoção dos padrões do sistema produtivo e do consumo de produtos e serviços ambientalmente sustentáveis, incluindo o estímulo à inovação tecnológica".

dinâmica e, assim, fazer os ajustes necessários para calibrar o desenho jurídico da norma que futuramente vincularia praticamente todos os órgãos e entes da Administração Pública Federal.

O segundo grande ator de promoção da Política de Compras Públicas Sustentáveis na esfera federal corresponde ao Ministério do Planejamento, com destaque para a SLTI, órgão que efetivamente capitaneou a disciplina jurídica das licitações sustentáveis no âmbito do Ministério do Planejamento. Mas por que a SLTI?

Alguns dados podem explicar o protagonismo da SLTI frente aos demais órgãos que estruturam o Ministério do Planejamento. Primeiramente, a porta de entrada do tema das compras públicas sustentáveis se procedeu a partir do estudo do *TI Verde* pelos técnicos da Secretaria, que tomaram contato com a experiência da Universidade de São Paulo/USP de licitação de *computador verde* (o *Selo Verde* foi criado pela própria Universidade). Assim como no caso do MMA, a SLTI também se sensibilizou com as experiências em curso em alguns Estados com licitação sustentável. Ademais, uma parte do influxo para o desenvolvimento da Política de Compras Públicas Sustentáveis no Governo Federal deve-se à visita de equipe ao *Department for Environment, Food & Rural Affairs*/DEFRA, no âmbito do Programa *Diálogos Setoriais*, envolvendo o Brasil e a União Europeia.[14]

Porém, o envolvimento da SLTI com o tema das compras públicas sustentáveis deve-se fundamentalmente à sua competência de (i) formulação e promoção de políticas relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços, assim como de licitações e contratos, e (ii) gerenciamento e operacionalização do Portal de Compras do Governo Federal/ComprasNet.[15-16] Tem-se que a participação da SLTI na institucionalização das compras públicas sustentáveis seria imprescindível, dado o emprego da modalidade pregão (eletrônico) na quase totalidade dos casos e na incumbência de gestão de materiais.

Como medida de estímulo dos gestores públicos à realização de compras públicas sustentáveis, bens sustentáveis passaram a ser inseridos no Sistema de Catalogação de Material/CATMAT. Logo em 2010

14. Cf. pesquisa *Compras Públicas Sustentáveis*, CIT., Pp. 78 e ss.
15. Disponível em *http://www.comprasnet.gov.br* (acesso em 10.9.2013).
16. Cf. art. 32, I e II, do Decreto 7.675/2012.

foi feita a primeira triagem dos bens sustentáveis listados no CATMAT, em colaboração com a AGU, então já experiente no tema das compras públicas sustentáveis.[17] Atualmente são 935 bens listados como sustentáveis.[18]

No dia 30.4.2008 a SLTI editou a Instrução Normativa 02, que dispõe sobre regras e diretrizes de contratação de serviços pela Administração Pública. O art. 42 desse ato normativo previu expressamente o dever de constarem no projeto básico de contratação de serviços de limpeza e conservação "exigências de sustentabilidade ambiental na execução do serviço". Ademais, o art. 15 previu a obrigatoriedade de justificativa da necessidade da contratação de serviços, dispondo, dentre outros aspectos, sobre os "critérios ambientais adotados, se houver" (inciso I, "e").

4.2.3 Fatores de afirmação da Política de Compras Públicas Sustentáveis e a inserção do critério de "Desenvolvimento Nacional Sustentável" na Lei 8.666/1993

Um fator indispensável à formulação de políticas públicas corresponde à *vontade política*. No caso das compras públicas sustentáveis, com muita clareza é possível verificar o crescimento da vontade política de algumas instâncias do Governo Federal em incentivar a sustentabilidade, valendo-se, para tanto, do uso do poder de compra estatal. É o que pode ser depreendido das iniciativas governamentais já analisadas, a exemplo da A3P. Outro programa considerado como um

17. Cf. pesquisa *Compras Públicas Sustentáveis*, cit., pp. 81 e ss. A listagem de um bem como sustentável é feita a partir da indicação do gestor público à SLTI sobre a qualidade sustentável de determinado bem, acompanhada da devida justificativa. Uma vez validado, o bem recebe um número BR que o gestor demandante pode acessar para fazer uso, inclusive, na licitação que ensejou o encaminhamento da sugestão ao Ministério do Planejamento. Todavia, a listagem do bem como sustentável não pode frustrar a competitividade, pois do contrário não haveria que se falar em licitação sustentável, mas, sim, em contratação direta. Esta listagem demanda, portanto, mínima compreensão do mercado no qual o bem sustentável se insere. Diante da imensa quantidade de produtos listados no CATMAT – aproximadamente 200 mil itens –, a análise dos bens como sustentáveis será feita a partir de novas demandas, dada a enorme dificuldade que seria resgatar todos os itens constantes no CATMAT.

18. Cf. *http://www.comprasnet.gov.br/Livre/Catmat/conitemmat2.asp?nomeitem=&chkSustentavel=S&indItemSustentavel=S&msg* (acesso em 31.1.2015).

precursor das compras públicas sustentáveis é o *Projeto Esplanada Sustentável*/PES.

Em 2012 a Portaria Interministerial 244 reestruturou o Programa A3P, integrando-o por meio do PES a outros programas também relacionados à melhoria da gestão administrativa dos órgãos da Administração Federal. O PES unificou quatro programas: (i) *Programa de Eficiência do Gasto Público*/*PEG*, desenvolvido no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão/MPOG; (ii) *Programa Nacional de Conservação de Energia Elétrica*/*PROCEL*, mais especificamente o Subprograma Eficiência Energética em Prédios Públicos/PROCEL EPP, desenvolvido pela ELETROBRAS e coordenado pelo Ministério de Minas e Energia; (iii) *Agenda Ambiental na Administração Pública*/A3P, coordenado pelo MMA; e (iv) *Coleta Seletiva Solidária*, coordenado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

Outro fator de desenvolvimento da Política de Compras Públicas Sustentáveis corresponde à proposta de *fortalecer as micro e pequenas empresas*/MPEs. As compras públicas sustentáveis foram consideradas pelo Governo como instrumentos de fomento às MPEs, sem desconsiderar a finalidade de promoção da sustentabilidade, pois os bens sustentáveis seriam mais adequados ao universo das MPEs.[19]

Saliente-se, ainda, a premissa adotada de que as compras públicas sustentáveis tendem a *desenvolver novos nichos de mercado*. Pela destinação de parcela do orçamento exclusivamente a determinadas atividades ou a segmentos sustentáveis, o Poder Público termina por sinalizar ao mercado determinada vantagem competitiva, o que levaria ao desenvolvimento de mercados sustentáveis. Preten-

19. A título de exemplo, a SLTI realiza todo ano levantamento estatístico sobre as compras governamentais, produzindo relatórios sobre a dinâmica das licitações intermediadas pelo ComprasNet e o volume do poder de compra estatal direcionado às contratações públicas. Nessas análises, as MPEs constituiriam variáveis de análise – o que indica a preocupação do Governo Federal com a avaliação dos benefícios licitatórios na destinação de recursos públicos via contratação às MPEs (cf. *Informações Gerenciais de Contratações e Compras Públicas: Micro e Pequenas Empresas*, disponível em *http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Manuais/02-01_A_12_INFORMATIVO%20COMPRASNET_MPE.pdf*, acesso em 12.5.2013. Cf., ainda, *Informações Gerenciais de Contratações e Compras Públicas*, disponível em *http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Manuais/01-01_A_12_INFORMATIVO%20COMPRASNET_DadosGerais.pdf*, acesso em 12.5.2013).

dia-se que as compras públicas sustentáveis também fossem indutoras da cultura sustentável no setor empresarial. Paulatinamente as empresas passariam a criar suas linhas verdes ou, mesmo, a atender a padrões de sustentabilidade no âmbito de sua atividade de gestão de negócios.

Apenas com a edição da Instrução Normativa SLTI-01/2010 pode-se afirmar que houve a construção de uma Política de Compras Públicas Sustentáveis na esfera federal, com disciplina da inserção de critérios sustentáveis nas licitações praticadas pelos órgãos da Administração direta, bem como autarquias e fundações estatais de direito público (Administração autárquica). A proposta da Instrução Normativa SLTI-01 era sinalizar à Administração Pública Federal como as compras públicas estariam juridicamente respaldadas, enquanto o decreto ainda estivesse em discussão. A Instrução Normativa SLTI-01 seria, portanto, uma prévia do Decreto 7.746/2012.

O contexto de edição da Instrução Normativa SLTI-01/2010 é marcado pela intensificação das determinações relativas às licitações sustentáveis, como o Regulamento de Licitação de Bens e Serviços de Informática (Decreto 7.174/2010),[20] a Lei de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010)[21] e seu Regulamento (Decreto 7.404/2010). É o resultado do amadurecimento dos debates relativos ao uso do poder de compra estatal para atingimento de finalidades de relevante interesse.

20. O Decreto 7.174/2010 regulamenta a contratação de bens e serviços de Informática e Automação pela Administração Pública Federal. Retomados os debates sobre o Processo Produtivo Básico/PPB e editada a Portaria Interministerial MDIC/MCT-170, em 2010, com a finalidade de criar grupo técnico interministerial para avaliar e propor processos produtivos básicos (GT-PPB), o Regulamento de Licitação de Bens e Serviços de Informática foi editado com a finalidade de favorecer a inovação tecnológica e o desenvolvimento industrial mediante o uso do poder de compra estatal. Para tanto foi fixada preferência na contratação de fornecedores cujos produtos se coadunassem com as políticas de inovação tecnológica e industrial. No Regulamento de Licitação de Bens e Serviços de Informática foi determinado que os editais de licitação da Administração direta e autárquica devem obrigatoriamente conter exigência de certificações, na fase de habilitação, que atestem o consumo de energia (art. 3º, II, "c").

21. É o texto do art. 7º, XI, da Lei de Resíduos Sólidos: "São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos: (...); XI – prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para: a) produtos reciclados ou recicláveis; b) bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis; (...)".

No âmbito legislativo, o debate sobre sustentabilidade "tomou carona" no processo legislativo para a futura edição da Lei 12.349/2010, já em andamento, com o início da tramitação pela edição da Medida Provisória 495/2010. Esta medida provisória era voltada à promoção do "desenvolvimento nacional" – sem qualquer referência à expressão "sustentável" –, pela previsão de regras de favorecimento ao produto nacional como medida de promoção do mercado interno brasileiro, como a margem de preferência. Conforme aponta a pesquisa *Compras Públicas Sustentáveis*, a partir da investigação empírica do processo legislativo da Lei 12.349/2010 o termo "sustentável" foi diretamente inserido no Projeto de Conversão da Medida Provisória 495/2010 pelo deputado federal Severiano Alves (PMDB/BA):

> A modificação teria passado completamente desapercebida não fosse pelo comentário feito em plenário pelo deputado federal Arnaldo Jardim (PPS/SP), no qual afirmou o seguinte: "(...) quero destacar a sutileza da alteração feita pelo Relator, o deputado Severiano Alves, que, na minha avaliação, fez um belo trabalho. Trata-se de uma sutileza, como disse, mas de muito significado, uma vez que à expressão 'desenvolvimento nacional', do texto original, acrescentou o termo 'sustentável', dando assim ao texto um rumo importante no sentido das inovações que se pretendem fazer".
>
> Não há qualquer outra menção ao termo "sustentável" no processo legislativo. Nada se debateu sobre o tema e não se sabe ao certo o que motivou o deputado federal Severiano Alves a inseri-lo no bojo do projeto de lei ou o que levou os demais congressistas a apoiar esta medida. Desse modo, não há indícios, no processo legislativo, de que tenha havido um reflexão mais profunda por parte dos parlamentares sobre o sentido do termo "sustentável" ou sobre eventual impacto deste termo nas licitações públicas. Tem-se a impressão de que a expressão "desenvolvimento nacional sustentável", por intuitivamente invocar uma ideia positiva e por não suscitar, ao menos de imediato, reações de interesses a ela contrapostos – até porque se trata de uma política dotada de alto grau de indeterminação *a priori* –, gerou uma espécie de adesão automática (ou tácita) por parte dos congressistas.[22]

Com a aprovação da Lei 12.349/2010 seria conferida nova redação à Lei 8.666/1993, para prever o "desenvolvimento nacional sustentável" dentre os objetivos das licitações públicas, no *caput* do seu art. 3º, nos seguintes termos:

22. Cf. pesquisa *Compras Públicas Sustentáveis*, cit., pp. 96-97.

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do *desenvolvimento nacional sustentável* e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. [*Grifos acrescentados*]

4.2.4 O Decreto 7.746/2012

Como já analisado, desde 2008 o texto do Decreto 7.746/2012 já estava, em certa medida, em discussão com as instruções normativas editadas pelo MMA e pela SLTI.

A grande contribuição do Decreto 7.746/2012 viria a ser a institucionalização da política de uso do poder de compra estatal para satisfação de finalidades sustentáveis, contando, para tanto, com um órgão especializado: a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública/CISAP. Ademais, a disciplina jurídica por meio de decreto visava a espraiar a política para toda a Administração Federal, então restrita a poucos órgãos e entes que aderiram ao PES ou mesmo às instruções normativas editadas pela SLTI/MPOG. Outro fator de edição do Decreto 7.746/2012 correspondeu a conferir segurança jurídica aos gestores públicos para encorajá-los a licitar fazendo uso de critérios de sustentabilidade. Pode ainda ser indicado o Acórdão 1.752/2011 do Tribunal de Contas da União/TCU, que faz expressa recomendação ao Ministério do Planejamento para disciplina das licitações sustentáveis.[23]

No âmbito da Casa Civil, a dinâmica de debates sobre o Decreto 7.746/2012 foi protagonizada por MMA, SLTI e Controladoria-Geral da União/CGU, além da própria Casa Civil. O principal aspecto em

23. É a recomendação do TCU ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão/MPOG: "9.1 Recomendar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que apresente, em 90 (noventa) dias, um plano de ação visando a orientar e a incentivar todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal a adotarem medida para o aumento da sustentabilidade e eficiência no uso de recursos naturais, em especial energia elétrica, água e papel, considerando a adesão do País aos acordos internacionais: Agenda 21, Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima e Processo Marrakech, bem como o disposto na Lei n. 12.187, de 29 de dezembro de 2009, na Lei n. 9.433, de 8 de janeiro de 1997, na Lei n. 10.295, de 17 de outubro de 2001, no Decreto n. 5.940, de 25 de outubro de 2006, e na Instrução Normativa SLTI/MP n. 1, de 19 de janeiro de 2010".

discussão era a obrigatoriedade de a Administração contratar de modo sustentável, como a princípio estava determinado na arrojada minuta de decreto. Primeiramente a Casa Civil sugeriu a inserção da preservação do caráter competitivo do certame no parágrafo único do art. 2º do decreto,[24] o que foi aceito após ficar estabelecido que a competição se verificaria entre licitantes, e não entre bens sustentáveis e bens não sustentáveis. Outro ponto de discussão na Casa Civil sobre a redação do Decreto 7.746/2012 correspondeu à sua abrangência, pois foram colocados argumentos favoráveis à aplicabilidade do decreto às empresas estatais. Resistindo à proposta de ampliação da incidência do decreto, a Casa Civil defendeu que nenhuma empresa estatal fosse submetida ao teor do Decreto 7.746/2012, mas prevaleceu a solução de compromisso de vincular apenas as empresas estatais dependentes.[25] Editado às vésperas da *Rio +20*, no simbólico Dia Internacional do Meio Ambiente (5 de junho), o Decreto 7.746/2012 terminou por regulamentar o art. 3º da Lei 8.666/1993.

Segundo o Decreto 7.746/2012, os critérios e práticas de sustentabilidade serão veiculados como (i) especificação técnica do objeto, no caso de aquisição de bens, ou (ii) obrigação da contratada, na prestação de serviços[26] – que correspondem exatamente às hipóteses de critérios de sustentabilidade mais recorrentes nas licitações sustentáveis federais. Porém, nos termos do parágrafo único do art. 3º do decreto, outras formas de veiculação dos critérios e práticas sustentáveis nas contratações públicas podem ser veiculadas por regulamentos expedidos pela SLTI.

A criação da Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública/CISAP pode ser considerada uma das principais inovações trazidas pelo Decreto 7.746/2012. Segundo o art. 9º, a CISAP caracteriza-se como órgão interministerial de natureza consultiva e caráter permanente, vinculado à SLTI. Dentre as competências assinaladas pelo Decreto 7.746/2012 à CISAP está a de propositura das seguintes ações à SLTI, para que tome as providências, se assim considerar oportuno e conveniente: normas para elaboração de ações

24. Esta é a redação final do art. 2º, parágrafo único, do Decreto 7.746/2012: "A adoção de critérios e práticas de sustentabilidade deverá ser justificada nos autos e preservar o caráter competitivo do certame".

25. Cf. pesquisa *Compras Públicas Sustentáveis*, cit., p. 105.

26. Cf. art. 3º, *caput*, do Decreto 7.746/2012.

de logística sustentável; regras para elaboração dos Planos de Gestão de Logística Sustentável; planos de incentivos para órgãos e entidades que se destacarem na execução de seus Planos de Gestão de Logística Sustentável; critérios e práticas de sustentabilidade nas aquisições, contratações, utilização de recursos públicos, desfazimento e descarte; estratégias de sensibilização e capacitação de servidores para a correta utilização de recursos públicos e para a execução das ações de sustentabilidade; e ações para divulgação de práticas de sustentabilidade. Na qualidade de órgão consultivo, as manifestações da CISAP não vinculam a SLTI, a qual mantém autonomia sobre as decisões de sustentabilidade que lhe competem.

A linha do tempo abaixo sistematiza o processo de construção da Política de Compras Públicas Sustentáveis na esfera federal:

Ilustração 01 – Linha do tempo da Política de Compras Públicas Sustentáveis na esfera federal

Fonte: elaboração própria.

4.3 Panorama da experiência federal com as compras públicas sustentáveis

A experiência com as compras públicas sustentáveis pode ser depreendida a partir de análises institucionais, que busquem averiguar

como determinadas instituições fazem uso de critérios sustentáveis em seus processos de compra. Para este artigo preferiu-se apresentar o panorama das compras públicas sustentáveis na esfera federal tomando as práticas institucionais como exemplos. Duas fontes de análise direcionaram a redação deste item. A primeira corresponde ao documento *Informações Gerais de Contratações Públicas Sustentáveis*,[27] que a SLTI periodicamente edita. A segunda é a análise quantitativa desenvolvida na pesquisa *Compras Públicas Sustentáveis* a partir de tabela em Excel fornecida pela SLTI com 20.846 editais sistematizados.

A experiência com as compras públicas sustentáveis na esfera federal é uma experiência com o pregão. Em 97% das compras públicas sustentáveis conduzidas pela União no ano de 2012 a modalidade pregão foi utilizada, com especial destaque para o formato eletrônico.[28] Todos os demais casos foram de contratação direta – o que permite afirmar que as compras públicas sustentáveis na esfera federal se limitam ao pregão. Em razão da forte presença do pregão na dinâmica das compras públicas sustentáveis, é necessário considerar esse fator na análise da efetividade da Política.

Quanto maior a competitividade, mais vantajosa, em termos econômicos, tende a ser a proposta nos certames. Argumenta-se que a sustentabilidade encarece a contratação pública. Na análise das licitações sustentáveis do BNDES depreendida na pesquisa *Compras Públicas Sustentáveis* esta hipótese não se confirmou, pois o percentual médio de economia de recursos nas licitações sustentáveis foi de 54,37%.[29] Não é verdade, portanto, que pelo fato de uma licitação ser sustentável o valor da contratação é invariavelmente maior. Mas tampouco se pode afirmar que o fator *sustentabilidade* não influi no preço final. É preciso considerar o impacto do pregão nessas contratações públicas. Ocorre que o pregão pressupõe competitividade e acirra a disputa entre os licitantes em diversas oportunidades, como o saneamento do processo e a fase de lances. Assim, a redução do preço se deve muito mais à dinâmica própria do pregão do que propriamente ao tipo de bem em questão.

27. Disponível em *http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Manuais/03-01_A_12_INFORMATIVO%20COMPRASNET_ComprasSustentaveis.pdf* (acesso em 10.9.2013).
28. Cf. pesquisa *Compras Públicas Sustentáveis*, cit., pp. 277-326.
29. Idem, p. 128.

Outro aspecto a ser considerado, ainda com relação ao BNDES, corresponde ao tipo de bem licitado. As licitações sustentáveis no âmbito do BNDES foram endereçadas para apenas um tipo de produto – *toners* de impressão – e, consequentemente, o critério de sustentabilidade nelas trabalhado foi o mesmo, qual seja: adoção de programa de reciclagem ou de descarte adequado de *toner*. Para tanto, foi estabelecida obrigação de atender ao disposto na Lei de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010), cujo art. 33, VI, obriga que fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de produtos eletrônicos e seus componentes implementem sistemas de logística reversa em que haja o adequado retorno dos produtos após o uso pelo consumidor de modo independente do serviço de limpeza urbana e do manejo de resíduos sólidos. Trata-se de atendimento a uma obrigação legal, portanto, e não uma opção tomada discricionariamente pelo gestor. Este aspecto pode pesar na composição do custo de transação.

De modo mais abrangente, as compras públicas sustentáveis em geral também recebem forte influência da Lei de Resíduos Sólidos, pois os principais produtos licitados de modo sustentável correspondem àqueles em que a lei determina a realização de logística reversa, a qual é considerada um critério de sustentabilidade.

Tabela 01 – *Ranking* dos bens licitados considerando critérios de sustentabilidade

Bem licitado	% das licitações
Detergente	20,34
Papel A3/A4	10,50
Saponáceo	9,27
Cartucho impressora	8,09
Aparelho de ar-condicionado	7.17
Sabão em pó	4,56
Envelope	2,97
Desodorante ambiente	2,72
Caneta esferográfica	2,66
Limpador ácido	2,56

(continua)

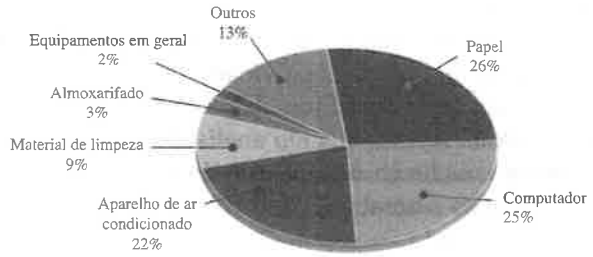
Tabela 01 – *Ranking* dos bens licitados considerando critérios de sustentabilidade *(continuação)*

Bem licitado	% das licitações
Saco plástico	2,31
Outros	26,84

Fonte: CPJA/Direito GV, a partir de dados fornecidos pela SLTI/MPOG.

Este dado releva o quão incipiente é a Política de Compras Públicas Sustentáveis na esfera federal. De fato, no ano de 2012 apenas 0,1% do poder de compra do Governo Federal foi alocado nas licitações sustentáveis.[30] Atualmente o poder de compra pública federal é alocado conforme a seguinte distribuição:

Gráfico 01 – Alocação do poder de compra estatal nas compras públicas sustentáveis

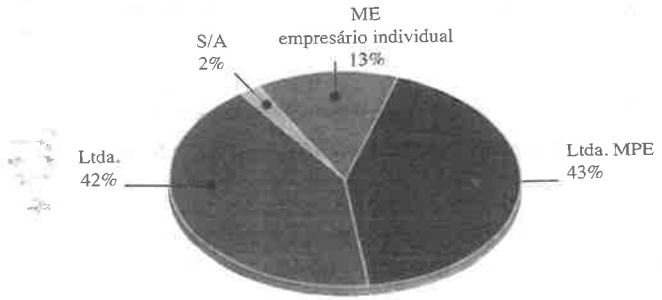


Fonte: CPJA/Direito GV

Dos dados analisados na pesquisa *Compras Públicas Sustentáveis* foi possível constatar que existe alta representatividade das MPEs tanto quanto à participação na qualidade de proponentes nas licitações

30. Cf. *Informações Gerais de Contratações Públicas Sustentáveis*, ano 2012, SLTI/MPOG (disponível em *http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Manuais/03-01_A_12_INFORMATIVO%20COMPRASNET_ComprasSustentaveis.pdf*, acesso em 10.9.2013).

Gráfico 02 – Percentual do poder de compra pública destinado às empresas, por tipo



Fonte: CPJA/Direito GV

sustentáveis – dado que, das 20.845 propostas em compras públicas sustentáveis, 19.262 foram realizadas por micro ou pequena empresa – bem como quanto ao êxito em se lograrem vencedoras – uma vez que, das 1.952 compras realizadas, em 1.793 dos casos uma micro ou pequena empresa ganhou a compra.[31] Os resultados apontaram que as empresas que mais arrecadam com as compras públicas sustentáveis, e por isso possuem alta representatividade na alocação do poder de compra pública, são as do tipo limitada não qualificadas como micro ou pequena empresa. Assim, quando analisados esses dados em conjunto, chega-se à conclusão de que as MPEs participam ativamente das compras públicas sustentáveis federais mas não ganham em termos de valores. Os dados sugerem possível problema nessa política pública, que convida a pensar mais profundamente sobre a iniciativa de promover política pública por dentro da licitação. Nessa linha, duas frentes de análise se abrem à reflexão: (i) viabilidade de promover política pública por fora da licitação, de modo que as empresas se mostrem mais capacitadas para disputar objetos de maior sofisticação ou valor; e (ii) combinação das estratégias de implementação de política pública *por dentro* e *por fora* das licitações.

Outro aspecto característico da experiência das compras públicas sustentáveis na esfera federal é a dispersão de valores:

31. Cf. pesquisa *Compras Públicas Sustentáveis*, cit., p. 288.

Tabela 02 – Dispersão dos valores das compras públicas sustentáveis

	Quantidade ofertada	Valor unitário homologado	Valor total homologado
Média	2.155,24	362,97	**20.275,36**
Mediana	200,00	6,20	**1.400,00**
Desvio-padrão	15433,887	2433,945839	**201.736,50**
Coef. de variab.	716%	671%	**995%**
Total	**4.207.022**	**708.526**	**39.577.506**

Fonte: CPJA/Direito GV, a partir de dados fornecidos pela SLTI/MPOG

São licitados de modo sustentável desde bens de pequeno valor até bens de alta monta, de modo que não existe uma contratação típica. Foram verificadas desde a compra de envelope para carta cujo valor unitário é de R$ 0,10 (dez centavos) até a compra de veículo de transporte do tipo "minivan" de valor unitário R$ 65.170,00 (sessenta e cinco mil cento e setenta reais). Pode-se afirmar, assim, que a inserção de critérios de sustentabilidade nas licitações para aquisição de bens não se concentra em um segmento específico de bens. Todavia, a maior frequência de determinados mercados nas licitações sustentáveis não permite afirmar que os mesmos percebam maior percentual de valores públicos:

Tabela 03 – Relação entre quantidade e valor das licitações, por grupo de bens

Mercado	Quantidade de licitações	Valor das licitações
Papel	23,7%	26,379%
Computador	0,3%	25,858%
Aparelho de ar- condicionado	7,2%	22,337%
Material de limpeza	46%	8,972%
Notebook	0,4%	8,325%
Veículo	0,3%	3,170%
Almoxarifado	8,3%	2,703%

(continua)

Tabela 03 – Relação entre quantidade e valor das licitações, por grupo de bens *(continuação)*

Mercado	Quantidade de licitações	Valor das licitações
Equipamentos em geral	5,6%	1,416%
Cartucho impressora	8,1%	0,833%
Impressora	0,1%	0,003%

Fonte: GPIA/Direito GV.

Importa enfatizar que os órgãos que praticam compras públicas sustentáveis tendem a participar do Programa A3P com termo de adesão à Agenda Ambiental na Administração Pública, a exemplo do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda.

4.4 Os desafios de gestão que as compras públicas sustentáveis apontam

Fato é que as compras públicas sustentáveis apontam para questões que até então não tinham ganhado destaque na agenda de debates das contratações públicas no Brasil. Ainda, questionam premissas da teoria da licitação tomadas quase que como verdades absolutas. Sem esgotar todas as possíveis reflexões que o tema enseja, enfrento aquelas que considero serem as maiores controvérsias que as compras públicas sustentáveis ensejam: legitimidade do uso do poder de compra para implementação de políticas públicas e obrigatoriedade da Administração Pública de licitar de modo sustentável.

4.4.1 O poder de compra estatal em debate

Tradicionalmente os preceitos normativos sobre licitações públicas no Brasil se construíram sobre a diretriz da proposta mais vantajosa, de modo que exigências, procedimentos e critérios de julgamento se articulam para viabilizar que a Administração Pública contrate do modo mais eficiente para si. Mas o que seria, afinal, a *proposta mais vantajosa* para o Poder Público em uma licitação? Essa interpretação varia significativamente se tomarmos como exemplo os dois diplomas normativos em vigor: a Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/1993) e a Lei do Pregão (Lei 10.520/2002).

Para a Lei Geral de Licitações o modelo de proposta mais vantajosa corresponde à oferta mais barata (critério de julgamento por menor preço); à oferta mais barata observados certos parâmetros técnicos (critério de julgamento por técnica e preço); ou, então, à que corresponda ao maior lance, aplicável unicamente ao caso do leilão (critério de julgamento por maior lance ou oferta). Deve-se frisar que no regime da Lei 8.666/1993 a verificação da melhor proposta dá-se apenas após a fase de habilitação.

Muito em função do contexto em que a Lei Geral de Licitações foi editada – marcado por escândalos de corrupção[32] e pela forte atuação de grupos de interesses durante o processo legislativo que a originou[33] –, a ênfase das suas normas recaiu sobre o *procedimento da licitação*. O Congresso Nacional desse período apostou na ideia de que seria possível combater a corrupção nas contratações públicas por meio da *superlegalização* dos procedimentos licitatórios, antecipando, para a lei, boa parte das decisões que poderiam, em tese, ser tomadas no plano infralegal (nos regulamentos ou nos editais). Dito de outro modo: acreditou-se que a diminuição da esfera de discricionariedade da Administração para decidir como melhor contratar – já que teria que seguir a rígida lei à risca – seria boa maneira de impedir a corrupção nas contratações públicas.

Assim, foram criados inúmeros critérios de habilitação com a finalidade última de combater a corrupção e de garantir a igualdade entre os licitantes. A proposta mais vantajosa seria, assim, um simples cálculo matemático do valor dentre as propostas apresentadas. Importante ressaltar que essa conta segue a favor do Governo: na ampla maioria dos casos é mais vantajosa a proposta que onere menos o orçamento público (a Lei 8.666/1993 deu nítida preferência ao critério de julgamento baseado no menor preço ofertado pelo licitante).

32. Basta lembrar a proximidade de alguns escândalos de corrupção que marcaram o início da década de 1990, inclusive o próprio *impeachment* do ex-Presidente Fernando Collor de Mello, e a edição da lei de moralização da Administração Pública brasileira, a Lei 8.429/1992.

33. Cf. André Rosilho, *Licitação no Brasil*, São Paulo, Malheiros Editores, 2013, pp. 111-117.

Por outro lado, a Lei do Pregão[34] toma outra ordem de preocupações, que culmina em uma dinâmica procedimental marcadamente diversa da estabelecida na Lei Geral de Licitações. A grande preocupação da Lei do Pregão foi com o peso e com o custo (de tempo e de recursos) das licitações.[35] Não foi por outra razão que o legislador previu, por exemplo, a inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas e o saneamento de falhas formais no processo.

O foco da Lei do Pregão voltava-se, portanto, à promoção de um procedimento licitatório mais ágil, menos burocrático e que, comparativamente à Lei 8.666/1993, fosse capaz de elevar o grau de competição entre os licitantes de modo a efetivamente garantir ao Poder Público a proposta mais vantajosa (aquela que importasse menor dispêndio de recursos públicos). Atingir esses objetivos apenas seria possível suprimindo a rigidez típica dos procedimentos definidos na Lei Geral de Licitações, reforçando, assim, o caráter competitivo dos certames. Além das alterações indicadas, para incrementar a competitividade ainda foi prevista fase de lances e de negociação com aquele que apresentasse a proposta mais vantajosa.

Na relação entre *igualdade* versus *competitividade*, a balança pendia mais para a igualdade na Lei Geral de Licitações, e mais para a competitividade na Lei do Pregão. Importa, no entanto, assinalar que a concepção de proposta mais vantajosa ao Poder Público é traço comum na história normativa das licitações no Brasil.[36] Está impregnado no imaginário daqueles que vivenciam as licitações na prática a ideia de que a proposta mais vantajosa seja sinônimo de proposta com menor valor venal, sempre em benefício ao Poder Público. E os dois aspectos caracterizadores da proposta mais vantajosa – (i) economia de recursos públicos e (ii) ao Poder Público – seriam largamente reproduzidos na doutrina de direito administrativo, sedimentando um lugar-comum no direito público brasileiro.

34. Para maior compreensão da dinâmica do pregão, cf. Vera Monteiro, *Licitação na Modalidade de Pregão*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2010, *passim*.

35. Cf. Carlos Ari Sundfeld, "Como reformar licitações?", in Carlos Ari Sundfeld (org.), *Contratações Públicas e seu Controle*, São Paulo, Malheiros Editores, 2013, *passim*.

36. Nesse sentido, cabe lembrar que a própria CF de 1988, em seu art. 37, XXI, relaciona entre os objetivos primordiais da licitação a busca pela proposta mais vantajosa.

Seriam as licitações públicas instrumentos voltados unicamente à garantia da proposta mais vantajosa ao Poder Público, respeitadas as garantias dos interessados? Ou também seria possível utilizar a licitação, uma ferramenta governamental, para satisfazer outras finalidades públicas que não a busca pela proposta mais vantajosa ao Poder Público?

A análise das normas recentemente editadas dá conta da utilização do *poder de compra estatal* para satisfação de finalidades públicas mediatas, em geral atreladas à *implementação de políticas públicas mais amplas*.

O reconhecimento de que o poder de compra estatal pode ser destinado a finalidades outras que não apenas à contratação da proposta mais vantajosa para o Poder Público não é uma inovação recente nas licitações públicas. Um dos primeiros movimentos de uso do poder de compra estatal para promoção de políticas públicas pode ser depreendido da própria Lei Geral de Licitações, cujo art. 24, relativo à dispensa de licitação, foi sistematicamente ampliado para abarcar novas hipóteses de dispensa. No âmbito do direito público, o movimento de ampliação das hipóteses de dispensa na Lei de Licitações para fomento de determinadas atividades ou instituições não recebeu críticas sistemáticas ou resistência mais contundente. O oposto se verificou, porém, com a polêmica Lei Complementar 123/2006, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa/ME e da Empresa de Pequeno Porte/EPP.[37] Dentre as principais inovações ao tema da licitação trazidas pela Lei Complementar 123/2006 destacam-se: comprovação de regularidade fiscal das MPEs, exigível apenas para efeito de assinatura do contrato; possibilidade de saneamento do processo de licitação favorável às MPEs, que dispõem de dois dias úteis para adequar a comprovação da regularidade fiscal; margem de preferência às MPEs de 10% nas licitações em geral e de 5% nas licitações na modalidade pregão; possibilidade de franquear a participação no certamente apenas às MPEs caso o valor da contratação não supere 80 mil Reais; possibilidade de previsão contratual de que os licitantes subcontratem MPEs, desde que o percentual máximo do objeto subcontratado não seja superior a 30%; e possibilidade de o Poder Público reservar cota de até 25% do objeto para contratação de MPE no caso específico de bens e serviços de natureza divisível.

37. Resultado da Emenda Constitucional 42/2003.

O quadro se fecha mais recentemente com a inserção da expressão "desenvolvimento nacional sustentável" pela Lei 12.349/2010 no art. 3º, *caput*, da Lei 8.666/1993, para prever principiologia e o benefício da margem de preferência a produtos nacionais,[38] correspondente a até 25% sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros. No entanto, no caso dos produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, o Poder Público dispõe da faculdade de fixar margem de preferência adicional de até 50%.

Gradativamente o ordenamento jurídico abriu-se para o uso da licitação como mecanismo de implementação de políticas públicas, fundamentalmente por três mecanismos: (i) criação de facilidades procedimentais no certame licitatório, a exemplo da margem de preferência e do saneamento favorável às MPEs; (ii) previsão de hipótese de contratação direta no art. 24 da Lei 8.666/1993; ou (iii) limitação do direito de apresentação de proposta para direcionar a licitação para apenas uma categoria específica de indivíduos, a exemplo das licitações que se destinam unicamente às MPEs ou àqueles que possam fornecer objeto sustentável ao Poder Público. Porém, a destinação de recursos públicos a algumas categorias de indivíduos no âmbito da licitação se compatibilizaria com o art. 37, XXI, da CF?[39]

Este é uma pergunta polêmica, que divide opiniões. Por um lado, é possível defender que a exegese sistêmica do texto constitucional legitimaria as compras públicas sustentáveis, pois o art. 37, XXI, deveria ser interpretado considerando as normas constitucionais que fazem alusão à tutela do meio ambiente, inclusive o art. 225 da CF.

38. Sobre o movimento de abertura dos processos de licitação à promoção do desenvolvimento nacional, com especial análise da margem de preferência para alavancagem tecnológica no País, cf. Tatiana Cymbalista, Marina Zago e Fernanda Rodrigues, "O poder de compra estatal e a margem de preferência para produtos e serviços nacionais introduzida na Lei de Licitações", *Revista de Direito Público da Economia* 35/143-175, Ano 9, Belo Horizonte, julho-setembro/2011.

39. Esta é a redação do art. 37, XXI, da CF: "XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações; (...)".

Por meio deste raciocínio, a própria Constituição estaria apta a conferir validade a práticas administrativas que favorecessem determinadas categorias nos certames licitatórios, por meio da alocação do poder de contratação pública a esses indivíduos. Porém, é necessário analisar de modo mais detido o texto do art. 37, XXI, da CF.

A Constituição Federal confere competência legislativa para que o Congresso afaste o dever de licitar em determinadas situações em que o próprio Congresso, discricionariamente, considerar oportuno e conveniente contratar diretamente. Este tem sido o fundamento constitucional da produção legislativa endereçada ao art. 24 da Lei 8.666/1993, referente à dispensa de licitação. Nesta medida, é constitucional a limitação do direito de participação em certames licitatórios para implementação de políticas públicas – de favorecimento de determinadas categorias, como as MPEs, ou de finalidades públicas, como a sustentabilidade –, mas tal determinação deve estar prevista em lei formal. O art. 37, XXI, da CF estabelece reserva de lei para ressalvar os casos de contratação pública conduzidos à margem da licitação. Apenas nesta perspectiva as compras públicas sustentáveis se aproximam da dispensa de licitação, de modo que a função do julgamento das propostas se assemelharia ao chamamento público típico dos convênios, para determinar aquele que será contemplado com o benefício do convênio. Pela natureza de dispensa das contratações públicas sustentáveis, o legislador encontra-se constitucionalmente autorizado a prever ou estabelecer *standards* de criação de outros critérios que vão além das exigências de qualificação técnica e econômica, notadamente os critérios de sustentabilidade, lastreados no tripé ambiental, econômico e social.

Assim, existe o *dever de legislar* a política pública que será contemplada com o uso do poder de contratação pública. No caso das contratações públicas sustentáveis, com a inserção do desenvolvimento nacional sustentável como um dos princípios da licitação no art. 3º da Lei 8.666/1993 determinada pela Lei 12.349/2010, a sustentabilidade passa a ser reconhecida como um valor na licitação e, concomitantemente, um objetivo a ser buscado, inclusive com a destinação de recursos públicos para tanto (alocação do poder de contratação estatal). Também existe o *dever de regulamentar* os critérios que serão observados nas contratações públicas sustentáveis. Mediante o exer-

cício do poder normativo, a Administração tem o dever de regular ao menos os critérios de sustentabilidade, como fez o Decreto 7.746/2012. Note-se que os critérios sustentáveis foram previstos de modo exemplificativo, o que não significa que o gestor público se encontra livre e desimpedido para escolha do critério de sustentabilidade que lhe seja mais condizente. No âmbito federal é a SLTI que tem o dever de estabelecer novos critérios de sustentabilidade vinculantes para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional. Esta centralização tanto se explica em termos jurídicos, devido à competência normativa em matéria de licitação sustentável que o órgão detém, quanto em termos de gestão pública: sem a uniformidade dos critérios de sustentabilidade, a almejada segurança jurídica, considerada imprescindível pelos gestores para adotarem práticas sustentáveis em matéria de licitação, se frustraria. Outro comportamento dos gestores corresponde à atavia frente ao excesso de discricionariedade, em grande medida por receio dos controladores. Diante da pluralidade de soluções jurídicas, o controle das contratações públicas sustentáveis se torna ainda mais difícil, potencializando casos de corrupção, além de possivelmente ensejar o aumento do custo de transação, devido à pluralidade de soluções jurídicas em uma mesma esfera de governo.

Nas contratações públicas sustentáveis o dever regulamentar é exercido pela SLTI, mas a partir do *processo administrativo normativo* que a CISAP tem por dever funcional instruir. Enquanto órgão de aconselhamento da SLTI na tomada de decisões normativas, a exemplo da determinação de critérios sustentáveis a serem observados nas contratações públicas federais, a CISAP deve instruir o processo normativo para determinação desses critérios de sustentabilidade, com análise das especificidades técnicas que envolvem determinado bem. É importante que esse mesmo processo seja aberto à participação administrativa, no qual todos os interessados possam se fazer ouvir, nos termos do art. 9º da Lei 9.784/1999 e do art. 13 do Decreto 7.746/2012, segundo o qual "poderão ser convidados a participar das reuniões da CISAP especialistas, pesquisadores e representantes de órgãos e entidades públicas ou privadas".

No entanto, a efetividade da utilização da licitação para viabilizar políticas públicas ainda é objeto de predileções de acordo com a experiência profissional com as licitações públicas. Há os *descrentes* e os *entusiastas*. Quando da regulamentação ou da prática das contratações públicas sustentáveis, é relevante que o Poder Público não assuma cegamente nenhuma dessas posturas e busque ao máximo enfrentar o problema de frente. Conhecer bem o mercado e o bem sustentável é oportuno, assim como construir soluções de longo prazo, que sejam objeto de revisão periódica a partir de sucessivas avaliações de impacto regulatório, também é uma iniciativa produtiva por parte do Poder Público.

4.4.2 Discricionariedade e vinculação nas compras públicas sustentáveis

Como analisado no debate do Decreto 7.746/2012, a grande discussão que se colocou naquele momento circundou a obrigatoriedade de a Administração Pública licitar de modo sustentável. Tendo em vista a nova redação do art. 3º, *caput*, da Lei 8.666/1993, em que o desenvolvimento nacional sustentável foi alçado à condição de princípio da licitação, estaria o Poder Público obrigado a licitar conforme critérios de sustentabilidade? No âmbito doutrinário coexistem visões diametralmente opostas. Alguns doutrinadores extraem desse comando normativo uma verdadeira obrigação da Administração Pública de licitar de modo sustentável, tendo em vista o princípio do desenvolvimento nacional sustentável. Sem desconsiderar a relevância da diretriz do desenvolvimento nacional sustentável e sua implicação operacional na gestão pública, acredito que o gestor público disponha de certa margem de liberdade para adotar, ou não, licitações sustentáveis.

Com a redação final do Decreto 7.746/2012 prevaleceu a solução pela *discricionariedade* nas compras públicas sustentáveis, seja com relação a realizar, ou não, uma licitação considerando critérios sustentáveis, seja quanto ao desenho do edital de licitação sustentável. Em termos práticos, isso significa que o gestor dispõe de margem de liberdade para escolher, ou não, a licitação sustentável. A adoção da licitação sustentável é, então, uma faculdade do gestor, que caso a caso delibera sobre a oportunidade e a conveniência de se adotar critérios sustentáveis para licitar. Não se trata de uma obrigação, portanto. A consideração das compras públicas sustentáveis como uma opção discricionária pode ser depreendida do próprio texto normativo do Decreto 7.746/2012: o *caput* do art. 2º indica que a Administração direta e a

autárquica "poderão" adquirir bens e contratar serviços e obras considerando critérios e práticas de sustentabilidade, e não "deverão".

Cabe à Administração Pública analisar, caso a caso, a oportunidade e a conveniência de licitar de modo sustentável.[40] Qualquer que seja a decisão tomada, invariavelmente coloca-se o dever da Administração de motivar considerando o "desenvolvimento nacional sustentável", isto é, expor as razões que a levam a deliberar que a licitação sustentável se mostra a mais adequada ou que critérios de sustentabilidade são inapropriados no caso concreto. A sustentabilidade consiste em um tópico de reflexão que necessariamente deve constar na motivação. Este é o novo formato que a Lei 8.666/1993 confere ao *ônus de motivação*, já previsto no art. 50 da Lei 9.784/1999 (Lei Federal de Processo Administrativo). Doravante a motivação deve necessariamente contemplar a sustentabilidade, qualquer que seja a decisão administrativa, sob pena de o comando do desenvolvimento nacional sustentável ser letra morta na Lei 8.666/1993. Tem-se, assim, satisfatório modo de compatibilizar os princípios da licitação.[41]

Ganham destaque, nesse quadro de discricionariedade nas contratações públicas sustentáveis, as normas de incentivo, voltadas a estimular os gestores públicos a contratar de modo sustentável. Exemplo de atual experiência governamental que dialoga com essas ideias é o *Projeto Esplanada Sustentável*/PES, instituído pela Portaria Interministerial 244/2012, que prevê a possibilidade de se "reconhecer e premiar as melhores práticas de eficiência na utilização dos recursos públicos, nas dimensões de economicidade e socioambientais" (art. 1º, § 2º, VII). Essas normas, assim, superam a lógica normativa *permitido* versus *proibido*, que compele a atuação administrativa pela força sancionatória.

Todavia, não é descabido que as contratações públicas sustentáveis sejam obrigatórias nas situações determinadas em lei formal.

40. Nesse sentido, cf. Jessé Torres Pereira Jr., "Desenvolvimento sustentável: a nova cláusula geral das contratações públicas brasileiras", revista *Interesse Público* 67/67, Belo Horizonte, Fórum, maio-junho/2011.

41. Para análise dos princípios da licitação que não se encontram condensados no art. 3º da Lei 8.666/19923, cf. Floriano de Azevedo Marques Neto, "Princípios aplicáveis à fase de julgamento e classificação das licitações", *Fórum de Contratação e Gestão Pública/FCGP* 33/4.311-4.313, Ano 3, Belo Horizonte, Fórum, setembro/2004, *passim* (disponível em *http://dspace/xmlui/bitstream/item/7036/PDIexibepdf.pdf?sequence=1*, acesso em 30.8.2013).

Assim como o Decreto 2.783/1998 proibiu que a Administração Pública adquirisse bens danosos à camada de ozônio, outras previsões legislativas podem adotar semelhante estratégia regulatória, vinculando o Poder Público à realização de licitações sustentáveis em determinadas hipóteses. Aliás, a combinação de diferentes estratégias regulatórias mostra-se positiva para um arcabouço normativo mais sólido no tema das contratações públicas sustentáveis. Nessa linha, vale indicar a importância da fragmentação dos regimes jurídicos nas contratações públicas sustentáveis, considerando, dentre outras possíveis variáveis, tipo de objeto licitado, valor da contratação, especificidade técnica envolvida ou, ainda, nível de competição. Ocorre que a dinâmica de uma compra pública de papel reciclado difere significativamente da licitação de obra sustentável, por exemplo.

4.5 Considerações finais

As compras públicas sustentáveis inserem-se no contexto de transformação das contratações públicas brasileiras, mas também têm um debate próprio. A política de compras públicas sustentáveis origina-se no Governo Federal de modo fragmentado e incremental, com a finalidade de utilizar o poder de compra para promoção da sustentabilidade e, assim, beneficiar as MPEs e incentivar a criação de novos nichos de mercado. Contudo, as políticas públicas existentes ainda se encontram em processo de experimentação.

O principal argumento favorável às compras públicas sustentáveis corresponde à instrumentalidade da licitação, ou seja, à consideração da licitação como um instrumento de atendimento de finalidades públicas. Assim, seria legítima a utilização do poder de compra estatal para promoção da sustentabilidade. Por outro lado, as principais preocupações com relação às compras públicas sustentáveis referem-se ao aumento do custo de transação, à efetividade do controle e à garantia da qualidade da contratação pública. Ainda, substanciais dúvidas jurídicas remanescem, em especial a legitimidade do uso do poder de compra para implementação de políticas públicas e a obrigatoriedade de a Administração Pública licitar de modo sustentável.

Exemplo de uso do poder de contratação pública para promoção de políticas públicas, as compras públicas sustentáveis têm hoje seu

lugar no vocabulário do direito administrativo brasileiro e sintetizam uma tendência no cenário de transformação das licitações públicas no Brasil. Compreender adequadamente esta vertente é fundamental para compreender o cenário mais abrangente das contratações públicas hoje no Brasil.

Bibliografia

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NO ESTADO DE SÃO PAULO/. *Guia Prático de Licitações Sustentáveis da Consultoria Jurídica da União no Estado de São Paulo*. 3ª ed. São Paulo, AGU, 2013.

CYMBALISTA, Tatiana Matiello, RODRIGUES, Fernanda Esbizaro, e ZAGO, Marina Fontão. "O poder de compra estatal e a margem de preferência para produtos e serviços nacionais introduzida na Lei de Licitações". *Revista de Direito Público da Economia* 35/143-175. Ano 9. Belo Horizonte, Fórum, julho-setembro/2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "Princípios aplicáveis à fase de julgamento e classificação das licitações". *Fórum de Contratação e Gestão Pública/FCGP* 33/4.311-4.313. Ano 3. Belo Horizonte, Fórum, setembro/2004.

MONTEIRO, Vera. *Licitação na Modalidade de Pregão*. 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

NOVAES, Nelson, e PALMA, Juliana Bonacorsi de (coords.). *Compras Públicas Sustentáveis*. Disponível em *http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito*.

PALMA, Juliana Bonacorsi de, e NOVAES, Nelson (coords.). *Compras Públicas Sustentáveis*. Disponível em *http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito*.

PEREIRA JR., Jessé Torres. "Desenvolvimento sustentável: a nova cláusula geral das contratações públicas brasileiras". *Interesse Público* 67. Belo Horizonte, Fórum, maio-junho/2011.

————. *Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas*. Belo Horizonte, Fórum, 2012.

RODRIGUES, Fernanda Esbizaro, CYMBALISTA, Tatiana Matiello, e ZAGO, Marina Fontão. "O poder de compra estatal e a margem de preferência para produtos e serviços nacionais introduzida na Lei de Licitações". *Revista de Direito Público da Economia* 35/143-175. Ano 9. Belo Horizonte, Fórum, julho-setembro/2011.

ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo, Malheiros Editores, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. "Como reformar licitações?". In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo, Malheiros Editores, 2013.

————— (org.). *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo, Malheiros Editores, 2013.

ZAGO, Marina Fontão, CYMBALISTA, Tatiana Matiello, e RODRIGUES, Fernanda Esbizaro. "O poder de compra estatal e a margem de preferência para produtos e serviços nacionais introduzida na Lei de Licitações". *Revista de Direito Público da Economia* 35/143-175. Ano 9. Belo Horizonte, Fórum, julho-setembro/2011.