
GOVERNANÇA SUSTENTÁVEL E PREGÃO ELETRÔNICO

GOVERNANCE SOSTENIBILE E MODALITÀ ELETTRONICA

LEANDRO BUSSOLOTTO ¹
SALETE ORO BOFF ²

RESUMO: A gestão pública sofre constante modernização no Direito Licitatório³ em função da necessidade de se adequar às novas exigências legais. Entre as modalidades de licitação, o pregão eletrônico é uma ferramenta moderna, célere no processo de compra, proporciona transparência, auxilia na economia financeira, permite disputa do objeto por lance reverso e pode servir de meio para implementação de política pública em favor da sustentabilidade. A legislação brasileira é rígida quanto ao processo de licitação⁴ e, nos últimos anos, o Brasil carece de políticas voltadas à sustentabilidade do planeta. Com a análise do tema pretende-se avaliar se é possível prever no edital, por meio do termo de referência, descrição de produto ecologicamente correto, com qualidade e características de sustentabilidade, sem que isso comprometa o princípio da isonomia. O método utilizado para a pesquisa é o dedutivo, utilizando-se da técnica de pesquisa bibliográfica para ao final concluir que o pregão eletrônico poderá propiciar uma margem maior de aquisição de produtos sustentáveis por parte do poder público, sem que isso importe em responsabilidade do gestor por ato de improbidade ou de responsabilidade por descumprimento de princípio e/ou regra positivada.

Palavras-chave: Gestão pública. Licitações. Pregão eletrônico. Sustentabilidade.

SOMMARIO: La pubblica amministrazione soffre di costante aggiornamento della legge Bidding a causa della necessità di adeguarsi alle nuove disposizioni di legge. Tra le modalità di offerta, il sistema di commercio elettronico è uno strumento moderno, rapido nel processo di acquisto, fornendo la trasparenza, sostiene l'economia finanziaria, consente oggetto di contesa per l'offerta inversa e può servire come un mezzo per attuare la politica pubblica a favore della sostenibilità. legge brasiliana è rigorosa circa il processo di offerta e, negli ultimi anni, il Brasile manca politiche per la sostenibilità del pianeta. Con il tema di analisi mira a valutare se sia possibile prevedere la comunicazione, attraverso i termini di riferimento, ecologico descrizione del prodotto, caratteristiche di qualità e di sostenibilità, senza compromettere il principio di uguaglianza. Il metodo di ricerca è deduttiva, usando la tecnica di ricerca bibliografica alla fine concludere che il sistema di negoziazione elettronica può fornire un maggior margine di acquisto di prodotti sostenibili da parte del governo, senza provocare nella responsabilità del gestore per atto di disonestà o violazione del principio di responsabilità e / o regola valutata positivamente.

Parola-chiave: Gestione pubblica. Modalità elettronico. Offerte. Sostenibilità.

¹ Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional (IMED/RS). Especialista em Direito Civil pela Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis (FCSF/CESUSC). Advogado. E-mail: bussolottoadv@gmail.com

² Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Público pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional (IMED/RS). Professora da Universidade Federal da Fronteira Sul (UFFS). Professora do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo (IESA/RS). E-mail: salete.oro.boff@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Promover a inovação na gestão pública, por meio de políticas públicas sustentáveis, é uma das atividades que abrange a Governança. O Estado deve focar suas ações no incentivo à melhoria da qualidade dos serviços prestados aos cidadãos e de fortalecimento dos princípios democráticos.⁵ A preocupação crescente com a produção de resultados sustentáveis para a sociedade, em especial no aspecto ambiental, determina a mudança na agenda da gestão pública.

A Lei 8.666 de 21 de junho de 1993, Lei de Licitações e Contratos Administrativos, e a Lei nº 10.520 de 17 de junho de 2002, que instituiu o Pregão Eletrônico como nova modalidade de licitação para União, Estados, Municípios e Distrito Federal e com sua regulamentação e obrigatoriedade em sua forma eletrônica, no âmbito da União, pelo Decreto nº 5.450/2005, constituem a legislação básica sobre licitações e contratos para a Administração Pública, porém, sempre sob a ótica Constitucional dos artigos 225 e 170, inciso VI.

Diante desse quadro, pretende-se verificar se, por meio da modalidade de licitação denominada pregão eletrônico, é possível adquirir bens e serviços ecologicamente correto.⁶ Parte-se da identificação do objetivo da licitação que é a seleção da proposta mais vantajosa, mas não só sob o enfoque da economicidade, e, sim, considerando a sustentabilidade. Toma-se em conta a Instrução Normativa n.º 1/2010⁷, que dispõe sobre critérios de sustentabilidade ambiental e sua efetiva aplicação no âmbito da Administração Pública, bem como, o que a Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) recomenda para se proceder a análise do tema.

O artigo, num primeiro momento, trata de forma sucinta o tema das licitações públicas, especificando peculiaridades acerca do amparo legal que envolve o processo de licitação e em especial a modalidade pregão eletrônico. Num segundo momento, o tema da sustentabilidade ambiental será abordado e, por fim, no terceiro enfoque a importância e a necessidade de ter a sustentabilidade ambiental como premissa maior na contratação para aquisição de bens e serviços, utilizando-se para tanto, de nova tecnologia contemplada na modalidade do pregão eletrônico, tudo, para que se possa verificar a possibilidade de ser implementado instrumento jurídico, gatilho jurídico para efetivar política pública ambiental nos processos licitatórios.

2. LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS, LEGISLAÇÃO E DELIBERAÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Considerando a crescente demanda da sociedade atual, que vem progressivamente se mobilizando com o tema da sustentabilidade socioambiental, o quadro legislativo tem sofrido significativas alterações, especialmente nos últimos anos com disposições constitucionais e normas que possibilitam sejam realizadas licitações sustentáveis, visando assegurar, que na contratação de aquisições, serviços ou obras por parte da Administração Pública, sejam selecionadas as propostas mais vantajosas dentre aquelas que cumpram os padrões de qualidade socioambiental aplicáveis. Sobre o tema destaca-se o artigo 23 da Constituição Federal de 88⁸.

Cabe ao Estado⁹ uma nova postura após o surgimento da prática da sustentabilidade nas contratações públicas, pois existe um anseio social de viver sem impactar o meio ambiente e dessa forma surge políticas públicas com inovações jurídicas e valores cultivados neste processo histórico social que estabelecem critérios de mudanças culturais.

Sobre mudanças culturais Maffesoli (2014, p.14) esclarece que:

3 Nos anos 80, houve inúmeras normas regulamentadoras expedidas por todos os entes federados, resultando na consolidação do tema pelo Decreto-Lei n.º 2.300/8622, atualizado em 1987, considerado o primeiro estatuto a versar de forma global o Direito Licitatório (BRASIL. Decreto Lei nº 2300 de 21 de Novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Presidência da República. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 jan. 2016).

4 O registro mais antigo para o tema é o Decreto 2926/186216, ainda no período imperial, que regulamentava as contratações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. (BRASIL. Decreto nº 2926 de 14 de maio de 1862. Aprova o regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Câmara dos Deputados. Disponível em: <www.camara.gov.br>. (Coleção Legislativa do Império). Acesso em: 29 de jan. de 2016).

5 A palavra democracia é formada pelos “demos”, significado “povo” e Kratos, “auteridade”. (MENEZES, 1999, p.267).

6 Ecologicamente correto em uma definição sociológica: A problemática ambiental propõe a necessidade de internalizar um saber ambiental emergente em todo um conjunto de disciplinas, tanto das ciências naturais como sociais, para construir um conhecimento capaz de captar a multicausalidade e as relações de interdependência dos processos de ordem natural e social que determinam as mudanças socioambientais, bem como para construir um saber e uma racionalidade social orientados para os objetivos de um desenvolvimento sustentável, equitativo e duradouro. (LEFF, 2010, p. 109).

7 A Instrução Normativa n.1, publicada pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, abrange os órgãos da Administração Federal Direta, Autarquias e Fundações. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/noticia1.asp?id_noticia=297>. Acesso em: 29 de jan. 2016.

8 Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 de jan. 2016.

9 Estado: Simplesmente, aquilo que se conhece como forma do Estado é apenas um caso especial da forma do Direito em geral. É a forma do Direito, isto é, o método de criação jurídica no escalão mais elevado da ordem jurídica, ou seja, no domínio da Constituição. (KELSEN, 2009, p. 310).

[...] Durkheim viu, quando ele indica, repetidas vezes, que a 'lei segue os costumes'. São eles que devem nos servir de referência. Os costumes, e só eles, permitem estabelecer critérios de discernimento aptos a delimitar as configurações novas próprias da sociedade pós-moderna.

O administrador público, por meio de política pública, pode contribuir para que na prática os processos de licitação se tornem uma ferramenta de implementação das práticas de sustentabilidade. O maior desafio do gestor será interpretar um grande arcabouço jurídico e decisões, em especial, as dos Tribunais de Contas relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar. Os tribunais de Contas ao julgarem recursos derivados de processos de licitação, por uma questão de discricionariedade dos juízes, acolhe entendimento contrário da decisão do administrador, que optou por selecionar a proposta ecologicamente correta, sustentável, menos agressiva ao meio ambiente, do que a mais vantajosa economicamente.

O processo de licitação é regido, em especial quando existe a obrigatoriedade legal de se respeitar os princípios da isonomia ou igualdade, eficiência, celeridade, finalidade, justo preço, seletividade, legalidade. Tal rigidez dificulta que políticas públicas sejam implementadas, pois o gestor não possui segurança jurídica para optar por uma proposta sustentável em detrimento da mais vantajosa economicamente.

As normas gerais de licitação são rígidas e a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União possui respaldo na forma do art. 45, caput, da Lei nº 8.443/1992¹⁰, dispositivo amparado pela Súmula 222¹¹:

Pode-se verificar que a Súmula 222 do Tribunal de Contas da União encontra respaldo nos artigos 22, 37, 71 e 73 da Constituição Federal de 1988.

Portanto, verifica-se que toda e qualquer modernização legislativa ou efetivação de critérios para fortalecer a sustentabilidade dependerá de norma federal. Nossa legislação é extremamente rígida, norteadas por princípios ou determinações legais já consagradas, assim, se a questão é modernização, resta justificada a utilização de nova tecnologia denominada de "pregão eletrônico", especificamente, no que tange a possibilidade de se conferir antecipadamente a qualidade do produto a ser fornecido pelo futuro vencedor/fornecedor, porém, sempre conservando o equilíbrio entre os participantes. Os órgãos públicos podem requerer aos participantes de qualquer modalidade de licitação um exemplar do produto que será objeto do certame. O diferencial da modalidade "pregão eletrônico" é sua agilidade e possibilidade de se ter um maior número de competidores e conseqüentemente um maior número de produtos ou serviços com o a garantia da sustentabilidade.

A Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, regulamenta o Art. 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988, no que tange as aquisições dos bens e serviços que o ente público precisa adquirir frente ao particular para disponibilizar aos seus cidadãos e assim atingir a sua finalidade de alcançar o bem comum, tema abordado por Leff (2010, p.110) ao afirmar que "[...] A construção desta racionalidade ambiental aparece como um processo de produção teórica, desenvolvimento tecnológico, mudanças institucionais e transformação social."

O grande desafio é fazer com que o gestor público, nos atos de governança, possa sem ser punido, praticar políticas públicas, utilizando-se do processo licitatório, modalidade de pregão eletrônico e com amparo da ferramenta tecnológica da internet, porém, terá que enfrentar a rigidez e contar com julgados não consolidados, entendimento não positivados em nossa constituição.

3. DA RIGIDEZ DA NORMA EM RELAÇÃO AO PROCESSO DE LICITAÇÃO

A Lei nº 8.666/1993, conhecida como lei de licitações e contratos, teve seu conteúdo alterado pela Lei 12.349/2010, cuja origem foi a Medida Provisória 495/10. Dentre as principais alterações, cabe destacar a nova redação do caput do art. 3º que incluiu como finalidade da licitação o desenvolvimento nacional sustentável, alçando-o ao mesmo nível da observância do princípio da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para administração, já o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, estabeleceu normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a compras, obras, serviços, inclusive de publicidade, alienação e locação no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Em obediência aos princípios de transparência e de publicidade, permite-se a interessados o conhecimento das condições licitatórias, em qualquer momento do processo licitatório, por ser público, de modo a evitar a prática de irregularidades nos respectivos procedimentos e de contratação sigilosas, danosas ao erário.

De acordo com essa lei, a celebração de contratos com terceiros na Administração Pública deve ser precedida de licitação, ressalvadas as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

Nas licitações públicas é vedado ao agente público admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão a naturalidade, de sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

Proibido estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre as empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere à moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvendo financiamento de agência internacionais, ressalvado o dispositivo no 2º do artigo 3º da Lei 8666/1993 e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Importante para o nosso estudo é que nas contratações públicas da União, Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, conforme

10 A Lei 8.443/1992 dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

11 As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2015).

determina a Lei nº 123/2006, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, que objetive a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, devidamente previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente. A licitação não deve perder seu objetivo principal, que é obter a proposta mais vantajosa à Administração, mediante ampla competitividade, a teor do art. 3, caput, da Lei 8.666/1993.

Toda mudança legal, conforme entendimento já citado de Maffesoli pressupõe uma mudança cultural, e o conceito de proposta mais vantajosa advém de uma prática antiga, que precisa ser repensada, pois o processo de concorrência entre os ofertantes surge na Europa Medieval, durante as grandes navegações, para selecionar a proposta mais vantajosa para a Coroa na construção de navios, por exemplo, como narra Meirelles (2005, p.52):

[...] era usado o sistema que tinha como denominação “Vela e Pregão”, onde se apregoava a obra desejada e, enquanto ardia uma vela, os construtores que estavam interessados faziam as suas ofertas. O vencedor era declarado na hora que se extinguia a chama, e quem houvesse feito a melhor oferta antes desta extinção, era a quem seria feita a adjudicação.

O Estado segue a mesma lógica que a Coroa Medieval, pois o que importa é o preço. O Tribunal de Contas da União em acórdãos já decidiu sobre o assunto, e, como exemplo cita-se o Acórdão 1732/2009:

[...] até que seja editada lei dispor sobre licitações e contratos das empresas estatais e sociedades de economia mista, em atenção ao art. 173 § 1º, inciso III, da Constituição Federal, devem estas observar os preceitos da Lei nº 8.666/1993 e os princípios e regras da Administração Pública. (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2010, p.79).

Fica esclarecido que o Tribunal é rígido quando trata de procedimento licitatório, pois nenhuma empresa poderá ser privilegiada. Devendo ser observado os princípios que regem a administração pública, sendo necessário o exato cumprimento da lei, portanto, sem espaço para decisões administrativas com a justificativa de ser admitida proposta sustentável e não mais econômica, ademais, deve ser respeitado o aspecto da competitividade.

Sobre o mesmo tema, o Acórdão 2010/2007 expressa o entendimento da corte:

Comprovado o descumprimento de dispositivo legais básicos na realização de certame licitatório, impõem-se a fixação de prazo para que a entidade infratora adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, procedendo à anulação do respectivo processo, sem prejuízo de determinação tendente ao aperfeiçoamento de futuras convocações. (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2010, p.80).

No Acórdão 88/2008, a matéria é decidida da seguinte maneira: “A realização de procedimento licitatório para a aquisição de bens e serviços é obrigatória, se ficar configurada a viabilidade de competição entre fornecedores.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2010, p.80).

O procedimento que envolve licitação sustentável sofre resistências, principalmente pelos obstáculos jurídicos que lhe são opostos, como por exemplo, a falta de segurança jurídica derivada dos julgamentos dos Tribunais de Contas, a impossibilidade de se garantir competitividade entre as empresas possuidoras de tecnologia e das que não possuem tecnologia sustentável a oferecer e principalmente por não existir previsão legal de que a proposta mais vantajosa sempre será a que respeite o meio ambiente e não a que possui menor preço.

Pode-se concluir que a legislação brasileira permite que nos processos licitatórios sejam incluídos critérios de sustentabilidade, porém existem obstáculos a serem superados, em especial no que se refere à aplicação do princípio da ampla competitividade, isonomia, da ofensa à proposta mais vantajosa ou menor preço e da economicidade.

4. PREGÃO ELETRÔNICO COMO INSTRUMENTO DA SUSTENTABILIDADE

O pregão foi instituído pela Lei 10520/2002, sendo que o pregão eletrônico poderá ser utilizado conforme estatuí o parágrafo 1º, artigo 2º da referida lei em comento. No âmbito Federal, o presencial é regulado pelo Decreto n. 3.555, de 8 de agosto de 2000; o eletrônico, pelo Decreto n.5.450, de 31 de maio de 2005 para satisfazer o interesse público.

Nesse sentido, a lição do Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau (2000, p.137):

A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Seu fundamento encontra-se no princípio republicano. Dele decorre, na abolição de quaisquer privilégios, a garantia formal da igualdade de oportunidade de acesso de todos, não só às contratações que pretenda a Administração avengear, mas também aos cargos e funções públicas.

Na contratação para aquisição de bens e serviços comuns para entes públicos ou privados, realizadas com recursos públicos da União, repassados por meio de celebração de convênio ou instrumento congêneros ou consórcios públicos será obrigatório o emprego da modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica, conforme estabelece o artigo 4º, §1º, do Decreto n. 5.504, de 5 de agosto de 2005. Órgãos e entidades privadas sem fins lucrativos, convenientes ou consorciados com a União, podem utilizar-se de sistema de pregão eletrônico próprio ou de terceiros.

Ainda que os serviços objeto da licitação possam sugerir, a priori, certa complexidade, não há óbices para que sejam enquadrados

como serviços comuns, eis que pactuados em especificações usuais de mercado e detentores de padrões objetivamente definidos no edital. Vejam-se algumas deliberações do Tribunal de contas da União:

Em atenção ao art. 4º do Decreto 5.450/2005, deve ser adotada a forma eletrônica nos pregões, salvo nos casos comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente, observado o dispositivo no item 9.2.1 do Acórdão n. 247/2008. (Acórdão 2340/2008 Plenário (Sumário)). (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2010, p.80).

A realização de licitação na modalidade pregão não se configura instrumento hábil à aquisição de bens e serviços comuns. (Acórdão 1168/2009 Plenário (sumário)). (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2010, p.80).

A utilização da modalidade de pregão é possível, nos termos da Lei n. 10.520/2002, sempre que o objeto da contratação for padronizados e disponível no mercado, independentemente de sua complexidade. (Acórdão 2172/2008 Plenário (Sumário)). (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2010, p.80).

É possível o uso de pregão eletrônico para aquisição de equipamento eletrônico sem singularidade e amplamente disponível no mercado. (Acórdão 1105/2007 Plenário (Sumário)). (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2010, p.80).

Portanto, o pregão eletrônico é modalidade de licitação pública realizada entre interessados do ramo de que trata o objeto da licitação que comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital, em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns é feita em sessão pública. Pode ser presencial ou eletrônico.

Em licitações realizadas na modalidade de pregão, é obrigatória a elaboração de termo de referência, que deve dispor sobre as condições gerais de execução do contrato.

Termo de referência é documento prévio ao procedimento licitatório. Serve de base para elaboração do edital, a exemplo de projeto básico.

Outra importante característica no procedimento de pregão é a inversão das fases da licitação como dispostas na lei 8.666/93, em que, inicialmente, se procede a habilitação e depois dela, ao julgamento das propostas.

Existem dois tipos de pregão: o presencial e o eletrônico. No primeiro, os licitantes podem estar presentes fisicamente, numa determinada sessão, em que os procedimentos são realizados. No eletrônico, o processamento ocorre, basicamente, através da utilização da tecnologia da informação, à distância, onde os licitantes com suas propostas participam do certame valendo-se da internet.

Portanto, pregão eletrônico é um instrumento para a sustentabilidade e pode ser amplamente utilizada pelo poder público, inclusive para promover práticas de sustentabilidade ambiental, tema que será abordado no próximo capítulo com ressalvas em relação a rigidez legal.

5. PREGÃO ELETRÔNICO E SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL

O artigo 225, caput, da Constituição Federal, prevê a necessidade de preservação da qualidade ambiental em atenção às gerações futuras. Sob tal ótica, se existe, efetivamente, imposto pela Carta Magna, o dever de as gerações futuras, parece certo não poderem dispor dele, no sentido da sua destruição ou degradação.

Pode-se inferir, no direito público, a existência do princípio da ecoeficiência como integrantes do princípio da eficiência, elencados no artigo 37, caput, da constituição Federal, conjugado ao princípio da defesa do meio ambiente, positivado no artigo 170, inciso VI, da Constituição Federal.

Desta forma, quando o Estado toma a sustentabilidade como princípio norteador de seus contratos, além de racionalizar internamente a real necessidade contratação, estimula seus fornecedores a buscarem alternativas que atentem à responsabilidade ambiental por meio de incentivos ao mercado de consumo sustentável.

Uma forma de incentivo ao consumo ambientalmente sustentável pode ser dar quando das contratações com o Poder Público, pois a responsabilidade de zelar pelo planeta terra é tanto do poder público como do particular.

Em relação ao tema da responsabilidade pela preservação global, Bauman (2011, p.130) revela que todos possuem um grau de responsabilidade e diz:

[...] A “arte da vida” pode significar coisas diferentes para os integrantes de gerações mais velhas e mais novas, mas todos eles a praticam e possivelmente não poderiam deixar de fazê-lo. O percurso da vida e o significado de cada episódio que se segue, assim com o “propósito global” ou o “destino final” da existência, são tidos como atividades do tipo faça-você-mesmo, ainda que consistam apenas em selecionar e montar o tipo certo de Kit padronizado em caixas de papelão das lojas de móveis modulados. Espera-se que cada um e todo praticante da vida, assim como se espera dos artistas, assumam toda a responsabilidade pelo resultado do trabalho, e que seja elogiado ou culpado por seus efeitos. Hoje, cada homem e cada mulher é um artista não tanto por escolha, mas, por assim dizer, por decreto do destino universal.

Com a alteração do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, pela lei nº 12.349/2010, inserindo-se como dever da licitação garantia do desenvolvimento nacional sustentável, surge à possibilidade expressa de privilegiar, nas contratações públicas, produtos e serviços que levem em conta as consequências ambientais e sociais de sua produção.

Observa-se que a modificação da Lei nº 8.666/93, está atrelada ao conceito de ecoeficiência. Porém, para que haja a efetiva concretização de seus objetivos, é necessário um aprofundamento teórico, bem como sejam editadas outras normas disciplinadoras que delimitem

o alcance e conteúdo deste princípio.

Reforçando o que foi abordado anteriormente, o artigo 225, CF/88, estabelece a proteção e garantia do direito à sadia qualidade de vida através da qualidade do meio ambiente, como direito difuso, ou seja, direito de todos, impondo ao Poder Público, assim como a coletividade, a obrigação e dever de proteger e preservar o ambiente, respeitando as gerações presentes e futuras.

Para assegurar a efetividade desse direito, os incisos do referido artigo tratam da incumbência atribuída ao Poder Público quanto à implementação de medidas e políticas de conscientização ambiental, envolvendo, indiscriminadamente, todos os setores da sociedade que, direta ou indiretamente, tem responsabilidades e obrigações na efetivação da proteção ambiental, na sua integralidade.

A sustentabilidade, em conjunto com as diretrizes de desenvolvimento governamentais, tanto na esfera pública como na privada, torna-se parte fundamental do planejamento das ações de grupos empresariais, incentivados à criação de sistemas voltados à apresentação de recursos renováveis, produzindo resultados, a custos compartilhados, voltados ao propósito de renovação do atual modelo de desenvolvimento.

Cumpra, a cada parte envolvida, governo, empresas, sociedades, universidades e outros setores da comunidade, definir e realizar a sua parte, traduzidas em ações que contenham sinergia, integradas num único intuito de construção: o desenvolvimento sustentável.

Todas as modalidades de licitações podem auxiliar na implementação de políticas públicas de preservação do meio ambiente, porém, questiona-se: como especificamente o pregão eletrônico pode auxiliar no aspecto da sustentabilidade? A contribuição ocorre no aspecto da agilidade e na possibilidade de se ter um número maior de empresas participando do processo, principalmente naqueles em que o gestor opta pelo aspecto da sustentabilidade.

Exemplo é a compra de material de informática, onde após descrever o produto, bem a ser adquirido o gestor requer fornecimento de declaração ou amostra para comprovar a baixa incidência ou em níveis toleráveis de chumbo nos componentes de fabricação das placas que compõem um computador. Importante frisar que no procedimento de licitação por modalidade de pregão eletrônico, todos os participantes devem fornecer, quando exigidos no edital, amostra do produto ou comprovação da capacidade técnica para prestar o serviço e quando o objeto da licitação é a busca de sustentabilidade os participantes devem comprovar pelas amostras e atestados a adequada compatibilidade com tais critérios, assim, em ato contínuo da homologação da proposta vencedora abre-se prazo para a comprovação da documentação exigida no edital, porém, a amostra do produto a ser adquirido já deverá estar à disposição da comissão de licitações que poderá desclassificar a empresa vencedora por identificar que o produto agride o meio ambiente ou o serviço não possui capacidade técnica atendendo o que determina o edital.

Assim já decidiu o Tribunal de Contas da União:

O gestor, ao classificar bens e serviços como comuns, deverá certificar-se de que a complexidade das especificações não encetar a insegurança ao adimplemento contratual pelos potenciais contratados em face da inexistência da habilitação prévia. (Acórdão 1614/2008 Plenário (Sumário)). (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2010, p.80).

Bem ou serviço comum é aquele que pode ter seus padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. O conceito de serviço comum não está necessariamente ligado a sua complexidade. (Acórdão 1287/2008 Plenário (Sumário)). (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2010, p.80).

De acordo com jurisprudência desta Corte de Contas, a licitação de bens e serviços de tecnologia da informação considerados comuns, ou seja, aqueles que possuem padrões de desempenho e de qualidade objetivamente definidos pelo edital, com base em especificações usuais no mercado, deve ser obrigatoriamente realizada pela modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica. Quando, eventualmente, não for viável utilizar essa forma, deverá ser anexada a justificativa correspondente. (Acórdão 324/2009 Plenário). (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2010, p.80).

Em todos os termos de referência e em todas as modalidades de licitações pode-se exigir o critério de sustentabilidade, mas o processo de licitação por meio de pregão eletrônico é a alternativa mais ampla e ágil para se programar política pública para a aquisição de bem comum com qualidade definida pelo gestor como de menor impacto ambiental e, portanto sustentável e não a mais vantajosa economicamente em um curto prazo de tempo.

Leciona Marçal (2010, p.618;619) que:

O preço representa o fator de maior relevância, em princípio, para seleção de qualquer proposta. A licitação sempre visa obter a melhor proposta pelo menor custo possível. [...] Quando institui licitação de menor preço, a Administração selecionará como vencedora a proposta de melhor preço. Na lei anterior, estabelecia-se uma presunção relativa, no sentido de que a oferta de menor preço seria a mais vantajosa para a Administração Pública. A supressão da regra expressa não elimina a presunção. [...] Menor preço não envolve apenas uma consideração a valores absolutos. O melhor preço configura-se em função da avaliação dos valores globais que a Administração desembolsará para fruição do objeto licitado. Não há defeito em se examinar questões técnicas para definir o melhor preço. Assim, o exame do rendimento e a apuração das qualidades propostas, enquanto meio de definir o melhor preço, não desnaturam a licita-

12 Portal Governo Eletrônico. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/noticias-e-eventos/noticias/regras-de-sustentabilidade-ambiental-serao-incorporadas-as-licitacoes-do-governo>>. Acesso em: 05 fev. 2016.

ção. Trata-se de apurar o menor preço real - aquele que acarretará o menor desembolso (custo) para a Administração.

Será elaborado pelo setor requisitante do objeto da licitação, em conjunto com a área de compras, e aprovado por quem autorizou a realização do procedimento licitatório. Definindo-se com exatidão a descrição do objeto do certame, de forma precisa, suficiente clara para que a aquisição seja de bem que promova a conservação do meio ambiente por se diferenciar dos demais, mas mesmo assim, respeite os princípios que caracterizam “bem comum” o gestor estará possibilitando a promoção da sustentabilidade.

Várias instâncias de governos em esferas Federais, Distrito Federal, Estadual e Municipal, dentro de suas atribuições, têm considerado como exemplo de aplicação de critério de sustentabilidade a compra computadores menos poluentes ao meio ambiente. A Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento recomenda que os órgãos públicos comprem computadores menos poluentes ao meio ambiente.

Em 08 de outubro de 2010, o Ministério do Planejamento¹² publicou regras de sustentabilidade ambiental e na oportunidade recomendou:

[...] que os órgãos públicos comprem computadores menos poluentes ao meio ambiente. Esses são equipamentos livres de chumbo e utilizam quantidade reduzida de ferro, alumínio, cobre, zinco, estanho, níquel, chumbo, cobalto, prata e ouro. Governo. (BRASIL, 2016).

Os responsáveis pela gestão dos recursos e obtenção dos desejados resultados devem buscar alternativas para viabilizar o aspecto da sustentabilidade e provar que se não ocorre a economia desejada em curto prazo ocorre em longo prazo. É fundamental o estabelecimento de prioridades governamentais de modo claro e isso ocorre quando se tem uma política pública definida.

Sobre Governança Shwanka e Oliveira (2008, p.124) afirmam:

Inserida no contexto de Estado em rede e de Governança Pública, a Administração Consensual revela-se como a nova face da Administração Pública no século XXI. Segundo Castells, Estado em rede é o Estado caracterizado pelo compartilhamento de autoridade em uma rede. Para Löffler, governança pública encerra uma nova geração de reformas administrativas e de Estado, que têm como objetivo a ação conjunta, levada a efeito de forma eficaz, transparente e compartilhada, pelo Estado, pelas empresas e pela sociedade civil, visando uma solução inovadora dos problemas sociais e criando possibilidades e chances de um desenvolvimento futuro sustentável para todos os participantes.

A boa governança é muito mais do que pôr as estruturas a funcionar, pugnar pela obtenção de bons resultados e não é um fim em si mesma. As melhores práticas de governança pública requerem um forte compromisso de todos os participantes. Isto exige uma boa orientação das pessoas, que envolve uma comunicação melhor; uma abordagem sistemática à gestão da organização; uma grande ênfase nos valores da entidade e conduta ética; gestão do risco; relacionamento com os cidadãos e os clientes e prestação de serviço de qualidade e no caso em tela, uma conexão com os problemas do cotidiano, sendo a degradação da terra mãe o mais simbólico.

Os princípios da governança requerem de todos os envolvidos que identifiquem e articulem as suas responsabilidades e as suas relações; considerem quem é responsável, o reconhecimento da relação existente entre os gestores e aqueles a quem confiam à gestão dos recursos; e que apresentem resultados.

Requer também uma compreensão clara e apreciação dos papéis e responsabilidades dos participantes no quadro da governança, onde os agentes políticos são componentes chaves de uma responsabilidade saudável. O afastamento destes requisitos impede a organização de conseguir os seus objetivos, assim, precisa-se fomentar uma cultura em prol da preservação ambiental e quando necessário enfrentar a rigidez da legislação, respeitando preceitos constitucionais, para obter dos entes públicos o exemplo em matéria de preservação ambiental.

A governança é um tema relacionado a um novo conjunto de ideias, instrumentos e práticas de gestão de organizações. Na literatura, observa-se que a noção sobre governança sofre alterações de acordo com o enfoque, o setor ou o segmento onde está sendo empregada. Entretanto, não há dúvidas sobre a sua importância. Uma boa governança contribui para o desenvolvimento de melhores políticas e estratégias públicas, constitui fonte de vantagem competitiva e desempenha importante papel para o desenvolvimento econômico e social.

13 O Tribunal de Contas da União ao julgar o AC -3034-17/13-2, processo n. 031.118/2010-0, firmou: “[...] Que na ponderação entre os princípios da isonomia e de seleção da proposta mais vantajosa, com base na razoabilidade, optou por descumprir aspecto formal da legislação. 11. A responsável remete à discussão sobre a forma de aplicação de princípios e que se resolve segundo a teoria desenvolvida por Robert Alexy (por meio da ponderação entre os dois princípios em jogo) e Ronald Dworkin (pela otimização dos princípios em jogo, de forma que ambos os princípios sejam atendidos em um ponto de equilíbrio que os maximize). 12. Tal discussão é totalmente inaplicável ao caso concreto, em que se discute o descumprimento de regra, o art. 30 da Lei 8.666/93, que estabelece rol exaustivo de exigências para a qualificação técnica. A aplicação de regra se dá modo disjuntivo, é tudo ou nada. Ou ainda, aplicando-se o modelo estatuído por Hans Kelsen, pela subsunção do fato à norma: se A (a conduta vedada) é, então B (a sanção) deve ser. 13. Outrossim, a ponderação (ou otimização) entre os dois princípios em jogo, pretendida pela justificante, já foi devidamente efetuada pelo Poder Legislativo ao regular a licitação por meio das Leis 8.666/93 e 10.520/2002. Não cabe à Administração descumprir regra válida, em vigor, sob o argumento de melhor ponderar os princípios em jogo que o Poder Legislativo”. (Disponível em: <www.portal.tcu.gov.br>. Acesso em: 05 fev. 2016).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que é possível incluir nos editais de licitações a exigência de fornecimento de produtos e/ou serviços sustentáveis, pois o ordenamento jurídico brasileiro impõe, por meio de tratados internacionais, do texto constitucional, por leis ou normativos infralegais, a observância do aspecto ambiental quando do planejamento e execução das ações governamentais, a fim de atender aos princípios constitucionais da eficiência, da legalidade e da preservação do meio ambiente.

Embora positivado na constituição fundamentos de proteção ao meio ambiente, para embasar decisões do TCU, quando se trata de licitações sustentáveis, nota-se que não existe uma segurança jurídica, por conta da falta de uma padronização nos julgamentos envolvendo o tema.

Assim, para que o gestor implemente na prática uma agenda voltada a sustentabilidade do planeta e, conseqüentemente, se torne uma política pública onde os órgãos e entidades Federais, Distrito Federal, Estados e Município passem a adotar paulatinamente critérios de sustentabilidade, quando de suas contratações de serviços e obras ou aquisição de bens, é necessário que os órgãos responsáveis pela fiscalização e julgamento de contas dos entes públicos, como por exemplo o TCU, passem a analisar os processos de licitação envolvendo critérios de sustentabilidade de um forma que corrobore com a aplicabilidade de políticas públicas em relação ao tema da proteção ao meio ambiente.

Portanto, o pregão eletrônico, mesmo sendo um processo célere, moderno, via internet, que permite um maior número de participantes e com a possibilidade de no termo de referência descrever o produto ecologicamente correto, com qualidade e características de sustentabilidade, possibilitado o gestor implementar política pública, possui um entrave jurídico pela rigidez legal¹³, eis que a proposta ecologicamente correta na maioria da vezes não consegue superar o aspecto do melhor preço, proposta mais vantajosa e dificulta pela sua particularidade da obrigatoriedade da livre concorrência.

Limitar-se a escolher o vencedor da licitação exclusivamente pelo fato de seu produto ou serviço o mais barato do ponto de vista financeiro é administrar de forma limitada, retrógrada e ineficiente, sem considerar o conjunto de valores e princípios constitucionais de forma integrada.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- BOSSERMANN, Klaus. *O princípio da Sustentabilidade Transformação direito e Governo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BRASIL. *Constituição da República do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/626-gestão-planejamento-e-pesquisa/control-interno/súmulas/18304-súmula-222-tcu>>. Acesso em: 16 dez. 2015.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Guia de boas práticas em contratação de soluções de tecnologia da informação: riscos e controles para o planejamento da contratação/ Tribunal de Contas da União. – Versão 1.0.* - Brasília: TCU, 2012.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações jurisprudenciais do TCU*. Brasília. 2010
- FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, Hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. *Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo. Martins Fontes. 2009.
- LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. Tradução de Sandra Valenzuela; revisão técnica de Paulo Freire Vieira. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2010.
- MAFFESOLI, Michel. *Homo Eroticus: comunhões emocionais*. Tradução: Abner Chiquieri. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MEIRELLES, Hely L. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MENEZES, Adson. *Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- SHWANKA, Cristiane; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A Administração Consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Anais do encontro XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*, Salvador, 19, 20 e 21 jun. 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/gustavo_henrique_justino_de_oliveira.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2016.

Recebido em: 16/12/2015

Aprovado em: 07/02/2016