

Ministério da Justiça
Secretaria de Assuntos Legislativos

MECANISMOS JURÍDICOS PARA A MODERNIZAÇÃO E
TRANSPARÊNCIA
DA GESTÃO PÚBLICA

Volume II

Série Pensando o Direito, nº 49

Brasília
2013

© 2013 Ministério da Justiça
Todos os direitos reservados. É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte e que não seja para venda ou qualquer fim comercial.

As informações expressas nesta publicação são de responsabilidade dos autores e não refletem, necessariamente, a opinião do Ministério da Justiça.

PRESIDENTA DA REPÚBLICA

Dilma Vana Rousseff

MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA

José Eduardo Cardozo

SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS

SECRETÁRIO DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS E DIRETOR NACIONAL DE PROJETO

Marivaldo de Castro Pereira

CHEFE DE GABINETE E GERENTE DE PROJETO

Priscila Spécie (2011-2012)

Ricardo de Lins e Horta (2013)

COORDENAÇÃO DA SECRETARIA:

Gabriel de Carvalho Sampaio
Anna Cláudia Pardini Vazzoler
Guilherme Alberto Almeida de Almeida
Luiz Antônio Silva Bressane
Márcio Lopes de Freitas Filho
Patrick Mariano Gomes
Ricardo Lobo da Luz
Sabrina Durigon Marques

EQUIPE ADMINISTRATIVA:

Ewandjoecy Francisco de Araújo
Maria Cristina Leite

NORMALIZAÇÃO E REVISÃO:

Hamilton Cezario Gomes
Marina Alvarenga do Rêgo Barros

DIAGRAMAÇÃO:

Cledson Alexandre de Oliveira
Geovani Taveira Lopes

ELABORAÇÃO, DISTRIBUIÇÃO E INFORMAÇÕES:

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Secretaria de Assuntos Legislativos
Esplanada dos Ministérios, Ed. Sede, bl. T, 4º andar, sala 434
Fone: 55 61 3429.3376/3114
Correio eletrônico: pensandoodireito@mj.gov.br
Internet: www.pensandoodireito.mj.gov.br
Facebook: www.facebook.com/projetopd
Twitter: @projetopd
Distribuição gratuita
Impresso no Brasil / Tiragem: 1ª Edição - 1200 exemplares

Brasil. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos
Mecanismos jurídicos para a modernização e transparência da gestão
pública. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. -- v. 2.
Brasília: Ministério da Justiça, 2013.
329 p. : il. – (Série Pensando o Direito, 49)

ISSN 2175-57060

1. Direito. 2. Gestão Pública 3. Contratos Administrativos 4. Políticas
Sociais 5. Compras Públicas Sustentáveis 6. Multas Ambientais I. Título
II. Série

CDU 35.08

CDD 351.81

Instituições Pesquisadoras:



UNIVERISDADE FEDERAL DA BAHIA - UFBA



FUNDAÇÃO
GETULIO VARGAS



Escola de Administração
de Empresas de São Paulo



CARTA DE APRESENTAÇÃO INSTITUCIONAL

No marco dos seis anos do Projeto Pensando o Direito, a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ) traz a público novas pesquisas, com um enfoque empírico e interdisciplinar, sobre temas de grande impacto público e social, contribuindo para a ampliação e o aperfeiçoamento da participação no debate sobre políticas públicas.

O objetivo central das pesquisas do Projeto é produzir conteúdos que possam ser aproveitados no processo de tomada de decisão da Administração Pública na construção de políticas públicas. Com isso, busca-se estimular a aproximação entre governo e academia, viabilizar a produção de pesquisas de caráter empírico e aplicado, incentivar a participação e trazer à tona os grandes temas que preocupam a sociedade.

A cada lançamento de novas pesquisas, a SAL renova sua aposta no sucesso do Projeto, lançado em 2007 com o objetivo de inovar e qualificar o debate, ao estimular a academia a produzir e conhecer mais sobre temas de interesse da Administração Pública e da sociedade e abrir espaço para que a sociedade participe do processo de discussão e aprimoramento das políticas públicas. Essa forma de conduzir o debate sobre as leis, instituições e políticas públicas contribui para seu fortalecimento e democratização, permitindo a produção plural e qualificada de argumentos utilizados nos espaços públicos de discussão e decisão, como o Congresso Nacional, o governo e a própria opinião pública.

O Projeto Pensando o Direito consolidou, desse modo, um novo modelo de participação social para a Administração Pública. Por essa razão, em abril de 2011, o projeto foi premiado pela 15ª edição do Concurso de Inovação na Gestão Pública Federal da Escola Nacional de Administração Pública (ENAP).

Para ampliar a participação na construção de políticas públicas, os resultados das pesquisas promovidas pelo Projeto são incorporados sempre que possível na forma de novos projetos de lei, de sugestões para o aperfeiçoamento de propostas em tramitação, de orientação para o posicionamento da SAL/MJ e dos diversos órgãos da Administração Pública em discussões sobre alterações da legislação ou da gestão para o aprimoramento das instituições do Estado. Ademais, a divulgação das pesquisas por meio da Série Pensando o Direito permite a promoção de debates com o campo acadêmico e com a sociedade em geral, demonstrando compromisso com a transparência e a disseminação das informações produzidas.

Esta publicação consolida os resultados das pesquisas realizadas pelas instituições selecionadas nas duas chamadas públicas de 2012. O presente volume está disponível no sítio eletrônico da SAL/MJ (<http://www.pensandoodireito.mj.gov.br>), somando-se assim mais de 50 publicações que contribuem para um conhecimento mais profundo sobre assuntos de grande relevância para a sociedade brasileira e para a Administração Pública.

Brasília, outubro de 2013.

Marivaldo de Castro Pereira

Secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça

AGRADECIMENTOS

O Projeto Pensando o Direito não seria possível sem o inestimável empenho dos parceiros da Secretaria de Assuntos Legislativos na execução do projeto. Agradecemos primeiramente ao Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), nas pessoas de Maristela Marques Baioni, Erica Massimo Machado e Lilia Maria Chuff Souto. Estendemos também nossa gratidão ao trabalho de Alessandra Ambrosio, da Agência Brasileira de Cooperação do Ministério das Relações Exteriores (ABC/MRE).

O volume que o leitor tem em mãos resulta do árduo trabalho não só das equipes de pesquisa, mas de diversos outros profissionais envolvidos no processo de concepção e elaboração das chamadas públicas, de composição de bancas de seleção de propostas e de avaliação e monitoramento no curso das pesquisas. Para reforçar a interface entre governo e academia, e possibilitar maior troca de conhecimentos, o Projeto inovou ao envolver parceiros de governo em todas as fases de acompanhamento das pesquisas.

Agradecemos, assim, aos servidores Aldino Graef e Manuela Oliveira Camargo (Casa Civil da Presidência da República), Alice Braga e Henrique Varejão (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA), Ana Maria Neto e Carla Aparecida Magalhães Carsten Braga de Miranda (Ministério do Meio Ambiente), Andrea Regina Lopes Ache, Marcelo Bruto da Costa Correia, Nina Gonçalves, Osmar Henrique Parra e Rosângela Neri Nereu (Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão), Davi Barros da Silva (Ministério da Educação), Diogo Thomson (Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE), Fernando Simões de Carvalho Chagas, Júlio Borges e Paulo Januzzi (Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome), Francisco Vergilio Codonho Netto (Caixa Econômica Federal), Higor Rezende Pessoa (Ministério da Saúde), Pedro Palotti (Escola Nacional de Administração Pública - ENAP) e Raquel de Fátima Antunes Martins (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA) além da profa. Márcia Dieguez Leuzinger (Centro Universitário de Brasília - UniCEUB), por terem dedicado preciosas horas de trabalho ao aperfeiçoamento das pesquisas do Projeto Pensando o Direito.

Da equipe da Secretaria de Assuntos Legislativos, participaram os servidores Ana Carla Couto de Miranda Castro, Anna Claudia Pardini Vazzoler, Gabriel de Carvalho Sampaio, Guilherme Alberto Almeida de Almeida, João Gabriel Pimentel Lopes, Larissa Caetano Mizutani, Márcio Lopes de Freitas Filho e Natália Albuquerque Dino de Castro e Costa, bem como o consultor Diego Augusto Diehl (PNUD).

Por fim, os trabalhos que resultaram nesta publicação não teriam sido possíveis sem o comprometimento dos consultores Nayara Teixeira Guimarães e Fernando Nogueira Martins Júnior (PNUD).

Sumário

Apresentação	14
--------------------	----

PARTE I - Gestão da Execução de Contratos Administrativos pelo Poder Público.

1. Introdução	17
2. Objeto e objetivos da pesquisa	21
3. Descrição da metodologia	23
3.1 Pesquisa Quantitativa (Análise Ex-ante e Análise Interna)	23
3.1.1 Coleta de dados	23
3.1.2 Modelo de Análise	27
4. Resultados	40
4.1 Análise Quantitativa (Fases Ex-Ante e Interna)	41
4.1.1 Análise descritiva dos dados	41
4.1.2 Fase ex-ante: desempenho em custos, prazos e interposição de recursos	44
4.1.3 Fase Interna: concessão de aditivos	59
4.2 Análise Qualitativa (Fase Interna)	50
4.2.1 Monitoramento e controle	52
4.2.2 Transparência e controle externo	61
4.2.3 Melhorias possíveis	62
5. Discussão	66
6. Propostas de aprimoramento legislativo	71
6.1 Criação de cadastro de bons fornecedores	71
6.2 Da necessidade de implantação do controle da execução dos contratos administrativos por eficiência em empresas públicas e Sociedades de economia mista do âmbito federal	73
6.3 Da necessidade de criação de um Sistema Único Informatizado de Gestão da Execução de Contratos (SUIGEC)	75
7. Conclusão	76
Referências Bibliográficas	78
Apêndice I - Variáveis selecionadas previamente para coleta mediante pesquisa quantitativa	
Apêndice II - Descrição das técnicas de análise estatísticas adotadas no modelo de análise	
Apêndice III – Roteiros de perguntas realizadas com os gestores públicos	
Apêndice IV – Roteiros de perguntas realizadas com os gestores de empresas privadas que mantém	

PARTE II - Fluxo de informações entre Entes Federados para a construção de políticas sociais

1. Introdução	93
2. Objeto e objetivos da pesquisa	95
3. Metodologia	98
4. Relações federativas, regulamentações e governança de Sistemas de Informação	100
4.1 Programa Bolsa Família, Brasil	100
4.2 Programa de Desenvolvimento Humano Oportunidades (Oportunidades), México	103
4.3 Programa Electronic Health Records (EHR), Canadá	106
4.4. Resumo Comparativo	107
5. Estudos de caso: sistemas de informação como ferramentas de coordenação federativa de políticas sociais	109
5.1 Sistema Nacional da Assistência Farmacêutica (Hórus)	112
5.2 SISJOVEM – Sistema de Informação do Programa Nacional de Inclusão do Jovem Adolescente	117
5.3 PDE Interativo – O Sistema do Plano de Desenvolvimento da Educação	144
6. Discussão	163
7. Conclusão	167
Referências Bibliográficas	168

PARTE III - Compras Públicas Sustentáveis

1. Introdução	175
2. O conceito de “sustentabilidade” nas compras públicas sustentáveis	177
2.1. O conceito de desenvolvimento sustentável e sustentabilidade	177
2.2. Referências normativas para o conceito de sustentabilidade e o seu uso nas compras públicas sustentáveis	179
3. Reforma das licitações no Brasil: o poder de compra estatal em debate	182
3.1. A licitação como instrumento de alcance da proposta mais vantajosa ao Poder Público	182
3.2. O poder de compra estatal em debate	183
4. Política de compras públicas sustentáveis na esfera federal	185
4.1. Antecedentes da política de compras públicas sustentáveis	185
4.2. Primeiras iniciativas de uso do poder de compra estatal para promoção da sustentabilidade	188

4.3. Construção da política de compras públicas sustentáveis	195
4.4. Desenvolvimento nacional sustentável: a nova redação da Lei de Licitações conferida pela Lei 12.349/2010	199
4.5. O Decreto 7.746/2012	202
4.6. As compras públicas sustentáveis na visão do controlador: análise da jurisprudência do TCU	204
4.7. O papel da AGU na adoção das compras públicas sustentáveis pelo Poder Público federal	205
5. Políticas de compras públicas sustentáveis na esfera estadual.....	207
6. Estudo dos editais de compras públicas sustentáveis	209
7. Percepção das empresas sobre as compras públicas sustentáveis	215
8. Economia e sustentabilidade	220
9. Experiências internacionais em compras públicas sustentáveis	222
10. Desafios para a implantação das compras públicas sustentáveis em vista do conceito de sustentabilidade e da racionalidade do processo de licitação	227
11. Propostas do CPJA para o aprimoramento das compras públicas sustentáveis	237
11.1. Propostas de aprofundamento do estudo das compras públicas sustentáveis....	237
11.2. Propostas para a disciplina jurídica das compras públicas sustentáveis.....	239
11.3. Propostas para garantia da segurança jurídica: o (bom) uso da motivação	241

PARTE IV - Eficácia das multas aplicadas em razão dos atos de fiscalização e exercício do poder de polícia ambiental

1. Introdução	245
1.1 Contextualização do tema e relevância da pesquisa.....	245
1.2 Objeto da pesquisa	247
1.3 Metodologia	248
2. Desenvolvimento	252
2.1 Resultados	252
3. Conclusão	321
Referências Bibliográficas	326

APRESENTAÇÃO

O presente volume II do número 49 da Série Pensando o Direito traz em conjunto os principais resultados de quatro pesquisas das duas chamadas realizadas em 2012, que tiveram como tema comum “Mecanismos jurídicos para a modernização e transparência da gestão pública”.

A concepção dos editais propostos em 2012 consolidou uma série de discussões mobilizadas ao longo de 2011, com momentos especialmente marcantes de avanços na pauta de inovação e transparência da gestão pública para o Projeto Pensando o Direito e para a Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL/MJ). No início de 2011, o Projeto foi premiado durante o 15º Concurso Inovação na Gestão Pública Federal da Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), pela eficácia e eficiência no uso dos recursos para a qualificação, mas principalmente pelo aspecto de democratização da política legislativa. No final do ano, dia 18 de novembro de 2011, a Presidenta da República sancionou a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527), que contou com a participação ativa da SAL/MJ durante todo o período de elaboração do anteprojeto de lei, de política legislativa para as tramitações no Congresso Nacional e de regulamentação pelo Poder Executivo. Nesse contexto, muito restava (e ainda resta) a ser feito para o aperfeiçoamento da gestão pública, também como fator de suma relevância para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Para fortalecer o embasamento à tomada de decisão em políticas públicas voltadas para a melhoria da gestão, a SAL/MJ, em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, com o apoio da Secretaria de Gestão Pública (SEGEP) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), e em articulação com outros órgãos da administração pública federal, definiu temas específicos da pauta da gestão pública para a elaboração das chamadas de pesquisa de 2012 pelo Pensando o Direito: superação de desafios no recrutamento e gestão de servidores públicos, na celebração e execução de contratos, nas compras governamentais sustentáveis, na gestão eficiente de bens públicos, entre outros. Em seguida, foram selecionadas propostas de pesquisa com enfoque empírico e interdisciplinar, as quais foram objeto de intenso debate entre representantes de órgãos públicos e as equipes selecionadas.

A primeira delas, denominada “Gestão da execução de contratos administrativos pelo Poder Público”, foi coordenada pela Profa. Dra. Têmis Limberger, da Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS) e desenvolvida a partir da parceria formada entre esta instituição e a Universidade Federal da Bahia (UFBA). O objetivo geral da pesquisa foi analisar mecanismos de gestão da execução de contratos administrativos de forma a produzir diagnósticos capazes de gerar alternativas para superar os principais obstáculos encontrados. O trabalho analisa a utilização dos diversos mecanismos de gerência de contratos junto a três entidades que utilizam o regime de contratação pública, quais sejam,

a Caixa Econômica Federal (CEF-RS), a Fundação Oswaldo Cruz – Centro de Pesquisas Gonçalo Moniz (FIOCRUZ-BA) e a Infraero/RS.

A segunda pesquisa é denominada “Fluxo de informações entre entes federados para a construção de políticas sociais” e tem como tema as políticas sociais que se utilizam de sistemas de informação como ferramenta de implementação e execução de suas ações. O trabalho foi coordenado pelo Prof. Dr. Eduardo Henrique Diniz, do Centro de Pesquisa em Administração Pública e Governo da Fundação Getúlio Vargas (EAESP-GV), em parceria com a Universidade da Amazônia (UNAMA). O trabalho analisou a eficácia de sistemas de informação criados pelo governo federal brasileiro para fazer a gestão de políticas sociais descentralizadas. Foi feito estudo comparado e uma reflexão acerca das ferramentas de controle, gestão e coordenação federativa.

Na sequência deste volume, temos os resultados da investigação feita pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (Direito GV), sobre “Compras Públicas Sustentáveis”. Sob coordenação da Profa. Dra. Juliana Bonacorsi de Palma e do Prof. Dr. Nelson Novaes Pedroso Júnior, a pesquisa trata do poder de compra da Administração Pública, e das possibilidades de implementar e fomentar políticas de sustentabilidade mediante processos de contratação pública.

Por fim, a quarta pesquisa, advinda da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ) e da Universidade Católica de Petrópolis (UCP), versa sobre a aplicação de multas ambientais. O trabalho “Eficácia das multas aplicadas em razão dos atos de fiscalização e exercício do poder de polícia ambiental”, coordenado pela Profa. Dra. Lílian Balmant Emerique e pelo Prof. Dr. Sidney Guerra, passa em revista a dinâmica de aplicações de multas ambientais por infrações administrativas federais, sua execução, relevância e eficácia na proteção do meio ambiente, entendida como direito fundamental.

Os trabalhos aqui reunidos são exemplos de como a metodologia científica levada à sério, com autonomia, em investigações de caráter empírico e aplicado em matéria não estritamente jurídica, podem contribuir para renovar a reflexão sobre a gestão pública brasileira. Esperamos que o presente volume seja de grande valia à Administração Pública, aos seus gestores, à política legislativa, aos estudiosos e a todos interessados no assunto. Boa leitura!

Priscila Spécie

Gerente do Projeto (2011-2012)

Nayara Teixeira Magalhães

Consultora do PNUD

Ricardo de Lins e Horta

Gerente do Projeto (2013)

Fernando Nogueira Martins Júnior

Consultor do PNUD

PARTE III

Compras Públicas Sustentáveis



Instituição Pesquisadora:

Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas de São Paulo – DIREITO GV

Coordenação:

Juliana Bonacorsi de Palma

Nelson Novaes Pedroso Junior

Equipe de pesquisa:

André Janjácomo Rosilho

André Luis Macagnan Freire

Beatriz Alencar Dalessio

Flávia Silva Scabin

Juliana Cristina Luvizotto

Lígia Paula Pires Pinto Sica

Marina Fontão Zago

Marina Jacob Lopes da Silva

Consultores:

Carlos Ari Sundfeld

Frederico Araújo Turolla

José Reinaldo de Lima Lopes

Yonara Dantas Oliveira

Colaboradores:

Daniela Malheiros Jerez

Julia Cortez da Cunha Cruz

Laura de Menezes Vasconcelos

I. INTRODUÇÃO

Com as grandes nações unindo-se no intuito de implantar políticas em prol da sustentabilidade, o papel do Poder Público passa a abranger essa nova dimensão – seja intervindo, seja atuando diretamente: além de ser agente normativo e regulador da ordem econômica, o Estado também é consumidor de bens, serviços e obras. Ao assumir parâmetros de sustentabilidade¹ enquanto critério para as compras que realiza, o Estado passa não apenas a redefinir padrões de consumo^{2 3}, mas também a impactar diretamente na reorganização do mercado, à medida que inaugura ou potencializa um nicho de mercado, influenciando a opinião pública e decisões empresariais⁴, de modo a influenciar os padrões gerais de demanda⁵.

Nesse sentido, as compras públicas podem funcionar como importante e eficiente ferramenta de promoção do desenvolvimento sustentável na esfera pública, com repercussão direta na iniciativa privada.

As compras públicas sustentáveis tomam como base o consumo sustentável, que consiste no uso de bens e serviços que respondam a necessidades básicas e tragam melhorias na qualidade de vida, minimizando concomitantemente o uso de recursos naturais e materiais tóxicos (além das emissões de lixo e poluentes durante seu ciclo de vida) de maneira a não arriscar as necessidades das gerações futuras⁶. Desta forma, o consumo sustentável dirige-se para o aspecto da demanda, procurando maneiras de oferecer os bens e serviços necessários para satisfazer necessidades básicas e para melhorar a qualidade de vida que reduzam a pressão na capacidade de carga na terra⁷. Além da perspectiva ambiental, cabe ressaltar que o conceito de sustentabilidade é aplicado ao consumo em todas as suas dimensões, incluindo a social e a econômica⁸.

1 Cf. Declaração de Johannesburg sobre Desenvolvimento Sustentável, art. 11, disponível em <<http://www.unescap.org/esd/environment/rio20/pages/Download/johannesburgdeclaration.pdf>>; Carta da Terra, art. 7 e 10, disponível em <http://www.unesco.org/education/tlsf/mods/theme_a/img/02_earthcharter.pdf>. Acesso em abril de 2013.

2 Cf. Declaração de Johannesburg sobre Desenvolvimento Sustentável, art. 11, disponível em <<http://www.unescap.org/esd/environment/rio20/pages/Download/johannesburgdeclaration.pdf>>; Carta da Terra, art. 7 e 10, disponível em <http://www.unesco.org/education/tlsf/mods/theme_a/img/02_earthcharter.pdf>. Acesso em abril de 2013.

3 Cf. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, princípio 8, disponível em <<http://www.un.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em abril de 2013.

4 Cf. Agenda 21, art. 4.23, disponível em <<http://www.un.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>>. Acesso em abril de 2013.

5 Cf. Oslo Roundtable on Sustainable Production and Consumption, art. 2.4, disponível em <<http://www.iisd.ca/consume/oslo000.html>>. Acesso em abril de 2013.

6 Cf. Oslo Roundtable on Sustainable Production and Consumption, art. 1.2, disponível em <<http://www.iisd.ca/consume/oslo000.html>>. Acesso em abril de 2013.

7 Cf. Guia de Compras Públicas Sustentáveis, p. 22, disponível em <<http://www.gvces.com.br/arquivos/36/Guia-de-compras-publicas-sustentaveis.pdf>>. Acesso em abril de 2013.

8 Idem.

Assim, consumo sustentável não significa apenas consumir menos, mas consumir de forma diferente, mais eficiente, orientando-se para melhorias na qualidade de vida. Além disso, também significa dividir de forma mais equitativa os recursos e seus benefícios⁹.

A licitação sustentável coloca-se como instrumento para integrar considerações ambientais e sociais aos estágios do processo da compra e contratação dos agentes públicos, com o objetivo de reduzir impactos à saúde humana, ao meio ambiente e aos direitos humanos¹⁰. Em termos práticos, trata-se da aplicação de critérios trazidos pelo conceito de sustentabilidade ao processo licitatório. Desta forma, este deve considerar não apenas os tradicionais parâmetros econômicos (preço, prazo e qualidade), mas também basear as decisões em critérios como a avaliação do ciclo de vida dos produtos, os riscos a ele associados, as medidas de sucesso e as implicações para o ambiente e para a sociedade¹¹. Pode incluir, ainda, aspectos como uso de água e energia, geração de resíduos e emissões de gases do efeito estufa, diversidade étnica e de gênero, segurança no trabalho e no transporte de cargas, direitos humanos, compras locais e de pequenas empresas.

Por outro lado, está em curso a *reforma das licitações* no Brasil. Após a edição daquele que seria o mais relevante diploma normativo de disciplina das contratações públicas no Brasil – a Lei 8.666/93 (Lei de Licitações) –, sucessivas foram as alterações legislativas com a finalidade de dotar as licitações públicas de maior *eficiência*, como a Lei do Pregão e, mais recentemente, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). No entanto, a reforma das licitações no Brasil também segue a toada das *políticas públicas*: na qualidade de instrumento para a realização de finalidades públicas, propostas legislativas são endereçadas com a finalidade de promover políticas públicas “por dentro” dos processos de contratação pública. Trata-se do reconhecimento de que o Estado detém significativo poder de compra, hoje estimado em aproximadamente 21,5% do PIB de 2012¹², o qual pode ser destinado à contratação de obras, bens e serviços cuja intenção última não seja a garantia da proposta mais vantajosa ao Poder Público, mas sim finalidades extrafiscais de relevante utilidade pública.

É nesta segunda linha de reforma das licitações no Brasil que se contextualizam as *compras públicas sustentáveis*.

O presente relatório resumido da pesquisa COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS que o leitor tem agora em mãos é resultado de extensa pesquisa desenvolvida pelo CPJA/Direito

9 Cf. Guia de Compras Públicas Sustentáveis, p. 23, disponível em: <<http://www.gvces.com.br/arquivos/36/Guia-de-compras-publicas-sustentaveis.pdf>>. Acesso em 10.04.2013.

10 Cf. Guia de Compras Públicas Sustentáveis, p. 25, disponível em: <<http://www.gvces.com.br/arquivos/36/Guia-de-compras-publicas-sustentaveis.pdf>>. Acesso em 10.04.2013.

11 Cf. Compra Sustentável: a força do consumo público e empresaria para uma economia verde e inclusiva, disponível em: <http://www5.ensp.fiocruz.br/biblioteca/dados/txt_490422707.pdf>. Acesso em 10.04.2013.

12 Resultado que abrange a participação do consumo da Administração Pública nas três esferas federativas calculado a partir das Contas Nacionais Trimestrais do primeiro trimestre de 2013. Cf. Relatório de Contas Nacionais Trimestrais de Janeiro / Março de 2013 do IBGE, disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Contas_Nacionais/Contas_Nacionais_Trimestrais/Fasciculo_Indicadores_IBGE/pib-vol-val_201301caderno.pdf>. Acesso em 1º.06.2013.

GV com a proposta de analisar o atual estágio das políticas de uso do poder de compra estatal na promoção da sustentabilidade.

Várias são as iniciativas federais, estaduais e até mesmo municipais de construir suas políticas de compras públicas sustentáveis. Quando essas experiências são analisadas concretamente, constata-se a complexidade que envolve as compras públicas sustentáveis: edição de leis e regulamentos, choque de gestão administrativa, envolvimento de significativos atores institucionais, análise de impacto da política, entre outros aspectos. Um dos objetivos centrais desta pesquisa foi mapear a dinâmica de compras públicas sustentáveis com estudo de casos emblemáticos, análise de atores – como o Tribunal de Contas da União, as empresas e o próprio Poder Público –, estudo da legislação e sua prática. Nesse cenário, o Direito tem um importante papel a cumprir. Apenas com segurança jurídica é possível fazer uso do poder de compra estatal que seja efetivo na promoção da sustentabilidade. A pesquisa também objetivou avaliar as soluções jurídicas no debate em curso de como tornar as compras públicas sustentáveis mais efetivas.

2. O conceito de “sustentabilidade” nas compras públicas sustentáveis

2.1. O conceito de desenvolvimento sustentável e sustentabilidade

O termo *sustentabilidade* é derivado do conceito de “desenvolvimento sustentável”, elaborado a partir dos esforços internacionais iniciados nas décadas de 1960 e 1970 em resposta ao aumento da preocupação mundial com o crescimento populacional e o consequente desequilíbrio dos processos ecológicos e ocorrência de desastres ambientais.

Dois grandes acontecimentos, ambos em 1972, ilustram esse cenário de articulação e tomada de consciência a respeito da conservação ambiental como imperativo para a continuidade da existência humana. O primeiro foi o lançamento do Relatório “Os Limites do Crescimento”, que representou os esforços do Clube de Roma em abordar o rápido crescimento da população mundial frente a um planeta com recursos naturais limitados. O segundo foi a realização da primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, na qual se celebrou a Declaração de Estocolmo, contendo princípios para a promoção da conservação ambiental e da melhoria da qualidade de vida.

As discussões que se seguiram tiveram por escopo a tentativa de estabelecer modelos

alternativos de desenvolvimento, geralmente focados nas dimensões social e ecológica e centrados na integridade ambiental, para além do crescimento econômico, que até então funcionava como parâmetro para medir o desenvolvimento das nações. Foi em 1987, no entanto, que o termo “desenvolvimento sustentável” enfatizou o elemento humano e ganhou ampla repercussão, por meio da publicação do Relatório Brundtland (ou “Nosso Futuro Comum”). Nele, ao lado das preocupações ambientais que já se faziam sentir em 1972, foram acrescentadas as questões econômicas e sociais como indissociáveis enquanto medida de desenvolvimento. Isso se deu a partir da proposta do próprio relatório de conciliar a conservação ambiental com a necessidade de desenvolvimento econômico e social, na medida que se passou a entender o desenvolvimento enquanto proposta “que atenda as necessidades do presente sem comprometer a habilidade das gerações futuras de atender suas próprias necessidades”¹³. Acima de tudo, trata-se de um processo de mudança direcionado à melhoria das condições de vida (refletido nos âmbitos ambiental, social e econômico), envolvendo, de maneira harmônica, setores como exploração de recursos, direcionamento de investimentos, desenvolvimento tecnológico e estruturas institucionais¹⁴.

Foram inúmeras as iniciativas internacionais e domésticas, públicas e privadas, focadas na consolidação do desenvolvimento sustentável como meta¹⁵ para frear a degradação ambiental, promover o desenvolvimento das nações com garantia de qualidade de vida e do uso sustentável dos recursos naturais em consonância com a conservação da biodiversidade. Focado principalmente no ser humano¹⁶, a virada promovida pelo conceito de desenvolvimento sustentável assumiu o direito ao desenvolvimento equitativo (tanto na perspectiva de classes e de nações quanto de gerações) enquanto umas das metas a serem atingidas, as quais apenas seriam possíveis por meio do fortalecimento dos pilares da sustentabilidade – proteção ambiental, desenvolvimento econômico e social –, que são interdependentes e que se reforçam mutuamente¹⁷.

O desenvolvimento¹⁸ sustentável, portanto, supera a tradicional concepção que opõe considerações econômicas à proteção ambiental, baseada na pressão exercida pela exploração econômica dos recursos naturais. Políticas públicas guiadas pela sustentabilidade necessariamente serão direcionadas por preocupações econômicas – ancoradas, porém, em raízes ecológicas e sociais que garantirão (respectivamente) o

13 Cf. Nosso Futuro Comum, capítulo 2, parágrafo 1, disponível em <<http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>>. Acesso em abril de 2013.

14 Cf. Nosso Futuro Comum, capítulo 2, parágrafo 15, disponível em <<http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>>. Acesso em abril de 2013.

15 Cf. Carta da Terra, disponível em <http://www.unesco.org/education/tlsf/mods/theme_a/img/02_earthcharter.pdf>. Acesso em abril de 2013. Agenda 21, disponível em <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>>. Acesso em abril de 2013. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, disponível em <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em abril de 2013. Declaração de Johannesburg sobre Desenvolvimento Sustentável, disponível em <<http://www.unescap.org/esd/environment/rio20/pages/Download/johannesburgdeclaration.pdf>>. Acesso em abril de 2013. Declaração Final da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio + 20), disponível em <http://www.uncsd2012.org/thefuturewewant.html>. Acesso em abril de 2013.

16 Cf. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, princípio 1, disponível em <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em abril de 2013.

17 Cf. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, princípio 3, disponível em <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em abril de 2013.

18 Cf. Declaração de Johannesburg sobre Desenvolvimento Sustentável, disponível em <<http://www.unescap.org/esd/environment/rio20/pages/Download/johannesburgdeclaration.pdf>>

crescimento em longo prazo e a distribuição equitativa de seus produtos¹⁹.

Se, por um lado, essa vertente oferece uma alternativa à medida de desenvolvimento enquanto crescimento econômico, ela também se diferencia das políticas públicas puramente ecológicas, que visam principalmente à correção dos sintomas do crescimento predatório (não sustentável). Embora esta abordagem ecológica seja importante, são necessárias ações dirigidas a um tipo de desenvolvimento que integre produção e conservação, ligando ambas à provisão de condições de vida adequadas e acesso equitativo a recursos por parte da população²⁰. Sustentabilidade, portanto, implica na integração entre políticas ambientais e estratégias econômicas. Tal integração visa à perpetuidade dos processos sociais, econômicos e ambientais que garantam a qualidade de vida não apenas da geração presente, mas também das futuras. O que se espera, assim, é que se possa atender às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades.

O conceito de sustentabilidade, portanto, é sistêmico e relaciona-se com a continuidade dos aspectos econômicos, sociais, culturais e ambientais da sociedade humana, e se pode alcançar por meio do planejamento detalhado e de ações capazes de atingir e de manter esses mesmos ideais em longo prazo²¹. Além desse aspecto transgeracional, o conceito de sustentabilidade também incorpora a redução da pobreza e das desigualdades como um dos seus ideais, na medida em que se propõe a realização das necessidades humanas e a promoção da melhoria da qualidade de vida. Em suma, a adjetivação do conceito de sustentabilidade assumido nesse estudo é baseada nos três pilares – ambiental, social e econômico – e deve ser desdobrada em socialmente inclusivo, ambientalmente sustentável e economicamente sustentado no tempo.

2.2. Referências normativas para o conceito de sustentabilidade e o seu uso nas compras públicas sustentáveis

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 tem, entre os princípios que regem a atividade econômica, a busca pela defesa do meio ambiente e a livre-concorrência²². Ademais, o próprio art. 225, inc. IV, da Constituição Federal remete à noção de sustentabilidade ao exigir estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obras ou desenvolvimento de atividades com potencial impacto ambiental.

19 Cf. Nosso Futuro Comum, capítulo 1, parágrafo 50, disponível em <<http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>>. Acesso em abril de 2013.

20 Cf. Nosso Futuro Comum, capítulo 1, parágrafos 47 e 48, disponível em <<http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>>. Acesso em abril de 2013.

21 Cf. Nosso Futuro Comum, capítulo 1, parágrafos 47 e 48, disponível em <<http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>>. Acesso em abril de 2013 ; Mark ZIMMERMANN, Hans-Joerg ALTHAUS e Anne HAAS, Benchmarks for Sustainable Construction – A contribution to develop a standard, p. 1147-1157; e Valéria D'AMICO, Aquisições Públicas Sustentáveis.

22 Cf. Art. 170 da Constituição Federal.

Preceitos normativos sobre sustentabilidade relacionados a processos licitatórios, apesar de inovadores enquanto ferramentas de promoção do desenvolvimento sustentável, não são novos no País. A redação original da Lei 8.666/1993 já previa o impacto ambiental como um dos requisitos que devem ser necessariamente considerados quando da elaboração dos projetos básicos e executivos de obras e serviços²³. Nessa mesma linha, dois outros diplomas legais podem ser indicados: a Lei 11.079/2004 – conhecida como a lei das PPPs –, que indica as vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria como uma diretriz na contratação de parceria público-privada²⁴ e, mais recentemente, a Lei 12.462/2011, que dispõe sobre o regime diferenciado de contratações públicas, que eleva à categoria de princípio o “desenvolvimento nacional sustentável”²⁵.

Esta mesma Lei prevê expressamente a variação da remuneração da empresa contratada, tendo em vista critérios relacionados ao impacto ambiental gerado²⁶, além da exigência de “requisitos de sustentabilidade ambiental”, que poderá ser feita na fase de habilitação das propostas regidas pelo RDC²⁷. A Lei 12.187/2009, que institui a política de mudança climática, por exemplo, lista como instrumento de política nacional sobre mudança do clima a margem de preferência para as propostas apresentadas em licitação para exploração de serviços públicos e recursos naturais que propiciem maior economia de energia, água e demais recursos naturais, bem como reduzam a emissão de gases de efeito estufa e de resíduos²⁸.

Em comum, todas as normas indicadas fazem referência à contratação de obras e serviços pela Administração Pública. Algumas iniciativas foram formuladas com a finalidade de promover as compras públicas sustentáveis, outras se fizeram em vista da legislação ambiental, como foi o caso da Política Nacional de Mudança do Clima. Da análise destas iniciativas, é possível depreender diferentes métodos de valorização da sustentabilidade nas licitações públicas. No caso da aquisição de bens, objeto desse estudo, é possível enumerar as seguintes situações de valorização de critérios sustentáveis: pontuação na fase de julgamento das propostas; critério de desempate; diretriz de especificação técnica do produto; inserção de critérios socioambientais nas obrigações impostas à contratada; ou mesmo apresentação de documentos relacionados à sustentabilidade em fase de habilitação²⁹.

O que é relevante observar é que as formas de aplicação dos critérios de sustentabilidade são, na ponta, propostas esparsas no âmbito da Administração Pública, que não se alinham a uma política de compras públicas sustentáveis centralizada³⁰, seja em relação à forma

23 Cf. Art. 12, inc. VI, da Lei 8.666/1993.

24 Cf. Art. 4º, inc. VII, Lei 11.079/2004.

25 Cf. Art. 3º, Lei 12.462/2011.

26 Cf. Art. 10 da Lei 12.462/2011.

27 Cf. Art. 14, parágrafo único, inc. II, da Lei 12.462/2011.

28 Cf. Art. 6º, inc. XII, da Lei 12.187/2009.

29 Cf. Eduardo Fortunato BIM, **Considerações sobre a Juridicidade e os Limites da Licitação Sustentável**, p. 191-202.

30 Exemplo dessas iniciativas corresponde à Recomendação 11/2007 do Conselho Nacional de Justiça, segundo a qual se recomenda “[...]”

em que os aspectos da sustentabilidade são contabilizados, seja em relação aos próprios critérios, considerando-se bens iguais ou semelhantes.

Por outro lado, como mencionado anteriormente, é relevante considerar que o fato de um processo licitatório não ter sido rotulado enquanto uma compra pública sustentável não significa que o objeto da licitação não o seja. A Lei 12.305/2010, que institui a política nacional de resíduos sólidos, por exemplo, estabelece dentre seus objetivos a prioridade na aquisição e compras governamentais de produtos reciclados e recicláveis, bem como de bens, serviços e obras conforme critérios de consumo sustentável³¹. A cláusula geral de sustentabilidade, inserida pela Lei 12.349/2010, determina que um dos fins mediatos das licitações e contratações públicas é a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, concretizando o princípio fundamental do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nesse contexto, é possível, por exemplo, que se decida pela aquisição de copos reciclados ao invés de copos descartáveis, e essa decisão não necessariamente estará explícita no edital. No exemplo considerado, a substituição é positiva em relação ao impacto ambiental que poderá ser gerado pelo uso de copos, bem como ao impacto social, se incluídos, por exemplo, catadores de materiais recicláveis como partícipes na logística reversa. Nesse sentido, o impacto no mercado poderia ser ainda mais incisivo se claramente o rótulo *compras públicas sustentáveis* fosse adotado quando se tratasse de processos e produtos que reúnam a condição de serem sustentáveis, em cada cadeia, em relação aos aspectos econômico, ambiental e social, de forma a criar e/ou orientar um nicho de mercado.

aos Tribunais relacionados nos incisos II a VII do art. 92 da Constituição Federal de 1998 que adotem políticas públicas visando à formação e recuperação de um ambiente ecologicamente equilibrado, além da conscientização dos próprios servidores e jurisdicionados sobre a necessidade de efetiva proteção ao meio ambiente, bem como instituem comissões ambientais para o planejamento, elaboração e acompanhamento de medidas, com fixação de metas anuais, visando à correta preservação e recuperação do meio ambiente, tais como, por exemplo:

- a) utilização de papel reciclado e não clorados nos impressos do Poder Judiciário, sejam de natureza administrativa ou processual;
 - b) instituição da coleta seletiva de resíduos, destinando recipientes individuais para plástico, papel, metal e vidro, e a ulterior doação do material coletado a entidades assistenciais que se responsabilizem pela correta utilização do material para a devida reciclagem;
 - c) aquisição de impressoras que imprimam, automaticamente, em frente e verso;
 - d) aquisição de bens e materiais de consumo que levem em consideração o tripé básico da sustentabilidade: ambientalmente correto, socialmente justo e economicamente viável;
 - e) utilização sustentável da energia e dos combustíveis;
 - f) utilização de edifícios com observância da proteção ao meio ambiente” (grifo nosso).Disponível em: <http://www.jacoby.pro.br/CNJ_RECOMENDACAO_11_2007.pdf>. Acesso em: maio de 2013.
- Cf. Art. 7, inc. XI da Lei 12.305/2010.

31 Cf. Art. 7, inc. XI da Lei 12.305/2010.

3. Reforma das licitações no Brasil: o poder de compra estatal em debate

3.1 A licitação como instrumento de alcance da 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*, que transcendem a busca pela proposta mais vantajosa. 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.

Para a Lei Geral de Licitações, o modelo de proposta mais vantajoso 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 habilitação³².

Muito em função do contexto em que a Lei Geral de Licitações foi editada – marcado por escândalos de corrupção³³ e pela forte atuação de grupos de interesses durante o processo legislativo que a originou³⁴ –, 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 uma boa maneira de impedir a corrupção nas contratações públicas.

O debate sobre compras públicas sustentáveis se contrapõe a esse entendimento

32 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).

33 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 8.429/92.

34 Cf. André ROSILHO, *Licitação no Brasil*, p. 111-117.

de que a proposta mais vantajosa corresponda à vantagem exclusivamente em termos econômicos, sem atentar para importantes aspectos como o ambiental e o social, e, na perspectiva do Poder Público, em detrimento da sociedade em geral e das futuras gerações. As compras públicas sustentáveis partem do pressuposto, portanto, de que uma proposta mais vantajosa pode ser mais cara na comparação com as demais propostas não sustentáveis, mas apresenta benefícios sociais ou ambientais. Ainda, a proposta mais vantajosa, segundo a leitura da sustentabilidade, pode corresponder a uma proposta de alto custo inicial, mas que, devido ao ciclo de vida potencialmente maior, no logo prazo, seja uma proposta economicamente viável.

3.2 O poder de compra estatal em debate

O reconhecimento de que o poder de compra estatal pode ser destinado a finalidades outras que não apenas a 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.

Na redação original da Lei 8.666/1993, já foram previstas hipóteses de dispensa que não se voltavam unicamente a promover a eficiência na contratação pública, como a maioria dos casos então sinalizava³⁵. Com a edição da Lei 8.883, em 1994, foram incluídas cinco novas hipóteses de dispensa de licitação, sendo duas delas de incentivo: dispensa de licitação para aquisição de material gráfico produzido por entidades administrativa criada com esta finalidade específica, a exemplo da Imprensa Nacional (art. 24, inc. XVI); e contratação direta de associação de portadores de deficiência para prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra (art. 24, inc. XX).

A partir de então, dos 11 novos casos de dispensa de licitação previstos na Lei 8.666/1993, apenas dois não eram de incentivo. Todos os demais tinham por finalidade última promover o desenvolvimento de alguma atividade ou instituição específica. Interessante observar que, doravante, os dispositivos passaram a ser facilmente visualizados em seus correspondentes contextos de política pública. Assim, as seguintes políticas públicas ensejaram a criação de novas hipóteses de dispensa na Lei de Licitações: Política de Incentivo à Inovação e Pesquisa Tecnológica (Lei 10.973/2004); Política de Consórcios Públicos (Lei 11.107/2005); Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores – PADIS (Lei 11.484/2007); Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar e Reforma Agrária – PNATER (Lei 12.188/2010); Política de Desenvolvimento Nacional Sustentável (Lei 12.349/2010); e Programa Nacional de Apoio

³⁵ Admitiu-se, por exemplo, a dispensa de licitação para intervenção do Estado no domínio econômico com fins de regularização dos preços ou normalização do abastecimento (art. 24, inc. VI); para aquisição de bens e serviços de entes administrativos criados com esta finalidade específica, o que incentivou a prestação de serviços públicos de inúmeras autarquias, fundações e estatais (art. 24, inc. VIII); e para incentivo a instituições de ensino e pesquisa – a exemplo de universidades e fundações de pesquisa, como o IPEA –, bem como a entidades voltadas à assistência social de encarcerados (art. 24, inc. XIII).

à Atenção Oncológica – PRONON (Lei 12.715/2012).

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, de 2006³⁶, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa (ME) e da Empresa de Pequeno Porte (EPP)³⁷. O principal argumento em torno do qual se desenvolveram as discussões doutrinárias corresponde ao princípio da isonomia. Afinal, os benefícios trazidos pela LC 123/2006 às MPE afrontaria a isonomia, diretriz elementar nos certames para garantia da competitividade?

Também é apresentada preocupação quanto à composição da proposta mais vantajosa ao Poder Público: os benefícios determinados pelo Estatuto das MPE permitiria que a Administração alcançasse a proposta que lhe fosse mais vantajosa?

Como linha de atuação governamental, o poder de compra estatal passaria a ser considerado como um relevante instrumento de fomento a determinadas categorias consideradas merecedoras de políticas públicas. Logo, a licitação se tornaria importante mecanismo de incentivo aos produtos manufaturados e serviços nacionais, no que foi concebido como “desenvolvimento nacional sustentável” pela Lei 12.349/2010, que alterou a Lei 8.666/1993, para prever principiologia e o benefício da margem de preferência a esses produtos³⁸.

Além da alteração no teor da Lei 8.666/1993 em benefício de produtos manufaturados e serviços nacionais, o legislador alterou o art. 3º da Lei para inserir, ao lado da diretriz de *seleção da proposta mais vantajosa para a administração, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*, nos seguintes termos:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, 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.

36. Dentre as principais inovações trazidas pela Lei das MPE, as seguintes se destacam: A comprovação da regularidade fiscal das MPE exigível apenas para efeito de assinatura do contrato; caso haja alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, as MPE dispõem de dois dias úteis, prorrogável por igual período, para saneamento; caso a MPE apresente proposta com valor igual ou até 10% superior à proposta melhor classificada – ou 5% no caso específico do pregão –, dar-se-á preferência à proposta da MPE (margem de preferência); Possibilidade de restringir a participação no certame apenas às MPE nas contratações cujo valor não seja superior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); Possibilidade de exigência que os licitantes subcontratem MPE, 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.

Resultado da Emenda Constitucional 42, de 2003.

37 Resultado da Emenda Constitucional 42, de 2003.

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**, p. 143-175.

Com isso, quis o legislador não apenas legitimar o instrumento da margem de preferência – e nada melhor que o emprego dos princípios para tanto –, mas, especialmente, modificar a *racionalidade* que então conduzia a prática das licitações no Brasil: a busca da proposta mais vantajosa para o Poder Público. Doravante, o gestor não deveria apenas buscar a proposta mais vantajosa ao Poder Público, atendido o princípio da isonomia, mas teria de considerar também o desenvolvimento nacional sustentável. Esta importante modificação na principiologia da licitação – que pode até mesmo ser considerada simbólica – determina que, na ponta, a Administração deverá orientar suas contratações públicas pela proposta mais vantajosa e, igualmente, buscar promover desenvolvimento nacional sustentável. Esta, talvez, seja uma tentativa de conferir ao princípio da isonomia um enfoque menos formal e mais substantivo.

Fato é que, com a inovação legislativa, a Lei Geral de Licitações passou a dispor do instrumento da margem de preferência, 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.

4. Política de compras públicas sustentáveis na esfera federal

4.1. Antecedentes da política de compras públicas sustentáveis

As primeiras iniciativas de promoção das compras públicas sustentáveis no plano normativo remetem à década de 1990, quando foram editadas normas que, muito embora não visassem a criar uma política de compras públicas sustentáveis, serviram de pano de fundo para a política que seria construída a partir de 2005 na Administração Pública federal. Em comum, essas normas são voltadas à disciplina do *bem* com base em diretrizes de sustentabilidade. Desse período, são recolhidos exemplos de leis editadas com a finalidade de operacionalizar políticas sustentáveis, nas quais se atribui competências regulamentares e de certificação a órgãos federais para *especificação de bens conforme critérios de sustentabilidade*. O Poder Público passaria, então, a desempenhar relevante papel na garantia de cumprimento das obrigações sustentáveis que os fabricantes ou comerciantes de determinados produtos teriam de seguir, seja na regulamentação dos critérios estabelecidos em lei, seja pela certificação destes produtos³⁹.

³⁹ É o exemplo da Lei de Emissão de Poluentes Atmosféricos (Lei 8.723, de 1993), editada no âmbito da Política Nacional de Meio Ambiente

O forte envolvimento do Poder Público na especificação sustentável de bens pode ser apontado ainda na Lei de Economia de Energia (Lei 10.295/2001)⁴⁰, editada no âmbito da Política Nacional de Conservação e Uso Racional de Energia, voltada à “alocação eficiente de recursos energéticos e preservação do meio ambiente”⁴¹. Assim, esta conferiu ao Executivo competência para determinar em sede regulamentar os níveis máximos de consumo de energia, bem como os níveis mínimos de eficiência energética, de máquinas e aparelhos que consomem energia para seu funcionamento. Criou-se obrigação expressamente reconhecida pela Lei de Economia de Energia de adequação aos destinatários das normas (fabricantes e importadores), que, caso não fosse satisfeita no prazo de adaptação, podem se sujeitar ao recolhimento dos produtos que não atendem às especificações e à aplicação de multa⁴².

Em 1998, foi editado o Decreto 2.783, cujo art. 1º dispõe sobre o uso do poder de compra estatal nos seguintes termos:

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.

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.

A ausência de exemplos normativos sobre compras públicas sustentáveis se deve fundamentalmente ao fato de não pertencer à tradição pública brasileira a visão da licitação como instrumento de implementação de políticas públicas. Tampouco integra esta tradição a sustentabilidade como diretriz da própria Administração Pública, determinando que sua gestão interna e atuação fossem também orientadas por critérios sustentáveis. Assim, o Decreto 2.783/98 sinaliza uma possível mudança da chave de compreensão do papel do Poder Público em matéria socioambiental, sob influência estrangeira. É importante salientar que o referido decreto toma como paradigma de orientação a Convenção de

para disciplinar os níveis de emissão de gases de escapamento de veículos automotores. Esta lei atribui aos governos estaduais e municipais competência regulamentar para edição de normas complementares, estabelecendo, como diretrizes de regulamentação, a observância das exigências do PROCONVE (Programa de Controle de Emissões Veiculares) e o dever de fundamentação “em ações gradativamente mais restritivas, fixando orientação ao usuário quanto às normas e procedimentos para manutenção dos veículos e estabelecendo processos e procedimentos de inspeção periódica e de fiscalização das emissões dos veículos em circulação” (art. 12, §1º, Lei 8.723/1993).

40 A Lei de Economia de Energia foi regulamentada pelo Decreto 4.059/2001, que criou o Comitê Gestor de Indicadores e Níveis de Eficiência Energética (CGIEE) composto por representantes do MME,

MCT, MDIC, ANEEL, ANP, um representante de universidade brasileira e um cidadão brasileiro, estes dois últimos especialistas em matéria de energia. Em seu funcionamento, o CGIEE pode ser auxiliado pela ANEEL, ANP, INMETRO, Secretarias Executivas do PROCEL e Secretarias Executivas do CONPET, bem como pode constituir Comitês Técnicos. A regulamentação dos níveis máximos de consumo de energia ou dos níveis mínimos de eficiência energética de cada tipo de produto é feita pelo correspondente Comitê Técnico, com realização de processo de audiência pública, mediante aprovação do Comitê Gestor. É o próprio Decreto regulamentador da Lei de Economia de Energia que determina os standards desses regulamentos: (i) definição de normas com procedimentos e indicadores utilizados nos ensaios para comprovação do atendimento dos níveis; (ii) indicação dos laboratórios responsáveis pelos ensaios; (iii) mecanismos de avaliação da conformidade; (iv) procedimentos de comprovação; e (v) prazo para entrada em vigor do regulamento.

41 Art. 1º, Lei 10.295/2001.

42 Cf. art. 3º, §§2º e 3º, da Lei 10.295/2001.

Viena para a Proteção da Camada de Ozônio e o Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio – SDO⁴³.

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, de 2002):

Do Componente 3 da Política Nacional da Biodiversidade - Utilização Sustentável dos Componentes da Biodiversidade

12. Objetivo Geral: Promover mecanismos e instrumentos que envolvam todos os setores governamentais e não-governamentais, públicos e privados, que atuam na utilização de componentes da biodiversidade, visando que toda utilização de componentes da biodiversidade seja sustentável e considerando não apenas seu valor econômico, mas também os valores ambientais, sociais e culturais da biodiversidade.

(...)

Objetivos Específicos:

12.3.6. 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**. (destacamos)

Muito embora o Documento de Princípios da Política Nacional de Biodiversidade não estabeleça uma política de compras públicas sustentáveis e nem crie uma obrigação ao Poder Público de adotar critérios de sustentabilidade em suas licitações (trata-se de uma norma de adesão voluntária), é possível verificar um primeiro relacionamento estabelecido em sede normativa entre sustentabilidade e processos licitatórios.

As primeiras experiências com o uso do poder de compra estatal para satisfazer finalidades extrafiscais passam a ser evidenciadas no Poder Público federal mais nitidamente a partir de 2005. Muito embora não existisse ainda política de compra pública sustentável, trata-se de um período relevante à sua arquitetura, pois tais experiências se mostrariam precursoras do uso do poder de compra estatal para promoção da sustentabilidade.

Em 2006, foi editada a Lei de Gestão Florestal (Lei 11.284)⁴⁴, 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. São duas as exigências de habilitação determinadas pela Lei de Gestão Florestal: (i) comprovação de ausência de débitos inscritos na dívida ativa relativos a

43 São reproduzidos na íntegra os “considerandos” do Decreto 2.783/1998:

“Considerando o disposto na Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio e no Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio - SDO, promulgados pelo Decreto no 99.280, de 6 de junho de 1990;

Considerando a disponibilidade de tecnologias alternativas para todos os usos das SDO, exceto aquelas classificadas pelo Protocolo de Montreal como de “uso essencial”;

Considerando a importância de o Governo Federal também contribuir de maneira efetiva para a proteção da camada de ozônio, estimulando os diversos segmentos usuários e a sociedade em geral a substituir o mais rápido possível o consumo das SDO”.

44 Regulamentada pelo Decreto 6.063/2007.

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 concessão⁴⁵.

4.2. Primeiras iniciativas de uso do poder de compra estatal para promoção da sustentabilidade

Desde 2008, há vontade política do Ministério do Planejamento e do Ministério do Meio Ambiente em disciplinar as compras públicas sustentáveis. Pode-se afirmar que a construção da política de compras públicas sustentáveis na esfera federal foi fundamentalmente movida por ambas as instituições, cujas práticas internas, regulamentação favorável à sustentabilidade no âmbito público e diálogos com outros órgãos e entes administrativos suscitaram a disciplina jurídica das compras públicas sustentáveis.

Desde 2008, há vontade política do Ministério do Planejamento e do Ministério do Meio Ambiente em disciplinar as compras públicas sustentáveis. Pode-se afirmar que a construção da política de compras públicas sustentáveis na esfera federal foi fundamentalmente movida por ambas as instituições, cujas práticas internas, regulamentação favorável à sustentabilidade no âmbito público e diálogos com outros órgãos e entes administrativos suscitaram a disciplina jurídica das compras públicas sustentáveis.

4.2.1. Ministério do Meio Ambiente, Ministério do Planejamento e suas regulamentações sobre licitações sustentáveis

4.2.1.1. Ministério do Meio Ambiente

O engajamento do Ministério do Meio Ambiente com o tema das compras públicas sustentáveis, muito embora esta não fosse uma pauta estranha à sua agenda institucional, passou a ser articulado como uma potencial política em meados dos anos 2000. Além do *input* interno, proveniente de seu corpo técnico especializado, o Ministério do Meio Ambiente se sensibilizou com as experiências internacionais e nacionais, que ganhavam corpo em alguns Estados, a exemplo de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro⁴⁶.

45 Cf. art. 26, inc. II, da Lei 11.284/2006.

46 Cf. entrevista de Delfino Natal de Souza à Direito GV para a pesquisa COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS.

a) Programa Agenda Ambiental na Administração – A3P

O A3P, programa criado em 1999 pelo Ministério do Meio Ambiente a partir dos compromissos firmados na Agenda 21, visa à incorporação de práticas sustentáveis pelos órgãos da Administração Pública, a partir de cinco eixos temáticos: Gestão Adequada de Resíduo; Licitação Sustentável; Qualidade de Vida no Ambiente de Trabalho; Sensibilização e Capacitação dos Servidores; Uso Racional dos Recursos⁴⁷. O A3P pode ser considerado o principal programa de gestão socioambiental no Poder Público federal, voltado ao estímulo à inserção de critérios de sustentabilidade no dia a dia de órgãos e entes públicos federais⁴⁸.

Além da capacidade de indução, há, no programa, a política de se utilizar as compras governamentais como meio para transformar os padrões de produção e consumo arraigados na Administração federal. Busca-se, de um modo geral, a redução dos impactos socioambientais negativos gerados pela atividade pública. Nessa perspectiva, o setor público teria importante papel a desenvolver no sentido de contribuir com o crescimento sustentável, promovendo a responsabilidade socioambiental e respondendo às expectativas sociais. O programa governamental A3P tem grande influência na construção da política de compras públicas sustentáveis, servindo como substrato à conformação de sua disciplina jurídica. 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). Especificamente com relação às licitações sustentáveis⁴⁹, é interessante apresentar na íntegra o conceito de *licitação sustentável* adotado:

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 obras⁵⁰.

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. Isso porque, como já explanado, nem sempre a proposta vantajosa corresponde à de menor preço⁵¹. Ainda, a decisão de realizar uma licitação sustentável

⁴⁷ Disponível em ← <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/a3p/item/8852>→. Acesso em 09.03.2013.

⁴⁸ O MMA possui uma atuação bastante prática no campo da A3P. Inclusive premiando as melhores políticas de compras sustentáveis em cada campo anualmente. São realizados Fóruns em diversos Estados, bem como são feitas cartilhas explicativas a serem distribuídas para os administradores. Para as instituições administrativas é possível formar parcerias com o MMA visando à implantação das orientações da A3P. A institucionalização da A3P é feita por meio da assinatura de termo de adesão, de natureza contratual, cuja finalidade é integrar esforços para desenvolver projetos destinados à implementação da agenda. A assinatura do termo demonstra o comprometimento da instituição comprometente com a agenda socioambiental definida pela A3P. Há hoje 133 instituições parceiras com estes termos de adesão ao A3P envolvendo Executivo, Judiciário e Legislativo federal, bem como órgãos de todos os entes da Federação. São exemplos os Tribunais Regionais do Trabalho de São Paulo e do Ceará, as Prefeituras de Rondonópolis (MT) e de Passo Fundo (RS), bem como o Senado Federal. Outras autarquias e órgãos independentes também subscreveram termo de adesão à A3P, como o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e a Empresa Brasil de Comunicações (EBC).

⁴⁹ Além desta frente, a A3P foca a gestão adequada de resíduos; qualidade de vida no ambiente de trabalho; sensibilização e capacitação dos servidores; e uso racional dos recursos.

⁵⁰ Cf. ← <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/a3p>→. Acesso em 23.05.2013.

⁵¹ São critérios de sustentabilidade para licitações sustentáveis definidos pela 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.

não implicaria, necessariamente, em maiores gastos de recursos financeiros. Pela A3P, o poder de compra estatal seria, portanto, essencial à promoção da sustentabilidade. Esta racionalidade lastreia as conformações da dinâmica de compras públicas sustentáveis nos sucessivos diplomas normativos que dispuseram sobre o tema.

b) Portaria 61/2008 do Ministério do Meio Ambiente

Por parte do Ministério do Meio Ambiente, no dia 15 de maio de 2008, foi editada a Portaria 61 para estabelecer práticas de sustentabilidade ambiental que passariam a condicionar as compras públicas sustentáveis realizadas pelo próprio Ministério ou por órgãos a ele vinculados. O “considerando” apresentado no texto normativo é bastante elucidativo daquilo que seria uma das principais bandeiras do Ministério do Meio Ambiente 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.

De acordo com a Portaria 61/2008 do Ministério do Meio Ambiente, as contratações públicas em geral passariam a ser orientadas, obrigatoriamente, pela preferência por fornecedores e produtos comprovadamente de menor impacto ambiental, bem como pela justificativa e especificações técnicas ambientais, “de forma a atender ao interesse da Administração Pública de preservação do meio ambiente e do bem estar social”⁵². Assim, os certames desenvolvidos no âmbito do Ministério do Meio Ambiente ou em órgãos vinculados passariam a encontrar legitimação formal para adotar práticas ambientais, desde que devidamente motivadas e consentâneas com a Lei 8.666/1993.

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 8.666/93; (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. Por esta razão, foram recorrentes as afirmações no sentido de que o Decreto 7.746, que seria editado apenas em 2012, já era discutido desde meados de 2008⁵³.

52 Cf. art. 1º da Portaria 61/2008 do Ministério do Meio Ambiente.

53 Cf. entrevista fornecida pelo FABRÍCIO MAGALHÃES à Direito GV para a pesquisa Compras Públicas Sustentáveis.

A proposta do Ministério do Meio Ambiente, à época, era vivenciar uma experimentação caseira das compras públicas sustentáveis. A partir da análise das experiências práticas exclusivamente quanto à aquisição de bens, o Ministério poderia tomar contato com as potencialidades e as fragilidades da 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. Muito embora o Ministério do Planejamento participasse ativamente da construção da política de compras públicas sustentáveis, a postura definida pelo Ministério do Meio Ambiente, certamente mais assertiva sobre a necessidade de consideração de critérios de sustentabilidade nas contratações públicas, seria recorrente nos debates, a exemplo da disputa sobre a facultatividade ou obrigatoriedade da realização de licitações sustentáveis⁵⁴.

4.2.1.2. Secretaria de Logística de Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento

Alguns *inputs* podem explicar o protagonismo da Secretaria de Logística de Tecnologia da Informação (SLTI) frente aos demais órgãos que estruturam o Ministério do Planejamento. Primeiramente, a porta de entrada do tema das compras públicas sustentáveis se deu pelo estudo do TI Verde pelos técnicos da Secretaria – mais especificamente, pela análise da experiência da Universidade de São Paulo (USP) com a licitação de computador verde. Como relata Fabrício Magalhães, a USP foi uma das primeiras a redigir edital de sustentabilidade para TI em 2009; uma ideia pulsante, tendo em vista que o resultado foi aquisição dos bens licitados por valores menores que os referenciados, que logo fora adotada pelo Governo Federal⁵⁵.

Esta experiência da USP com licitação de TI Verde ensejou a redação do inc. IV do art. 5º da Instrução Normativa 01/2010 da SLTI, que indica como critério de sustentabilidade a exigência de que os bens não contenham substâncias perigosas em concentração acima da recomendada pela diretiva RoHS (*Restriction fo Certain Hazardous Substances*). Também ensejou a edição da Portaria 02/2010 pela SLTI, para determinar a preferência de compra de computadores sustentáveis⁵⁶. Atualmente, as compras públicas sustentáveis de computadores da USP são dirigidas a partir de selo verde para compra de computadores que a própria Universidade criou.

Assim como no caso do Ministério do Meio Ambiente, 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 DEFRA [*Department for Environment,*

54 Cf. item 4.9. da pesquisa COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS.

55 Entrevista fornecida à Direito GV para a pesquisa COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS.

56 Este é o texto do art. 1º, §1º, da Portaria 02/2010 da SLTI: “em atendimento à Instrução Normativa 01 de 19 de janeiro de 2010 da SLTI/MP, contemplar preferencialmente as especificações de bens citadas com configurações aderentes aos computadores sustentáveis, também chamados TI Verde, utilizando assim materiais que reduzam o impacto ambiental”.

Food & Rural Affairs], no âmbito do programa “Diálogos Setoriais”, envolvendo o Brasil e a União Europeia⁵⁷.

Porém, um dos principais fatores que levou a aproximação da SLTI ao tema das compras públicas sustentáveis deve-se à sua esfera de competência, da qual se destacam as seguintes atribuições: (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)^{58 59}. Tem-se que a participação da SLTI na institucionalização das compras públicas sustentáveis seria imprescindível, dado o emprego da modalidade pregão (eletrônico) quase que na totalidade dos casos⁶⁰ e na incumbência de gestão de materiais.

Em relação à prática do Ministério do Planejamento nas compras públicas sustentáveis, constatou-se ampla experiência. Há diversas compras públicas sustentáveis realizadas pela instituição, o que demonstra relativo amadurecimento operacional com o tema. Apenas a título de exemplificação, ressalta-se que, por meio do Pregão Eletrônico pelo Sistema de Registro de Preços (SRP) 69/2012, realizou-se a aquisição com instalação de 281 unidades de aparelhos de ar condicionado, contendo, como critério de habilitação, a exigência da utilização de gás R410 (gás ecológico) em atendimento ao Projeto de Sustentabilidade, conforme a Portaria Interministerial 244, de 06 de junho de 2012⁶¹.

a) Inserção de bens sustentáveis no Sistema de Catalogação de Material (CATMAT)

Como medida de estímulo dos gestores públicos à realização de compras públicas sustentáveis⁶², passou-se a inserir, no Sistema de Catalogação de Material (CATMAT), bens sustentáveis. A listagem de bens sustentáveis no CATMAT foi fundamental para viabilizar as compras públicas sustentáveis na prática⁶³. Assim, em 2010, foi feita a primeira triagem dos bens sustentáveis listados no CATMAT, processo este que contou com próximo diálogo com a AGU, já experiente no tema das compras públicas sustentáveis⁶⁴. Os critérios utilizados para tanto foram aqueles constantes na Instrução Normativa 01/2010 da SLTI, quais sejam: materiais reciclados, atóxicos e biodegradáveis⁶⁵. Apenas o critério “biocombustível” foi acrescido⁶⁶.

A listagem de um bem como sustentável passa primeiramente pela indicação do

57 Cf. entrevista fornecida por Fabrício Guimarães à Direito GV para a pesquisa COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS.

58 Disponível em: < <http://www.comprasnet.gov.br/> >. Acesso em junho de 2013.

59 Cf. art. 32, inc. I e II, do Decreto 7.675/2012.

60 Cf. item 8.1.1. da pesquisa COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS.

61 Que dispõe sobre o Programa Esplanada Sustentável. Cf. item 4.3.1. da pesquisa COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS.

62 De acordo NINA GONÇALVES, a catalogação de sustentabilidade no CATMAT confere a segurança jurídica ao gestor para desenvolver as contratações públicas fazendo uso de critérios de sustentabilidade.

63 Cf. entrevista fornecida por DELFINO NATAL DE SOUZA à Direito GV para a pesquisa COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS.

64 Cf. entrevista fornecida por DELFINO NATAL DE SOUZA à Direito GV para a pesquisa COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS.

65 Cf. art. 5º, inc. I, Instrução Normativa 01/2010 da SLTI.

66 Ainda hoje esses critérios são utilizados na especificação dos bens como sustentáveis para fins de compras públicas sustentáveis, mostrando-se difícil tarefa definir determinado bem como sustentável que fuja desses critérios considerados.

gestor público ao Ministério do Planejamento, ou, mais especificamente, à SLTI, para que o bem seja arrolado no CATMAT, que o indica como sustentável e acompanhado da devida justificativa sobre as razões pelas quais considera o bem como sustentável⁶⁷. Como relata Fabrício Magalhães, o gestor apresenta o bem com o mínimo de especificação (sistema OTAN de catalogação) e logo a sugestão é encaminhada ao setor de catalogação para análise. 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. Ademais, coloca-se a necessidade de que a listagem do bem como sustentável não frustre 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 sistema – aproximadamente duzentos mil itens –, a análise dos bens como sustentável será feita a partir de novas demandas, dada a enorme dificuldade que seria resgatar todos os itens constantes no CATMAT⁶⁸.

Atualmente, são 761 bens listados como sustentáveis⁶⁹, todos eles acompanhados do correspondente código e descrição.

Em muitos casos, a definição do que é bem sustentável é feita conjuntamente, envolvendo especialmente Ministério do Planejamento e Ministério do Meio Ambiente. Trata-se de uma tarefa com dificuldades de implementação, pois um bem sustentável pode estar listado no ComprasNet como não sustentável. É exatamente o caso daquele bem potencialmente sustentável que não foi ainda encaminhado à análise do setor de catalogação do Ministério do Planejamento ou mesmo do bem acerca do qual haja dúvidas de caracterização como sustentável. A proposta é que, doravante, em caso de dúvida sobre a consideração de um bem como sustentável, ou não, a questão seja imediatamente remetida à CISAP⁷⁰.

b) Instrução normativa 02/2008 da SLTI

No dia 30 de abril de 2008, a SLTI editou a Instrução Normativa 02, que dispõe sobre regras e diretrizes de contratação de serviços pela Administração Pública. O art. 42 deste 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” (inc. I, alínea e).

⁶⁷ No próprio formulário de preenchimento existe campo para que o gestor público assinale se o bem em comento é sustentável, sim ou não.

⁶⁸ Entrevista concedida por FABRÍCIO MAGALHÃES à Direito GV para a pesquisa COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS.

⁶⁹ Cf. <<http://www.comprasnet.gov.br/Livre/Catmat/conitemmat2.asp?nomeitem=&chkSustentavel=S&indItemSustentavel=S&msg=>>. Acesso em 10.06.2012.

⁷⁰ Entrevista concedida por FABRÍCIO MAGALHÃES à Direito GV para a pesquisa COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS.

4.2.1. Iniciativas normativas de compras públicas sustentáveis

Em 2008, o Governo Federal aprova o regulamento simplificado de contratações públicas pela Empresa Brasil de Comunicações S/A, que prevê como uma de suas diretrizes a sustentabilidade ambiental⁷¹. Assim, na obra a ser licitada, deve ser detalhada a fase interna da licitação com projeto básico que considere o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento⁷². Ademais, é dispensável a licitação no âmbito da EBC nas contratações de coleta, processamento e comercialização de produtos recicláveis efetuados por “associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas naturais de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública”⁷³.

Em 2009, o Programa de Aquisição de Alimentos originalmente estabelecido pelo Decreto 6.447/2008 foi modificado pelo Decreto 6.959/2009, para prever o dispêndio máximo do Poder Público no Programa de Aquisição de Alimentos com compra direta da agricultura familiar para a distribuição de alimentos ou formação de estoque público. Posteriormente, o Decreto que institui o Programa de Aquisição de Alimentos foi revogado pelo Decreto 7.775/2012, que passou a prever expressamente a possibilidade de aquisição de produtos de beneficiários fornecedores ou organizações fornecedoras contemplados pela política pública mediante dispensa de licitação⁷⁴. Para tanto, os preços praticados devem ser compatíveis com os vigentes no mercado, em âmbito local ou regional; os sujeitos devem comprovar os requisitos que determine serem contemplados pelo programa; deve-se respeitar o valor máximo anual ou semestral para aquisição de alimentos por unidade familiar ou por organização da agricultura familiar; e os alimentos adquiridos devem ser de produção própria dos beneficiários fornecedores e cumprir com os requisitos de controle de qualidade conforme regulação estatal.

A Lei de Mudanças Climáticas (Lei 12.187, de 2009) também reconhece as licitações sustentáveis como instrumento de efetivação da Política Nacional sobre Mudança do Clima, que aquela estabelece nos seguintes termos:

Art. 6º. São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima:
(...)

XII - as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que

71 Cf. art. 3º, inc. IX, Decreto 6.505/2008.

72 Cf. art. 29, §1º, Decreto 6.505/2008.

73 Art. 62, inc. XIX, Decreto 6.505/2008.

74 Art. 5º, caput, Decreto 7.775/2012.

propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos.

4.3. Construção da política de compras públicas sustentáveis

4.3.1. Fatores de afirmação da política de compras públicas sustentáveis

4.3.1.1. Vontade política de promoção da sustentabilidade

Um fator indispensável para a formulação de políticas públicas corresponde à vontade política. No caso das compras públicas sustentáveis, é possível verificar com muita clareza 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 A3P⁷⁵.

Outro programa considerado um precursor das compras públicas sustentáveis é o *Projeto Esplanada Sustentável* (PES). Em 2012, a Portaria Interministerial 244 reestruturou o programa A3P, incorporando-o a outros programas também relacionados à melhoria da gestão administrativa dos órgãos da Administração Federal. Para isso, a Portaria criou o Projeto Esplanada Sustentável (PES), com a finalidade de “integrar ações que visam à melhoria da eficiência no uso racional dos recursos públicos e à inserção da variável socioambiental no ambiente de trabalho” (art. 1º). Para isso, uniu ao Projeto quatro programas: (i) *Programa de Eficiência do Gasto Público – PEG*, desenvolvido no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; (ii) *Programa Nacional de Conservação de Energia Elétrica – Procel*, mais especificamente o Subprograma Eficiência Energética em Prédios Públicos – Procel EPP, desenvolvido pela Eletrobrás e coordenado pelo Ministério de Minas e Energia; (iii) *Agenda Ambiental na Administração Pública – A3P*, coordenado pelo Ministério do Meio Ambiente; e (iv) *Coleta Seletiva Solidária*, coordenado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

Ressalte-se, assim, que o PES visa coordenar uma série de políticas de incentivo ao meio ambiente, inclusive com programas de conscientização e promoção do ideal de sustentabilidade. Em relação às compras públicas sustentáveis, o PES não apenas a sua prática como também trouxe medidas de sustentabilidade que foram aproveitadas para o desenho da política de compras públicas sustentáveis⁷⁶.

75 Cf. item 4.2.2.1. da pesquisa COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS.

76 Cf. entrevista dada por MANUELA CAMARGO à Direito GV para a pesquisa COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS.

4.3.1.2. Favorecimento das micro e pequenas empresas

O desenvolvimento da política de compras públicas sustentáveis tem como uma das pontas a micro e pequena empresa. O fortalecimento das MPE consiste em um dos principais objetivos almejados com as compras públicas sustentáveis: muito embora esta proposta também esteja presente nas licitações sustentáveis como um todo, as compras públicas sustentáveis são visualizadas como efetivos instrumentos de favorecimento às micro e pequenas empresas.

Primeiramente, compreende-se que os bens sustentáveis encontram-se mais adequados ao universo das micro e pequenas empresas, que, portanto, atenderiam às compras públicas sustentáveis⁷⁷. Em outros termos, as compras públicas sustentáveis são tidas como instrumentos de fomento às micro e pequenas empresas, sem desconsiderar a finalidade de promoção da sustentabilidade. Esta leitura se coaduna com a proposta governamental de alavancagem das micro e pequenas empresas, em sintonia com a Lei das MPE (Lei Complementar 123/2006)⁷⁸.

De fato, a preocupação com as micro e pequenas empresas nas compras públicas sustentáveis é premente. 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 análises⁷⁹, as micro e pequenas empresas constituiriam variáveis de análise, o que indica a preocupação do Governo Federal com a avaliação dos benefícios licitatórios na destinação de recursos públicos às micro e pequenas empresas via contratação. Igualmente, esta variável é apresentada no relatório *Informações Gerenciais de Contratações Públicas Sustentáveis*⁸⁰, exclusivamente sobre compras públicas sustentáveis.

4.3.1.3. Desenvolvimento de mercados sustentáveis

Outro fator que leva ao desenvolvimento da política de compras públicas sustentáveis na esfera federal corresponde à premissa de que a destinação de parcela do orçamento exclusivamente a determinadas atividades ou a segmentos que se coadunem com certas exigências termina por sinalizar ao mercado determinada vantagem competitiva que leva ao desenvolvimento de novos nichos de mercado. Especificamente em relação à

77 Cf. entrevista fornecida por Nina Gonçalves à Direito GV para a pesquisa COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS.

78 “O outro meio que buscamos como política econômica associada às compras públicas é a preferência para micro e pequena empresa. Esse é que é o grande, vamos dizer assim, motivador. Veio das economias desenvolvidas. A análise, isso muito na área econômica, é de que as micro e pequenas empresas incentivam a estabilidade econômica, o crescimento econômico e, principalmente, um efeito que é muito importante para o Brasil com a nossa dimensão continental, a regionalização. Você fixar, adensar os micro mercados regionais, que gera, também, estabilidade importante. E um outro fator que é indiscutível: mais da metade dos empregos, no Brasil, estão nesse setor. Os postos de trabalho estão nas micro e pequenas empresas”. Entrevista fornecida por DELFINO NATAL DE SOUZA à Direito GV para a pesquisa COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS.

79 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 12.05.2013. 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 12.05.2013.

80 Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Manuais/03-01_A_12_INFORMATIVO%20COMPRASNET_ComprasSustentaveis.pdf>. Acesso em 12.05.2013.

sustentabilidade, tem-se que serão criados a realização de compras públicas sustentáveis, com destinação de parcela do orçamento exclusivamente a empresas que considerem a sustentabilidade, e novos mercados sustentáveis.

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

Para minimizar os custos que eventualmente as compras públicas sustentáveis possuem apresentar, o Governo Federal estimula as *compras conjuntas*, por meio das quais são adquiridas grandes quantidades de um mesmo bem para variados órgãos administrativos. Potencialmente, a compra conjunta barateia os valores envolvidos na licitação. Ademais, a compra conjunta (em escala) é um sinalizador mais efetivo da oportunidade de negócios com o Poder Público, envolvendo quantidades maiores que as compras públicas sustentáveis em geral. Outro aspecto considerado é a padronização dos bens sustentáveis: com clareza, o mercado reconhece o tipo de bem que deve produzir, de acordo com os critérios de sustentabilidade considerados nos editais padronizados. Em suma, o volume torna as compras públicas sustentáveis mais atraentes.

O desafio da padronização das compras públicas sustentáveis foi deixado a cargo da CISAP, cuja composição interministerial permitirá considerar as diversidades de demanda e, também, difundir boas práticas.

4.3.2. A Instrução Normativa 01/2010 da SLTI

A SLTI assumiu a sua competência de disciplinar as compras governamentais e assinou a Instrução Normativa (IN) nº 01 em 2010 com a finalidade última de conscientizar órgãos e entes públicos federais sobre a ideia de sustentabilidade nas licitações públicas. Mais do que uma disciplina jurídica, a proposta da IN 01 da SLTI era sinalizar à Administração Pública federal como as compras públicas seriam encaminhadas doravante, enquanto o Decreto ainda estava em discussão. A IN 01 da SLTI seria, portanto, uma prévia do Decreto 7.746/2012, que apenas seria editado em 2012: foi feito “um recorte do Decreto, transformando ele em uma instrução normativa”⁸¹.

Apenas com a edição da Instrução Normativa da SLTI 01, de 2010, pode-se afirmar que houve a construção de uma política de compras públicas sustentáveis na esfera federal⁸². Sem se tratar de uma iniciativa isolada, voltada a determinados itens de consumo ou mesmo a específicos órgãos ou entes administrativos, a IN 01/2010 disciplina a inserção

81 Entrevista concedida por FABRÍCIO MAGALHÃES à Direito GV para a pesquisa COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS.

82 Este é também o entendimento de NINA GONÇALVES: “eu acho que ela [política de compras públicas sustentáveis] começou com a Instrução Normativa 1, em 2010 [da SLTI]. Em termos de licitação, diretamente, eu acho que começou ali. Apesar de ela ter tido essa questão do tem o respaldo ou não tem jurídico, ela começou a ficar no consciente das pessoas que operam. Existe uma tendência de ter uma preocupação com critérios diferenciados. Eu acho que ela começou ali. E acho que ela ganha robustez a partir do decreto agora em 2012. E a gente pretende ir muito mais a fundo”. Entrevista concedida à Direito GV para a pesquisa COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS.

de critérios sustentáveis nas licitações praticadas pelos órgãos da Administração Direta, bem como autarquias e fundações estatais de direito público (Administração Autárquica).

O contexto de edição da IN 01/2010 da SLTI é marcado pela intensificação das determinações relativas às licitações sustentáveis. Como resultado do amadurecimento dos debates relativos ao uso do poder de compra estatal para atingimento de finalidade de relevante interesse público, como a sustentabilidade, foram editados sucessivos decretos que dispunham sobre licitações sustentáveis⁸³.

A Instrução Normativa 01/2010 da SLTI dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental nas compras públicas sustentáveis federais, bem como nas licitações sustentáveis de serviços e obras. Trata-se de um ato regulamentar vinculante da Administração Direta e Autárquica (autarquias e fundações governamentais de direito público), não estando abrangidas as empresas estatais dependentes de repasse público⁸⁴. Esta é a redação de seu art. 1º:

O principal debate que se colocou com relação à aplicabilidade da Instrução Normativa 01/2010 da SLTI corresponde à extensão da exigência de adoção dos critérios de sustentabilidade ambiental: seria esta uma obrigação dos órgãos e entes de direito público federais ou meramente uma faculdade? A locução “deverão” enseja possível interpretação favorável à vinculação, de modo que a Administração Direta e Autárquica federal passariam a ter de cumprir com a obrigação inescusável de licitar de modo sustentável. No entanto, esta interpretação não se mostra a mais adequada e, de fato, não foi acatada na prática das licitações sustentáveis federais.

Apenas por meio de lei formal (oriunda do Parlamento) seria juridicamente válida a criação de obrigações ao Poder Público. Pela legalidade administrativa, cabe aos atos editados no exercício de poder regulamentar apenas especificar obrigações já previstas em lei, a fim de viabilizar o exercício concreto dessas obrigações. A definição da obrigatoriedade de o Poder Público realizar, doravante, tão somente licitações sustentáveis exorbitaria da esfera regulamentar.

Por outro lado, o próprio Ministério do Planejamento reconhece tratar-se de um comando discricionário, inobstante a carga de “*dever*”⁸⁵. Tanto assim que a política

83 Exemplo do exposto é o Regulamento de Licitação de Bens e Serviços de Informática (Decreto 7.174/2010), que regulamenta a contratação de bens e serviços de informática e automação pela Administração Pública federal. Naquele período, os debates sobre o Processo Produtivo Básico (PPB) foram retomados e logo houve a edição da 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, inc. II, alínea c).

84 Esta é a redação do art. 1º da Instrução Normativa 01/2010 da SLTI: “[n]os termos do art. 3º da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, as especificações para a aquisição de bens, contratação de serviços e obras por parte dos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão conter critérios de sustentabilidade ambiental, considerando os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias-primas”.

85 Uma hipótese para justificar a adoção da locução “dever” na disciplina jurídica das licitações sustentáveis pela Instrução Normativa 01/2010 da SLTI consiste no recurso a uma redação de “maior impacto”, pois despertaria a atenção do gestor público para com o tema. Outra possibilidade, ainda, seria a maior segurança jurídica que a norma traria. Um lugar comum na gestão pública é considerar que os gestores

federal foi construída a partir da lógica de incentivos: a adoção de critérios sustentáveis nas licitações seria estimulada, especialmente pela conscientização ambiental e social, mas não seriam previstas sanções pelo simples fato de o gestor público ter optado por uma licitação não sustentável. Corroborando o fato de que a forte preocupação externada pelo Ministério do Planejamento quando da negociação do Decreto 7.746/2012 na Casa Civil foi a preservação da competitividade nos certames sustentáveis, preocupação esta já extravasada na Instrução Normativa 01/2010 da SLTI, nos termos de seu art. 2º: “[p]ara o cumprimento do disposto nesta Instrução Normativa, o instrumento convocatório deverá formular as exigências de natureza ambiental de forma a não frustrar a competitividade”.

4.4. Desenvolvimento nacional sustentável: a nova redação da Lei de Licitações conferida pela Lei 12.349/2010

O processo legislativo da Lei 12.349/2010 teve início com a tramitação no Congresso Nacional da Medida Provisória 495, editada em 19 de julho de 2010, voltada a alterar as Leis 8.666/1993 (Lei de Licitações), 8.958/1994 (Lei das Fundações de Apoio) e 10.973/2004 (Lei da Inovação).

A Medida Provisória, segundo sua própria exposição de motivos, veio, entre outras coisas, atender a necessidade de adoção de medidas que agregassem ao perfil de demanda do setor público diretrizes claras atinentes ao papel do Estado na promoção do desenvolvimento econômico e no fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Para tanto, propôs alterar o art. 3º da Lei 8.666/1993, somando às finalidades já tradicionais da licitação – a saber, garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração – a busca pela promoção do desenvolvimento nacional. Consignou-se em lei, portanto, o uso do poder de compra governamental como veículo de promoção do mercado interno brasileiro⁸⁶.

O principal instrumento previsto pela Medida Provisória para incentivar o desenvolvimento nacional foi a margem de preferência, mecanismo que, novamente segundo a exposição de motivos, é empregado, ainda que com pequenas nuances, em diversos países do mundo – entre eles, Estados Unidos da América, Colômbia, Argentina e China⁸⁷.

públicos preferem lidar com normas discricionárias que lhes conferem maior margem de atuação administrativa. Mas não passa de um lugar comum (Cf. entrevista de LUÍS FELIPE VALERIM PINHEIRO à Direção GV para a pesquisa Compras Públicas Sustentáveis). Na prática, o gestor se sente mais confortável em agir quando é expressamente obrigado, ou seja, quando as normas lhe determinam “deveres”. Pela disciplina jurídica das licitações sustentáveis a partir da chave do “dever”, as determinações da Instrução Normativa 01/2010 da SLTI seriam potencialmente mais efetivas.

⁸⁶ Vale ressaltar que a Medida Provisória 495/2010, em sua redação original, não contemplava a expressão “desenvolvimento nacional sustentável”. O termo “sustentável”, tal como ficará claro em tópico subsequente, foi acrescido a seu texto no curso do processo legislativo que resultou na Lei 12.349/2010.

⁸⁷ Confira-se excerto da Exposição de Motivos da Medida Provisória 495/2010: “Com efeito, observa-se que a orientação do poder de compra do Estado para estimular a produção doméstica de bens e serviços constitui importante diretriz de política pública. São ilustrativas, nesse sentido, as diretrizes adotadas nos Estados Unidos, consubstanciadas no ‘Buy American Act’, em vigor desde 1933, que estabeleceram preferência a produtos manufaturados no país, desde que aliados à qualidade satisfatória, provisão em quantidade suficiente e disponibilidade comercial em bases razoáveis. No período recente, merecem registro as ações contidas na denominada ‘American Recovery and Reinvestment Act’, implementada em 2009. A China contempla norma similar, conforme disposições da Lei nº 68, de 29 de junho de 2002, que estipulada orientações para a concessão de preferência a bens e serviços chineses em compras governamentais, ressalvada a hipótese de indisponibilidade no país. Na América Latina, cabe registrar a política adotada pela Colômbia, que instituiu, nos termos da Lei nº 816, de 2003, uma margem de preferência entre 10% e 20% para bens ou serviços nacionais, com vistas a apoiar a indústria nacional por meio da contratação pública. A

Segundo a Medida Provisória (art. 3º, §§ 5º e 6º), o Poder Público estaria autorizado a instituir margem de preferência de até 25% para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendessem a normas técnicas⁸⁸. Em outras palavras, havendo previsão de margem de preferência, seria, em tese, lícito ao Poder Público contratar produtos e serviços nacionais por valores até 25% mais custosos do que seus equivalentes estrangeiros. A possibilidade de a licitação contemplar margem de preferência de até 25% a produtos nacionais foi mantida na redação final da Lei 12.349/2010⁸⁹.

Trata-se de medida polêmica e que contém em si potencial para gerar uma série de litígios, já que o regime geral de contratações públicas brasileiro – majoritariamente calcado na própria Lei 8.666/1993 – está essencialmente atrelado à ideia de que propostas devam ser selecionadas por critérios extremamente objetivos, garantindo à Administração Pública a seleção da proposta mais vantajosa – que, para a Lei, na ampla maioria dos casos, corresponde a que importe em menor dispêndio de recursos públicos⁹⁰.

4.4.1. Aspectos relevantes dos debates parlamentares

De um modo geral, observa-se que as críticas ao novo modelo de licitações criado pela Medida Provisória 495 foram bastante pontuais. Salvo iniciativas isoladas destinadas a atacar as raízes do modelo, as demais procuraram fazer pequenos ajustes na proposta governamental para ampliar ou restringir seus efeitos.

A oposição, como dito anteriormente, não ofereceu grandes resistências. Foi surpreendente, no entanto, a participação do Deputado Federal Marco Maia, do Partido dos Trabalhadores, responsável pela propositura de 10 emendas, muitas das quais voltadas a restringir os efeitos ou âmbito de incidência da proposta governamental. Sua

Argentina também outorgou, por meio da Lei nº 25.551, de 28 de novembro de 2001, preferência aos provedores de bens e serviços de origem nacional, sempre que os preços forem iguais ou inferiores aos estrangeiros, acrescidos de 7% em ofertas realizadas por micro e pequenas empresas e de 5%, para outras empresas”.

88 Medida Provisória 495/2010: “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, 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. (...) § 5º Nos processos de licitação previstos no caput, poderá ser estabelecida margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras. § 6º A margem de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que refere o § 5º, será definida pelo Poder Executivo Federal, limitada a até vinte e cinco por cento acima do preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros”.

89 Lei 12.349/2010: “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. (...) § 5º Nos processos de licitação previstos no caput, poderá ser estabelecido margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras. (...) § 8º As margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que se referem os §§ 5º e 7º, serão definidas pelo Poder Executivo federal, não podendo a soma delas ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros”.

90 Confira-se o que diz a Lei 8.666/1993 relativamente ao cabimento de licitações com critério de julgamento do tipo “melhor técnica” e “melhor técnica e preço”: “Art. 46. Os tipos de licitação ‘melhor técnica’ ou ‘técnica e preço’ serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior. (...) § 3º Excepcionalmente, os tipos de licitação previstos neste artigo poderão ser adotados, por autorização expressa e mediante justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora constante do ato convocatório, para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atEstado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório”.

preocupação primordial foi com impacto da margem de preferência no orçamento, em especial o da saúde, para o qual, na sua opinião, não deveriam ser instituídas margens de preferências para produtos nacionais (ou, se instituídas, deveriam ter limites menores). Para o Deputado, não seria razoável que os custos do Estado com a saúde fossem elevados em até 25% para beneficiar o desenvolvimento nacional. O Deputado, ao propor a Emenda 32 (que também colocava limites no uso da margem de preferências no setor de saúde), chegou até mesmo a questionar o próprio uso da margem de preferências em licitações, alegando potencial distorção no procedimento competitivo. Confira-se sua fala:

A aplicação dos benefícios e exigências previstos nos parágrafos recém incluídos no artigo 3º da Lei de Licitações tem o potencial de elevar os gastos com insumos do sistema público de saúde pela própria distorção dos critérios de decisão pela proposta de melhor custo quanto pelo afastamento de concorrentes em razão das contrapartidas que podem vir a ser exigidas. (...) O desenvolvimento da indústria nacional pode e deve ser perseguido por políticas públicas e medidas estruturais e de estímulo como a desoneração fiscal, financiamento público, redução da burocracia regulatória e outras que beneficiem o mercado como um todo e não apenas uma ou outra empresa que aumente seu faturamento ou lucros, já que poderá simplesmente aumentar preços em licitações nas quais já são competitivas, sem garantia de repasse deste benefício para a sociedade⁹¹.

Como anteriormente afirmado, o termo “sustentável” não fazia parte da redação original da Medida Provisória 495/2010. Ele foi inserido no texto da norma no curso do processo legislativo pelo Deputado Federal Severiano Alves (PMDB-BA), o responsável pela elaboração do Parecer da Comissão Mista⁹² que avaliou o Projeto de Conversão da Medida Provisória 495/2010.

O curioso é que a expressão não surgiu, em momento algum, nas emendas parlamentares ao texto da Medida Provisória; o termo “sustentável” tampouco apareceu no Parecer da lavra do Deputado Severiano Alves, composto por relatório e voto. A palavra “sustentável” foi inserida diretamente no Projeto de Lei de Conversão, publicado no dia 24 de novembro 2010. A modificação teria passado completamente despercebida 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

91 Cf. Diário da Câmara dos Deputados, 18.8.2010, p. 37717-37718.

92 A Constituição Federal, em seu art. 62, § 9º, exige a instauração de Comissão Mista de Deputados e Senadores para avaliar as medidas provisórias em tramitação no Congresso Nacional. Confira-se o texto da norma: “Art. 62. (...) § 9º *Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.*”

termo “sustentável”, dando assim ao texto um rumo importante no sentido das inovações que se pretendem fazer⁹³.

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.

4.5. O Decreto 7.746/2012

A grande contribuição do Decreto 7.746/2012 viria a ser a institucionalização⁹⁴ da política de uso do poder de compra estatal para satisfação de finalidades sustentáveis, contando, para tanto, com um órgão especializado – a CISAP. Ademais, a disciplina jurídica por meio de Decreto visa a espraiar a política para toda a Administração federal, então é restrita a poucos órgãos e entes que aderiram ao programa “Esplanada Sustentável”, ou mesmo às instruções normativas editadas pela SLTI/MPOG. Outro fator de edição do Decreto 7.746/2012 correspondeu à busca pela almejada segurança jurídica, para estimular a adoção de critérios sustentáveis pela Administração federal em seus processos de contratação pública⁹⁵. Era necessário que o governo federal sinalizasse com clareza a política de inserção de critérios de sustentabilidade em suas licitações, notadamente os processos de compra pública, para que a política pudesse se desenvolver⁹⁶.

Some-se ao quadro a demanda expressamente vinda do Tribunal de Contas da União no acórdão 1.752/2011, considerado um “guia regulatório” das compras públicas sustentáveis, de unificar a política de compras públicas sustentáveis na esfera federal⁹⁷. O conteúdo do

93 Cf. *Diário da Câmara dos Deputados*, 24.11.2010, p. 46466.

94 Entrevista fornecida por LUÍS FELIPE VALERIM PINHEIRO à Direito GV para a pesquisa COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS.

95 “Os gestores, em geral, têm uma resistência ou um receio muito grande de promover uma licitação sustentável. Tanto que uma das demandas que foi identificada e que justificou a edição do decreto foi justamente o conforto legal para o gestor público”. Entrevista fornecida por LUÍS FELIPE VALERIM PINHEIRO à Direito GV para a pesquisa COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS.

96 “É o ponto de partida para aumentar o tipo de contratação. Antes, eram contratações muito pequenas e, agora, seriam contratações de você poder projetar um prédio sustentável, contratar uma obra sustentável. O Esplanada [Sustentável] não tinha esse fôlego de se contratar uma obra sustentável. Aqui, já se pensa nisso. Ou seja, como dar fundamento legal para um edital que vai pensar em uma obra que, possivelmente, vai custar mais cara e vai ser sustentável. Antes, o gestor não tinha coragem para isso, não tinha fundamento legal pra se amarrar. Agora a ideia é que tenha fundamento legal”. Entrevista fornecida por LUÍS FELIPE VALERIM PINHEIRO à Direito GV para a pesquisa COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS.

97 É a recomendação do TCU ao 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

acórdão seria um relevante influxo para a edição do Decreto 7.746/2012⁹⁸.

Com tramitação relativamente longa⁹⁹, tendo em vista que, primeiramente, este seria um Decreto interministerial, o que demandou o encaminhamento da minuta às consultorias jurídicas de cada Ministério, o Decreto foi encaminhado para discussão na Casa Civil. Lá, a dinâmica de debates sobre o Decreto 7.746/2012 foi protagonizada entre Ministério do Meio Ambiente, Ministério do Planejamento, Controladoria Geral da União e Casa Civil, sendo a proposta apresentada de autoria dos Ministérios do Meio Ambiente e do Planejamento¹⁰⁰. A minuta de Decreto foi considerada mais arrojada que a redação final aprovada, pela qual a “Administração Pública contratará de forma sustentável”.

Como pano de fundo, a competitividade era preocupação central nas discussões do Decreto 7.746/2012, fator responsável pelo retrocesso do texto final na comparação com a correspondente minuta. Primeiramente, a Casa Civil sugeriu a inserção da preservação do caráter competitivo do certame no parágrafo único do art. 2º do Decreto¹⁰¹, 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 estatais¹⁰². 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 às empresas estatais dependentes.

Editado às vésperas da Rio +20, o Decreto 7.746/2012 terminou por regulamentar o art. 3º da Lei 8.666/93, alterado em 2010 para prever, dentre as finalidades da licitação, o “desenvolvimento nacional sustentável”, e instituiu a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP. Assim, nos termos do art. 2º, *caput*: “[a] administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes poderão adquirir bens e contratar serviços e obras considerando critérios e práticas de sustentabilidade objetivamente definidos no instrumento convocatório, conforme o disposto neste Decreto”.

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 nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009, na Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, na Lei nº 10.295, de 17 de outubro de 2001, no Decreto nº 5.940, de 25 de outubro de 2006, e na Instrução Normativa SLTI/MP nº 1, de 19 de janeiro de 2010”.

98 Cf. entrevista concedida por MANUELA CAMARGO à Direito GV para a pesquisa COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS.

99 As razões da demora da tramitação foram apresentadas por NINA GONÇALVES em entrevista concedida à Direito GV para a pesquisa COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS: “[tentamos] abraçar um pouco a expertise dos outros órgãos. Por isso que ele demorou tanto. A demora dele vem justamente em razão disso. A gente tentou trazer para cá o pessoal do MMA, as experiências de execução dos demais órgãos daqui da esplanada, fizemos consulta para vários, distribuimos eles antes, recebemos aportes dos órgãos. Foi um trabalho denso, porque o tema é novo, porque o tema deixa todo mundo estressado”.

100 Antes de esta proposta ser formalmente apresentada à Casa Civil, estava em discussão a minuta do Decreto já de longa data.

101 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”.

102 Este foi o posicionamento da Subchefia de Assuntos Governamentais (SAG), por exemplo.

Ficou determinada, no Decreto 7.746/2012, a escolha pela *discricionariedade* da licitação sustentável. Em termos práticos, isso significa que o gestor dispõe de margem de liberdade para escolher, ou não, pela licitação sustentável. Para adquirir material de escritório, por exemplo, poderá realizar uma compra pública sustentável na modalidade pregão ou realizar o pregão sem critérios de sustentabilidade. A adoção da licitação sustentável passa a ser uma faculdade do gestor, que, caso a caso, delibera sobre a oportunidade e conveniência em 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 Autárquica “poderão” adquirir bens e contratar serviços e obras considerando critérios e práticas de sustentabilidade, e não “deverão”. Nessa linha, os órgãos e entes administrativos sujeitos ao Decreto poderão exigir, no edital, que os produtos licitados sejam constituídos por material reciclado, atóxico ou biodegradável, além de outros parâmetros de sustentabilidade¹⁰³. Ademais, o Decreto estabelece a possibilidade de previsão, no instrumento convocatório de contratação de serviço, da adoção de práticas de sustentabilidade na execução dos serviços contratados, bem como, nas compras públicas sustentáveis, de critérios de sustentabilidade no fornecimento dos bens¹⁰⁴.

A criação da CISAP pode ser considerada uma das principais inovações trazidas pelo Decreto 7.746/2012. Segundo seu art. 9º, a CISAP caracteriza-se como órgão interministerial de natureza consultiva e caráter permanente, vinculada à SLTI. Porém, a função de maior potencial transformador da CISAP é efetivamente a difusão da cultura da sustentabilidade na Administração Pública federal. Seja por meio da publicidade de boas práticas de sustentabilidade, seja por meio de ações de sensibilização e capacitação dos servidores, a proposta da CISAP é preparar o gestor para lidar com a sustentabilidade, inclusive no que tange à instrumentalização para as compras públicas sustentáveis. Assim, o CISAP terá papel atuante junto aos órgãos e entes estatais sujeitos ao Decreto 7.746/2012 na elaboração dos respectivos Planos de Gestão de Logística Sustentável e acompanhamento do alcance das metas a que os órgãos se autovinculam.

4.6. As compras públicas sustentáveis na visão do controlador: análise da jurisprudência do TCU

Da análise depreendida na jurisprudência do TCU sobre licitações sustentáveis, nota-se que, aparentemente, a instituição de controle está consolidando o entendimento de que (i) a Administração Pública não tem ampla discricionariedade para limitar a competitividade

103 Cf. art. 5º do Decreto 7.746/2012.

104 Cf. art. 7º do Decreto 7.746/2012. No caso dos contratos de obra, o art. 6º assim determina: “as especificações e demais exigências do projeto básico ou executivo para contratação de obras e serviços de engenharia devem ser elaboradas, nos termos do art. 12 da Lei nº 8.666, de 1993, de modo a proporcionar a economia na manutenção e operacionalização de edificação e a redução do consumo de energia e água, por meio de tecnologias, práticas e materiais que reduzam o impacto ambiental”.

do certame com a finalidade de promover o desenvolvimento nacional sustentável; (ii) o desenvolvimento nacional sustentável somente pode ser promovido nas licitações por meio dos instrumentos expressamente previstos em lei; e (iii) a competitividade do certame é um valor importante a ser preservado na licitação, mesmo à luz do novo objetivo das licitações, introduzido por meio da Lei 12.349/2010¹⁰⁵.

4.7. O papel da AGU na adoção das compras públicas sustentáveis pelo Poder Público federal

O primeiro papel de destaque quanto à atuação da AGU na adoção de práticas de compras públicas sustentáveis diz respeito à *inserção de práticas de sustentabilidade na sua gestão administrativa*. Ao participar de projetos de redução de consumo de materiais, de coleta seletiva e reciclagem, de eficiência energética, entre outros, a AGU contribui efetivamente para a sustentabilidade, reduzindo o impacto de sua atuação no meio ambiente.

A participação da AGU no A3P foi passo importante para sua adesão às práticas de sustentabilidade. A AGU aderiu ao Programa em setembro de 2008, por meio da assinatura do Termo de Adesão com o MMA.¹⁰⁶ De acordo com a advogada TERESA BARKI, a participação da AGU no tema de compras públicas sustentáveis esteve relacionada com o processo de adoção de uma gestão pública socioambiental – isto é, com a primeira frente de atuação da AGU abordada acima, que buscou a incluir na gestão administrativa da entidade a redução do impacto ambiental de suas atividades. A principal data-marco de início desse processo teria sido a adesão da AGU ao programa A3P.

A partir daí, a AGU também passa a se utilizar de seu diferencial de órgão consultivo para incentivar as compras públicas sustentáveis. A adesão da AGU a essa discussão foi bastante relevante, na medida em que se tratava de um momento de construção de interpretações quanto à viabilidade das compras públicas sustentáveis no cenário nacional.

Com isso, buscou-se incorporar à gestão administrativa da AGU práticas de aproveitamento mais sustentável de bens e recursos naturais, tais como “o uso racional dos recursos naturais e dos bens públicos, manejo adequado e diminuição do volume de resíduos gerados, licitações sustentáveis ou compras verdes – contratos públicos adaptados ao consumo sustentável – e educação ambiental”¹⁰⁷.

105 Cf. Acórdão 1752-Plenário, no qual se decidiu que era preciso haver uma política integrada de promoção da sustentabilidade na esfera federal, coordenada pelo Governo Federal, haja vista o fato de as iniciativas em prol da sustentabilidade até o momento terem sido isoladas, dada a percepção de que atualmente não existe uma política unificada na esfera federal para o uso racional e sustentável de recursos naturais nas instalações públicas, sendo que as poucas ações levadas a efeito, além de serem marcadas pela heterogeneidade, se ressentem da falta de apoio que lhes confira a necessária importância com maior efetividade.

106 Disponível em <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplatelmagemTexto.aspx?idConteudo=82990&id_site=779>. Acesso em 09.03.2013.

107 Disponível em <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplatelmagemTexto.aspx?idConteudo=82990&id_site=779>. Acesso em 09.03.2013.

Especificamente no âmbito de seu papel de órgão de consultoria, a AGU tem atuado como agente de compras públicas sustentáveis, na medida em que *propaga e confere segurança jurídica para essa prática*. Por meio de pareceres, redação de cartilhas, modelos de editais e minutas de contratos destinados aos gestores públicos e de cursos de capacitação e eventos de divulgação, a AGU desempenha, hoje, relevante papel quanto à orientação jurídica sobre como realizar licitações que prezem pela sustentabilidade ambiental.

Entende-se que a atuação da AGU tem como objetivo, por um lado, informar a possibilidade das licitações sustentáveis e, por outro, trazer segurança jurídica para essa prática, por meio da orientação das formas e dos limites para a inclusão de critérios de sustentabilidade nas compras públicas. Para cumprir com esses objetivos, é possível identificar as seguintes frentes de atuação da AGU: elaboração de pareceres que atentem para a inclusão de aspectos ambientais nas compras públicas; capacitação de gestores por meio de cursos de capacitação, eventos e palestras, inclusive para propagação da prática de licitações sustentáveis; produção de material de orientação de cunho prático, com especial destaque para o Guia Prático de Licitações Sustentáveis¹⁰⁸, que teve por objetivo compilar as principais normas que elencam critérios ambientais para objetos que são adquiridos pelo Poder Público, “para fins de assegurar o cumprimento à legislação vigente e a diminuição ou anulação do impacto ambiental inerente a cada objeto”; produção acadêmica por meio do desenvolvimento de estudos e debates sobre a fundamentação e os limites jurídicos das compras sustentáveis, como o livro *Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis*.¹⁰⁹

Essa frente de atuação da AGU – incorporação da preocupação da sustentabilidade nas *atividades-fins* da entidade – é, de fato, um grande diferencial em relação à participação dos demais atores envolvidos na construção da política de compras públicas sustentáveis. Tendo em vista o papel importante que a AGU, como órgão de consultoria da Administração Pública Federal, possui na orientação desses órgãos durante o processo de contratação pública, a incorporação de critérios de sustentabilidade nesse assessoramento constitui etapa essencial para permitir a implementação de compras públicas sustentáveis. Junte-se a isso o fato de a atuação da AGU ter se dado de forma pró-ativa – isto é, não apenas respondendo às consultas dos órgãos assessorados, mas também, e especialmente, estimulando que esses órgãos incorporem em suas contratações a preocupação quanto à sustentabilidade dos produtos e serviços adquiridos.

Outro ponto interessante é que a AGU possui um “parecer parametrizado”, com o conteúdo mínimo que o parecer das consultorias deve abordar, sendo que foi inserido nele um tópico específico sobre sustentabilidade. Isto enseja na existência natural de uma consideração, pelos consultores, acerca critérios de sustentabilidade no objeto a ser contratado. Por outro lado, isso influencia que o próprio órgão assessorado fundamente a contratação atentando para critérios de sustentabilidade.

108

109

5. Políticas de compras públicas sustentáveis na esfera estadual

A pesquisa normativa estadual resultou na seleção de 79 diplomas normativos (51 leis formais e 28 decretos executivos), relativos ao período de dezembro de 2002 a dezembro de 2012, sem o descarte de normas eventualmente encontradas em outros períodos pelos critérios de pesquisa normativa^{110 111}.

Foram encontradas disposições relativas a compras públicas sustentáveis em normas que podem ser agrupadas em três categorias: (i) normas de compras públicas sustentáveis, ou seja, diplomas normativos voltados especificamente para o uso do poder de compra estatal para a promoção do desenvolvimento sustentável¹¹²; (ii) normas de licitação com previsão genérica de compras públicas sustentáveis, ou seja, diplomas normativos que têm por objeto licitações e contratações públicas em geral, trazendo algum dispositivo sobre licitação sustentável¹¹³; e (iii) normas de políticas públicas com previsão genérica de compras públicas sustentáveis, ou seja, diplomas referentes a políticas públicas específicas, mas que não se relacionam diretamente com a política pública de uso do poder de compra estatal para a promoção do desenvolvimento sustentável, geralmente associados a políticas de resíduos sólidos¹¹⁴ ou políticas de mudança climática¹¹⁵.

110 Análise detida dos casos do Estado do Ceará, do Amazonas e de São Paulo, com debate sobre a experiência de cada Estado com relação à prática das compras públicas sustentáveis, pode ser consultada na versão final do relatório de pesquisa, a que remetemos o leitor.

111 Observa-se que o Sudeste possui a maior média de produção quantitativa, consideravelmente superior ao Sul, segundo colocado. Já Nordeste é a região com menor produção normativa, com somatória bastante inferior às demais regiões. Outra informação a ser apontada é que, tendo em vista a colocação em quarto lugar da região Norte, é realmente interessante o fato de o Estado do Acre estar em segundo colocado dentre os Estados com maior produção normativa.

112 Cf. Decreto 53.336/2008, de São Paulo, que traz uma política pública especificamente voltada para o uso do poder de compra estatal para a promoção do desenvolvimento sustentável; Decreto 46.105/2012, de Minas Gerais, que estabelece diretrizes para a promoção do desenvolvimento sustentável nas contratações realizadas pela Administração Pública estadual; Lei 1.656/2005, do Acre, que autoriza os órgãos públicos da esfera estadual a incluir a exigência de certificação do tipo "selo verde" nos processos de aquisições e compras públicas; Decreto 2.830, do Espírito Santo, que dispõe sobre os critérios e especificações para aquisição de bens e serviços com vista ao consumo sustentável pela Administração Pública estadual Direta e Autárquica; Decreto 6.340, de Goiás, que cria o Programa do Uso do Poder de Compra - PUPC no âmbito da Administração Pública Direta e Autárquica; e Lei 4.770/2012, do Distrito Federal, que dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens e na contratação de obras e serviços pelo Distrito Federal.

113 Cf. Decreto 45.513/2010, de Minas Gerais, que dispõe sobre políticas e diretrizes para a aquisição de equipamentos no segmento de saúde e em seu art. 11 estabelece que caberá aos órgãos e entidades definir procedimentos de gestão sustentável para equipamentos de saúde, utilizando, sempre que possível, parâmetros técnicos utilizados pelo mercado ou implementando critérios específicos, sempre levando em conta os quesitos básicos de tecnologia, manuseio, qualidade, aplicabilidade, embalagem, consumo, assistência técnica e descarte; Decreto 45.242/2009, de Minas Gerais, que regulamenta a gestão de material, no âmbito da Administração Pública Direta e Autárquica e dispõe, no art. 15, que a Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão - SEPLAG - regulamentará a aquisição de materiais destinados à implantação da política de sustentabilidade para os negócios públicos; e Lei 15.608/2007, do Paraná, que regula as aquisições e contratações públicas, e determina a consideração de critérios ambientais e de sustentabilidade nas compras públicas.

114 Cf. Lei 3.232/2003, do Distrito Federal, que dispõe sobre a Política Distrital de Resíduos Sólidos; Lei 14.248/2002, de Goiás, que estabelece a Política Estadual dos Resíduos Sólidos e define diretrizes e normas de prevenção da poluição; Lei 4.191/2003, do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a Política Estadual de Resíduos Sólidos; Decreto 14.024/2012, da Bahia, que além de instituir a Política do Meio Ambiente e de Proteção à Biodiversidade do Estado da Bahia, dispõe sobre a Política Estadual de Recursos Hídricos e o Sistema Estadual de Gerenciamento de Recursos Hídricos; Lei 7.862/2002, do Mato Grosso, que dispõe sobre a Política Estadual de Resíduos Sólidos e dá outras providências; Lei 18.031/2009, de Minas Gerais, que dispõe sobre a Política Estadual de Resíduos Sólidos; Lei 14.236/2010 de Pernambuco, que dispõe sobre a Política Estadual de Resíduos Sólidos e dá outras providências; Lei 12.300/2006, de São Paulo, que institui a Política Estadual de Resíduos Sólidos e define princípios e diretrizes; e Lei 5.857/2006, de Sergipe, que dispõe sobre a Política Estadual de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos e dá outras providências.

115 Cf. Decreto 3.273/2010, de Santa Catarina, que institui o Fórum Catarinense de Mudanças Climáticas Globais e de Biodiversidade e estabelece outras providências; Lei 3.135/2007, do Amazonas, que institui a Política Estadual sobre Mudanças Climáticas, Conservação Ambiental e Desenvolvimento Sustentável do Amazonas; Lei 9.531/2010, do Espírito Santo, que institui a Política Estadual de Mudanças Climáticas - PEMC; Lei 4.797/2012 do Distrito Federal, que estabelece princípios, diretrizes, objetivos, metas e estratégias para a Política de Mudança Climática no âmbito do Distrito Federal; Lei 5.690/2010, do Rio de Janeiro, que institui a Política Estadual sobre Mudança Global do Clima e Desenvolvimento Sustentável e dá outras providências; Lei 12.050/2011, da Bahia, que institui a Política sobre Mudança do Clima do Estado da Bahia; Decreto 518/2012, do Pará, que institui o Fórum Paraense de Mudanças Climáticas; Lei 17.133/2012, do Paraná, que institui a Política Estadual sobre Mudança do Clima; Lei 14.090/2010, de Pernambuco, que institui a Política Estadual de Enfrentamento às

Da pesquisa depreendida sobre as normas estaduais, pode-se observar que algumas normas estabelecem um critério de sustentabilidade relativo não ao objeto licitado, mas sim ao licitante.

Nesses casos, o critério de sustentabilidade estaria mais relacionado a uma nova exigência relativa à habilitação durante a licitação, que viria definida no edital ou instrumento convocatório. Seria esta uma exigência para a participação na licitação de comprovação da regularidade da contratada considerando o objeto licitado (tal como a prevista no art. 2º da Lei 3.967/2007 do Distrito Federal¹¹⁶). É o que ocorre, por exemplo, com o disposto no art. 25 da Lei 3.135/2007 do Amazonas, que possibilita que a Administração exija do licitante a certificação reconhecida pelo Estado comprobatória da conformidade do licitante à Política Estadual de Mudanças Climáticas, Conservação Ambiental e Desenvolvimento Sustentável¹¹⁷. O Decreto 44.903/2008, de Minas Gerais, dispõe sobre a contratação de obras e serviços pela Administração estadual que envolvam a aquisição direta e o emprego de produtos e subprodutos de madeira de origem nativa e, assim, exige que, nas hipóteses de aquisição direta ou indireta de produtos e subprodutos de madeira, os editais de licitação estabeleçam, na fase de habilitação, entre os requisitos de habilitação técnica, a exigência de apresentação de declaração de compromisso de utilização de produtos e subprodutos de madeira de origem nativa de procedência legal, nos termos fixados pelo Anexo II do referido diploma normativo.

Observa-se que, nesses casos, as exigências da licitação sustentável recaem não apenas sobre a seleção de produtos “ambientalmente adequados”, mas também sobre os próprios licitantes, que devem comprovar a obediência de determinadas exigências para poderem contratar com o Poder Público. É imprescindível a apresentação de certificados que atestem a adequabilidade à Legislação (ambiental) ou, especificamente, que o licitante

Mudanças Climáticas de Pernambuco e dá outras providências; Lei 13.798/2009, de São Paulo, que institui a Política Estadual de Mudanças Climáticas – PEMC; Decreto 55.947/2010, de São Paulo, que regulamenta a Lei nº 13.798/09, que dispõe sobre a Política Estadual de Mudanças Climáticas; e Lei 1.917/2008, do Tocantins, que institui a Política Estadual sobre Mudanças Climáticas, Conservação Ambiental e Desenvolvimento Sustentável do Tocantins e adota outras providências.

116 Art. 2º da Lei 3.967/2007 do Distrito Federal: “Art. 2º Para desenvolver o PDQA, caberão ao Poder Executivo do Distrito Federal as seguintes ações:

I – dar publicidade à importância do consumo de produtos ou do uso de serviços de estabelecimentos que obtenham selos ambientais, divulgando o conceito de certificação ambiental;

II – valorizar e prestigiar o uso de sistemas de gestão, de produtos e de serviços adequados, sob o ponto de vista social e ambiental, pela Administração Pública;

III – definir os procedimentos e critérios para o reconhecimento da qualidade ambiental de produtos, serviços ou sistemas de gestão a serem observados na contratação pelo Poder Público, aceitando processos de certificação, realizados por entidades privadas devidamente creditadas, nacional ou internacionalmente, respeitada a legislação federal e distrital de licitações e contratos;

IV – adequar a execução direta ou indireta das obras públicas para que o consumo de bens ambientais seja o estritamente necessário;

V – desenvolver, progressivamente, instrumentos para dar suporte técnico à especificação de bens e serviços a serem adquiridos ou contratados pela Administração Pública, observada a legislação federal e distrital de licitações e contratos;

VI – estabelecer as parcerias necessárias à efetivação do PDQA.

§ 1º Para a aquisição, descrição, padronização e recebimento dos bens e serviços com características técnicas complexas, conteúdos subjetivos ou em situações especiais, poderão ser solicitados serviços de peritos como suporte para a tomada de decisões.

§ 2º Nos casos em que a contratação tenha aspectos ambientais relevantes, a Secretaria de Meio Ambiente e Recursos Hídricos – SEMARH deverá participar do processo de contratação.

§ 3º As Comissões de Licitação poderão, em face da complexidade ou das especificidades do objeto da licitação, solicitar a constituição de Comissão Especial ou a inclusão de membros com conhecimentos apropriados para proceder ao exame e ao julgamento das propostas.

§ 4º A quantidade de bens a serem adquiridos ou utilizados em obras e serviços contratados pelo Poder Público deverá ser estimada em conformidade com a demanda, de modo a evitar o desperdício.”

§ 5º O Poder Executivo do Distrito Federal exigirá, na fase de habilitação licitatória ou em qualquer contratação direta, a documentação que comprove a legalidade do funcionamento da contratada para fins ambientais, conforme a legislação aplicável à atividade”.

117 Art. 25 da Lei 3.135/2007 do Amazonas: “As licitações para aquisição de produtos e serviços, pelo Estado do Amazonas poderão exigir dos licitantes, no que couber, certificação reconhecida pelo Estado, nos termos do edital ou do instrumento convocatório, que comprove a efetiva conformidade do licitante à Política Estadual de Mudanças Climáticas, Conservação Ambiental e Desenvolvimento Sustentável”.

esteja inserido em determinada categoria para celebração de contrato administrativo, desde que se sagre vencedor do certame.

São pilares da sustentabilidade, de acordo com a larga literatura sobre o tema, as dimensões ambiental, social e econômica. Tendo em vista que as licitações públicas trazem em si o componente econômico das contratações públicas, a partir do texto da norma ou dos princípios por ela descritos, buscou-se identificar o principal objetivo visado pelo critério de sustentabilidade: se ambiental, social ou socioambiental (ambos). Com isso, privilegia-se a análise dos componentes inéditos nas dinâmicas de compras públicas sustentáveis e o modo como eles foram disciplinados pelas normas estaduais.

A maioria das normas encontradas, porém, refere-se a compras públicas sustentáveis com critérios de sustentabilidade eminentemente ambiental: elas constituem 49 dos 79 registros encontrados, representando 62% do total das normas. Pode-se citar dentre essas normas aquelas que estabelecem que o Poder Público pode exigir certificação do tipo “selo verde” nos processos de compras públicas ou outros modos de certificação ambiental para os produtos e serviços licitados¹¹⁸, utilização de papel não clorado em material de expediente¹¹⁹, as normas que, ao estabelecerem a política estadual de resíduos sólidos ou a política sobre mudança do clima, dispõem que a Administração deverá efetuar licitações e contratações obedecendo aos princípios estabelecidos nas respectivas leis¹²⁰. Mencione-se, ainda, a exigência de que os produtos a serem adquiridos pela Administração sejam, preferencialmente, de reduzido impacto ambiental, duráveis, não perigosos, recicláveis, reciclados e passíveis de reaproveitamento¹²¹.

6. Estudo dos editais de compras públicas sustentáveis

A análise da dinâmica de compras públicas sustentáveis na esfera federal foi desenvolvida a partir de banco de dados fornecido pela SLTI/MPOG, contendo 20.846 editais de compras públicas sustentáveis. Em 97% dos casos, a licitação foi feita na modalidade pregão, quase todos eletrônicos, enquanto os demais casos foram objeto de contratação direta. A seguir, os principais achados de pesquisa serão apresentados.

a) Predomínio da modalidade pregão nas compras públicas sustentáveis

Em 97% dos casos analisados, a compra pública sustentável seguiu a modalidade *pregão*, com especial ênfase para o formato eletrônico. Verificou-se, também, que, em aproximadamente 3% dos casos, houve dispensa de licitação, ou seja, houve contratação

118 Cf. Lei 1.656/2005, do Acre.

119 Cf. Lei 2.453/2011, do Acre.

120 Cf. Lei 12.050/2011, da Bahia; Lei nº 13.103/01, do Ceará; e Lei nº 4.797/12, do Distrito Federal.

121 Cf. Lei 7.862/2002 do Mato Grosso.

direta. Desse percentual, todos os contratos (100%) foram celebrados com micro ou pequenas empresas, resultado este que sugere uma relação entre essa dinâmica de contratação e o art. 24 da Lei 8.666/1993.

b) Dispersão dos valores das compras públicas sustentáveis

As compras públicas sustentáveis não seguem um valor padronizado; pelo contrário, os valores praticados nas licitações sustentáveis são marcadamente dispersos. Tão grande é a variedade de objetos licitados que, automaticamente, os valores também oscilam significativamente, na ordem de 995%, segundo estudo estatístico.

São licitados de modo sustentável desde bens de pequeno valor até bens de alta monta. Foi verificada desde 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). De semelhante forma, foi constatada compra que totalizou R\$ 2.05 (dois reais e cinco centavos), bem como compra de valor total R\$ 8.339.580,00 (oito milhões, trezentos e trinta e nove mil quinhentos e oitenta reais). A tabela abaixo sistematiza essas dispersões:

TABELA 09 – VALORES E QUANTIDADES EXEMPLIFICATIVAS POR PRODUTO

Objeto	Valor unitário homologado	Quantidade ofertada	Valor total homologado
Envelope para carta	R\$ 0,10	2.000 envelopes	R\$ 200,00
Veículo minivan	R\$ 65.170,00	2 unidades	R\$ 130.340,00
Almofada carimbo	R\$ 2,05	1 unidade	R\$ 2,05
Computador	R\$ 3.210,00	2.598 unidades	R\$ 8.339.580,00

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

c) Baixa participação das compras públicas sustentáveis no mercado de licitações

No ano de 2012, foram realizadas 1.952 licitações sustentáveis que correspondem, no total, a aproximadamente R\$ 39,5 milhões homologados. Segundo o documento Informações Gerais de Contratações Públicas Sustentáveis, no ano de 2010, o valor despendido em licitações sustentáveis foi de aproximadamente R\$ 12 milhões; já em 2011, foi cerca de R\$14 milhões. Ou seja, analisando essa evolução ao longo dos anos, é possível verificar que vem ocorrendo crescimento na quantia empregada em compras públicas sustentáveis, ainda que modesto. Apesar dos maiores valores praticados nas compras públicas sustentáveis, decorrência direta do aumento da quantidade de licitações sustentáveis na ordem de aproximadamente 20% na comparação com o ano anterior, elas ainda representam pequena parcela da prática das licitações no governo federal. No mesmo período considerado, as compras públicas sustentáveis representaram apenas 0,1% do montante dos recursos públicos alocado para contratações públicas na esfera federal¹²².

d) A prática das licitações sustentáveis se concentra em poucos bens e o poder de compra estatal é destinado a poucos mercados

¹²² Cf. Informações Gerais de Contratações Públicas Sustentáveis, ano 2012, SLTI/MPOG.

Embora os objetos licitados no ano de 2012 sejam representativos do universo de bens do CATMAT, há predomínio de alguns poucos itens na prática das licitações sustentáveis. Em outros termos, *a prática das licitações sustentáveis se concentra em poucos bens*. Isso significa que o cenário das compras públicas sustentáveis não é de pulverização de objetos, mas sim de recorrência de determinados bens nos editais, notadamente detergente, papel reciclado (A3 ou A4), saponáceos, cartuchos de impressora e aparelhos de ar condicionado. Abaixo, a tabela dos “bens mais licitados” apresenta a representatividade (em porcentagem) de cada um desses bens, quando analisados em face do total de bens sustentáveis licitados:

RANKING DOS BENS MAIS LICITADOS ¹²³

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
Saco plástico	2,31
Outros	26,84

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

Do valor alocado às compras públicas sustentáveis, 81% foi destinado aos mercados de computação, papel e aparelhos de ar condicionado. A tabela abaixo é representativa da porcentagem de licitações que determinada categoria de bem abarcou:

GRUPOS DE BENS LICITADOS, POR ORDEM DE RECORRÊNCIA

Categoria do bem	% das licitações
Material de limpeza	46,1
Papel	23,8
Almoxarifado	8,3
Cartucho impressora	8,0
Aparelho de ar condicionado	7,2
Equipamentos em geral	5,5
Notebook	0,5

123 Estão classificados como outros, ainda em ordem decrescente de porcentagem, os seguintes bens: bloco de recado; frigobar; papel sulfite; papel higiênico; desincrostante; pasta arquivo; pilha; toalha de papel; livro ata; tela odorizante; lapiseira; sacante de açúcar; etiqueta adesiva; almofada de carimbo; copo descartável; papel pardo; livro protocolo; régua comum; aromatizante ambiental; disjuntor; papel ofsete; porta-lápis; protetor assento sanitário; amaciante de roupa; cartolina; notebook; bloco de rascunho; papel ofício; lápis; computador; fogão; papel flip; alvejante; lâmpada fluorescente; solução limpeza multiuso; automóvel; caixa embalagem; desengraxante; vassoura; agente espumante; cabeçote eletroduto; caderno; embalagem plástica; pasta limpeza; sabonete; anticorrosivo; broxa de pintura; cabo de radiofrequência; capa processo; cartão; classificador; fita enxertia; impressora; pano de prato; papel embrulho; pasta eventos; refrigerador duplex; removedor; minivan; veículo utilitário.

Computador	0,3
Veículo	0,2
Impressora	0,05

Fonte: CPJA, Direito GV, a partir de dados fornecidos pela SLTI/MP06.

Como é possível depreender da leitura dos dados trazidos pelas duas tabelas acima, há correspondência quase que direta entre a maior quantidade do bem licitado e a sua respectiva categoria. O detergente, por exemplo, é o bem mais licitado, abrangendo 20,34% das licitações, e, da mesma forma, a categoria material de limpeza – a qual o detergente pertence – também se sagra campeã entre as categorias mais licitadas, objeto em 46% das licitações.

Os dados sugerem, portanto, que a alocação do poder de compra pública estatal se concentra em poucos mercados. Considerando a relação entre valores e objetos licitados, depreende-se que a política de compras públicas sustentáveis se dirige a atender determinados mercados cujos bens sejam objeto de compra pública sustentável, a exemplo do mercado de papel e do mercado de microcomputadores.

Sobre a leitura dos dados, duas advertências. Primeiramente, é necessário enfatizar que os valores envolvidos nas compras públicas sustentáveis são irrisórios frente ao total do poder de compra pública estatal, razão pela qual a licitação de um único bem com valor mais considerável, a exemplo de veículo automotor, pode distorcer os resultados da análise. Portanto, é necessário ter cautela na leitura dos dados.

Em segundo lugar, o fato de a parcela do poder de compra pública estatal ser direcionada a determinados mercados não é necessariamente um dado positivo ou negativo. Trata-se simplesmente da explicitação de um dado da realidade para que os implementadores da política tenham consciência sobre o destinatário final da política, de modo que possam averiguar o sucesso dela.

Quando verificamos os valores abarcados por cada mercado em face da frequência de aparição desse mesmo mercado na dinâmica das licitações sustentáveis, constatamos que não há relação direta entre eles. Isso porque os mercados que aparecem em menor porcentagem em número de licitações são capazes de obter grande parte do montante aplicado às compras públicas sustentáveis.

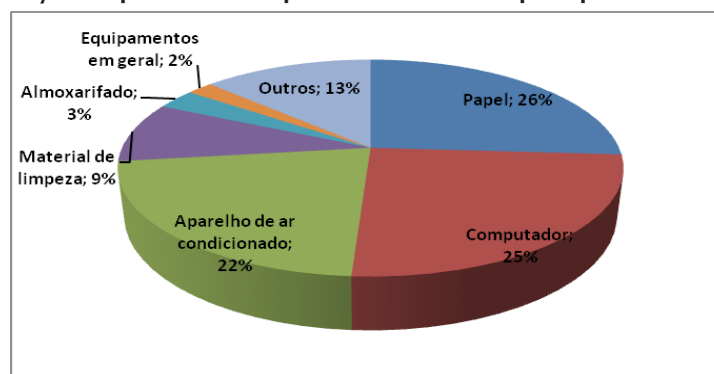
Assim, por exemplo, o mercado de computadores que aparece em 8º lugar em quantidade de licitações (apenas 0,3%) consta como 2º colocado entre os mercados que mais arrecadam em termos de valores, com 25,85% do total empenhado. Exemplo que retrata o oposto desta relação é o caso do mercado de material de limpeza que, a despeito de figurar como o maior mercado em porcentagem de licitações, obtém apenas 8,9% despendido com as compras públicas sustentáveis. É o que demonstra a tabela comparativa abaixo:

TABELA 13 – 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	4,6%	8,972%
Notebook	0,4%	8,325%
Veículo	0,3%	3,170%
Almoxarifado	8,3%	2,703%
Equipamentos em geral	5,6%	1,416%
Cartucho impressora	8,1%	0,833%
Impressora	0,1%	0,003%

Fonte: CPJA, Direito GV.

A representação do valor obtido por cada um desses mercados está expressa no gráfico abaixo:

Destinação do poder de compra estatal nas compras públicas sustentáveis

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

O gráfico permite verificar a destinação do poder de compra pública na promoção da sustentabilidade, isto é, quais são os objetos atualmente incentivados por meio da política de compras públicas sustentáveis na esfera federal.

Resta, dessa maneira, a conclusão de que os mercados compreendidos por bens específicos como “papel”, “computador” e “aparelho de ar condicionado” correspondem a boa parte do poder de compra estatal, aproximadamente 73% de todo mercado, de modo que há concentração da política em apenas alguns setores da economia. As grandes categorias (almoxarifado, material de limpeza e equipamentos em geral), quando somados os valores que lhes foram destinados, correspondem a praticamente metade do valor destinado ao mercado de papel.

e) O favorecimento das MPE nas compras públicas sustentáveis

Com o advento da Lei Complementar 123/2006, que criou o Estatuto das Micro e

Pequenas Empresas, os critérios de desempate presentes na Lei 8.666/1993 deixaram de ser os únicos a serem aplicados nas licitações. A Lei Complementar 123/2006, em seu artigo 44, dispõe que, para o desempate das licitações, será dada preferência de contratação às microempresas e empresas de pequeno porte. O empate entre as propostas será declarado não quando houver uma igualdade numérica de fato entre elas, mas quando houver uma igualdade ficta, criada pelo legislador, qual seja a de que são consideradas empatadas as propostas de micro e pequenas empresas com valores iguais ou superiores em até 10% àquela melhor classificada.

Considerado, pois, esse critério de desempate que favorece as micro e pequenas empresas como algo que se insere na política pública de apoio a essas empresas, importou verificar como essa política se relaciona com a política das compras públicas sustentáveis. Desse modo, o uso desse critério foi variável analisada no banco de dados e, com isso, constatou-se que, em 5% das licitações sustentáveis¹²⁴, foi empregado o critério de desempate benéfico às micro e pequenas empresas.

Dos dados analisados na presente pesquisa, foi possível constatar que existe uma alta representatividade das micro e pequenas empresas quanto à participação na qualidade de proponentes nas licitações sustentáveis – dado que, das 20.845 propostas em CPS, 19.262 foram realizadas por micro ou pequena empresa –, bem como quanto ao êxito em lograrem-se vencedoras, uma vez que, das 1.952 compras realizadas, em 1.793 dos casos uma micro ou pequena empresa ganhou a compra. Em outros termos, 92,50% das licitações sustentáveis contaram com a participação de microempresa ou empresa de pequeno porte, ao passo que 91,80% dos editais de compras públicas sustentáveis lançados tiveram uma dessas empresas adjudicada.

VALOR HOMOLOGADO NAS CPS POR TIPO DE EMPRESA

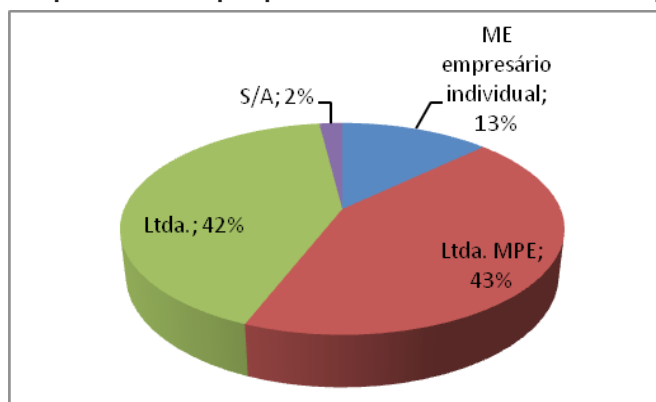
Empresa	Valor total homologado (R\$)	% Valor
Associação privada	7.436,00	0,02
EIRELI	269.623,28	0,68
Micro Empresa	174.632,65	0,44
Pequena Empresa	94.990,63	0,24
Empresário individual	5.264.794,13	13,30
Micro Empresa	4.963.929,80	12,54
Outros	45.617,70	0,12
Pequena Empresa	255.246,63	0,64
LTDA	33.422.613,99	84,45
Micro Empresa	12.387.836,61	31,30
Outros	16.486.873,71	41,66
Pequena Empresa	4.547.903,67	11,49
S/A	610.257,92	1,54
Outros	610.257,92	1,54

124 Foram excluídas da amostra as contratações em que o critério de desempate não se aplica, como as contratações diretas.

(vazio)	2.780,86	0,01
Micro Empresa	2.780,86	0,01
Total Geral	39.577.506,19	

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

Percentual do poder de compra pública em CPS destinado às empresas, por tipo



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

Nota: (i) Ltda. MPE; (ii) categorias desconsideradas pela baixa representatividade na destinação do poder de compra pública (x<1)

Na verdade, os resultados apontaram que as empresas que mais arrecadam com as CPS – e, por isso, possuem uma alta representatividade na alocação do poder de compra pública – são as do tipo limitada não qualificadas como micro ou pequena empresa. Essa constatação parte do dado de que se sagraram vencedoras nas licitações sustentáveis em apenas 144 das 1952 realizadas (7,4%), mas os valores que essas licitações arrebatarem correspondem a 42% do total gasto em CPS.

Assim, quando analisados esses dados em conjunto, chega-se à conclusão de que as MPE participam ativamente das CPS federais, mas não ganham em termos de valores, ou seja, o fomento às MPE no âmbito das políticas das CPS pode se mostrar desvirtuado. 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 *poder dentro e por fora* das licitações.

7. Percepção das empresas sobre as compras públicas sustentáveis

Ao se observar o ambiente empresarial das macroempresas, tem-se a impressão de que boa parte destas já solidificou, em sua cultura, práticas e ações que visam a resultados positivos simultâneos nos aspectos econômicos, financeiros, ambientais e sociais, normalmente amparada

por um conjunto de diretrizes. Essa assimilação conceitual¹²⁵ denota o que se denomina *sustentabilidade de gestão* aliada à observação de critérios de sustentabilidade de seus produtos. No entanto, em função de suas variadas estruturas, portes e setores de atuação, as empresas brasileiras possuem diversos níveis de envolvimento e de adoção de práticas sustentáveis, desde os seus sistemas internos de gestão até os processos de produção e de comercialização dos bens e serviços.

Esse cenário empresarial oferece inúmeras questões para um amplo debate sobre licitações sustentáveis. A eventual ausência de uma espécie de “mercado sustentável”, por exemplo, poderia reduzir e/ou comprometer a competição nos processos licitatórios. No âmbito empresarial, a carência de informação acerca dos critérios para participar de modo qualificado das licitações sustentáveis ou mesmo a generalizada falta de capacitação do empresariado médio brasileiro poderiam ser vistas como barreiras à entrada no mercado de compras públicas. Daí a justificativa para essa pesquisa ter buscado se informar junto às empresas acerca dos seus graus de engajamento, conhecimento e capacitação para participação de um eventual mercado sustentável em processo de consolidação.

É variado o grau de envolvimento atual das empresas com a gestão para a sustentabilidade, manifestado pelas formas pelas quais elas vêm inserindo práticas voltadas para a sustentabilidade em sua gestão. Para entender isso, foram investigadas as práticas e procedimentos que vem sendo adotados pelas empresas para a construção de uma agenda de sustentabilidade corporativa, envolvendo desde o atendimento a normas jurídicas e critérios de certificação até a elaboração voluntária de projetos.

Dentre os resultados obtidos, os treinamentos foram apontados como o procedimento interno mais adotado pelas empresas. Vale ressaltar que aqui também foram considerados treinamentos obrigatórios de saúde e segurança, que apresentam pouca relevância na análise da gestão para a sustentabilidade da empresa, pois a obrigatoriedade em segurança referente aos cuidados básicos de funcionários, principalmente de chão de fábrica, é trivial.

Além de procedimentos voltados à sustentabilidade em empresas, a certificação pode representar um instrumento de busca pela excelência de gestão, objetivando otimizar processos, redução de custos e eliminação do desperdício de elementos que constituem a produção da organização. As diretrizes orientadas pelos órgãos certificadores, além de fornecerem benefícios diretos e tangíveis, também trazem ativos intangíveis, como credibilidade da marca e confiança, decorrentes da redução de riscos incorrida por meio dessa “reeducação” de gestão.

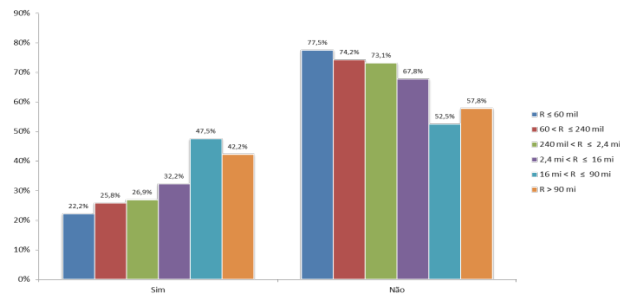
Dessas empresas, chama a atenção o fato de que, quanto maior o porte da empresa, maior é o número de empresas que detém alguma certificação ambiental: enquanto 67% das empresas com faturamento superior a R\$ 90 milhões possuem certificação ambiental, 7% das empresas com faturamento até R\$ 60 mil dispõem de certificação ambiental. É notória a maior preparação das empresas de maior porte para as compras públicas sustentáveis, dado apresen-

125

tarem maior porcentagem de certificados ou selos sustentáveis, bem como já considerarem a sustentabilidade na concepção do produto.

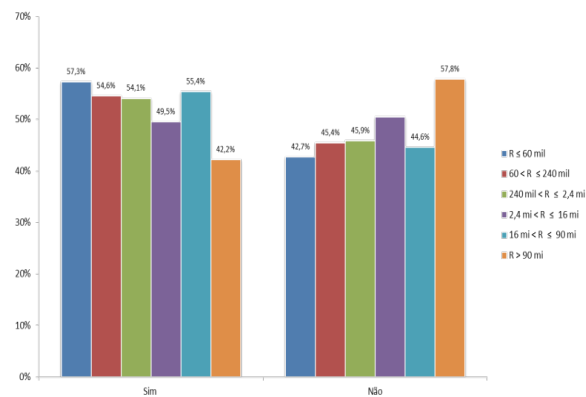
A seguir, são apresentados os principais resultados da pesquisa survey, que permitem melhor compreender a relação das empresas com o mercado de compras públicas sustentáveis:

Conhecimento do termo “licitações sustentáveis”



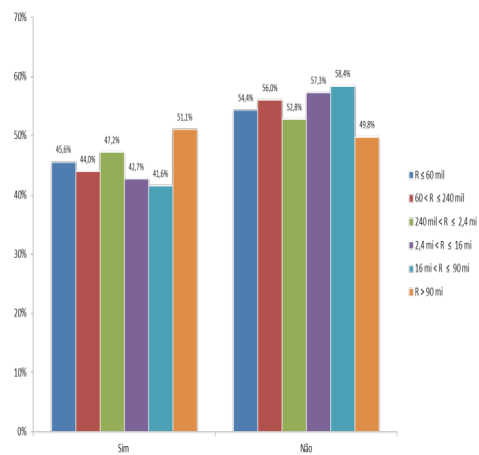
Fonte: CPJA, Direito GV.

Necessidade de criação de nova linha (sustentável) do produto para participação em certame licitatório



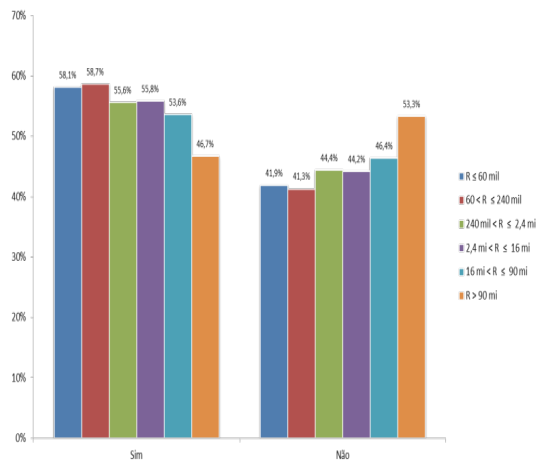
Fonte: CPJA, Direito GV.

Necessidade de adequação para participar de certames licitatórios



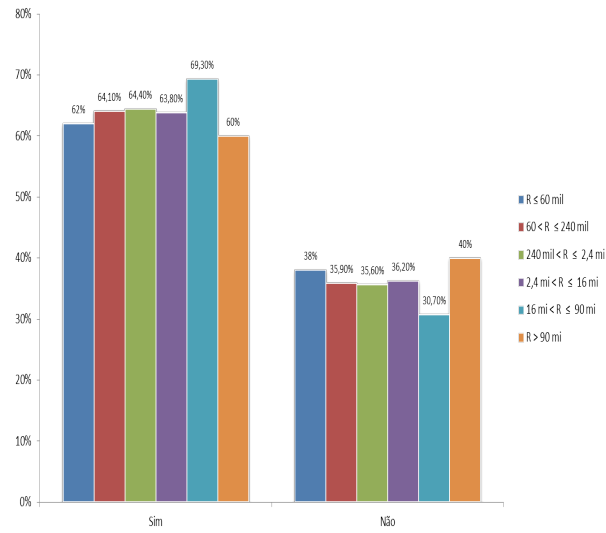
Fonte: CPJA, Direito GV.

Respostas sobre eventual necessidade de aumento de valores de propostas



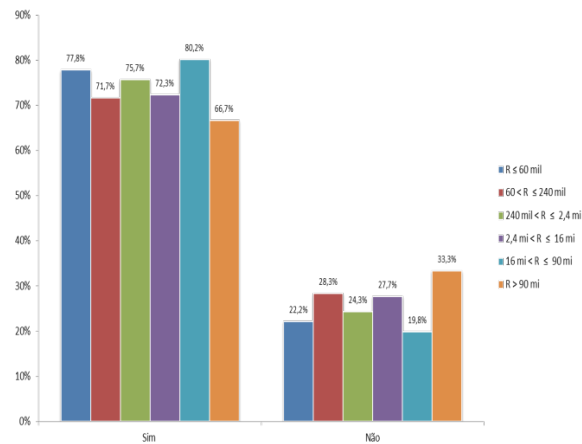
Fonte: CPJA, Direito GV.

Percepção do empresariado sobre as licitações sustentáveis serem interessante nicho de negócio



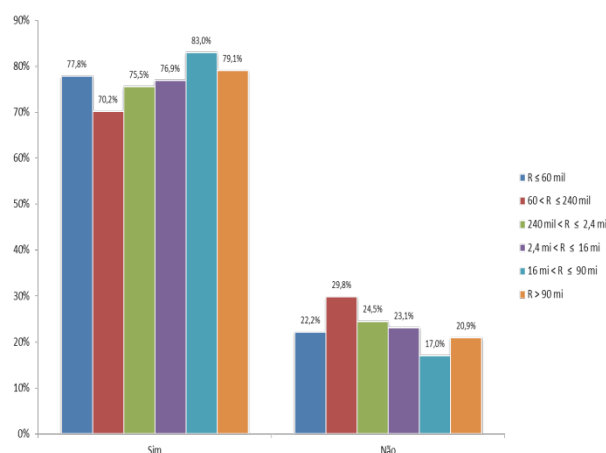
Fonte: CPJA, Direito GV.

Selo sustentável como barreira à participação nas compras públicas sustentáveis



Fonte: CPJA, Direito GV.

Empresas que assumiriam custos extras para adequar-se em função das licitações sustentáveis



Fonte: CPJA, Direito GV.

Os dados permitem inferir que as licitações sustentáveis são consideradas interessante nicho de mercado e as empresas, inclusive, assumiriam custos extra para participar deste mercado. Pela perspectiva dos respondentes, poucos seriam os ajustes necessários para viabilizar as primeiras iniciativas mais consistentes com as compras públicas sustentáveis, dado que não necessariamente se coloca a necessidade de criação de uma nova linha do produto comercializado para atendimento aos certames sustentáveis ou mesmo a adequação técnica de produtos já existentes.

Todavia, esta iniciativa tem seu custo, como bem salientado pelos respondentes: aproximadamente 60% deles manifestaram a intenção de aumentar o valor das propostas nas compras públicas sustentáveis, comparativamente às licitações comuns. Importante salientar que os resultados colhidos foram praticamente uniformes dentre as categorias de respondentes, classificados de acordo com o porte empresarial, razão pela qual as considerações aqui trazidas abrangem tanto as micro e pequenas empresas quanto as empresas de grande porte. A diferença entre os respondentes apenas se coloca quanto à certificação, pois os dados apontam para a maior onerosidade das empresas de pequeno porte em obter selos verdes que viabilizem a participação delas no mercado de licitações sustentáveis.

8. Economia e sustentabilidade

Assume-se que uma política de compras públicas sustentáveis será economicamente

eficiente se endereçar adequadamente uma falha de mercado. Possíveis falhas de mercado que podem ser constatadas nas compras públicas sustentáveis consistem nos direitos de propriedade, assimetria informacional (tipicamente favorável ao fornecedor), coordenação e poder de mercado. A tabela abaixo sistematiza os custos e benefícios da política de compras públicas sustentáveis:

Quadro 1 - Levantamento de custos e benefícios de políticas gerais de compras públicas sustentáveis

Custos	Benefícios
Criação de novos custos de transação nos processos licitatórios	Aumento de eficiência em jogos ganha-ganha
Criação de novas barreiras à entrada nas licitações públicas	Correção de falhas de mercado
Impactos negativos sobre a competitividade das empresas, devido à necessidade de adaptações e efeitos sobre a escala	Envio de sinais corretos às empresas e cadeias produtivas que praticam sustentabilidade
Elevação de custos das compras públicas com impacto fiscal relevante	Ganho de competitividade das empresas devido à viabilização de nichos sustentáveis a partir da liderança pública
Discricionariedade e discriminação de concorrentes	

Fonte: CPJA, Direito GV.

Dentre as principais conclusões a que a pesquisa alcança, pode-se ressaltar o dado de que as certificações podem cumprir o papel de redução da assimetria informacional nas relações de consumo na medida em que, ao se utilizar a entidade certificadora creditada, gera-se informação cuja obtenção no processo de aquisição é bastante dispendiosa, melhorando, assim, a dinâmica das contratações públicas.

Ainda, pode-se indicar a viabilidade de correção de falhas de mercado em diversos segmentos, como detergentes, em que o próprio mercado já vem adaptando as regulamentações existentes, que corrigem ou mitigam falhas de mercado. O desenho da política de compras públicas sustentáveis envia sinais corretos às empresas e cadeias produtivas que praticam sustentabilidade. A política reforça esses sinais, com efeito marginal (ainda que eventualmente relevante) sobre a prática da sustentabilidade nesses mercados. Nessa linha, a pesquisa *survey* indicou a percepção do mercado de que a licitação sustentável seria um incentivo real para que elas próprias viessem a assumir eventuais custos extras para a adoção de práticas sustentáveis.

Outro aspecto a ser mencionado corresponde à criação de escala para viabilização da oferta por parte de potenciais fornecedores competitivos. A centralização da política, ou a sua padronização de forma que unidades fragmentadas, federais e subnacionais, poderia contribuir sensivelmente para viabilizar negócios sustentáveis relevantes. Por um lado, a pesquisa demonstrou que a escala atual das compras sustentáveis é irrisória, o que

poderia sugerir que as compras públicas sustentáveis seriam inviabilizadas pelo seu baixo volume global. Contudo, por outro lado, essa pequena participação esconde números que, no contexto peculiar de mercados específicos, podem se revelar bem mais relevantes. A fragmentação dos processos de compras, com diretrizes e padrões idiossincráticos a cada processo licitatório, poderia anular essa relevância.

Assim, não é preciso esperar que uma política de compras públicas sustentáveis obtenha escala (assim avaliada como uma proporção da despesa pública global ou de um ente) para que produza seus feitos. É perfeitamente cabível que a política seja relevante para nichos bastante específicos, mas com potencial importante, e que o volume relativamente pequeno de compras públicas naquele item seja suficiente para viabilizar um negócio sustentável, em bases competitivas, que de outra forma não se desenvolveria.

É recomendável que a política seja instalada a partir de prospecções realizadas no ambiente de pesquisa aplicada.

9. Experiências internacionais em compras públicas sustentáveis

Analisadas comparativamente às experiências dos EUA, UE, Austrália e RU, é possível notar a maior abrangência de critérios voltados aos objetivos para a sustentabilidade – nas suas três dimensões – por parte da União Europeia. Na dimensão econômica da sustentabilidade, o objetivo mais recorrente é o da economicidade. Já na ambiental, os mais adotados são aqueles que levam em consideração o produto, seu ciclo de vida e os impactos ambientais associados. Por fim, a melhoria do desempenho de indicadores de bem-estar e qualidade de vida é o objetivo social mais recorrente.

Quadro 2 - Verificação de critérios de sustentabilidade nas políticas das experiências internacionais estudadas

Objetivo	EUA	União Europeia	Austrália	Reino Unido
Dimensão Econômica				
Promover um ambiente saudável e competitivo no mercado interno		x	x	x

Promover a economicidade	x	x		x
Cumprir metas preestabelecidas		x		
Acompanhar processos de compra		x		x
Dimensão Ambiental				
Considerar o produto	x	x	x	x
Considerar a vida útil dos produtos / serviços	x	x	x	
Compartilhar boas práticas		x		
Cumprir metas		x		
Considerar os impactos ambientais	x	x	x	x
Dimensão Social				
Considerar as condições de trabalho		x	x	x
Promover equidade		x	x	x
Garantir a aquisição de forma ética		x	x	
Melhorar o desempenho em indicadores de bem-estar e qualidade de vida	x	x	x	x

Fonte: CPJA, Direito GV.

A seguir são apresentadas as ações voltadas para a implementação de cada objetivo.

9.1) Objetivos econômicos

9.1.1) Tomada de decisões baseada no comércio, análises de mercado, considerações às parcerias público-privadas, compra de fornecedores locais, apoio às PME, estímulo ao crescimento ou promoção de inovação

Na União Europeia, na momento da elaboração de um processo de licitação sustentável, o gestor é incentivado a realizar pesquisas sobre o mercado e a manter diálogo constante com agentes do mercado. O objetivo dessa conduta é evitar que implicações práticas do processo produzam externalidades negativas e permitir que o mercado se prepare para participar de licitações sustentáveis. Além disso, a existência de um ambiente saudável e

competitivo também é promovida por meio de políticas que confirmam a pequenas e médias empresas maior acesso a contratos públicos.

Da mesma forma, na Austrália e no Reino Unido também são adotadas medidas que incentivam a participação de pequenos produtores, como a divisão de grandes contrato em lotes e a divulgação local das licitações. O Reino Unido disponibiliza, ainda, programas de capacitação para auxiliar produtores a adequarem-se às exigências da Administração.

9.1.2) Promover a economicidade, incluindo a redução de custos, a melhoria na eficiência e considerando evitar compras supérfluas

Todas as políticas de compras públicas sustentáveis analisadas tinham como um de seus focos a promoção da economicidade. Para a análise dessa fator, um dos critérios a ser trabalhados é a necessidade da compra em si. Mais especificamente, a EPA promove a administração responsável de recursos a partir de uma perspectiva de ciclo de vida, buscando reduzir os gastos estatais com material, operação manutenção e descarte. Na política promovida pela União Europeia, além de buscar a redução, há previsão de instrumentos que harmonizam a realização de compras públicas sustentáveis com a eficácia financeira (consideração dos custos de ciclo de vida, contratação pública conjunta, contrato de desempenho energético e utilização de acordos-quadro). No Reino Unido, a licitação compartilhada também é vista como instrumento voltado à redução de custos administrativos da política de compras públicas sustentáveis. Já na Austrália, a obrigação do gestor de buscar a proposta mais vantajosa e promover a economicidade deve englobar não apenas custos financeiros do produto (em todas as fases do ciclo de vida) para o órgão que o adquire, mas envolver, também, a consideração de todos os custos decorrentes do bem para a Administração, para a sociedade e para a economia.

9.1.3) Cumprir metas, incluindo obrigações comerciais e de limiares (thresholds), além de considerar o desempenho (performance)

Na política da União Europeia, há menção expressa da importância do estabelecimento de metas, por meio da definição de áreas prioritárias e do estabelecimento de objetivos, para que a política de compras públicas sustentáveis ganhe efetividade.

9.1.4) Acompanhar processos de compra, incluindo licitações, e garantir a transparência

A Política de Compras Públicas Sustentáveis da União Europeia faz referência às determinações do Tribunal de Justiça Europeu acerca da incorporação de atributos de sustentabilidade nas licitações. Dentre as determinações deste órgão, estão a necessidade de uma base objetiva e verificável (evitando a concessão de liberdade ilimitada ao licitante), a menção expressa dos critérios nos editais e o respeito aos procedimentos fundamentais do direito da União Europeia. O Reino Unido, que também encontra-se incorporado nesta estrutura, considera a transparência e a prestação de contas como partes essenciais da política de compras públicas sustentáveis, entendendo que esses valores permitem a

maximização do custo-benefício para a sociedade.

9.2) Objetivos ambientais

9.2.1) Considerar o produto, incluindo a especificação de critérios ambientais e a rotulagem/certificação ambiental

Critérios ligados ao produto adquirido estão presentes em todas as políticas de compras públicas sustentáveis analisadas. Os gestores possuem discricionariedade para definir o objeto da licitação, de modo que é possível incluir atributos ecológicos na descrição do bem. Para estabelecer e avaliar esses critérios, selos de certificação podem exercer um papel importante. Entretanto, para utilizá-los, devem ser observados alguns cuidados: nas políticas da União Europeia e do Reino Unido, a observância da normatividade pertinente exige que os selos não sejam obrigatórios, podendo o licitante sempre apresentar métodos alternativos de comprovação dos atributos estabelecidos. Da mesma forma, na Austrália, embora o guia da política de compras públicas sustentáveis mencione expressamente as vantagens da utilização de selos como o FSC e o MSC, as regras da licitação estabelecem que selos determinados não podem ser características necessárias de um objeto licitado.

9.2.2) Considerar a vida útil dos produtos/ serviços, incluindo análise do ciclo de vida e formas de redução, reutilização e reciclagem

Em todas as políticas analisadas, é essencial a análise do ciclo de vida dos produtos licitados, incluindo impactos gerados durante a produção, o transporte, a aquisição, entrega, instalação, adaptação, operação, manutenção, desativação, eliminação e eventuais externalidades para a sociedade. Além disso, é dada preferência a produtos que consumam menos recursos, que possam ser reutilizados e que sejam recicláveis ou reciclados.

9.2.3) Compartilhar boas práticas, incluindo eventos “verdes” e consultoria especializada

Na União Europeia, o compartilhamento de informações e a formação de redes são vistos como parte integrante da política e compras públicas sustentáveis, por terem o potencial de catalisar os benefícios da incorporação de sustentabilidade nas compras públicas.

9.2.4) Cumprir metas, incluindo o acompanhamento dos planos de ação nacionais

O planejamento é essencial para o sucesso de uma política de compras públicas sustentáveis. Tendo em vista que sua implementação é facilitada se ocorrer em etapas, na União Europeia, prevê-se que o estabelecimento de metas durante o planejamento é um instrumento que não apenas orienta a política, mas que é também importante para seu monitoramento e avaliação.

9.2.5) Considerar os impactos ambientais, incluindo a consideração ao desempenho ambiental

dos fornecedores e os impactos na biodiversidade

Nos Estados Unidos, os impactos são considerados principalmente a partir do objetivo de geral de prevenção da poluição. Na União Europeia, considera-se que cada produto tem fatores de impacto específicos, dos quais os principais são relacionados: materiais utilizados na fabricação; processo produtivo; consumo de energia e água; durabilidade; possibilidades de reciclagem ou reutilização; transporte; embalagem. A Austrália tem uma abordagem parecida com esta, enquanto que o Reino Unido prevê, em seu guia, um compilado das principais ameaças ao ambiente e à biodiversidade que devem ser evitadas por meio das compras públicas sustentáveis. Entre elas, estão o desmatamento; a modificação do meio ambiente para agricultura e obras de infraestrutura; a produção insustentável de madeira, peixes e outros animais e produtos vegetais; a extração não sustentável da água; a mudança climática; e a poluição ambiental.

9.3) Objetivos sociais

9.3.1) Considerar as condições de trabalho dos empregados e fornecedores, incluindo o atendimento às convenções da OIT e o respeito aos direitos humanos, além de diretrizes do Comércio Justo

Na União Europeia, a promoção do trabalho digno é parte da política de compras públicas sustentáveis, incluindo, por exemplo, o cumprimento das normas laborais básicas, o salário digno, a saúde e a segurança no trabalho, o diálogo social, o acesso à formação, a igualdade de gênero e a não discriminação, e o acesso a proteção social básica. Também na Austrália, a verificação das condições de saúde e segurança dos trabalhadores e a garantia do cumprimento da legislação aplicável são consideradas critérios de sustentabilidade. Ainda, na política australiana, enfatiza-se que estes critérios devem-se aplicar a toda a cadeia produtiva do produtos, inclusive se parte dela estiver no exterior. No Reino Unido, por sua vez, alguns dos critérios relacionados à promoção de condições de trabalho justas são a proibição do trabalho forçado ou infantil; a manutenção de jornadas de trabalho semanais máximas de 48 horas; a remuneração de horas extras; salários dignos; liberdade sindical; inexistência de assédio moral, racial ou sexual; e a manutenção de um ambiente de trabalho saudável.

9.3.2) Promover equidade, incluindo a compra de fornecedores formados por grupos sociais marginalizados

Na política da União Europeia e na do Reino Unido, a questão da equidade apresenta-se relacionada à promoção do empreendedorismo social. Isto porque, nestas regiões, empreendimentos sociais usualmente têm como um de seus objetivos a inclusão social e, por isso, empregam pessoas oriundas de grupos étnicos, minoritários ou marginalizados. Na política da União Europeia, prevê-se, ainda, a preferência para empresas detidas por estes grupos. Deve-se ressaltar que, nos Estados Unidos, há programas parecidos, mas que são desvinculados da política implementada pela EPA. Na Austrália, além da

contratação de grupos marginalizados, valorizam-se empresas que promovem capacitação e treinamento para estas minorias.

9.3.3) Garantir a aquisição de forma ética, considerando-se a transparência, além de mecanismos anticorrupção

A transparência dos processos licitatórios, assim como outras questões relacionadas, são tratadas pelas políticas analisadas como parte das normas tradicionais da licitação – e não como decorrência de uma política de compras públicas sustentáveis. Apesar disso, há duas considerações que merecem destaque. Na União Europeia, a promoção do comércio ético é apresentada como um possível critério da licitação, de modo que se vê uma expansão deste aspecto para os fornecedores, ao invés de restringi-lo às práticas da Administração Pública. Na Austrália, é relevante o fato de a agência responsável pela implementação da política de compras públicas sustentáveis reconhecer que, quando o preço torna-se apenas um dos muitos fatores relevantes nas compras públicas, cria-se um risco de perda em objetividade nas seleções. Por isso, a agência desenvolveu uma metodologia que permite uma análise comparativa objetiva das propostas, dentro de uma lógica de compras públicas sustentáveis.

9.3.4) Melhorar o desempenho em indicadores de bem-estar e qualidade de vida

Todas as políticas analisadas consideram relevantes as externalidades que os produtos adquiridos causariam ao bem estar social e à qualidade de vida da população. Nos Estados Unidos e na Austrália, isto se dá por meio da priorização de critérios relacionados à saúde humana. No Reino Unido, a proteção da saúde da população também é enfatizada, de modo que a política de compras públicas sustentáveis é direcionada a causar melhorias na poluição, na alimentação, na realização de exercícios físicos, na renda, no contato social e na educação em saúde. Na União Europeia, entende-se que a promoção do bem estar social está ligada, sobretudo, mas não exclusivamente, à incorporação de critérios sociais nas compras públicas.

10. Desafios para a implantação das compras públicas sustentáveis em vista do conceito de sustentabilidade e da racionalidade do processo de licitação

Consideramos os seguintes desafios para viabilizar um programa governamental efetivo de compras públicas sustentáveis: acesso à informação, escala e participação de pequenas comunidades, produtores familiares e comunidades tradicionais; custos

econômicos para cumprimento dos critérios de sustentabilidade; custos econômicos associados às compras públicas sustentáveis; concorrência; e indicadores adequados.

a) Acesso à informação, escala e capacitação de pequenas comunidades, produtores familiares e comunidades tradicionais

Considerando a inclusão social como um dos pilares da sustentabilidade, o primeiro desafio apontado pelos entrevistados é a capacidade da informação chegar até a ponta. Em vista do aspecto social da sustentabilidade, a depender do produto a ser adquirido, é possível presumir que as Compras Públicas Sustentáveis devem não apenas focar a microempresa, mas também chegar às pequenas comunidades, associações de produtores, comunidades tradicionais, entre outros.

Assim, exige-se que os pequenos produtores organizem-se de forma eficiente não só para tomar conhecimento dos editais, como também para adequarem-se à escala produtiva.

Conforme afirma MARCELO MENDES DO AMARAL, do Mercado Mata Atlântica, “quando eles não estão organizados numa associação ou cooperativa já é mais difícil eles saberem até da informação”¹²⁶. O processo de transição do pequeno produtor, essencialmente de base familiar, para uma organização capaz de participar de licitações públicas, por exemplo, demanda, muitas vezes, de políticas públicas de fomento ou da participação e capacitação realizada por ONGs e sindicatos.

Uma vez organizados, os pequenos produtores enfrentam desafios no que diz respeito à escala ou demanda por produtos específicos. Ou seja, para ingressar no ramo institucional das compras públicas, exige-se planejamento da produção e dos produtos. É preciso que haja um estudo de logística e que, como contrapartida, o governo especifique sua demanda detalhadamente.

b) Custos econômicos para cumprimento dos critérios de sustentabilidade e os sistemas de verificação

Além da questão de adequar-se à demanda por produtos, os pequenos produtores ainda possuem a dificuldade de cumprir as exigências legais quanto à qualidade dos produtos e aos requisitos técnicos para a produção. Alguns editais de compras governamentais exigem especificações ou certificações que podem ser um empecilho econômico aos produtores menores que dispõem de menos recursos.

De fato, e especialmente considerando a variedade dos produtos adquiridos pelo Governo, a certificação por terceira parte se apresenta como um modelo interessante para atingir padrões de excelência no que atine a requisitos técnicos específicos e ao

¹²⁶ Cf. entrevista fornecida por MARCELO MENDES DO AMARAL à Direito GV para a pesquisa COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS em 29.04.2013

conhecimento da complexidade das cadeias produtivas envolvidas com as compras públicas, sem que isso acarrete custos novos a serem arcados pelo Poder Público.

Por outro lado, muitas das certificadoras estão organizadas em torno de uma regulação privada transnacional que não foi necessariamente pensada em consideração ao contexto social, ambiental e econômico brasileiro. Assim, o processo de certificação privado baseia-se prioritariamente na verificação do cumprimento de obrigações e requisitos técnicos, mas não necessariamente contempla uma função de promover a inclusão de atores de forma a garantir melhor o cumprimento da lei nacional e a impactar no seu desenvolvimento.

Ao se apontar a exclusão que pode ser gerada ante os custos da certificação, é relevante reforçar que não são considerados apenas os custos que sejam dispendidos para o processo de verificação da certificação, mas também a capacidade de cumprir com requisitos técnicos que podem demandar o domínio de novas tecnologias, além do acesso às condições para regularização do acesso a terra e/ou formalização de empreendimentos. A capacitação necessária para o cumprimento desses requisitos pode demandar políticas públicas dirigidas ao empoderamento de alguns setores, como, por exemplo, pode ser entendido o PRONAF.

A constatação de que a combinação de parâmetros rígidos para o atendimento do mercado internacional ao lado dos custos a serem arcados para a certificação é um aspecto que merece atenção, inclusive quando aplicado à parcela relevante de produtores brasileiros que pode ter acesso a melhores condições e ao desenvolvimento local ao acessar as compras públicas. Durante uma das entrevistas realizadas para o presente estudo, a representante da FSC¹²⁷ relatou que é frequentemente consultada por órgãos públicos acerca da adoção da certificação FSC nos seus processos licitatórios. Quando questionados se essa certificação serviria como única alternativa para a comprovação de requisitos sociais e ambientais exigidos no âmbito das Compras Públicas Sustentáveis voltadas aos produtos de origem florestal, a orientação dada é que os editais, para serem adequados à realidade brasileira e ao mesmo tempo promoverem desenvolvimento, precisam aceitar padrões de excelência do tipo do FSC, mas não ele exclusivamente. A representante alegou, ainda, ter clareza de que os requisitos exigidos pelo selo FSC afetam diferentemente a cadeia dos produtos florestais, que está longe de ser homogênea, reconhecendo ser preciso aceitar, por vezes, comprovações menos complexas acerca de todos os requisitos sociais e ambientais que devem ser atendidos para a atribuição do selo. Não se trata, porém, de relativizar as exigências para grupos mais vulneráveis, já que essa medida, além de ser contraproducente à promoção social e ambiental que se almeja, é preciso que essas sejam mantidas e igualmente dirigidas a todos os produtores se quer garantir a qualidade e legitimidade da ferramenta¹²⁸.

Para suprir a necessidade de controle de qualidade sem agregar custos maiores

127 A Forest Stewardship Council (FSC) estabelece as normas para manejo florestal e cadeia de custódia, e define os procedimentos que os organismos de certificação devem seguir em suas avaliações para a certificação FSC.

128 Cf. entrevista fornecida por FERNANDA RODRIGUES à Direito GV para a pesquisa COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS em 19.04.2013

aos produtores, a produção de alimentos orgânicos encontrou um viés mais vantajoso. A primeira conquista foi a regulamentação legal do Sistema Participativo de Garantia (SPG), que de acordo com representante da Rede Ecovida¹²⁹, “é uma porta de entrada para milhares de agricultores que não conseguiriam entrar se fosse apenas reconhecida a certificação por terceira parte. Ainda que seja reconhecido seu papel válido, a terceira parte a gente diz que tem dois limites, principalmente quando se trata de agricultura familiar, ou que hoje no Brasil chamamos de comunidades ou povos tradicionais (os quilombolas, os indígenas, os ribeirinhos, etc.). Um é a dificuldade econômica, pois a certificação terceira parte costuma ser cara. O outro é a dificuldade metodológica, pois a certificação por terceira parte costuma ser muito exigente em papel e em burocracia, o que acaba limitando o ingresso de vários agricultores que têm dificuldade com os processos, tais como o registro, a própria capacidade de ler e escrever, a sistematização de suas práticas etc.”¹³⁰

Pode-se destacar como segunda e importante conquista a oficialização da Organização de Controle Social (OCS) como uma alternativa dentro do âmbito do SPG, uma vez que o Organismo Participativo de Avaliação da Conformidade (OPAC) gera certo nível de burocracia que pode prejudicar os pequenos produtores. Ademais, de acordo com o representante da Rede Ecovida, há outra vantagem na formalização do SPG: “Eu tenho certeza que a nossa legislação ter consagrado os SPGs como um mecanismo válido, fez com que a certificação por terceira parte baixasse o preço”¹³¹.

O SPG implementado na agricultura orgânica trouxe uma nova forma de organização e troca de informações entre as comunidades. Enquanto a certificação por terceira parte caracteriza-se por ser um instrumento neutro, o SPG traz a vantagem de proporcionar o envolvimento de diversos atores, que participam e tornam mais eficientes todas as etapas do processo. Quando a verificação é realizada pelos próprios agricultores, há a troca de informações e cria-se uma relação de confiança e reciprocidade que é favorável ao sistema de produção e de compras públicas.

Apesar dos casos de sucesso da inserção dos alimentos orgânicos nas compras públicas em âmbito local, principalmente por meio da aquisição de itens da merenda escolar dos Municípios, existe o desafio de transportar o modelo local para a esfera federal, sem que haja a destruição dos pequenos produtores. A partir do momento em que há uma política federal, torna-se mais distante a proposta de se atender às especificidades de cada comunidade local. Corre-se o risco de, ao se tentar transpor a esfera municipal, gerar novamente exclusão. Nesse sentido, como aponta o representante do Mercado Mata Atlântica¹³², um desafio seria justificar uma compra de pequeno valor pela União para

129 A Rede Ecovida de Agroecologia é um espaço de articulação entre agricultores familiares organizados em grupos (formais ou não), entidades de assessoria, organizações de consumidores envolvidas com a produção, processamento, comercialização e consumo de alimentos ecológicos. A Rede trabalha com princípios e objetivos bem definidos e tem como meta fortalecer a agroecologia nos seus mais amplos aspectos. Disponível em: <<http://www.ecovida.org.br>>. Acesso em: junho de 2013.

130 Cf. entrevista fornecida por LAÉRCIO MEIRELLES à Direito GV para a pesquisa COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS em 20.05.2013

131 Idem.

132 O Programa Mercado Mata Atlântica vem sendo estruturado com o apoio do Projeto Aliança para o Consumo Sustentável, patrocinado pela União Europeia, e que tem como parceiros além da Reserva da Biosfera da Mata Atlântica, as ONG's Amigos da Terra, Imazon e Imafloa.

“favorecer” pequenos produtores¹³³.

Diante desta dificuldade, vê-se como alternativa a ampliação gradual da esfera de atuação, iniciando-se com o local, passando pelo municipal, estadual e, por fim, o federal. Essa transição, no entanto, quando isolada na ação das compras públicas, não garante que haverá diversidade de atores e inclusão social, conforme os requisitos de sustentabilidade. Mostra-se necessário, portanto, que haja políticas públicas de fomento agindo paralelamente aos editais de compras governamentais com o objetivo de proporcionar a igualdade de oportunidades, de acordo com a interpretação do art. 3º da Lei 8.666/1993. Alguns exemplos de políticas de sucesso para a capacitação de pequenos produtores, comunidades locais e/ou tradicionais podem ser apontados, tais como a política de merenda orgânica, o selo de origem¹³⁴, além da política de preço mínimo da CONAB.

O enfrentamento desses desafios garantirá não apenas a eficácia da licitação em promover a sustentabilidade, mas poderá funcionar como justificativa para que, em vista da promoção do desenvolvimento, sejam estabelecidos enquanto critério de habilitação requisitos ambientais e sociais, sem que isso incorra em uma violação às regras de competição previstas na Lei 8.666/1993.

c) Custos econômicos associados às compras públicas sustentáveis

Custos de transação são inerentes à ação da Administração Pública sempre que ela recorre a agentes de mercado ao invés de produzir internamente determinado bem. Eles envolvem, por exemplo, a necessidade de negociar, redigir e monitorar a execução dos contratos. Por se tratar da Administração Pública, os custos de transação são significativos, devido à regulação extensiva do processo de compra pública. Estes custos poderiam ser elevados com a incorporação de novas regulações relacionadas à sustentabilidade.

O segundo aspecto, por sua vez, diz respeito à possível elevação do preço de aquisição do produto, que poderia ter relevante impacto fiscal. Entretanto, eventual aumento no preço da aquisição nem sempre resulta em aumento dos custos gerais da Administração, como será esclarecido abaixo.

De fato, políticas sustentáveis não levam necessariamente ao aumento dos custos. Isto é especialmente real no caso daquelas dirigidas à diminuição do uso de recursos. No Estado de São Paulo, por exemplo, um programa de sensibilização de servidores quanto à economia de água economizou aos cofres públicos, em único prédio, 660 mil reais¹³⁵. Esta racionalidade de políticas que reduzem concomitantemente o consumo de recursos

O Programa visa identificar, qualificar e promover produtos, serviços e negócios sustentáveis na Mata Atlântica. Disponível em: <<http://www.rbma.org.br/mercadomataatlantica>>. Acesso em junho de 2013.

133 Cf. entrevista fornecida por MARCELO MENDES DO AMARAL à Direito GV para a pesquisa COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS em 29.04.2013

134 Para uma análise mais detida sobre os obstáculos da certificação de orgânicos para os produtores brasileiros e as alternativas oferecidas pelo selo de origem e pela política de merenda orgânica, ver Flávia SCABIN, **Alternativas brasileiras para mitigar los impactos adversos de la regulación privada transnacional de productos orgánicos en vista de las características de la producción agrícola nacional: estudio de caso y entrevistas (no preto)**.

135 GVCES. **Compra Sustentável: a força do consumo público e empresaria para uma economia verde e inclusiva**, p. 63.

e o gasto público pode ser trazida para as compras públicas sustentáveis – por meio, por exemplo, da aquisição de produtos com maior durabilidade. No Estado de Minas Gerais, a substituição de asfalto comum por asfalto de borracha produzido a partir de pneus usados resultou em uma economia de R\$ 100 milhões para o Estado em quatro anos, pois (além de ser ambientalmente mais adequada) esta alternativa possui durabilidade 30% maior¹³⁶.

Nestes casos, há um “jogo ganha-ganha”, em que a incorporação de uma política de sustentabilidade oferece benefícios tanto ao fornecedor quanto à Administração – visto que ambos têm interesse no fornecimento de bens de maior qualidade e eficiência, mas os instrumentos da contratação tradicional conduziam a operações opostas a este fim. Há, portanto, um aumento na eficiência da contratação.

Desta forma, tem-se que, em muitos casos, a licitação sustentável não conflita com o princípio da economicidade – pelo contrário, ela o fortalece. A cidade de Kolding, na Dinamarca, é um bom exemplo prático disso em termos globais. Lá, quase a totalidade das compras públicas foi alterada para incluir critérios de sustentabilidade. O resultado, do ponto de vista financeiro, demonstrou que, nos últimos 10 anos, houve uma redução de 10% no orçamento de compras¹³⁷.

Ao lado destes casos em que a alternativa sustentável se mostra econômica já em curto prazo, há situações em que o produto sustentável oferece economias futuras ao poder público. Isto porque as alternativas sustentáveis oferecem vantagens como eficiência energética, de modo que as economias futuras decorrentes do uso de determinado produto acabam por equilibrar o custo adicional inicial¹³⁸. O mesmo se aplica a produtos eficientes no uso de água e a bens que oferecem custos reduzidos para manutenção e disposição.

Entretanto, frente à limitação dos recursos públicos, é essencial que as compras públicas sustentáveis sejam compatibilizadas com o princípio da economicidade. Neste sentido, o planejamento racional constitui um instrumento indispensável¹³⁹ para a adoção de estratégias que tornem a licitação sustentável financeiramente viável e desejável. O Guia de Compras Públicas Sustentáveis, elaborado pelo ICLEI-LACS e pelo GVCES, descreve algumas das possibilidades estratégicas à disposição dos gestores públicos. Elas podem melhorar a eficiência total dos procedimentos licitatórios e manter os custos em níveis mínimos¹⁴⁰, e são descritas abaixo:

Licitação Centralizada, na qual as licitações são realizadas por um departamento central de compras públicas. A concentração das aquisições da Administração possibilita condições mais favoráveis, pois simplifica diversos pedidos pequenos. Além desta possibilidade de minimização de custos, oferece a vantagem de poder introduzir políticas

136 Idem, p. 66.

137 Idem, p. 65.

138 Idem, p. 59.

139 **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (Declaração de Estocolmo)**, princípio 14.

140 **Guia de Compras Públicas Sustentáveis**, p. 50.

e práticas de licitação mais coordenadas – o que é desejável para que se passe uma mensagem coerente ao mercado, estimulando, de fato, o surgimento de potenciais fornecedores sustentáveis. Finalmente, pode-se monitorar e limitar a despesa total do orçamento em compras com mais eficiência.

Licitação Compartilhada, na qual diversos órgãos se coordenam para realizar suas compras de forma compartilhada. De forma similar à licitação centralizada, ela pode resultar em preços mais competitivos e condições mais favoráveis de compra. Além disso, possibilita a redução dos custos administrativos, a economia de recursos humanos e de tempo e o melhoramento dos serviços pelas entidades de compras. Finalmente, facilita a introdução de políticas e critérios ambientais sustentáveis coerentes e coordenados.

Licitação Eletrônica, na qual são utilizados meios virtuais para realizar a licitação. Assim como as modalidades anteriores, ela proporciona a redução no tempo administrativo e nas despesas. Além disso, oferece as vantagens de ser um sistema mais direto de requisição, de possibilitar a comparação fácil de preços, de simplificar a busca pela informação e de padronizar os processos. Os principais benefícios dessa modalidade são o alcance de mais fornecedores (aprimorando a competição) e o aumento da transparência no processo de compra.

Ainda, deve-se considerar que pelo menos duas destas estratégias se baseiam na realização de compras em grande escala. De fato, isto pode gerar economia e aumentar o alcance dos benefícios da adoção de critérios de sustentabilidade. Entretanto, políticas como a centralização podem implicar em mais gastos (tanto financeiros quanto ambientais) com o transporte, e inviabilizar a preferência por produtores locais¹⁴¹. Assim, seria comprometido o objetivo de fomentar o desenvolvimento local, especialmente na perspectiva dos pequenos produtores, que usualmente não têm estrutura para atender demandas centralizadas muito volumosas. Novamente, cabe ressaltar que o desenvolvimento local está intrinsecamente ligado à dimensão social da sustentabilidade, a qual tem uma relação de interdependência com as dimensões econômica e ambiental.

d) Concorrência

A adoção de uma política de CPS envolve alguns impactos relacionados à concorrência e à competitividade das empresas. Os principais deles são a criação de barreiras à participação nas licitações públicas, a discriminação de concorrentes e a ocorrência de impactos negativos à competitividade das empresas.

A criação de barreiras à entrada nas licitações públicas diz respeito à possibilidade da incorporação de critérios de sustentabilidade impedir a participação de alguns agentes de mercado. Assim, haveria uma diminuição no número de potenciais fornecedores do bem.

Por sua vez, a discriminação em favor de determinados concorrentes pode ocorrer, caso

141 Idem, p. 107.

seja permitida uma discricionariedade excessiva do gestor na determinação de critérios de sustentabilidade. Isto acarretaria novos custos ao processo, além de desrespeitar os princípios e regras da licitação. Para que isto seja evitado, é recomendada a adoção de critérios estáveis, bem fundamentados, e com ampla abrangência. Desta forma, a adoção das estratégias de licitação centralizada e compartilhada, descritas acima, poderia exercer um papel importante na limitação destes desvios.

Os impactos negativos sobre a competitividade das empresas são uma decorrência da necessidade de adaptação aos critérios de sustentabilidade estabelecidos pela Administração. Se os critérios adotados diferirem significativamente das práticas do mercado privado, pode ocorrer uma segmentação do mercado de determinados bens em dois setores, um direcionado às compras públicas e outro ao mercado em geral. O efeito seria, assim, o inverso ao pretendido: ao invés de liderar uma mudança no mercado, a política de CPS geraria apenas sua fragmentação. Este efeito causaria impacto significativo sobre a competitividade das empresas, que perderiam ganhos gerados por escala. Haveria, portanto, uma redução na eficiência da produção das empresas.

Porém, estes impactos podem ser mitigados, se a política de compras públicas sustentáveis for aplicada de maneira abrangente e coerente. Haveria, assim, o envio de sinais efetivos ao mercado com relação a adoção de critérios de sustentabilidade. Isto geraria a escala necessária não apenas para viabilizar negócios sustentáveis, mas também para tornar compensador o esforço de adaptação das empresas aos critérios estabelecidos pelo poder público. Além da escala das compras, outro aspecto relevante é a realização de estudos técnicos acerca dos impactos causados por determinadas estratégias de compras públicas sustentáveis, o que minimiza riscos relacionados a discricionariedade e impactos negativos no mercado.

Ainda, com sinalização efetiva, o impacto sobre a competitividade pode ser, inclusive, positivo. O ingresso de empresas no segmento sustentável e a existência de negócios sustentáveis são dificultados pelos custos altos da entrada em um novo segmento do mercado. Estes são causados, por exemplo, pela assimetria de informações dos compradores (levando-os a subprecificar atributos de sustentabilidade) e pelos gastos referentes à curva de aprendizagem. Uma política de compras públicas sustentáveis pode impulsionar o desenvolvimento de um novo segmento ligado à sustentabilidade, incentivando empresas a atuarem neste setor. Por meio da liderança pública, a Administração viabilizaria, assim, a existência de um nicho sustentável no mercado – com ganhos significativos para a competitividade das empresas nesta área.

e) Indicadores adequados

É notório o desafio em justificar e comprovar a eficácia da adoção de tais critérios. Entretanto, sem um consenso de definição do conceito e dos critérios que o caracterizam, torna-se um desafio ainda maior estabelecer os indicadores adequados para medir a sustentabilidade, ainda que restrita ao universo das compras exercidas pelo poder

público. Assim, para criar indicadores, faz-se necessária a definição prévia do conceito, ainda que abrangente, do que é sustentabilidade. Em seguida, o estabelecimento de critérios aplicáveis ao conceito para viabilizar sua utilização prática. Por fim, a criação de indicadores capazes de mensurar e avaliar a sustentabilidade dos sistemas analisados.

A definição do conceito e os critérios adotados já foram apresentados anteriormente. Importante ressaltar que ambos foram pensados para serem aplicáveis à produção e venda de bens e produtos, que, por meio da inserção nas compras públicas sustentáveis, possuem o potencial de espraiamento por todas as cadeias de produção e consumo, não apenas aquelas diretamente realizadas ou promovidas pelo poder público. Para a criação de indicadores, essa lógica deve ser mantida.

Desde a elaboração da Agenda 21, foram muitos os estudos desenvolvidos na tentativa de definir índices viáveis para a mensuração da sustentabilidade, com destaque para os Princípios de Bellagio¹⁴². O compilado editado por LAWN¹⁴³ trazia uma revisão dos modelos de indicadores surgidos até então, evidenciando o caráter elusivo e a dificuldade desses em conseguir mensurar a sustentabilidade dos processos socioeconômicos e relacioná-los ao grau de qualidade de vida decorrentes destes. Como consequência, podia-se concluir que a melhor maneira de utilizar tais indicadores na orientação de política deveria requerer necessariamente algum tipo de consórcio. Assim, a sustentabilidade exige, de fato, uma trinca de indicadores, pois ela só poderá ser bem avaliada se houver medidas simultâneas da dimensão ambiental, do desempenho econômico, e da qualidade de vida (ou bem-estar)¹⁴⁴.

Criar um conjunto de indicadores que leve em consideração essa tríade de dimensões da sustentabilidade é um desafio, também, para as compras públicas sustentáveis. Nesse sentido, as recomendações previstas no *Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress*¹⁴⁵ parecem constituir-se o ponto de partida mais apropriado para a construção de indicadores capazes de cumprirem o seu papel de municiar, induzir e fomentar prática bem estruturada e fundamentada das compras públicas sustentáveis. As dimensões da sustentabilidade, assim, não devem ser misturadas ou isoladas, e sim integradas da forma mais apropriada de acordo com a necessidade e a realidade de cada componente analisado.

As recomendações propostas por VEIGA¹⁴⁶ para a construção de critérios de sustentabilidade, dessa forma, podem ser adaptados para a avaliação das compras públicas sustentáveis. Essa avaliação requer um pequeno conjunto bem escolhido de indicadores, bem diferente dos que podem avaliar qualidade de vida e desempenho econômico.

142 IISD – International Institute for Sustainable Development. 2000. Bellagio Principles. Winnipeg: IISDnet. Disponível em: <<http://www.iisd.org/measure/principles/progress/bellagio.asp>>.

143 LAWN, P. Sustainable Development Indicators in Ecological Economics.

144 J. E. VEIGA. **Indicadores de Sustentabilidade. Estudos Avançados**. p. 39-52.

145 Sen-Fitoussi STIGLITZ. **Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress**. Disponível em: <<http://www.stiglitz-sen-fitoussi.fr>>.

146 J. E. VEIGA. op. cit.

Um índice monetário de sustentabilidade até pode constar, mas deve permanecer exclusivamente focado na dimensão estritamente econômica da sustentabilidade. Já os aspectos ambientais da sustentabilidade exigem acompanhamento específico por indicadores físicos. Acrescentaríamos, aqui, indicadores humanos e sociais capazes de dimensionar a garantia dos direitos humanos, a equidade e a inclusão social. Os critérios e indicadores de sustentabilidade dos produtos, por fim, podem basear-se em estudos científicos de ciclo de vida, nas análises econômicas e sociais da cadeia produtiva e na mensuração dos benefícios socioambientais e econômicos gerados com a aquisição de determinado produto em detrimento de equivalente não considerado sustentável.

Um exemplo que ilustra esse cenário é a consideração do ciclo de vida como um critério relevante do consumo orientado pela sustentabilidade. Sob esta perspectiva, produto sustentável é aquele que apresenta o melhor desempenho socioambiental em todos os estágios (produção, uso e disposição final); com função, qualidade e nível de satisfação igual ou melhor, se comparado a um produto-padrão. Assim, uma forma de avaliar a eficácia da aquisição de um produto sob a perspectiva do ciclo de vida pode ser realizada por meio de indicadores que identifiquem os impactos ambientais mais importantes de um produto, quantifique os benefícios ambientais que podem ser alcançados por meio de melhorias e compare sua compatibilidade ambiental com produtos ou processos concorrentes¹⁴⁷.

Outro exemplo simples do uso potencial de indicadores para medir a eficácia de pequenos ajustes na licitação na direção da *ecoeficiência* se deu por meio do projeto do Iclei intitulado "*Relief*" (*Environmental Relief Potential of Urban Action on Avoidance and Detoxification of Waste Streams Through Green Public Procurement*), apoiado pela *ECDG Research*. O estudo demonstrou, por exemplo, que uma mudança para 100% de consumo de produção orgânica de trigo, carne e leite feita por autoridades públicas produziria uma redução nos efeitos de eutrofização equivalente aos produzidos por 2,1 milhões de pessoas em função da redução do uso de agrotóxicos¹⁴⁸.

No Brasil, os indicadores a serem adotados deverão ser considerados em um contexto de leis ambientais e de programas voltados ao desenvolvimento que já estabelecem algumas prioridades. Pode-se citar, por exemplo, o PRONAF, a Política Nacional de Resíduos Sólidos e a normativa voltada à regulação da repartição de benefícios entre empresas e comunidades locais ou tradicionais para o uso de recursos da biodiversidade como matérias primas e ativos de processos industriais.

Assim, o que se deve considerar é que o estabelecimento desses indicadores prescinde da adoção de metas claras – o que, no contexto das compras públicas sustentáveis, confunde-se com a definição dos critérios de sustentabilidade a serem aplicados como condicionantes ou critérios de desempate nos editais – as quais, por si só, uma vez explicitadas, poderão influenciar mais diretamente aqueles que queiram ver nas compras

147 *Idem, ibidem.*

148 Disponível em: <www.iclei-europe.org/?relief>. Acesso em maio de 2013.

públicas sustentáveis um nicho de mercado.

11. Propostas do CPJA para o aprimoramento das compras públicas sustentáveis

11.1. Propostas de aprofundamento do estudo das compras públicas sustentáveis

(i) *modelos e exigibilidade de certificação*. Do modo como está redigido o Decreto 7.746/2012, o Poder Público pode exigir certificação como meio de comprovação das exigências contidas no edital (art. 8º). Seria necessário um estudo sobre os modelos de certificação para conhecer os custos em que incorrem as empresas que buscam a chancela das certificadoras. Isso permitiria compreender de que modo essa exigência afetará a isonomia nos certames, uma vez que o impacto operacional e financeiro do processo de certificação é muito diverso quando comparadas empresas de portes e de localidades diferentes. Ademais, é importante buscar quais seriam os modos de credenciamento de instituições privadas, pois os certificados por ela emitidos terão papel central na verificação da qualidade dos bens contratados pela Administração Pública.

(ii) *configuração da instituição pública de certificação*. São grandes os desafios para a implementação de uma instituição pública de certificação, pois, como apontado, a certificação ainda gera diversas questões que causam insegurança. Um primeiro obstáculo apontado pela equipe é que a referida instituição necessitaria ter capilaridade considerável para que não fossem gerados custos na obtenção de seu certificado, de modo a inviabilizar a participação de empresas nas licitações promovidas em todo o País.

(iii) *realização contínua de análises de impacto regulatório (AIR)*. O objetivo imediato da política de compras públicas sustentáveis é a aquisição de bens (e contratação de obras e serviços) pela Administração, de modo a reduzir os efeitos nocivos de seu consumo. Por trás dessa política, existe claramente outro objetivo mediato, qual seja de promoção de mercados verdes pelo uso do poder de compra governamental. Recomenda-se que periodicamente sejam realizados trabalhos para mensurar quantitativa e qualitativamente a promoção de compras sustentáveis pelo governo, ou seja, como este tem fomentado o setor privado em seu segmento sustentável. Trata-se de uma apreciação de cunho consequentialista, no intuito de medir os efeitos no âmbito das micro e pequenas empresas, sobre o mercado local e sobre todos os outros mercados em enfoque pela política.

(iv) realização de estudos técnicos junto ao mercado para conhecer o bem licitado. Mostra-se oportuno desenvolver um específico estudo técnico para cada tipo de bem a ser licitado, buscando comprovar cientificamente os ganhos ambientais, bem como de desenvolvimento social e econômico trazidos, em comparação com o produto não sustentável. Isso, inclusive, servirá de respaldo ao gestor frente aos questionamentos dos órgãos de controle. Afinal, uma eventual perda na economicidade deve ser contrabalançada por ganhos de outra natureza, como ambiental, de desenvolvimento local, entre outros. Esses estudos poderão ser promovidos pela SLTI ou por algum órgão do MMA e devem ser divulgados e postos à disposição dos gestores encarregados das compras em cada órgão da Administração federal.

(v) levantamento dos bens mais licitados. Dado o caráter incremental da política de compras sustentáveis, é recomendado que sua implementação ocorra de modo focado e gradual. Assim, ao invés de buscar a universalização das aquisições sustentáveis de modo imediato, recomenda-se a concentração de estudos para os bens mais licitados e posterior ampliação da política para os demais materiais.

(vi) análise das experiências locais. A possibilidade de adoção de políticas de compras distintas pelos 5.564 Municípios e pelos 27 Estados (com Distrito Federal) do Brasil aponta para a riqueza de práticas a serem colhidas pela Administração federal. Mais que isso, considerando que a política de compras sustentáveis está atrelada ao incentivo às micro e pequenas empresas e ao desenvolvimento local, é importante atentar para as particularidades das cinco regiões do País.

(vii) desenvolvimento de indicadores para mensurar o impacto ambiental das compras. Para algumas categorias de produtos, existem indicadores que identificam a economia realizada com aquisição de produtos sustentáveis.

(viii) medidas de capacitação dos gestores. É recomendável que a Administração proceda pela busca de formatos de cursos que desenvolvam as habilidades requeridas para a promoção das compras sustentáveis pelo gestor. Essa agenda de pesquisa está intrinsecamente relacionada ao dever de motivar, elemento que será objeto de análise mais detida adiante.

(ix) desenhos de editais padronizados. Também visando a dar subsídios ao gestor que promove a política em concreto, será de grande utilidade a construção de editais padronizados, que observem as melhores práticas de licitação e garantam maior segurança jurídica ao servidor. Em boa medida, é a estratégia que vem sendo adotada pela Advocacia-Geral da União em sua função consultiva, especialmente com a criação do Guia de Boas Práticas.

(x) segmentação da abordagem: bens, serviços e obras. Considerando que cada categoria de objeto possui particularidades, recomenda-se que sejam elaborados planos de atuação

diferentes para bens, serviços e obras.

(xi) produção de bancos de dados. Uma das fases elementares do ciclo de uma política pública é a sua avaliação, para posterior correção. Nesse contexto, é fundamental a produção de bases de dados para acompanhamento das medidas postas em prática. De início, alguns bancos de dados se apresentam como mais relevantes: reação dos controladores (jurisprudência dos tribunais de contas e do Poder Judiciário), materiais adquiridos, normas nacionais, experiências (elaboração de uma “casoteca”).

(xii) surveys direcionados. O método de survey pode ser de grande utilidade nessa fase de avaliação da política. A aplicação de questionários junto aos agentes de mercado, reunindo perguntas sobre pontos sensíveis como adesão à política, custos para a empresa, entre outros, é uma agenda de pesquisa que incrementará a efetividade das compras sustentáveis.

(xiii) mapeamento dos gargalos dos processos licitatórios. Essa pesquisa empírica proposta visa ao estudo casuístico dos empecilhos à conclusão dos certames. A publicação de um edital provoca reações por parte dos agentes de mercado e dos órgãos de controle que obstaculizam o êxito da contratação. Sugere-se a produção de estudos que visem a responder perguntas como: a licitação atingiu o seu fim? Quais elementos influenciaram para o seu fracasso? Como aprimorá-los?

11.2. Propostas para a disciplina jurídica das compras públicas sustentáveis

(i) Leis minimalistas e regulamentos que avancem no tema. Entendemos que o quadro normativo ideal seria aquele composto por leis minimalistas e regulamentos que avancem no conteúdo. Ou seja, uma lei que trace apenas os contornos necessários à realização da política das compras públicas sustentáveis, manutenção do âmbito de incidência com um conteúdo mais genérico, passível de especificação e aprofundamento por outro diploma normativo, o regulamento. Este, sim, com conteúdo que se deteria a pontos mais específicos da matéria, avançando no tema e fornecendo um maior grau de compatibilização do diploma normativo com as (futuras) necessidades durante a elaboração e a implementação da política de compras públicas sustentáveis.

(ii) Regulamento precedido de processo administrativo normativo. No entanto, essa espécie de delegação da lei ao regulamento não deve trazer perigos à segurança jurídica – tanto dos gestores, quanto dos demais atores da política –, para isso deve-se conferir uma maior racionalidade no processo de formação desses regulamentos. Para consecução desse propósito, é impreterível que o regulamento seja precedido de processo administrativo normativo que contemple uma ampla abertura nos debates do tema, por meio de audiências com participação administrativa, bem como instrução técnica.

(iii) *Uso da lógica de incentivos nos diplomas normativos.* Consideramos que a lógica ideal para determinar o conteúdo das normas que visem à implementação da política das compras públicas sustentáveis no âmbito governamental é a lógica de incentivos, a qual funcionaria como uma forma de estímulo aos próprios gestores públicos. Para sua implementação, aconselha-se o uso de soft law. Esses incentivos poderiam vir de diferentes formas, mas sempre objetivando reconhecer e valorizar aqueles gestores que tomarem alguma iniciativa no sentido de promover a sustentabilidade, especialmente quando relacionado às compras públicas.

(iv) *Lógica do dever apenas para casos notórios de sustentabilidade.* Embora tenhamos proposto a superação do binômio permitido-proibido, nos referimos ao delineamento da política como um todo. Em contrapartida, entendemos que, para os casos de notório benefício à sustentabilidade, deve haver um comando impositivo. Note-se o caso da vedação de produtos que destroem a camada de ozônio (Decreto 2.783/1998) ou da requisição do selo Procel para produtos que fazem uso de energia elétrica. Trata-se de matérias já consolidadas e cujos efeitos já são reconhecidos dentro e fora do governo. Para essa espécie de casos, sugerimos a adoção de normas que proibam ou imponham a aquisição de bens de acordo com as características traçadas em lei ou em regulamento.

(v) *Estratégias regulatórias complementares:* proibição à produção e ao comércio de determinadas substâncias. Sabe-se atualmente, com base em estudos científicos divulgados, que alguns produtos – especialmente os químicos – podem prejudicar tanto o meio ambiente quanto a saúde das pessoas. Essa nocividade pode decorrer tanto do produto em si quanto do seu uso em determinados níveis. Pensando nisso, as normas que regem o tema das licitações sustentáveis – como o é a IN SLTI/MPOG 01/2010 – sugerem a exigência de produtos atóxicos, especificação da concentração de substâncias perigosas em nível recomendado e, quando existentes, observância às normas técnicas de instituições como a ANVISA, CONAMA e ABNT.

(vi) *Vinculação dos gestores aos editais padronizados.* Conforme exposto supra, pensou-se na criação de editais padronizados para as diferentes categorias de produtos, especialmente para aqueles mais licitados. Nesses editais, já estariam sistematizados todos os critérios técnicos e demais fundamentações necessários ao embasamento da compra de determinado produto sustentável. A própria lei de processo administrativo no âmbito federal, Lei 9.784/1999, já traz previsão nesse sentido, conforme se depreende da leitura do art. 7º: “Os órgãos e entidades administrativas deverão elaborar modelos ou formulários padronizados para assuntos que importem pretensões equivalentes”.

(vii) *Aprimoramento da gestão:* intercâmbio de gestores por meio de incubadoras e parcerias. Como se sabe, o tema das compras públicas sustentáveis possui estágios de desenvolvimento distintos entre os entes da nossa federação, encontrando desde Estado com alto grau de desenvolvimento da política até aquele que em nada avançou sobre o

assunto. Sabe-se, também, que o Governo Federal é muito afeto ao tema e que, além do interesse no desenvolvimento e na difusão de tal política, tem investido bastante para o aprimoramento dessa prática, com criação de pastas específicas voltadas à consecução das compras públicas sustentáveis. Portanto, é evidente que essa pauta resultou em um avanço na especialização de gestores federais, criando uma espécie de expertise, diferentemente do que vem ocorrendo em alguns entes da federação, que podem não saber como lidar com o tema para sua implementação ou ainda desconhecer-lo por completo.

11.3. Propostas para garantia da segurança jurídica: o (bom) uso da motivação

Vislumbramos um primeiro contexto, no qual incumbiria ao gestor apenas expor os motivos de fato (necessidade de aquisição de materiais para o seu órgão, por exemplo) e de direito (admissibilidade de compras com critérios sustentáveis) no edital da licitação. A esse standard, atribuímos a designação de “motivação simples”, a ocorrer nas seguintes hipóteses:

(i) *utilização dos modelos previamente redigidos pela SLTI.* Quando o gestor utiliza dos modelos de editais sustentáveis previamente elaborados, o ônus da motivação a respeito da correlação lógica entre a sua causa e a sua finalidade é baixo. Para esse ato administrativo, não há necessidade de um discurso que justifique a política pública em si, vez que esta já foi previamente estabelecida pelo regulamento e pelo edital-modelo, mas apenas as necessidades da compra daquele determinado objeto pela administração. A razão de ser desse panorama ideal é de que esse tipo de tecnicidade foge, em regra, da expertise do gestor. Uma vez que este queira realizar compras públicas adotando o critério da sustentabilidade, ele não deve se preocupar em buscar embasamento técnico para tal.

(ii) *respeito a um percentual limite sobre o valor do bem não sustentável.* Como ressaltamos ao longo do trabalho, uma das grandes críticas que se coloca aos bens sustentáveis é o seu alto custo, quando comparados aos materiais não sustentáveis. Considerando a relevância social proposta pela alteração dos padrões de compras do governo, com a inserção de critérios sustentáveis, deve haver uma margem de permissividade para que esses valores sejam mais elevados (cf. patamares propostos pelo ICLEI, de 5 a 10%), ainda que o gestor tenha adotado um modelo padronizado de edital. Dito de outro modo, deverá o regulamento estabelecer uma margem de preço superior ao bem não sustentável para a qual se admite a compra sem que o gestor tenha que empreender grandes esforços argumentativos em sua motivação. Para esse patamar, se presume que os ganhos para a sociedade (leia-se: de sustentabilidade) são maiores que os custos econômicos.

O segundo cenário se verifica quando há maior insegurança quanto à higidez e à legalidade do certame. Nesses casos, incumbe ao gestor exercer maior empenho argumentativo, incluindo, além da argumentação de fato e de direito (nos mesmos moldes anteriores), justificativas de cunho técnico. Para esses casos, deverá o gestor acostar ao

edital os ganhos sociais, ambientais e/ou econômicos, de modo específico e mensurável. A essa motivação, denominamos “motivação qualificada”, a ocorrer nos seguintes casos:

(a) não adoção de edital padronizado para a compra de um bem que já possui edital padronizado. Ao contrário do que apontamos acima, caso o gestor formule um edital novo, para a aquisição de um produto cujo edital já foi objeto de padronização pela SLTI, incidirá o dever de reforço da motivação.

(b) aquisição cujo valor supere o patamar admitido pelo regulamento. Caso a compra ultrapasse o limite de valor estipulado no regulamento, em comparação ao preço do bem não sustentável, será considerada inaplicável a presunção de que os ganhos de sustentabilidade superariam os custos econômicos daquela licitação.