

Título : COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS: PONDERAÇÕES NECESSÁRIAS

Autor : Tatiana Martins da Costa Camarão

DOCTRINA – ABR/2021

COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS: PONDERAÇÕES NECESSÁRIAS

TATIANA CAMARÃO

Mestre em Direito Administrativo pela UFMG (tatianacamarao@tatianacamarao.com.br).

I - INTRODUÇÃO

Adotar padrões de sustentabilidade nas contratações da Administração Pública sempre foi como lidar em ambiente obscuro e turvo, visto que a amplamente adotada e revogada Lei nº 8.666/1993¹, não oferecia, até então, normas pragmáticas sobre os procedimentos a serem adotados.

Seguido a tal constrangimento, exsurge também a ausência de parâmetros de sustentabilidade a serem observados em todo processo licitatório, um dos elementos mais suscetíveis de engano e absolutamente sensível para a manutenção de qualquer organização.

A “luz no fim do túnel” chega no dia 1 de abril deste ano ainda desafiador de 2021, com a Lei nº 14.133. No corpo da tão aguardada Lei, reitera-se a sustentabilidade como objetivo das contratações públicas, fortalecendo sua aplicabilidade por meio dos vários dispositivos e medidas normativas a serem adotadas para o seu efetivo alcance:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

- I – assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;
- II – assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;
- III – evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;
- IV – incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Como pode-se observar, promover o desenvolvimento nacional sustentável se apresenta ao lado da observância do princípio constitucional da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa, da contratação de preços aceitáveis e do incentivo à inovação como premissa imanente às licitações públicas.

Enfim, parece que o ambiente das licitações públicas ganha um norteador para o tratamento da sustentabilidade no seu processo e, agora, a questão que se apresenta urgente à solução proposta em lei é informar como este aspecto chave – a sustentabilidade – é abordado no seu texto.

II – DA NECESSIDADE DE AVALIAR O CICLO DE VIDA DO PRODUTO

O novo marco legal de licitações e contratos deixa claro que a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública é aquela que gerar melhor resultado de contratação, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto da licitação.

Contudo, o que significa gerar o melhor resultado de contratação? E quais parâmetros devem ser considerados para que se consiga analisar o ciclo de vida do objeto alvo da licitação? Na nova lei observa-se que a fase preparatória da licitação se mostra como o primeiro ambiente que auxiliará no

entendimento desses pontos tão relevantes do seu texto.

Assim, a Lei nº 14.133/2021 prevê, já na fase preparatória da licitação, a destinação mandatória de atenção à avaliação de todo o contexto de funcionamento da solução que se pretende contratar, como o padrão de sustentabilidade ², custos indiretos, políticas públicas a serem atendidas. Somente após essa avaliação é que se pode indicar a modalidade de licitação, o seu critério de julgamento, o modo de disputa entre os concorrentes e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros ³.

Inclusive, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajosa para a Administração Pública, a nova lei prevê que o Estudo Técnico Prévio (ETP) da contratação deve conter o elemento descritivo de análise da demanda e os possíveis impactos ambientais. Da mesma forma, devem ser avaliados também as respectivas medidas mitigadoras desse impacto, incluindo requisitos, como baixo consumo de energia e de outros recursos naturais, a existência de um processo de logística reversa para descarte do objeto após seu uso e a possibilidade de reciclagem de bens e refugos, quando aplicável ⁴.

Acresça-se, ainda, que o ETP ⁵ poderá analisar a necessidade de recomendação no texto do edital da licitação da previsão quantificada e especificada da utilização de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas no local da execução, além da forma de conservação e de operação do objeto de licitação, seja bem, serviço ou obra. Tudo isto desde que não represente prejuízos de competitividade ao processo licitatório e à eficiência do respectivo contrato. Essas informações iniciais constantes do ETP serão mais bem detalhadas no Termo de Referência ⁶, o qual terá campo próprio destinado à descrição da solução como um todo ⁷.

Dito de outra forma, a análise da viabilidade da solução para atender a demanda apresentada no ETP pode chegar à conclusão de que não há necessidade de movimentar a máquina administrativa e despender recursos, pois a solicitação não é factível ou pode ser atendida por meio da adoção de uma alternativa já existente no órgão. Além disso, a lei estabelece que a especificação do objeto deve ficar restrita ao necessário, evitando-se parâmetros irrelevantes e excessivos ⁸.

Do exposto, está claro que a descrição do objeto de licitação considerará os estudos prévios de sustentabilidade e o atendimento da demanda com exatidão, evitando-se parâmetros que podem ser considerados diferenciais, mas que, para os fins de utilização pela entidade contratante, sejam considerados desnecessários e excessivos, se tornando irrelevantes no processo licitatório.

Outro elemento que desponta na nova Lei e fortalece a aplicação da sustentabilidade na contratação diz respeito à possível utilização de referências específicas de mercado (marcas existentes) como parâmetro de qualidade de bens, produtos ou serviços a serem adquiridos pela Administração Pública. Nesses casos, os licitantes que apresentarem proposta comercial com produtos de marcas diferentes daquelas referendadas na especificação do objeto deverão comprovar sua qualidade e eficiência por meio de certificação, certificado, laudo laboratorial ou documento similar, emitido por instituição oficial competente ou por entidade credenciada. Ou seja, o bem ofertado deve ter certificada a qualidade e conformidade do produto ou do processo de fabricação similar ou equivalente ao descrito no objeto, inclusive sob o aspecto do seu impacto ambiental ⁹.

Não resta dúvida que tal premissa é essencial para evitar o desperdício passivo dentro da Administração Pública e promove a contratação mais vantajosa, a qual considera os parâmetros necessários e inescapáveis da qualidade e do preço justo.

Vale ressaltar que, à despeito da importância de se prestigiar o melhor preço conjugado com a qualidade do produto, a nova Lei não restringe a escolha do vencedor da licitação ao critério de julgamento de menor preço, contrariamente ao que vigorou até os dias atuais, quando, além do menor preço como norteador da escolha, se tinha a imposição de restrições à aferição de melhores produtos, quer seja pela indicação ou restrição de participação de determinadas marcas no processo.

Para lograr êxito no atingimento desse objetivo, o art. 19, inciso II da nova Lei, determina a utilização de catálogos eletrônicos padronizados, com especificações de produtos adequadas aos requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança ¹⁰.

Nessa diretriz, para auxiliar os gestores frente às opções para o atendimento dos padrões de sustentabilidade, é importante lembrar que vários órgãos disponibilizam catálogos e guias, como o caso do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, o qual disponibiliza o Catálogo de Materiais (CATMAT) do Sistema de Compras do Governo Federal (www.comprasnet.gov.br). No mesmo sentido, o Estado de São Paulo disponibiliza, por meio da Bolsa Eletrônica de Compras (www.bec.sp.gov.br), um catálogo de produtos qualificados com o selo verde.

Resta evidente, portanto, que a nova Lei de Licitações dá ênfase à qualidade das contratações, evitando o prejuízo passivo para a Administração Pública da falta que dela decorre.

III - DA SUSTENTABILIDADE NAS CONTRATAÇÕES DE OBRAS PÚBLICAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

Ponto de extrema relevância e que altera a lógica na contratação de obras e serviços de engenharia para a Administração Pública é a nova diretriz posta para a parametrização de processos licitatórios nessa área. De acordo com o artigo 45 da nova Lei, as licitações de obras e serviços de engenharia devem respeitar, especialmente, as normas relativas à:

- I – disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;
- II – mitigação, por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;
- III – utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, favoreçam a redução do consumo de energia e de recursos naturais;
- IV – avaliação de impacto de vizinhança, na forma da legislação urbanística;
- V – proteção do patrimônio histórico, cultural, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas;
- VI – acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Deste modo, qualquer obra da Administração Pública deve ser pensada levando-se em consideração uma série de procedimentos que reflitam a observância do impacto ambiental e social que qualquer contratação possa imputar.

É consabido que a ausência de estudos ambientais pode representar prejuízo absurdo para Administração Pública e para a sociedade. Neste diapasão, a aquisição de um determinado bem que se apresenta, à primeira vista, como vantajoso para a Administração pode, em um segundo momento, caminhar ao desserviço caso não sejam considerados os custos indiretos de sua contratação e desprezados os efeitos nocivos que determinaria para a sociedade. Infelizmente, esses e outros atributos de sustentabilidade não eram, até então, computados na maioria das contratações porque não se entendia como importante ou relevante uma avaliação mais abrangente com relação aos padrões de sustentabilidade das obras contratadas. Tais custos, que levam ao prejuízo supracitado, derivam de políticas públicas que são implementadas cada vez que é necessário recompor impactos negativos ambientais e sociais decorrentes de práticas ilegais, como desmatamento, poluição, exploração de mão de obra infantil ou escrava, só para citar alguns exemplos. Políticas públicas importam em elevados investimentos, os quais recaem sobre o contribuinte e fragilizam as contas do ente estatal envolvido, motivo este pelo qual é essencial analisar todos os elementos elencados no artigo 45 da nova Lei.

Por óbvio, não é pretensão, neste artigo, incitar a adoção de medidas “ambiental e socialmente corretas” a qualquer custo. Mesmo porque, uma medida ambiental e socialmente correta pode resultar em uma prática não sustentável, haja vista o caso de avaliar-se o custo e o benefício para a operacionalização da captação e reuso de águas de chuva. Atender a essa demanda em prol do meio ambiente requer a implementação de um sistema exigente de tamanho uso de energia que, somente computando o seu custo de operacionalização, este seria maior que o benefício aferido, por exemplo, em localidades de baixa precipitação de águas pluviais, sazonal ou territorial. Isto posto, essa medida, tomada como exemplo, demanda estudo meticuloso para avaliar de forma correta e precisa a existência de benefício na implementação do próprio sistema de captação em si, sem contar que

requer avaliar outros aspectos desse mesmo processo.

Por isso, as múltiplas correntes teóricas e práticas que envolvem estudos sobre os diversos padrões de sustentabilidade devem ser considerados nos estudos que se antecipam à licitação, a fim de demonstrar e comprovar a vantagem de sua adoção nos processos licitatórios.

Por conseguinte, e a título de arremate desse tópico, cumpre registrar que a nova Lei previu, no art. 337-O, que a omissão, modificação ou entrega à Administração Pública de condição de contorno ¹¹ dissonante com a realidade poderá configurar crime decorrente de frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa, sujeito a pena de reclusão de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e a multa.

IV – DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO DO MENOR PREÇO E A ANÁLISE DO MENOR DISPÊNDIO

A lei apresenta, no art. 34, avanços ao prever que na identificação do menor preço deve ser considerado o menor dispêndio para que a proposta seja declarada vencedora. A seguir a dicção desse festejado artigo:

Art. 34. O julgamento por menor preço ou maior desconto e, quando couber, por técnica e preço considerará o menor dispêndio para a Administração, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital de licitação.

§ 1º Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme disposto em regulamento.

Como observa-se, para efeito de aferição da proposta mais vantajosa, devem ser considerados não apenas o preço, mas, sobretudo, o ciclo de vida do bem ou serviço, a questão da operação, a manutenção e a disposição final dos produtos propriamente ditos. Gestores inteligentes "não mais consideram o meio ambiente como um peso que representa mais custos, mas, sim, um investimento que compensa muito" ¹².

Ao declarar que a avaliação do custo e benefício muda de contorno e parâmetro, deixando de considerar exclusivamente o preço como referência abalizadora das aquisições e contratações públicas, não restam dúvidas de que se vive uma mudança de paradigma e aguarda-se por uma nova era mais justa e menos onerosa para o erário público e para a sociedade.

V – DAS EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS E A SUSTENTABILIDADE

Neste tópico, desloca-se a atenção para 2 exigências possíveis de estarem presentes no ato convocatório e que representam a utilização da licitação para realização de políticas públicas.

A primeira delas diz respeito à possibilidade do edital, na forma disposta em regulamento, exigir que um percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação seja constituído por mulheres vítimas de violência doméstica e ou presos oriundos ou egressos do sistema prisional ¹³.

A outra, trata da permissão de se estabelecer, no processo de licitação, margem de preferência para bens manufaturados e serviços de nacionalidade brasileira que atendam a normas técnicas brasileiras e para bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, conforme regulamento a ser editado ¹⁴.

Como pode-se observar, conclui-se mais uma vez que a construção da nova Lei se fez plasmada na sustentabilidade, por meio do incentivo à realização de políticas públicas.

VI – DA EXIGÊNCIA HABILITATÓRIA E RESERVA DE CARGOS PARA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O art. 63, inciso IV, da nova Lei, prevê que, na fase de habilitação das licitações, será exigida da licitante declaração de que sua organização cumpra com as exigências de reserva de cargos para pessoa com deficiência e para reabilitado da Previdência Social, previstas em lei e em outras normas específicas ¹⁵.

Notadamente, o exercício de ações afirmativas foi cumprido no constructo da nova Lei.

VII – DA SUSTENTABILIDADE COMO CRITÉRIO DE DESEMPATE

O art. 60 da nova Lei prevê a utilização do parâmetro da sustentabilidade como critério de desempate entre duas ou mais propostas. De acordo com esse dispositivo, na hipótese de que os licitantes cheguem ao final da disputa empatados, permite-se que estes apresentem uma nova proposta em ato contínuo à classificação. Nesta nova etapa será aferida a avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão, preferencialmente, serem utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento das obrigações previstas nesta Lei.

Permanecendo o empate entre os licitantes, na sequência, será analisado o desenvolvimento de ações para promoção da equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento a ser editado.

Se, mesmo com a aplicação do critério acima, perdurar o empate, será feita a avaliação da implementação do programa de integridade dos concorrentes, conforme orientações dos órgãos de controle.

Resta evidente, portanto, a real pretensão do Poder Público de dar relevância aos indicadores sustentáveis para aferição da melhor proposta para o Poder Público.

VIII – DA DISPENSA DE LICITAÇÃO POR CONTRATAÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O art. 75, inciso XIV da nova lei, traz o incentivo da participação de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, inclusive prevendo a possibilidade de contratação direta, por dispensa de licitação, de entidade destinada a essa finalidade.

Art. 75, inciso XIV – para contratação de associação de pessoas com deficiência, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgão ou entidade da Administração Pública, para a prestação de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado e os serviços contratados sejam prestados exclusivamente por pessoas com deficiência.

Em mais uma ação afirmativa, a nova Lei mostra a utilização das contratações públicas como instrumento de atendimento às políticas públicas por meio da abertura do mercado de trabalho para as pessoas com deficiência.

IX. DA DISPENSA DE LICITAÇÃO POR CONTRATAÇÃO DE COOPERATIVAS DE COLETA, PROCESSAMENTO E COMERCIALIZAÇÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS RECICLÁVEIS OU REUTILIZÁVEIS

A nova Lei prevê, no art. 75, inciso IV, letra “j”, como hipótese de dispensa da licitação, a contratação de empresa de coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, que abrigam na cadeia produtiva os serviços de associações ou cooperativas formadas, exclusivamente, por pessoas físicas de baixa renda, reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, e que utilizam equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais, de segurança e saúde pública.

Novamente, verifica-se na nova Lei o papel do poder público de fomentar a participação das associações de catadores no setor econômico, já que se trata de um desejo coletivo amplo e universal, reconhecido pela sociedade.

X – DA SUSTENTABILIDADE E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

A utilização do poder de compra decorrente das contratações públicas como instrumento de contribuição com a sociedade e desenvolvimento econômico, é medida louvável. São vários outros exemplos de sustentabilidade, presentes no texto da nova lei, que se propõe a disseminar políticas públicas, conforme a seguir será abordado.

X.1. Da manutenção do privilégio para as microempresas e empresas de pequeno porte

A nova Lei traz como premissa inquestionável a imprescindibilidade da adoção nas contratações dos privilégios previstos nos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123/2006 para as microempresas e empresas de pequeno porte ¹⁶.

Para conhecimento, o incentivo e fomento à participação do pequeno empreendedor no mercado de contratações públicas é uma política pública amparada nos arts. 170, inc. IX, e 179 da Constituição Federal de 1988.

XI. DA SUSTENTABILIDADE NAS CONTRATAÇÕES

No art. 144 da nova Lei verifica-se a aplicação de parâmetros de sustentabilidade como critério de aferição de resultados do contratado. O artigo prevê que na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade socioambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato.

XII. DA SUSTENTABILIDADE E NULIDADE DAS CONTRATAÇÕES

Por fim, para demonstrar a ênfase dada pela nova Lei às questões voltadas à sustentabilidade, o art. 147, que trata da nulidade do contrato, traz alguns aspectos que devem ser considerados antes do desfazimento do ajuste. São indicadas hipóteses que envolvem questões ambientais, sociais, econômicas, as quais levam os gestores precatarem-se antes de tomada de decisão. São eles:

I – impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

II – riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

III – motivação social e ambiental do contrato;

IX – fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;

XIII. DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao tratarmos os tópicos desse artigo, torna-se evidente que a nova Lei de Licitações públicas prima pela adoção de padrões de sustentabilidade nas contratações, o que não poderia ser diferente, haja visto que este é um compromisso assumido no plano constitucional. E, indo além, a sustentabilidade é princípio ingênito da governança das organizações e, por isso, deve-se fazer presente nos diversos elos da cadeia das contratações.

Contudo, esse mesmo princípio já existia na Lei nº 8.666/1993 e se transformou em letra morta. Assim, olhos vigilantes da sociedade e da Administração Pública são ainda mais necessários para o cumprimento das diretrizes da nova Lei que busca dar efetividade ao desenvolvimento sustentável da nação, evitando que se transforme em atalho para outros propósitos menores.

Por fim, apesar dos muitos desafios que virão pela frente, é inegável que esse destaque da nova Lei, ora em vigor, para a sustentabilidade é medida benfazeja, que visa a um salto evolutivo ambiental, social, político, tecnológico, econômico, ético, e que potencializa a oportunidade dos órgãos e entidades públicas avançarem em seus processos administrativos e progredirem com a nação.

¹ É importante destacar que a Lei nº 14.133/21 tem um prazo de adequação de dois anos. Dessa feita, é possível, nesse período adotar a Lei nº 8.666/93. Essa é a orientação do art. 193 do novo estatuto.

² Padrões de sustentabilidade pode ser entendido como a avaliação da real necessidade, do custo-benefício, e dos processos de extração ou fabricação, utilização e destinação final.

³ Art. 18, VIII, da Lei nº 14.133/21.

⁴ Art. 18, § 1º, XII, da Lei nº 14.133/21.

⁵ Art. 25, § 2º da Lei nº 14.133/21.

⁶ O termo de referência é o documento que condensa as principais informações da contratação.

⁷ Art. 6º, XXIII, letra “c”, da Lei nº 14.133/21

⁸ A lei, inclusive, prevê que não poderão ser contratados objetos luxuosos.

⁹ Art. 42, inciso III, da Lei nº 14.133/21

¹⁰ Art. 40, § 1º, da Lei nº 14.133/21.

¹¹ Art. 377-O, § 1º Consideram-se condição de contorno as informações e os levantamentos suficientes e necessários para a definição da solução de projeto e dos respectivos preços pelo licitante, incluídos sondagens, topografia, estudos de demanda, condições ambientais e demais elementos ambientais impactantes, considerados requisitos mínimos ou obrigatórios em normas técnicas que orientam a elaboração de projetos. (Lei nº 14.133/2021)

¹² OTTMAN, Jacquelyn A. *As novas regras do Marketing*. São Paulo: M Books, 2012, p. 24.

¹³ Art. 25, § 9º, incisos I e II da Lei nº 14.133/21.

¹⁴ Art. 26, incisos I e II da Lei nº 14.133/21.

¹⁵ Essa obrigação será fiscalizada durante a execução contratual. O art. 116 da Lei nº 14.133/21 prevê que “ao longo de toda a execução do contrato, o contratado deverá cumprir a reserva de cargos previstas em lei para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz, bem como as reservas de cargos previstas em outras normas específicas.

¹⁶ Art. 4º Aplicam-se às licitações e contratos disciplinados por esta Lei as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Como citar este texto:

CAMARÃO, Tatiana. Compras públicas sustentáveis: ponderações necessárias, Zênite Fácil, categoria Doutrina, 09 abr. 2021. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.