



REVISTA DO CAAP
fundada em 1921

ISONOMIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO: A NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO DE INTERESSES PÚBLICOS

Bruno Fontenelle¹

RESUMO: O presente trabalho visa analisar a dualidade entre dois interesses públicos encontrados no âmbito das licitações: a isonomia (em que se busca ampliar o caráter competitivo da licitação, em prol da escolha do preço mais vantajoso) e o desenvolvimento sustentável (em que se visa estabelecer medidas que possam salvaguardar o meio ambiente para atuais e futuras gerações, por exemplo) e a sua necessidade de ponderação no momento do certame licitatório. Desse modo, busca-se verificar primeiramente qual é o entendimento doutrinário de interesse público, suas implicações históricas e as problemáticas encontradas na concepção do Estado Democrático de Direito. Posteriormente, busca-se discutir acerca das formas de se ponderar diferentes interesses públicos no âmbito do processo administrativo, com base no entendimento do direito administrativo como sistema, proposto por Eberhard Schmidt-Assmann e Eurico Bittencourt Neto. Assim, propõe-se analisar como a doutrina administrativista brasileira conceitua “isonomia” e “desenvolvimento sustentável” no âmbito das licitações, bem como as diversas facetas de sustentabilidade. Por fim, a doutrina administrativista entende que a própria concepção de isonomia deve englobar parâmetros sustentáveis na configuração da melhor proposta. Deste modo, é necessário que diversos órgãos da Administração Pública atuem de maneira conjunta, através de um devido processo administrativo, com propósito de melhor adequar esses dois interesses. Tal ponderação deverá ser proporcional e racionalmente justificada, sempre visando importância da utilidade gerada.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação, Interesse Público, Isonomia, Desenvolvimento Sustentável.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestrando em ‘Direito e Administração Pública’ pela Universidade Federal de Minas Gerais. Intercambista acadêmico na Radboud Universiteit (Países Baixos) em 2019. Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-3127-1201>. E-mail: brfontenelle@hotmail.com

EQUALITY AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT IN THE PROCUREMENT PROCEDURE: THE NEED FOR BALANCING PUBLIC INTERESTS

ABSTRACT: The present work aims to analyze the duality between two public interests found in the context of public procurement: equality (which seeks to enhance the competitive nature of the procurement process in favor of selecting the lowest price) and sustainable development (which aims to establish measures that can safeguard the environment for current and future generations, for example) and their need for balance during the procurement process. Thus, the first step is to examine the doctrinal understanding of public interest, its historical implications, and the problems encountered in the conception of the Democratic Rule of Law. Subsequently, there will be a discussion about how to weigh different public interests in the context of the administrative process, based on the understanding of administrative law as a system, as proposed by Eberhard Schmidt-Assmann and Eurico Bittencourt Neto. Therefore, it is proposed to analyze how Brazilian administrative doctrine conceptualizes "equality" and "sustainable development" in the context of public procurement, as well as the various facets of sustainability. Finally, administrative doctrine understands that the very concept of equality should encompass sustainable parameters in shaping the best proposal. Thus, it is necessary for various government agencies to work together through a proper administrative process with the purpose of better aligning these two interests. This balancing should be proportionate and rationally justified, always focusing on the importance of the generated utility.

KEYWORDS: Procurement, Public Interest, Equality, Sustainable Development.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, cumpre conceituar a licitação na perspectiva do direito brasileiro, sendo entendida como um procedimento administrativo pelo qual um ente público oferece a todos os interessados a possibilidade de formular a proposta mais vantajosa às conveniências do Estado, sujeitando-se a determinadas regras estabelecidas no instrumento convocatório (DI PIETRO, 2018, p. 407). Tal instituto possui notável relevância econômica, uma vez que é o meio pelo qual o Estado promove a contratação de particulares para a execução de atividades essenciais à satisfação do interesse público, estabelecendo assim uma relação para obtenção dos bens e serviços de que necessita.

Com o advento da Lei nº 12.349/2010 e posteriormente com a redação do art. 11 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021), o procedimento licitatório estabeleceu a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como um dos objetivos da licitação — ao lado da isonomia, da justa competição, da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, entre outros. A partir disso, o propósito do procedimento licitatório começou a ultrapassar a mera satisfação das necessidades imediatas da Administração, tais como a contabilidade dos gastos públicos, uma vez que proporcionou à Administração fomentar e regular atividades reputadas como socialmente desejáveis em prol da sustentabilidade (PEREIRA JUNIOR; DOTTI, 2017, p. 32-40).

Ocorre que o propósito do procedimento licitatório ultrapassa a mera satisfação das necessidades imediatas da Administração, tais como a contabilidade dos gastos públicos. Em verdade, a própria decisão de agir por parte do Poder Público, para a escolha de bens e serviços, pode ser entendida enquanto política pública,² uma vez que a atuação estatal estabelece parâmetros de atuação do mercado, estimulando a presença de novos agentes e a promoção de certos comportamentos (FORTINI; RESENDE, 2021, p. 153). Sobre a vinculação imediata entre licitação e política pública, ensina Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti:

[...] o dever de licitar traduz política pública na medida em que pressupõe ser a competição seletiva isonômica aquela que habilita a administração pública, consultado o mercado, à identificação da proposta mais favorável à prestação de serviços, à execução de obras, à compra ou alienação de bens. [...] Também significa política que prefere a execução indireta, por terceiros, à direta, pelo próprio estado, acreditando no potencial racionalizador dessa opção, seja por não dispor a administração de recursos necessários e suficientes para a execução com seus próprios meios, ou por considerar que os recursos de que disponha não seriam adequados, vale dizer, opção estratégica pela contratação de empresas do mercado (PEREIRA JUNIOR; DOTTI, 2017, p. 39).

Diversos são os procedimentos para efetuar políticas públicas nas licitações. Dentre eles, podemos citar a determinação sobre efetuar ou não a compra, a definição do que adquirir (juntamente com as especificações do objeto), as condições para execução contratual, a exclusão de contratados que não estejam alinhados com tais políticas públicas, as preferências na contratação, os critérios de escolha e as medidas para aprimorar o acesso aos contratos públicos (FORTINI; RESENDE, 2021, p. 153-154). Logo, a preocupação com o desenvolvimento sustentável de fato pode levar à escolha de propostas mais onerosas à

² O sentido de política pública ao qual este trabalho está vinculado é o de “[...] ações e programas que almejam dar efetividade aos princípios, normas, valores e escolhas conformadoras do sistema juspolítico modelado pela ordem constitucional de determinado estado nacional” (PEREIRA JUNIOR; DOTTI, 2017, p. 36).

Administração. Isso se dá pelo fato de que os critérios em prol da sustentabilidade encontrados em edital podem diminuir o número de participantes no certame licitatório. Tais cláusulas poderão ser chamadas de discriminatórias por restringir o caráter competitivo da licitação, estabelecendo preferências entre ofertas, conforme se verá adiante.

Assim sendo, com a inclusão do desenvolvimento sustentável, pode-se observar que se iniciou um conflito entre objetivos (e interesses públicos) dentro do procedimento licitatório: por um lado, o interesse público do desenvolvimento sustentável (que visa estabelecer medidas que possam salvaguardar o meio ambiente para atuais e futuras gerações, por exemplo) e, por outro, o interesse público da isonomia (que busca ampliar o caráter competitivo da licitação, em prol da escolha do menor preço). Desse modo, o presente artigo busca tratar as novas problemáticas quanto à atuação da Administração Pública para a efetivação dos diversos interesses públicos, à luz de doutrinadores contemporâneos, tais quais Eberhard Schmidt-Assmann, especificamente se tratando da dualidade entre desenvolvimento nacional sustentável e isonomia dentro do procedimento licitatório.

É partir desse raciocínio que é preciso primeiramente entender o que é “interesse público”.

2. INTERESSE PÚBLICO

2.1 A supremacia do interesse público na doutrina tradicional

Ao lado dos princípios encontrados na Constituição Federal, a doutrina especializada sempre destaca a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular como um dos axiomas basilares do direito administrativo.

Dentre os mais renomados doutrinadores, Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, destaca que interesse público deve ser entendido como uma projeção de interesses individuais e privados no plano coletivo, isto é, um interesse comum de todos os indivíduos que representaria o ideal de bem-estar de um corpo social. Em suas palavras: “[...] o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem” (BANDEIRA DE MELLO, 2016, p. 62).

Desse modo, segundo o autor, existiria uma concepção orgânica entre o indivíduo e a coletividade, fazendo com que o interesse público e interesse coletivo fossem sinônimos, não

podendo, assim, haver discordância entre o interesse público e o interesse de cada um dos membros da sociedade. Vejamos:

Uma pista importante para perceber-se importante para perceber-se que o chamado interesse público – em despeito de seu notável relevo e de sua necessária prevalência sobre os interesses pessoais peculiares de cada um – não é senão uma dimensão dos interesses individuais encontra-se formulando a seguinte pergunta:

Poderá haver um interesse público que seja discordante do interesse de cada um dos membros da sociedade? Evidentemente, não. Seria inconcebível um interesse de todo que fosse, ao mesmo tempo, contrário ao interesse de cada uma das partes que o compõem. Deveras, corresponderia ao mais cabal contrassenso que o bom para todos fosse o mal de cada um, isto é, que o interesse de todos fosse um anti-interesse de cada um (BANDEIRA DE MELLO, 2016, p. 60).

Bandeira de Mello defende, inclusive, que a supremacia do interesse público é a justificativa da existência da desigualdade entre a Administração e os administrados, sendo pressuposto da ordem social, do agir do Poder Público e da segurança na sociedade (BANDEIRA DE MELLO, 2016, p. 70). Esse posicionamento é seguido por outros estudiosos do direito administrativo, como Hely Lopes Meirelles, que entende que “[a] primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado se justifica pela busca do interesse geral” (MEIRELLES, 2006, p. 103).

Assim, a partir desse princípio de que o agir da Administração se justifica pela vontade geral de um povo, o Poder Público possui a prerrogativa de constituir obrigações aos privados por meio de ato unilateral, além de deter o direito de modificar, também unilateralmente, relações já estabelecidas (BANDEIRA DE MELLO, 2016, p. 71). Sobre tal prerrogativa no âmbito das atividades administrativas, Maria Sylvia Di Pietro afirma, no mesmo sentido: “Se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual” (DI PIETRO, 2018, p. 70).

Nesse raciocínio, Patrícia Baptista (2003, p. 182-183) relembra que em matéria de contratos administrativos, por exemplo, o interesse público opera como justificativa para a existência das chamadas cláusulas exorbitantes: rescisão unilateral, proibição da exceção do contrato não cumprido, dentre outras. Ademais, no âmbito das desapropriações, a supremacia do interesse público é o principal axioma para a supressão da propriedade privada sem que haja a possibilidade de defesa para o proprietário quanto ao mérito do ato expropriatório. Também sobre esse assunto, ensina Gustavo Binenbojm:

O Estado, corporificando e personificando o próprio interesse público, faria jus a um conjunto de privilégios processuais, sem os quais os interesses gerais da coletividade poderiam ser comprometidos. O patrimônio estatal e os interesses cometidos à tutela

do Poder Público, gozando de uma posição de prevalência sobre o patrimônio e os interesses individuais dos particulares, deveriam ficar protegidos por normas instituidoras de um tratamento diferenciado e garantístico (BINENBOJM, 2008, p. 113).

Dessa maneira, torna-se claro que tal visão sobre supremacia do interesse público, por mais que seja um pressuposto necessário para o agir da Administração Pública, possui evidente caráter autoritário quando se assume enquanto real encarnação da vontade geral do povo.

2.2. Da necessidade de revisão do conceito de supremacia do interesse público

Conforme ensinamentos de Patrícia Baptista (2003, p. 191-192), no âmbito do direito administrativo, a supremacia do interesse público afirmou-se como uma decorrência do princípio da legalidade, uma vez que caberia ao legislador estabelecer por meio da lei a determinação do interesse público a ser realizado pelo Poder Executivo. Desse modo, nas palavras da autora, “[o] predomínio desse interesse público legalmente corporificado resultava, então, da crença no primado da própria lei como o único veículo apto à expressão legítima das finalidades e necessidades de uma determinada comunidade política” (BAPTISTA, 2003, p. 192).

No entanto, por mais que a encarnação do interesse público ao disposto normativo fizesse com que Administração Pública se submetesse ao Estado de Direito (BAPTISTA, 2003, p. 194), tal visão monolítica sofreu diversas críticas a partir das últimas décadas do século XX, como se verá a seguir.

Conforme Maria Tereza Fonseca Dias (2003, p. 148-152), o direito administrativo sofreu com diversas crises a partir dos anos 1980, fazendo com houvesse a consolidação do paradigma procedimental do direito. Tal concepção, segundo a autora, envolve a participação crescente da sociedade civil no processo decisório e na formação de pluralidade de ideias, fazendo com que houvesse a possibilidade de convivência de formas de organização e de interesses diferentes na sociedade. Em suas palavras:

[...] a norma torna-se, cada vez mais, produto de deliberação coletiva, à qual estão associados os representantes dos diversos interesses sociais, considerando os administrados; o Direito Administrativo tende, assim, a se “procedimentalizar” através do desenvolvimento crescentes de um procedimento administrativo não contencioso que dá ao administrado a possibilidade de dar sua opinião [se faire entendre] e de adquirir um direito de deliberar [regard] sobre o conteúdo de suas decisões (FONSECA DIAS, 2003, p. 150).

Desse modo, de acordo com Schmidt-Assmann (2003, p. 165), não caberá somente à Administração Pública formular e realizar o interesse público. Os interesses públicos também podem ser defendidos por entidades privadas, grupos de interesses e particulares. Assim sendo, de acordo com o autor, “a partir da existência de um interesse público, não se pode necessariamente concluir a presença de um fundamento de competência a favor da Administração” (SCHIMIDT-ASSMANN, 2003, p. 165, tradução livre³).

Em outras palavras, frente à crescente democratização da Administração Pública, a concepção de interesse público não poderá ficar a cargo somente do Estado em defini-lo e aplicá-lo. Em verdade, observa-se um evento de categorização de diversos interesses públicos, a serem evocados por diferentes grupos, congregações e classes sociais, incluindo, ainda, diferentes setores do próprio Poder Público; isto é, uma sociedade plural pressupõe diversas noções de interesses públicos. É nesse raciocínio que Eurico Bitencourt Neto entende que “[...] a Administração de nossos dias reflete um Estado pluriclasse, em que se impõe a tutela de interesses plurais, que muitas vezes entram em choque” (BITTENCOURT NETO, 2017, p. 211).

Aliás, de acordo com o autor, a noção de que diferentes interesses públicos podem ser indicados por diversos entes da sociedade e do próprio Poder Público contribui para a criação de uma “[...] Administração Pública não totalitária, aberta, reconhecendo e valorizando as diferenças, a participação e o contraditório” (BITTENCOURT NETO, 2017, p. 213), rompendo, assim, com a visão tradicional e autoritária de que o interesse público era aquele expresso somente no arcabouço normativo.

Desse modo, torna-se claro que a mera disposição da lei não é mais capaz de alcançar todas as áreas de uma sociedade cada vez mais complexa, assim, a Administração Pública deve criar outros meios para que se consiga efetivar ou ao menos identificar o interesse público a ser aplicado. Sobre tal ponto, Patrícia Baptista ensina:

Ainda que se reconheça a preponderância na efetivação do interesse público previsto na lei, como expressão da vontade do legislador, sobra mesmo assim, uma grande margem a ser preenchida pela atuação do administrador. A lei raramente adota fórmulas explícitas na determinação do interesse público. Ao contrário, são usuais as definições pouco precisas ou ambíguas. Desse modo, em boa parte dos casos, a descoberta do interesse público legalmente fixado depende de um procedimento de interpretação a cargo da Administração (BAPTISTA, 2003, p. 196).

³ “por lo tanto, de la existencia de un interés público no cabe concluir necesariamente la presencia de un título competencial en favor de la Administración.”

Assim sendo, frente à pluralidade de interesses existentes na sociedade, é necessária a criação de modelos procedimentais no âmbito da Administração Pública capazes de conseguir formular uma decisão em que se pondere todos esses interesses no momento da atuação administrativa de maneira eficiente. Vamos a eles.

3. DO PROCEDIMENTO COMO FORMA DE PONDERAR OS INTERESSES RELEVANTES

Primeiramente, acerca do procedimento administrativo, é preciso conceituá-lo como sequência organizada de obtenção e tratamento da informação, sob a responsabilidade de uma entidade administrativa. Assim, o procedimento serve para dar uma estrutura às múltiplas informações que se produzem entre a Administração e os cidadãos ou entre distintas unidades administrativas, ao integrá-los em um sistema de atuação, para tomada de decisões (SCHIMIDT-ASSMANN, 2003, p. 358).

No presente caso, em que se discute a ponderação dos interesses públicos de desenvolvimento nacional sustentável e isonomia dentro do escopo do procedimento licitatório, esse procedimento busca tratar a estrutura administrativa de maneira transversal, de modo com que a decisão tomada pela Autoridade Contratante englobe os diferentes pontos de vista de outros entes da Administração. Desse modo, será possível que diferentes órgãos e entidades do Poder Público possam trabalhar de maneira conjunta no momento da deliberação acerca do edital da licitação.

Sobre esse aspecto, de acordo com Eurico Bitencourt Neto, “trata-se de um modo de atuar da Administração contemporânea em que a decisão a ser tomada por um órgão, em seu âmbito de competências, afeta diretamente competências de outros órgãos”, sendo que “a atuação isolada de cada órgão público, no curso de distintos procedimentos administrativos, por certo comprometeria uma adequada valoração dos interesses em jogo, bem como uma decisão administrativa em prazo razoável” (BITTENCOURT NETO, 2017, p. 214). Desse modo, com a efetiva participação de diversos setores da Administração durante o processo, é possível dizer que haverá uma decisão mais apta a assegurar a imparcialidade e a obtenção dos resultados perseguidos, nos quadros da eficiência (BITTENCOURT NETO, 2017, p. 216).

Assim sendo, caberá ao administrador, após a análise de todos os pontos de vista para fundamentar a decisão administrativa, utilizar do método da ponderação de interesses, sempre à luz do princípio da proporcionalidade. Tal método impõe ao Poder Público o dever de

ponderar os interesses em colisão, em prol da eficácia da atuação administrativa. Esse é o ponto de vista de Patrícia Baptista, vejamos:

Mais do que um método apto a permitir o controle de fundo, pelo juiz das escolhas administrativas, acredita-se que a ponderação de interesses deve ser agregada como técnica habitual de decisão pela própria Administração, sobretudo em decorrência do imperativo da participação administrativa. Adveio do direito administrativo alemão a construção de um “princípio da obrigação da justa ponderação de interesses”, dirigido ao Administrador e extraído, por sua doutrina, do princípio do Estado de Direito consagrado na Lei Fundamental de Bonn. Também em Portugal é reconhecida a existência de um dever de justa ponderação de interesses pela Administração, como uma das formas de concretização do princípio da imparcialidade inscrito no art. 266 da Constituição de 1976 (BAPTISTA, 2003, p. 208-209).

Sobre a ponderação, de acordo com Gustavo Binjenbojm, tal instituto pode ser descrito como “[...] método destinado a estabelecer relações de prevalência relativa entre elementos que se entrelaçam, a partir de critérios formais e materiais postos ou pressupostos pelo sistema jurídico” (BINENBOJM, 2008, p. 109). Desse modo, conforme o mesmo autor, o instituto está inserido em um ambiente de direito democrático, onde o Estado deverá contemplar uma vasta gama de bens, finalidades e interesses, devendo estabelecer “[...] incontáveis juízos de ponderação, como forma de proporcionar uma acomodação otimizada entre eles, de acordo com as circunstâncias fáticas e normativas de determinada situação” (BINENBOJM, 2008, p. 109-110).

Ademais, para se realizar a ponderação, de acordo com Binjenbojm (2008, p. 114), é necessário obedecer rígidos critérios estabelecidos pelos princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade, conforme o contexto de cada caso. Assim sendo, para que haja uma melhor escolha durante o sopesamento de interesses é necessário que:

- (i) A compreensão do princípio da isonomia seja apta a viabilizar o cumprimento, pelo Estado, dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição ou pela lei;
- (ii) O grau ou medida da compreensão da isonomia deve observar o limite do estritamente necessário e exigível para viabilizar o cumprimento, pelo Estado, dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição ou pela lei;
- (iii) Por fim, o grau ou medida do sacrifício imposto à isonomia deve ser compensado pela importância da utilidade gerada, numa análise prognóstica de custos para os particulares e benefícios para a coletividade como um todo (BINENBOJM, 2008, p. 114).

Nesse mesmo raciocínio, acerca do discernimento da melhor escolha, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que “a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo” (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 39). Dessa maneira, a opção

de um interesse sobre o outro não é por si só juridicamente errada, desde que tal critério discriminatório utilizado pela Administração (*discrímen*) seja justificado racionalmente e conforme a ordem jurídica. Em outras palavras, a desigualdade por si só não é repelida, o que se repele na verdade, é a desigualdade injustificada (JUSTEN FILHO, 2012, p. 59).

Sendo assim, após compreender o procedimento necessário para ponderar interesses públicos, devemos analisar, por fim, como a doutrina brasileira entende o sopesamento entre os interesses públicos do desenvolvimento sustentável e da isonomia no âmbito concorrencial.

4. DA PONDERAÇÃO ENTRE ISONOMIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO

Primeiramente, antes de adentrar na discussão acerca da isonomia e desenvolvimento sustentável, é importante lembrar que o Poder Público recorre ao mercado para a contratação de produtos ou serviços relacionados ao interesse público. Tal ato pode decorrer da própria falta de recursos suficientes ou por opção estratégica de não recorrer à execução com os próprios meios (PEREIRA JUNIOR; DOTTI, 2017, p. 39). Ocorre que a Administração pode também buscar outra finalidade além da própria contratação.

Descrita como função social da licitação, Marçal Justen Filho entende que tal finalidade tem um impacto macroeconômico, sendo um importante instrumento de implementação de políticas públicas e do desenvolvimento social. Em seu raciocínio, as licitações “tornam-se um meio não apenas de satisfazer necessidades imediatas do Estado. Também são um instrumento de incentivo e fomento a atividades reputadas como socialmente desejáveis” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 12). Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti afirmam, nesse sentido, que a contratação pública é um recurso de mudança comportamental à disposição do Estado, capaz de induzir boas práticas (PEREIRA JUNIOR; DOTTI, 2017, p. 41-42).

Sobre licitações ambientais, argumentam, ainda, que o Poder Público atua como consumidor e regulamentador, tornando a licitação um instrumento de fomento de novos mercados, de geração de empregos e renda, haja vista o incentivo da produção de bens, serviços e obras sustentáveis (PEREIRA JUNIOR; DOTTI, 2017, p. 43). Tal regulamentação do Estado tem como propósito a concretização de valores constitucionais (SILVA; KESSLER, 2016), dentre os quais podemos citar a proteção ao meio ambiente, o desenvolvimento nacional e a diminuição de desigualdades sociais.

Nesse sentido, é importante asseverar que nosso sistema jurídico possui meios que pretendem concretizar outros valores além da mera contratação de bens e serviços, principalmente após a promulgação da Nova Lei de Licitações (BURMANN; DE BRITO, 2021). Podemos citar a existência de normas relacionadas (i) ao combate ao trabalho infantil,⁴ (ii) à proteção da saúde,⁵ (iii) à inclusão de pessoas com deficiência,⁶ (iv) ao atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica,⁷ (v) ao tratamento favorecido a microempresas, empresas de pequeno porte e cooperativas,⁸ (vi) a ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho⁹ e (vii) à proteção do meio ambiente.¹⁰

Especificamente sobre os objetivos das licitações, conforme já mencionado, a legislação explícita, dentre outras finalidades, a necessidade de observância do princípio da isonomia e da competitividade, da seleção da proposta mais vantajosa e da promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Vamos a elas.

4.1. Da Isonomia e competitividade

Quanto ao princípio da isonomia, entende-se como garantia que pressupõe a igualdade de direitos a todos os interessados em contratar com a administração, vedando-se a escolha de um licitante sem observância de um procedimento seletivo adequado e prévio (JUSTEN FILHO, 2012, p. 60). Assim, pode-se afirmar que a isonomia possui um princípio decorrente, qual seja, a garantia da competitividade. Isso se dá pelo fato de que a própria Lei de Licitações veda o estabelecimento de preferências e distinções, ou de qualquer tratamento diferenciado entre os participantes do certame, induzindo a competição (DI PIETRO, 2018, p. 412).

⁴ Na Lei nº 14.113/21: art. 14, VI.

⁵ Na Lei nº 14.113/21: art. 75, XII e XVI.

⁶ Na Constituição Federal: artigo 203, IV. Na Lei nº 14.113/21: art. 45, VI; art. 63, IV; art. 75, XIV; art. 92, XVII; art. 116; art. 137, IX

⁷ Na Lei nº 11.947/09: art. 14, § 1º

⁸ Na Lei Complementar nº 123/2006

⁹ Na Lei 14.113/2021: art. 60, III

¹⁰ Na Constituição Federal: art. 170, VI, e art. 225. Na Nova Lei Geral de Licitações: art. 6º, XXIII a XXV; art. 18, §1º, XII; art. 25, §5º, I, e §6º; art. 26, II; art. 34, §1º; art. 45, I e II; art. 74, III, h; artigo 124, §2º; artigo 137, VI; artigo 144; e artigo 147, II e III. Na Lei das Estatais: art. 1º, §7º, VIII, art. 27, §2º, art. 29, XII, art. 32, II e §1º, I e II; art. 42, VII, d, VIII; e art. 45. A Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.987/81). A Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei nº 9.433/97). A Política Nacional de Conservação e Uso Racional de Energia (Lei nº 10.295/01). A Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei nº 12.187/09). O Programa de Apoio à Conservação Ambiental e o Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais (Lei nº 12.512/11) e a Instrução Normativa IBAMA nº 6/2013. Sob a perspectiva federal, o Decreto nº 5940/2006, a Instrução Normativa SLTI/MPG nº 01/2010, a Portaria SLTI/MP nº 02/2010 e a Portaria SEGES/ME nº 8.678/2021 são normas dignas de nota.

Ocorre que, conforme já dito, a legislação brasileira estabelece certas discriminações, com o intuito de alcançar determinados fins estabelecidos pelo próprio ordenamento (DI PIETRO, 2018, p. 413). De acordo com Marçal Justen Filho, a discriminação é juridicamente válida quando presentes quatro elementos:

- a) Existência de diferenças efetivas e reais nas próprias situações de fato que serão reguladas pelo Direito;
- b) Compatibilidade dos critérios de diferenciação com a ordem jurídica;
- c) Adequação entre os critérios de diferenciação e a finalidade da diferenciação;
- d) Proporcionalidade entre o tratamento discriminatório e os valores jurídicos consagrados pelo ordenamento jurídico (JUSTEN FILHO, 2021, p. 112).

Dessa forma, a discriminação deve retratar uma diferença já existente na realidade – sendo a lei mera catalizadora do evento no mundo fenomenológico. Ademais, tais critérios de diferenciação devem ser compatíveis com a ordem jurídica e seus princípios inerentes (JUSTEN FILHO, 2012, p. 58). Por fim, os critérios descritos para a discriminação devem estar vinculados à sua própria finalidade, sendo, portanto, racionais, necessários e justificados. É nesse sentido que Justen Filho ensina que:

[...] o tratamento discriminatório deve ser adequado e necessário em vista dos valores jurídicos. Isso significa que a diferenciação deve ser um instrumento para a realização dos valores jurídicos e que o tratamento mais benéfico ou mais restritivo **deve ser o mínimo necessário para assegurar a realização dos ditos valores** (JUSTEN FILHO, 2012, p. 59, grifos acrescidos).

Diante disso, entendemos que o conceito mais preciso de isonomia dentro do certame licitatório é “o direito de cada particular participar na disputa pela contratação administrativa, configurando-se a invalidade de restrições abusivas, desnecessárias, ou injustificadas” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 60).

4.2. Da seleção da proposta mais vantajosa

Quanto à seleção da proposta mais vantajosa, podemos descrevê-la como a contratação mais economicamente adequada para a gerência da coisa pública, com o propósito de realizar um ato administrativo de acordo com melhor relação de custo-benefício (TORRES, 2018, p. 71). Tal relação, de acordo com Marçal Justen Filho, ocorre “quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular obrigar-se a realizar a melhor e mais completa prestação” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 61). O melhor custo-benefício corresponde, portanto, à situação de menor custo e maior benefício para o Poder Público, em respeito à eficiência econômica.

Contudo, o próprio autor entende que a economicidade não possui preponderância absoluta no aspecto da vantajosidade. Isso ocorre quando o próprio Estado privilegia um determinado aspecto do interesse público durante o procedimento licitatório, podendo se deparar com uma proposta de valor mais elevado – igualmente vantajosa para a Administração. Mencionando a defesa do meio ambiente, o escritor afirma:

[...] Suponha-se que aquela com o menor preço esteja fundada numa solução técnica ecologicamente mais nociva que a outra, de maior preço. Nesse caso, surgirá uma contradição objetiva entre valores. A economicidade se relaciona com a proposta de menor valor. A defesa do meio ambiente conduz à proposta de valor mais elevado. **Ambas as propostas apresentam-se como “vantajosas”, a depender do ângulo sob o qual se conceitue vantajosidade – ou, para ser mais preciso, de acordo com o valor que se reputar prevalecer** (JUSTEN FILHO, 2012, p. 62, grifos acrescidos).

A partir disso, o procedimento licitatório deve ter por base uma visão ampla e conjunta da sustentabilidade, buscando evitar a errônea interpretação de que a proposta mais vantajosa para a Administração seja sinônimo de “menor valor”. Nesse prisma, tal critério de vantajosidade, quando analisado apenas com base no menor preço, não representa adequadamente os custos reais para a Administração, uma vez que não leva em conta o ciclo de vida do produto e seus impactos na sociedade (FORTINI; RESENDE, 2021, p. 156). Dessa forma, é relevante considerar os benefícios econômicos a longo prazo provenientes de bens, serviços e obras alinhados com a preservação do meio ambiente, a promoção do trabalho e melhorias de condições sociais, por exemplo – com o intuito de atingir o desenvolvimento sustentável. Sobre a conceituação da vantajosidade das propostas no âmbito da licitação, ensina Victor Aguiar de Carvalho:

Para a definição da proposta mais vantajosa, é possível considerar, assim, se for o caso, interesses ou políticas de longo prazo da Administração. A contribuição para a promoção do desenvolvimento socioeconômico ou a redução de desigualdades pode ser analisada como um critério qualitativo da proposta a eventualmente compensar o seu maior preço. Esse raciocínio refutaria a premissa de ser a escolha da proposta vencedora um puro exercício econômico de minimização de custo, sendo legítimo à Administração sopesar outras finalidades públicas além da mera busca pela economicidade sob um aspecto de menor preço (CARVALHO, 2017, p. 68).

É sob esse prisma que julgamos correto o entendimento de que a vantajosidade deve ser compreendida em seu sentido abrangente, considerando, além do essencial princípio da economicidade, a observância da função social da licitação, e englobando o fomento a atividades reputadas como socialmente desejáveis, tais como o respeito ao meio ambiente e a inclusão social.

4.3 Do desenvolvimento nacional sustentável

Por fim, quanto ao desenvolvimento nacional sustentável, vale lembrar que o posicionamento majoritário na doutrina é a sua abrangência unicamente no âmbito ambiental. Nesse sentido, Maria Sylvia Di Pietro afirma que “[o] princípio da sustentabilidade da licitação ou da licitação sustentável liga-se à ideia de que é possível, por meio do procedimento licitatório, incentivar a preservação do meio ambiente” (DI PIETRO, 2018, p. 421). Marçal Justen Filho acrescenta no mesmo raciocínio que:

O desenvolvimento sustentável foi definido como aquele “satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”.

[...]

Portanto, o conceito de desenvolvimento sustentável envolve o compromisso não apenas com a produção de riquezas, mas também com a preservação dos recursos. **O desenvolvimento nacional sustentável significa a elevação da riqueza nacional mediante a adoção de práticas compatíveis com a preservação do meio ambiente** e de modo a garantir a viabilidade de vida humana digna no presente e no futuro (JUSTEN FILHO, 2012, p. 64, grifos acrescidos).

No entanto, preferimos a aplicação mais abrangente do conceito de desenvolvimento nacional sustentável, que engloba a própria função social da licitação, incluindo, em seu escopo, o bem-estar social, o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente. É por esse ângulo que assevera Irina Mikhailova:

Segundo os pensamentos recentes, **o desenvolvimento sustentável não se restringe ao gerenciamento dos recursos naturais e a proteção de ecossistemas regionais e do meio ambiente global. Esse tipo de desenvolvimento visa melhorar as condições da vida da população humana resolvendo o problema da pobreza e desigualdade sem desrespeitar a preservação de sistemas ecológicos** dos quais toda a vida humana depende (MIKHAILOVA, 2004, p. 39, grifos acrescidos).

Nessa perspectiva, conforme ensina o jurista brasileiro Juarez Freitas, tal sustentabilidade deve ser entendida sob o caráter multidimensional, sendo compreendida como “[...] dever ético e jurídico-político de viabilizar o bem-estar no presente, sem prejuízo do bem-estar futuro, próprio e de terceiros” (FREITAS, 2019, p. 15). Assim sendo, é preciso entender as diferentes facetas deste conceito, quais sejam a social (a), a ética (b), a ambiental (c), a econômica (d) e a jurídico-política (e).

A dimensão social (a), de acordo com Freitas, é a que abriga os direitos fundamentais sociais, com o propósito de auxiliar os desfavorecidos, mediante ações positivas e intervenções efetivamente recompensadoras, que permitem fazer frente à pobreza, não se admitindo um modelo de desenvolvimento excludente. Desse modo, a dimensão social da sustentabilidade busca um incremento da equidade intra e intergeracional e condições propícias ao florescimento

das potencialidades humanas, por meio da consolidação de hábitos saudáveis (FREITAS, 2019, p. 65-67).

A dimensão ética (b), por outro lado, consiste em “[...] agir de modo que possa ser universalizada a produção homeostática do bem-estar duradouro, no íntimo e na interação com a natureza”, buscando não só o bem-estar íntimo, como também o bem-estar social e da coletividade (FREITAS, 2019, p. 69). Seria necessário, portanto, a percepção de ligação de todos os seres vivos em geral além da concepção do antropocentrismo estrito, bem como a exigência moral da honestidade, à luz da dignidade humana (FREITAS, 2019, p. 70-71).

Ademais, a dimensão ambiental (c) de sustentabilidade está vinculada ao direito das gerações atuais, sem prejuízo das gerações futuras, ao ambiente limpo e da proteção ambiental (FREITAS, 2019, p. 72). A partir disso, deve-se reconhecer que é imprescindível combater o hiperconsumismo, especialmente nos países ricos, uma vez que a qualidade de vida e uma existência sustentável não podem ser alcançadas em um contexto em que as relações planetárias saudáveis estão ausentes (FREITAS, 2019, p. 341). Nesse sentido, o autor explica que “[...] não pode sequer haver vida humana, sem o zeloso resguardo da sustentabilidade ambiental, em tempo útil. Com efeito, ou se protege a justiça socioambiental ou, simplesmente, não haverá futuro sequer para a nossa espécie” (FREITAS, 2019, p. 341-342).

Por sua vez, a dimensão econômica de sustentabilidade (d) está relacionada ao adequado sopesamento entre eficiência e equidade, considerando todos os benefícios e custos diretos e indiretos das relações comerciais. Nesse sentido, na visão do autor “a economicidade implica a vedação do desperdício *lato sensu*, assim como robustece a responsabilidade fiscal e o incentivo à inovação responsável, sobremodo tendo em vista a chamada ‘quarta revolução industrial’” (FREITAS, 2019, p. 342) Ademais, deve-se trabalhar com a regulação de mercado de maneira justificada, para que se possa corrigir falhas como o abuso de poder dominante, informações assimétricas e as externalidades negativas (FREITAS, 2019, p. 76).

Por fim, a dimensão jurídico-política (e) de sustentabilidade trata-se do dever de proteger a liberdade de cada pessoa, no processo de estipulação intersubjetiva do conteúdo intertemporal de direitos e deveres fundamentais das gerações presentes e futuras, sempre que possível diretamente (FREITAS, 2019, p. 76-77). Ademais, de acordo com o autor, tal dimensão pode ser entendida como norma que estabelece a eficácia intertemporal dos direitos fundamentais, não apenas os da terceira dimensão, bem como serve de critério para determinar a ilegalidade de condutas que causam danos relacionados às práticas condenáveis do patrimonialismo, dentre outros vícios (FREITAS, 2019, p. 342).

Neste contexto, é justificável que a Administração Pública, em determinadas situações, assumam um maior ônus financeiro ao contratar obras, produtos ou serviços – com o propósito de utilizar seu poder de compra para moldar o mercado ou proteger outros valores relevantes (CARVALHO, 2017, p. 69), tais como o meio ambiente e a promoção de direitos sociais. Tendo como perspectiva as licitações verdes, ensina Leandro Sarai:

O objeto da remuneração não é um simples produto ou serviço entregue. Ele envolve todo o processo de sua produção, toda a sua vida útil e tudo o que ocorre quando o objeto deixa de ser útil, isto é, o que fazer com o lixo gerado. Envolve a consideração sobre ter havido um trabalho digno na produção e o respeito às leis (SARAI, 2021, p. 37).

Existem vários conceitos possíveis para licitações sustentáveis. Primeiramente, conforme posicionamento de Sue Arrowsmith e Peter Kunzlik, a licitação pode ser entendida como instrumento capaz de promover o desenvolvimento econômico e social, podendo se vincular a objetivos sociais, ambientais e outros da sociedade que não estão necessariamente conectados ao objetivo funcional da licitação (ARROWSMITH; KUNZLIK, 2009, p. 9). Juarez Freitas, por sua vez, entende que certames licitatórios sustentáveis são aqueles que, com isonomia, visam à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, ponderados com a máxima objetividade possível, os custos e benefícios, diretos e indiretos, sociais, econômicos e ambientais (FREITAS, 2019, p. 260). Já Cláudia Carvalho compreende que “a compra sustentável tem como objeto a construção de um todo que leva em conta os custos diretos e indiretos, além de não se preocupar apenas com o presente, mas também mantendo o olhar para o futuro” (CARVALHO, 2020, p. 213). Por fim, Luciano Ferraz, a partir de uma visão mais mercadológica, entende que a licitação pode ser utilizada como instrumento de regulação de mercado, além de ser um mecanismo de indução de determinadas práticas que produzam resultados sociais benéficos, imediatos ou futuros, à sociedade (FERRAZ, 2009).

Isso se dá pelo fato de que ao Estado é atribuído o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica em sentido amplo, tendo como finalidade essencial a realização de direitos fundamentais. Dessa forma, o Estado, ao regular, “[...] reserva para si o desempenho material e direto de algumas atividades essenciais e concentra seus esforços em produzir um conjunto de normas e decisões que influenciem o funcionamento das instituições estatais e não estatais, orientando-as em direção de objetivos eleitos” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 795). Sendo assim, a Administração é capaz de determinar, por meio do procedimento licitatório, o estímulo de certas práticas entendidas como corretas – tais quais a proteção ao meio ambiente, o desenvolvimento nacional e a diminuição de desigualdades sociais.

Entendemos que essa visão melhor se coaduna com os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, encontrados no artigo 3º da Constituição Federal. Tais objetivos serviriam como parâmetro das políticas públicas encontradas nos procedimentos licitatórios, sendo “[...] base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica social e cultural” (SILVA, 2005, p. 105-106).

5. CONCLUSÃO

Sendo assim, acerca da preponderância entre os interesses públicos da isonomia e do desenvolvimento nacional sustentável, torna-se claro que a doutrina administrativista entende que a própria concepção de isonomia deve englobar parâmetros sustentáveis na configuração da melhor proposta. Em outras palavras, tais interesses devem ser compreendidos de maneira conjunta quando o gestor público iniciar o procedimento licitatório.

Desse modo, conforme exposto nos primeiros tópicos deste artigo, é necessário que diversos órgãos da Administração Pública atuem de maneira conjunta, por meio de um devido processo administrativo, com propósito de melhor adequar esses dois interesses. Tal ponderação deverá ser proporcional e racionalmente justificada, sempre visando a importância da utilidade gerada. É dessa maneira que será possível conciliar, dentro da licitação, medidas que visam estabelecer a proteção do meio ambiente e o bem-estar social e, ao mesmo tempo, respeitar o caráter competitivo do procedimento, em prol da escolha do menor preço.

REFERÊNCIAS

ARROWSMITH, Sue; KUNZLIK, Peter. **Social and environmental policies in EC procurement law - New Directives and New Directions**. Nova York: Cambridge University Press, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa Interorgânica: Direito Administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017.

BURMANN, Alexandre; DE BRITO, Felipe Pires M. 'Desenvolvimento nacional sustentável' e aspectos ambientais na Lei de Licitações. **Revista Consultor Jurídico**, 15 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-15/burmann-brito-aspectos-ambientais-lei-licitacoes>. Acesso em: 31 jan. 2024.

CARVALHO, Cláudia de Oliveira Cruz. Da sustentabilidade normativa e fomentadora. In: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; BITENCOURT, Carolina Müller. **Direito administrativo, políticas públicas e estado sustentável**. Curitiba: Íthala, 2020. p. 205-223.

CARVALHO, Victor Aguiar de. A função regulatória da licitação como instrumento de promoção da concorrência e de outras finalidades públicas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 16, n. 186, p. 65-74, jun. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte: ano 9, n. 37, p. 133-142, jul./set. 2009.

FONSECA DIAS, Maria Tereza. **Direito Administrativo Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FORTINI, Cristiana; RESENDE, Mariana Bueno. A função social das contratações públicas: um olhar para além do Brasil. In: PÉRCIO, Gabriela Verona; FORTINI, Cristiana (Coord.). **Inteligência e inovação em contratação pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 151-177.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MIKHAILOVA, Irina. Sustentabilidade: evolução dos conceitos. **Revista Economia e Desenvolvimento**, v. 16, 2004.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas Públicas nas licitações e contratações administrativas**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema**. Tradução de Javier Barnés Vázquez. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24^a. ed. São Paulo : Malheiros, 2005.

SILVA, Maria Beatriz Oliveira da; KESSLER, Márcia Samuel. A (in)eficácia das licitações públicas sustentáveis na administração pública federal brasileira em face aos princípios da isonomia e da economicidade. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 21, p. 153-169, out./dez 2016.

TORRES, Ronny Chaves Lopes de. **Leis de Licitações Públicas comentadas**. 9. ed. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.