

SUSTENTABILIDADE, LICITAÇÃO E PÓS-MODERNIDADE: PLURIDIMENSIONALIDADE E RELEITURAS NECESSÁRIAS¹

Maria Coeli Simões Pires. Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Adjunta de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UFMG. Advogada. Secretária de Estado de Casa Civil e de Relações Institucionais do Governo do Estado de Minas Gerais.

Mila Batista Leite Corrêa da Costa. Mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Público e Direito do Trabalho. Graduada em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Assessora do Gabinete da Secretaria de Estado de Casa Civil e de Relações Institucionais do Governo do Estado de Minas Gerais.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO: O CONTEXTO PÓS-MODERNO

2 SUSTENTABILIDADE: BREVE PANORAMA E DELINEAMENTO DE CONCEITOS

3 DEVER DE LICITAR: ESTEIOS DE SUSTENTABILIDADE E RESSIGNIFICAÇÃO

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A doutrina e a jurisprudência que já se formaram nos onze anos de aplicação, depuração e reconstrução da Lei 8.666/93 têm possibilitado, efetivamente, um amplo exercício do controle democrático por parte dos licitantes, pessoas físicas e jurídicas e, portanto, da própria sociedade. O questionamento crítico transformou em processo evolutivo a aplicação da LNL [Lei Nacional de Licitações], reduzindo o rigorismo e o legalismo que se entreviam a princípio. Com a introdução de modificações no próprio texto da lei, aliada às decisões apaziguadoras dos Tribunais de Contas e ao bom-senso de intérpretes e pareceristas – bem como à serenidade da doutrina – essa fase foi passando e, pode-se dizer, está hoje superada. Coube também às comissões de licitação o papel preponderante da *praxis*, que se expressa pela reflexão quotidiana sobre casos concretos e vai, lentamente, suavizando a frieza dos caracteres normativos, plasmando sua face definitiva (**Carlos Pinto Coelho Motta**)²

¹ **REFERÊNCIA PARA CITAÇÃO:** PIRES, Maria Coeli Simões; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da. Sustentabilidade, Licitação e Pós-Modernidade: Pluridimensionalidade e Releituras Necessárias. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Org.). **Contratações Públicas: Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 341-356.

² MOTTA, Carlos Pinto Coelho. As Leis de Licitação e de Responsabilidade Fiscal em seus Aspectos de Transparência, Controle e Fiscalização. **ReRE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, número 8, dez. 2006/jan./fev.2007, Salvador, Bahia, Brasil, p. 17. Esse artigo é registro sincero de uma singela homenagem ao mestre, doutrinador e brilhante operador do Direito professor Carlos Pinto Coelho Motta, por seu especial contributo ao Direito Administrativo e à construção hermenêutica do instituto da licitação, densificada pela costura comprometida entre a ciência jurídica e a práxis cotidiana da Administração Pública.

1 INTRODUÇÃO: O CONTEXTO PÓS-MODERNO³

[...] transformações que afetam, em maior ou menor medida, ainda que de diferentes modos, todas as sociedades, para além da diversidade dos seus contextos locais; transformações que atingem também todos os níveis do edifício social, bem como o conjunto das instituições (econômicas, culturais, políticas...). Para mensurar as mutações em curso, os esquemas do pensamento tradicional não são suficientes: é necessário se esforçar para construir novas ferramentas, forjar outros instrumentos de análise; e a concepção tradicional de Estado deve ser reavaliada (Jacques Chevallier).⁴

No bojo da ampla discussão dos temas pós-modernidade,⁵ sedimentação do Estado Democrático de Direito e remodelagem da arquitetura estatal, insere-se o debate sobre sustentabilidade e consectários. O contexto democrático é marcado pela consolidação de novos alicerces de relação Estado-sociedade e de conformação de um Direito novo, orientado para a substituição da premissa de estabilidade jurídica – entendida como aplicação de regramentos fechados, central na estruturação da concepção clássica do Direito – pela noção de adequabilidade, decorrência de profundas transformações da sociedade hipercomplexa e da incapacidade do Direito para responder, por si só, “às demandas do pluralismo de regulação, fundamentação e compreensão da realidade social em toda a sua densidade, extensão e profundidade, exigindo-se permanente postura ativa do aplicador”.⁶

³ “Alguns falarão de modernidade ‘tardia’, ‘reflexiva’ ou ainda de ‘segunda modernidade’ (U. BECK, 1986; A. GIDDENS, 1994), insistindo sobre os elementos de continuidade com a sociedade precedente, que não teriam levado a lógica de continuidade às suas últimas consequências. Outros, que, ao contrário, privilegiam os elementos de ruptura, falarão de modernidade ‘líquida’ (Z. Baumann, 2000) (a ‘liquidez’ das sociedades atuais, caracterizadas pela precariedade extrema dos vínculos sociais, contrastando com a ‘solidez’ das instituições do mundo industrial), ou ainda de ‘hipermodernidade’ (F. ASCHER, 2000) ou de ‘sobremodernidade’ (a radicalização da modernidade envolvendo importantes mutações)”. CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum, p.19-20. Opta-se pela nomenclatura “pós-modernidade”, seguindo entendimento de Jacques Chevallier, na medida em que se percebe a exacerbação de dimensões da modernidade e, simultaneamente, potencialidades diferentes, sendo, portanto, “hipermodernidade” e, ao mesmo tempo, “antimodernidade”.

⁴ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum.

⁵ Anthony Giddens define modernidade como o estilo, costume de vida ou organização social que emergiu, na Europa, a partir do século XVI, e que, ulteriormente, tornou-se mundial pela via da expansão do modelo. GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. Marshall Berman a divide em três fases: uma primeira, que se estende do início do século XVI até o final do século XVIII, quando se inicia um processo de experimentação da vida moderna; uma segunda, iniciada com a onda revolucionária de 1790 – pelas conformações geradas em todos os níveis de vida social e política –; e terceira e última fase, foco deste capítulo para análise do problema de pesquisa posto, que se desenvolve a partir do século XX, pautada pelo processo de modernização globalizada, marcada pela perda com as raízes de sua própria modernidade, também conhecida por “pós-modernidade”. BERMAN, Marshall. **Tudo que é Sólido Desmancha no Ar: a aventura da modernidade**. Tradução Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

⁶ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 2.

O modelo de racionalidade estatal pós-moderno deve ser capaz de promover a assimilação antropofágica das condicionantes da tessitura constitucional e das variáveis axiológicas de estruturação democrática para reler, com propriedade, seus próprios instrumentos de governança e, conforme abordagem deste artigo, a própria construção discursiva – teórica e prática – do Direito Administrativo.

O Estado, nessa linha, tem sofrido mutações a partir do desalojamento e da acomodação inseridos no pano de fundo da pós-modernidade, sendo seus elementos constitutivos remodelados à luz de nova configuração jurídica, política e social. O Estado pós-moderno, nesse quadro, pode ser caracterizado pela complexidade, flexibilidade e redesenhos institucionais, sofrendo ressignificações relevantes no bojo do processo de transformações inerentes ao contexto em que está inserido. Nessa arquitetura, questões essenciais surgem para reestruturar o papel e o *modus operandi* da atuação estatal, bem como teorização e práxis do Direito Administrativo pós-moderno.

A autocompreensão normativa do Estado Democrático de Direito, instaurada pela Constituição de 1988, pauta-se pela necessidade de consagração de um novo conteúdo ao sistema administrativo, além de redefinição de suas estruturas e de sua identidade, para desvinculá-las de formas e práticas autoritárias e burocráticas.⁷ O tecido constitucional, portanto, assume papel de relevo na conformação dos institutos, premissas e conceitos do Direito Administrativo, atuando como diretriz normativa legitimadora. “A premissa básica [...] é a de que as feições jurídicas da Administração Pública [...] estão alicerçadas na [...] Constituição, entendida em sua dimensão material de estatuto básico de direitos fundamentais e da democracia”.⁸

Nesse contexto, insere-se a proposta de releitura da licitação sob o viés da sustentabilidade: no bojo da cambiância do próprio Direito, necessita o instituto ser reconcebido, à luz desses novos pressupostos, delineados sob a égide da transformação do quadro democrático e das subjacências da realidade social, rompendo com a lógica de neutralidade em relação ao fenômeno social.⁹

A licitação, conceituada como o “procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”,¹⁰ tem grande relevância na prática administrativa, quando considerada a

⁷ PIRES, Maria Coeli Simões. Transparência e responsabilidade na gestão pública. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, ano XXIX, v.81, n. 4, p.60 - 74, out./Nov./dez/ 2011.

⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 26.

⁹ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.28.

complexidade da vida em sociedade e a densidade das demandas democráticas por transparência, controle e gestão sustentável.

O artigo estabeleceu, diante da complexidade e de consectários de relevo relativos ao tema, como recorte e objeto central, o tratamento da licitação pelo veio da sustentabilidade, nova premissa pós-moderna norteadora do procedimento e do próprio Direito, chamado a compreender a complexidade e a multidimensionalidade que permeia os fenômenos da vida a partir da releitura de métodos, lastros epistemológicos, vícios de linguagem e de comportamento em prol da percepção densa do fato jurídico.

A licitação objetiva a tutela da própria coletividade: cumpre à Administração realizar o interesse público, repensado nos termos dos pressupostos consolidados pelo texto constitucional e da complexidade da realidade social, alçando a sustentabilidade à condição de parâmetro de efetividade a ser alcançado sob o ponto de vista teleológico do procedimento.

2 SUSTENTABILIDADE: BREVE PANORAMA E DELINEAMENTO DE CONCEITOS

O Estado Sustentável, propriamente assimilado, implica renovação completa da arquitetura teórica e prática, no âmbito das relações administrativas. Estas serão, a seguir, autenticamente reorientadas e redefinidas como relações cuja finalidade é o primado duradouro dos direitos fundamentais, tendo como um dos pólos o Estado-Administração.¹¹

O tema “sustentabilidade” consolidou-se, no contexto pós-moderno, a partir da década de 80, *a priori*, como conceito na seara ambiental. No seio da discussão sobre “desenvolvimento sustentável”, a identificação de arranjos sociais mais justos, decisões e comportamentos equânimes tornou-se mote e papel instrumental relevante na busca pela justiça¹² e por composições éticas e jurídico-institucionais sopesadas.

O princípio da sustentabilidade, como define Juarez Freitas, de caráter constitucional, vinculante, pautado pela pluridimensionalidade – dimensão social, ética, jurídico-política, econômica e ambiental¹³ – absorve as demandas do contexto pós-moderno e indica a necessidade de busca pelo equilíbrio e pela responsabilização compartilhada da sociedade e do Estado pela construção de um modelo inclusivo por meio da

¹¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.286.

¹² SEN, Amartya. **A Idéia de Justiça**. São Paulo: Cia das Letras, 2011.

¹³ Para Juarez Freitas, as referidas dimensões se entrelaçam e se constroem mutuamente em uma “dialética da sustentabilidade”. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. Belo Horizonte: Forum, 2011, p.65.

concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, referencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos.¹⁴

O Estado Sustentável, no entendimento de Juarez Freitas, implica reconfiguração da arquitetura teórica e prática no âmbito das relações administrativas, assumindo modelagem aberta a desafios, rupturas e continuidades necessárias, em especial se arregimentado, como no caso brasileiro, em torno da tessitura do texto constitucional de 1988, fruto de transformações profundas no ideário social e de ressignificações estruturantes dos papéis desempenhados pelo Estado, pela sociedade e pelo próprio Direito.

A democratização e releitura do procedimento licitatório, à luz de preceitos de sustentabilidade e construção constitucionalizada, tornam-se necessárias não apenas do ponto de vista procedimental, mas, principalmente, para legitimá-lo, do ponto de vista habermasiano, ao influxo da discursividade de nuances sociais a ela subjacente: “[...] os problemas administrativos exigem cada vez mais soluções plurais [...]”.¹⁵ A leitura constitucionalizada do procedimento licitatório, portanto, estabelece o tom da necessária acuidade no tratamento interpretativo da realidade.

Embora o conceito de sustentabilidade tenha embasamento em dimensões variadas, como a social, ambiental, ética, jurídica e econômica, há forte tendência de tratamento, pela doutrina, do tema “licitação sustentável” com enfoque na seara ambiental,¹⁶ conceituando-a como aquela

em que se inserem critérios ambientais nas especificações contidas nos editais de licitação, para a aquisição de produtos, para a contratação de serviços, para a execução de obras, de forma a minimizar os impactos ambientais gerados por essas ações.¹⁷

O artigo, entretanto, abordará o tema adotando conceituação ampliada de sustentabilidade, nos termos propostos por Juarez Freitas, que defende a implementação de uma “agenda da sustentabilidade”, na qual se inclui a realização obrigatória de

¹⁴ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao Futuro. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 41.

¹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para Ampliar o Cânone Democrático. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a Democracia**: os caminhos da democracia participativa. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 48.

¹⁶ Nessa linha, tem-se, como exemplo, o “Guia Prático de Licitações Sustentáveis da Consultoria Jurídica da União no Estado de São Paulo”. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Guia Prático de Licitações Sustentáveis da Consultoria Jurídica da União no Estado de São Paulo**. 2. ed. Disponível em: http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=138067&ordenacao=1&id_site=777.

Acesso em: 17 abr. 2012.

¹⁷ TORRES, Rafael Lopes. Licitações sustentáveis: sua importância e seu amparo constitucional e legal. **Interesse Público**, Belo Horizonte, Fórum, ano 14, n. 71, p. 219-242, jan./fev. 2012, p. 221.

licitações sustentáveis, em todas as esferas federativas, marcadas pela adoção de critérios objetivos, impessoais e sustentáveis para classificação e avaliação das propostas, mas, essencialmente, pela assunção de um novo conceito de proposta vantajosa,¹⁸ sustentável, democraticamente concebida e constitucionalmente garantida.

3 DEVER DE LICITAR: ESTEIOS DE SUSTENTABILIDADE E RESSIGNIFICAÇÃO

*La licitación es una medida de buen gobierno en toda obra pública que realice el Estado. Se fundamenta en fines utilitarios y en fines morales [...] siendo su finalidad establecer un riguroso controlador en la disposición de los bienes del Estado, un trato igual para los particulares que comercian con la Administración Pública y una eficaz defensa de los intereses colectivos.*¹⁹

A licitação é conceituada como procedimento administrativo em que um ente público, no exercício da função administrativa, possibilita a todos os interessados que se submetam às condições fixadas no instrumento convocatório, a formulação de propostas dentre as quais será selecionada a mais vantajosa para a celebração do contrato.²⁰ É imposição constitucional e estriba-se na ideia de competição isonômica entre os interessados que preenchem os requisitos legais.²¹

A Constituição da República de 1988 atribuiu à União a competência privativa para legislar sobre normas gerais relativas à licitação e contratos administrativos, conforme determinação do art. 22, XXVII, com nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998. O texto constitucional exige a edição de dois diplomas legais distintos, dispendo sobre normas gerais: um primeiro, aplicável às administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados e Municípios – obedecido o disposto no art. 37, XXI da CR/88 –, exigência constitucional satisfeita com a edição, em 21 de junho de 1993, da Lei n. 8.666; e um segundo, relacionado às empresas públicas e sociedades de economia mista – nos termos do art.173, §1º, III da CR/88 –, ainda não editado.²²

¹⁸ “A obrigatoriedade decorre da aplicação direta do princípio em tela [princípio da sustentabilidade], tese facilitada após sua recente explicitação, que alterou o art. 3º da Lei de Licitações”. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. Belo Horizonte: Forum, 2011, p.90-91.

¹⁹ GRECA, Alcides. **Regimen legal de la construcción**. Buenos Aires: Zavalía, 1956, p.212.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

²² Embora não seja ponto pacificado – ressalvadas as hipóteses de decisões judiciais declaratórias da inconstitucionalidade de dispositivos da Lei n. 8.666/93 –, enquanto não for aprovada a lei mencionada pelo art. 173, §1º, parte considerável da doutrina entende que a licitação é exigida para contratos de obras, serviços, compras, alienações, concessões e permissões de serviços públicos, sendo obrigados a licitar, conforme determinação do parágrafo único, do art. 1º da Lei n. 8.666/93, todos os órgãos da Administração Pública Direta, os fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos da Lei de Licitação em vigor. O tema é polêmico e está em julgamento, na 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário – RE n. 441.280/RS – que discute, diante

Nos termos da Lei n. 8.666/93, destina-se a garantir a realização do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, devendo ser processada e julgada em conformidade com os princípios da impessoalidade, legalidade, igualdade, moralidade, probidade administrativa, publicidade, julgamento objetivo, vinculação ao instrumento convocatório e demais correlatos,²³ tendo relevância, para a análise proposta, o terceiro objetivo, incorporado à lei em 2010.

A Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010, inseriu como objetivo da licitação, no art. 3º da Lei n. 8.666/93, “a promoção do desenvolvimento nacional”, tendo a Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010,²⁴ acrescido o termo “sustentável”. O legislador incluiu, portanto, “a promoção do desenvolvimento nacional sustentável”, na literalidade da Lei nº 8.666/93, como novo objetivo do procedimento licitatório, em paridade com “a observância do princípio da isonomia” e a “seleção da proposta mais vantajosa para a Administração”, ambas já previstas pela redação originária.

Houve tentativa de supressão do referido objetivo do texto da Medida Provisória nº 495/2010, por meio de emenda, no Congresso Nacional, alegando-se excesso de amplitude do termo. No entanto, o acréscimo ao artigo 3º foi aprovado, fundamentado em dispositivos constitucionais²⁵ e na necessidade de adoção de medidas que agreguem ao “perfil de demanda do setor público diretrizes claras atinentes ao papel do Estado na promoção do desenvolvimento econômico e fortalecimento de cadeias de bens e serviços domésticos”.²⁶

da não aprovação da lei referida no art. 173, §1º, III da CR/88, a aplicação ou não do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, à Petróleo Brasileiro S.A – Petrobrás, sociedade de economia mista. O STF, entretanto, em várias decisões monocráticas, deferiu liminares à Petrobrás, em favor da utilização de seu próprio regulamento, suspendendo decisão do Tribunal de Contas da União que determinava a obediência das licitações da empresa às regras da Lei n. 8.666/93 (MS n.25.888/DF – Rel. Min. Gilmar Mendes; MS n. 25.986/DF – Rel. Min. Celso de Mello; MS 26.410/DF – Rel. Min. Ricardo Lewandowski; MS n. 26.783/DF – Rel. Marco Aurélio; MS n. 27.232/DF – Rel. Min. Luiz Fux; MS n. 27.743/DF – Rel. Min. Carmen Lúcia; MS n. 27.837/DF – Rel. Min. Carmen Lúcia).

²³ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 25 abr. 2012.

²⁴ BRASIL. Lei n. 12.349, de 15 de dezembro de 2010. Altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 dez. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm. Acesso em: 22 jul. 2012.

²⁵ Arts. 3º, 170, 174 e 219. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 01 ago.2011.

²⁶ Vide exposição de motivos contida na Mensagem nº 410/2010, enviada pelo Poder Executivo para respaldar as sugestões de alterações na Lei nº 8.666/93.

Parte da doutrina²⁷ entende ser imprecisa a afirmação de que o instituto da licitação deve ter como destinação a “promoção do desenvolvimento nacional”, porque pressuporia a adoção, pelo legislador, da sustentabilidade como motivo suficiente para a realização do certame. Entretanto, o que ressoa relevante com a inclusão desse novo objetivo da licitação, no texto legal, é a manifesta preocupação do legislador em ressaltar que o procedimento e, nomeadamente, o contrato administrativo são meios e não fins, na mesma linha hermenêutica concebida pela teoria da instrumentalidade do processo judicial.²⁸ Pensada pela via do devido processo legal constitucional e da própria instrumentalidade do procedimento, a licitação deve ser concebida como instrumento de efetivação do texto da Constituição de 1988, legitimando-se e lastreando-se na própria concepção de sustentabilidade.

Nessa linha, quando for a Administração Pública realizar licitação para suprimento de alguma necessidade, que o faça de forma que promova, além dos demais objetivos arrolados no art. 3º, também o desenvolvimento nacional sustentável,²⁹ mesmo que traga “ônus maiores para a Administração Pública [...]”³⁰: o novo objetivo tem caráter impositivo e deve ser perseguido em toda e qualquer licitação.

A inclusão textual de uma diretriz para o contrato administrativo e para o procedimento licitatório, voltada para a “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”, como objetivo e princípio da licitação, revela a necessidade de sopesamento das múltiplas dimensões no momento de escolha da proposta mais competitiva; durante a fiscalização da execução do contrato administrativo celebrado; e, finalmente, quando encerrado o contrato, com análise e controle dos resultados oriundos da relação negocial.

A “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” foi guindada à condição de objetivo da licitação – em verdade, à categoria ainda mais elevada, de princípio norteador do procedimento –, concedendo expresso amparo legal à sustentabilidade, na esteira da movimentação pós-moderna em que se insere a sociedade brasileira e, por conseguinte, o próprio Direito, a produção legislativa e a gestão pública.

²⁷ Nesse sentido, FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

²⁸ “Falar em *instrumentalidade do processo*, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem [...]. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que, através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: sociais, políticos e jurídico”. CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

²⁹ O art. 3º da Lei n. 8.666/93 sintetiza, no entendimento de Marçal Justen Filho, “o espírito da Lei, no âmbito da licitação. Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o intérprete deverá recorrer a esse dispositivo”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

³⁰ O autor entende que seria, inclusive, um novo princípio da licitação. FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.30.

A sustentabilidade inerente ao procedimento, hoje reafirmada pelo texto legal, estabelece diretrizes fundamentais para a atuação da Administração Pública – norteada pelas premissas da responsabilidade estendida, incorporação de meios e tecnologias ambientalmente renováveis, entre outras – bem como delinea e densifica aspectos concretos para a efetivação do novo preceito. Com a inserção dos parágrafos 5º ao 12, no art. 3º da Lei n. 8.666/93, foram criadas medidas como a instituição da “margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais” e definidos interesses passíveis de priorização, como aqueles previstos no §6º do art. 3º da Lei nº 8.666/93: geração de emprego e renda, efeito na arrecadação de tributos, desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, dentre outros.

O princípio da sustentabilidade, para não sofrer esvaziamento diante de sua ampliada densidade jurídico-conceitual, carece de aplicação com conformação própria, fornecendo balizamento ao caso concreto. Nessa perspectiva, a escolha da proposta mais competitiva, nos termos do objeto licitado, necessita orientar-se por premissas rigorosas, impostas pela legislação, igualmente densificadas em face da peculiaridade de cada caso.

O estímulo à fabricação de produtos sustentáveis, à utilização de energia limpa e ao desenvolvimento de tecnologias renováveis, especialmente aquelas compostas a partir de recursos locais, como álcool e biodiesel, é uma alternativa de configuração da ideia de sustentabilidade à realidade das licitações públicas em cada recorte local ou regional. Nessa mesma linha, corroborando a concepção de sustentabilidade social, o conceito de proposta mais vantajosa, quando da realização da licitação para escolha do melhor competidor para prestação de serviços ou execução de obras destinadas à Administração Pública, poderia abrigar, entre outros elementos, parâmetros inclusivos como a reserva de porcentagem de vagas de emprego para egressos do sistema prisional, ou o incentivo a outras formas de geração de emprego e renda.³¹

³¹ Nesse viés, está em tramitação, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n. 4.014/2012, para alteração da Lei n. 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, que "Institui o Fundo Nacional de Segurança Pública - FNSP, e dá outras providências", com o intuito de permitir aos municípios acesso aos recursos do FNSP, quando fizerem incluir, em suas licitações, dispositivo de reserva de vagas para apenados em regime aberto, semiaberto e egressos do sistema prisional. De forma similar, em 2010, o então Presidente do Conselho Nacional de Justiça – CNJ –, ministro Gilmar Mendes, assinou acordo com o governo federal e com o presidente do Comitê Organizador Brasileiro da Copa do Mundo de 2014, para a contratação de presos, ex-detentos e de adolescentes em conflito com a lei na execução de obras e serviços relacionados aos jogos, como parte do programa "Começar de Novo", que visa à ressocialização. O termo de cooperação estipula a inclusão, nos editais de licitação das obras e serviços públicos vinculados aos eventos, da exigência de que as empresas ganhadoras destinem 5% (cinco por cento) das vagas de trabalho a presos, egressos do sistema carcerário, pessoas que cumprem penas alternativas e adolescentes em conflito com a lei. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Presidente do CNJ assina acordo para garantir contratação de egressos do sistema prisional nas obras da Copa de 2014.** Notícia. 13 jan. 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8358:nomes-de-vitimas-nao-podem-constar-em-certidoes-decide-cnj&catid=1:notas&Itemid=169. Acesso em: 10 set. 2012.

Na dimensão ambiental – amparada, legalmente, pelo art. 3º da Lei n. 8.666/93 e, constitucionalmente, pelo art. 225 –, como tem corroborado a práxis administrativa brasileira,³²

a licitação sustentável é aquela em que, além dos critérios normalmente utilizados para a seleção de fornecedores por parte da Administração, se agregam a eles critérios que privilegiam produtos ou serviços que geram menos impactos negativos ao meio ambiente, tendo em vista todo o seu ciclo de vida.³³

A incorporação de sustentabilidade ao procedimento licitatório é necessária e deve ser lida com acuidade para evitar prejuízos à competitividade e dirigismos. A Lei n. 8.666/93 prevê requisitos taxativos, no art. 27 e seguintes, relativos à fase de habilitação, mas é possível estabelecer parâmetros de sustentabilidade, desde que guardem pertinência direta com o objeto e se adaptem ao tipo de licitação adotado. Quando se trata do tipo melhor técnica e técnica e preço, critérios sustentáveis poderão balizar a pontuação da proposta técnica, para além do preço. No tipo menor preço, entretanto, exigências de sustentabilidade somente serão aferíveis nos termos definidos no objeto da licitação: no julgamento da proposta, *in casu*, somente será avaliado o menor preço, conforme especificações do edital.

O instituto, portanto, necessita ser consolidado como instrumento garantidor da segurança jurídica e da supremacia do interesse público – relido, do ponto de vista administrativista, a partir do texto constitucional. Nesse sentido, para atender a critérios democráticos e sedimentar esteios de sustentabilidade e constitucionalidade, a licitação

³² Algumas iniciativas da União podem ser citadas como referenciais importantes no estabelecimento de critérios ambientalmente sustentáveis em licitações, como o Decreto n. 2.783, de 17 de setembro de 1998, que dispõe sobre proibição de aquisição de produtos ou equipamentos que contenham ou façam uso das Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio - SDO, pelos órgãos e pelas entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional; Decreto n. 5.940, de 25 de outubro de 2006, que institui a separação dos resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta, na fonte geradora, e a sua destinação às associações e cooperativas dos catadores de materiais recicláveis; Portaria n. 2, de 16 de março de 2010, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, que dispõe sobre as especificações padrão de bens de Tecnologia da Informação no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional; Instrução Normativa n. 1, de 19 de janeiro de 2010, que dispõe sobre critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. TORRES, Rafael Lopes. Licitações sustentáveis: sua importância e seu amparo constitucional e legal. **Interesse Público**, Belo Horizonte, Fórum, ano 14, n. 71, p. 219-242, jan./fev. 2012. Em Minas Gerais, o Decreto n. 45.815, de 15 de dezembro de 2011, regulamenta procedimento para o reconhecimento da sustentabilidade ambiental, social e cultural de eventos artísticos, técnicos e comemorativos, e o Decreto n. 44.903, de 24 de setembro de 2008, dispõe sobre a contratação de obras e serviços pela Administração Pública Estadual, que envolvam a aquisição direta e o emprego de produtos e subprodutos de madeira de origem nativa. Na mesma linha, o Governo mineiro concebeu a “Cartilha de Compras Sustentáveis”, uma orientação para o Projeto de Compras Públicas Sustentáveis que pretende qualificar as compras públicas sustentáveis no Estado, e o “Manual de Obras Sustentáveis”, disponibilizado pelo Sistema Estadual de Meio Ambiente.

³³ TORRES, Rafael Lopes. Licitações sustentáveis: sua importância e seu amparo constitucional e legal. **Interesse Público**, Belo Horizonte, Fórum, ano 14, n. 71, p. 219-242, jan./fev. 2012, p. 222.

tem de absorver os significados imersos na discursividade dos atores envolvidos e na ordem institucionalizada.³⁴

O direito discursivo e o poder democrático institucionalizado carecem de costura, via procedimento e argumentação, para a concessão de validade e controle social à tutela de direitos. O raciocínio jurídico precisa imbuir-se, para além dos ditames constitucionais, dos elementos de realidade que permeiam o tecido constitucional e seus vetores de democracia, para apreender o que está além da ordem e o que a legitima cotidianamente.³⁵

O paradigma de um novo Direito Administrativo e, por conseguinte, de um novo procedimento licitatório exige, nessa linha, gestão da eficácia constitucional. Deve ser construído sob o prisma do direito à boa administração, buscando a consolidação de uma arquitetura de conceitos e práticas voltadas para o desenvolvimento duradouro, sustentado no compartilhamento de responsabilidades e comprometido com o interesse público, compreendido e densificado a partir do amálgama de necessidades e direitos da Administração Pública, do particular contratado e da coletividade. Na célebre lição do professor Paulo Neves de Carvalho: “O Direito deve servir à vida; do contrário, ele não serve”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As transformações inerentes ao contexto pós-moderno, como visto, modificadoras do edifício social e do conjunto de institucionalidades reguladoras da realidade, impõem conformações e mutações dos esquemas tradicionais de estruturação e atuação do Estado. O arcabouço estatal deve ser lido como composição dotada de porosidade para sorver os desafios da atuação constitucionalizada e da doutrina administrativista na pós-modernidade, bem como a mutação dos fenômenos jurídico-sociais que compõem a miríade de interesses públicos, ao influxo de uma teia normativa complexa.

O princípio da sustentabilidade, nessa perspectiva, preconizador de uma multidimensionalidade estruturada, norteia o olhar sobre o fenômeno jurídico pelo viés da multidimensionalidade, permitindo ao Estado pós-moderno encampar as demandas amalgamadas para redesenhar-se à luz de uma nova configuração jurídica, política e social, constitucionalmente assegurada: a tessitura constitucional assume papel de relevo na tradução do próprio Direito, atuando como diretriz normativa legitimadora.

³⁴ Nesse sentido, ver FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**: uma arqueologia das ciências humanas. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

³⁵ COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da. Anthropology and Law: Dialogue for Otherness In: 25th IVR World Congress, 2011. **Anais...** Frankfurt: Frankfurt: Goethe University Frankfurt am Main, 2012.

Nessa linha, demanda o procedimento licitatório, especialmente após a alteração legislativa implementada pela Lei n. 12.349/2010, que acresceu o termo “sustentável” aos objetivos da licitação, elencados na Lei n. 8.666/93, releitura voltada para a instrumentalidade do instituto.

A alteração textual da Lei de Licitações, para inclusão da sustentabilidade como diretriz do contrato administrativo e do procedimento licitatório – alteração meritória, mas não necessária, dada a nova concepção de hermenêutica constitucional e o embasamento principiológico do ordenamento jurídico moderno – evidencia a preocupação do legislador pátrio com a necessidade de sopesamento de valores essenciais às dimensões dos fenômenos jurídico-sociais, assimilando premissas do contexto pós-moderno e da tendência de reavaliação das bases conceituais do Direito Administrativo, e orientando as escolhas administrativas pela principiologia assimilada nos textos constitucionais e pela cambiância do fenômeno social.

A incorporação da sustentabilidade ao procedimento licitatório, recorte proposto, implica aprimoramento do processo jurídico, político e administrativo de tomada de decisão: a escolha sustentável do licitante mais apto, a fiscalização pautada por esteios de sustentabilidade e o encerramento contratual condizente com o amálgama das dimensões sustentáveis aumentam a eficiência e o controle de resultados nascidos de uma procedimentalização democrática.

Como já constatado, o Direito, deve ser capaz de responder à multidimensionalidade e à complexidade que perpassa o fenômeno jurídico, carecendo o instituto licitatório de ressignificação para ultrapassar o patamar de mera guardadora do patrimônio público e possibilitar a reconfiguração da própria concepção de isonomia entre os interessados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Guia Prático de Licitações Sustentáveis da Consultoria Jurídica da União no Estado de São Paulo**. 2. ed. Disponível em: http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=138067&ordenacao=1&id_site=777.

BACCI, Ênio. **Projeto de Lei n. 4.014, de 05 de junho de 2012**. Altera a Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, que "Institui o Fundo Nacional de Segurança Pública - FNSP, e dá outras providências", para permitir aos municípios acesso aos recursos do FNSP, quando fizerem incluir, em suas licitações, dispositivo de reserva de vagas para apenados em regime aberto, semiaberto e egressos do sistema prisional. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=547023>. Acesso em: 06 set.2012.

BERMAN, Marshall. **Tudo que é Sólido Desmancha no Ar**: a aventura da modernidade. Tradução Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 01 ago.2011.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 jul. 2012.

BRASIL. Lei n. 12.349, de 15 de dezembro de 2010. Altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 dez. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm. Acesso em: 22 jul. 2012.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Presidente do CNJ assina acordo para garantir contratação de egressos do sistema prisional nas obras da Copa de 2014. 13 jan. 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8358:nomes-de-vitimas-nao-podem-constar-em-certidoes-decide-cnj&catid=1:notas&Itemid=169. Acesso em: 10 set. 2012.

COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da. Anthropology and Law: Dialogue for Otherness In: 25th IVR World Congress, 2011. **Anais...** Frankfurt: Goethe University Frankfurt am Main, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FAGÚNDEZ, Paulo R. A. **O Direito e a Hipercomplexidade**. São Paulo: LTr, 2003.

FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**: uma arqueologia das ciências humanas. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GOVERNO DE MINAS GERAIS. **Cartilha de Compras Sustentáveis do Governo de Minas Gerais**. 2010. Disponível em: http://www.descomplicar.mg.gov.br/downloads/doc_details/24-cartilha-de-compras-sustentaveis-do-governo-de-minas-gerais. Acesso em: 10 set. 2012.

GOVERNO DE MINAS GERAIS. **Manual de Obras Públicas Sustentáveis**. 2008. Disponível em: <http://www.ief.mg.gov.br/noticias/1/785-sisema-disponibiliza-manual-de-obras-publicas-sustentaveis>. Acesso em: 10 set. 2012.

GRECA, Alcides. **Regímen legal de la construcción**. Buenos Aires: Zavalía, 1956.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e Reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativistas. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS. Decreto n. 45.815, de 15 de dezembro de 2011. Regulamenta procedimento para o reconhecimento da sustentabilidade ambiental, social e cultural de eventos artísticos, técnicos e comemorativos. **Diário Oficial de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 12 dez. 2012. Disponível em: www.almg.gov.br. Acesso em: 30 ago.2012.

MINAS GERAIS. Decreto n. 44.903, de 24 de setembro de 2008. Dispõe sobre a contratação de obras e serviços pela Administração Pública Estadual, que envolvam a aquisição direta e o emprego de produtos e subprodutos de madeira de origem nativa. **Diário Oficial de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 25 set. 2008. Disponível em: www.almg.gov.br. Acesso em: 30 ago.2012.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública**: segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PIRES, Maria Coeli Simões. Transparência e responsabilidade na gestão pública. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, ano XXIX, v.81, n. 4, p.60 - 74, out./Nov./dez/ 2011.

TORRES, Rafael Lopes. Licitações sustentáveis: sua importância e seu amparo constitucional e legal. **Interesse Público**, Belo Horizonte, Fórum, ano 14, n. 71, p. 219-242, jan./fev. 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para Ampliar o Cânone Democrático. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SEN, Amartya. **A Idéia de Justiça**. São Paulo: Cia das Letras, 2011.