

ano 13 - n. 52 | abril/junho - 2013  
Belo Horizonte | p. 1-256 | ISSN 1516-3210  
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

---

Revista de Direito  
ADMINISTRATIVO &  
CONSTITUCIONAL

A&C

---

# A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

## IPDA

Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo



© 2013 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 16º andar - Funcionários  
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil  
Tel.: 0800 704 3737  
www.editoraforum.com.br  
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Supervisão editorial: Marcelo Belico  
Revisão: Crísthiane Maurício  
Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo  
Lucieni B. Santos  
Marilane Casorla  
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região  
Capa: Igor Jamur  
Projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

Impressa no Brasil / Printed in Brazil  
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados  
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11,  
(jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral  
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá  
em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342  
CDU: 342.9

### Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

**Diretor-Geral**  
Romeu Felipe Bacellar Filho

**Diretor Editorial**  
Paulo Roberto Ferreira Motta

**Editores Acadêmicos Responsáveis**  
Ana Cláudia Finger  
Daniel Wunder Hachem

#### **Conselho Editorial**

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovís Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

#### **Homenagem Especial**

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)  
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)  
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)  
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)  
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)  
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

# Sustentabilidade dos contratos administrativos

## Juarez Freitas

Professor Titular do Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Professor Associado de Direito Administrativo da UFRGS. Presidente do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público. Pesquisador nas Universidades de Oxford, Columbia e Pós-Doutorado na Universidade Estatal de Milão. Membro do Conselho Nato, tendo sido Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Advogado, Consultor e Parecerista. Medalha Pontes de Miranda, em 2011, da Academia Brasileira de Letras Jurídicas pela obra *Sustentabilidade: direito ao futuro*.

---

**Resumo:** A contratação pública sustentável tornou-se obrigatória em nosso sistema administrativo. Não se trata de matéria de opção política ou de mera conveniência. O contrato precisa cumprir, harmonicamente, as funções ambientais, econômicas e sociais, sob pena de ilicitude. Aqui, propõe-se o teste tríplice de sustentabilidade para auxiliar o controle dinâmico dos contratos administrativos, segundo o novo paradigma.

**Palavras-chave:** Sustentabilidade. Contratos administrativos. Teste tríplice.

**Sumário:** 1 Introdução – 2 Sustentabilidade e contratações públicas – Conclusões

---

## 1 Introdução

Afirma-se gradativamente o novo paradigma das contratações públicas, segundo o qual, para além das funções éticas, econômicas e sociais, os ajustes devem desempenhar, a contento, funções vitais de equilíbrio ecológico, via indução de padrões sustentáveis de consumo e produção. Esse dever descende do imperativo constitucional de endereçar as condutas administrativas, sem exceção, para o desenvolvimento durável, o único capaz de promover sinergicamente os direitos fundamentais de gerações presentes e futuras.

É certo asseverar, sem liame com a doutrina das “cláusulas exorbitantes”, a compulsoriedade das cláusulas de função ambiental nos contratos administrativos, conjugadas às demais que limitam e regulam a liberdade geral de contratação. Nos contratos administrativos, a eficácia direta da sustentabilidade vincula.

Daí brota o completo redesenho do modelo atual de contratação pública, de maneira a introduzir, vedado qualquer direcionamento, as métricas capazes de propiciar uma ponderação acurada dos custos e benefícios globais, sem rendição aos tradicionais vieses imediatistas que impedem o sensato sopesamento. Nesse prisma, a decisão de licitar, em si, já se mostra passível de pleno escrutínio: cumpre perquirir, de plano, se a decisão de realizar o certame, em tempo e lugar, encontra-se consistentemente motivada, ou se merece a pronta rejeição, seja por reforçar falha de mercado, seja por acarretar dano inaceitável.

A seguir, impõe-se avaliar se o contrato é a melhor opção, à vista do potencial dos projetos alternativos. Ao longo do processo (desde a tomada da decisão até a implementação do ajuste), o princípio aparece na sua faceta deontológica. Não se trata de simples faculdade (exposta aos juízos transitórios de conveniência e oportunidade), tampouco de panfletismo ilustrado ou modismo passageiro, como objeta o conservadorismo inercial, confinado ao enviesamento do “status quo”.<sup>1</sup>

Crucial que, em toda contratação administrativa, o Estado-Administração materialize as políticas constitucionalizadas, no intuito de exercer a precípua função indutora de práticas salutares de produção e consumo, a par da função isonômica, que veda discriminação negativa e direcionamento.

Sem mora, então, as licitações e contratações públicas serão efetuadas e controladas, em conformidade com a diretriz intertemporal das escolhas<sup>2</sup> propícias ao desenvolvimento duradouro,<sup>3</sup> de ordem a depurar as cores, ora cinzentas, da gestão pública. Mais do que “verde”, quer-se o robusto incentivo a comportamentos favoráveis ao ambiente limpo e ao consumo sustentável,<sup>4</sup> com a equidade inclusiva das várias gerações e adequada representação do futuro.

<sup>1</sup> Vide William Samuelson e Richard Zeckhauser in “Status Quo Bias in Decision Making”, *Journal of Risk and Uncertainty*, 1988, 1, p. 8.

<sup>2</sup> Vide Shane Frederick, George Loewenstein e Ted O’Donoghue in “Time Discounting and Time Preference: a Critical Review”, *Journal of Economic Literature*, p. 351-401, v. 40, n. 2, 2002.

<sup>3</sup> Vide *Relatório do Desenvolvimento Humano 2013: a ascensão do Sul: progresso humano num mundo diversificado*. PNUD, 2013. p. 68: “Outra característica dos Estados orientados para o desenvolvimento é a prossecução de políticas industriais com vista a corrigir problemas de coordenação e externalidades através da ‘gestão’ de vantagens comparativas”.

<sup>4</sup> A transformação do estilo destrutivo de vida para o estilo sustentável demanda, ainda que não exclusivamente, a atuação incisiva, formal e informal, do Poder Público. Sobre estratégias que levam a mudanças de estilo de vida e o papel do governo, vide, por exemplo, Kate Power e Oksana Mont in “The Role of Formal and Informal Forces in Shaping Consumption and Implications for Sustainable Society: Part II”, *Sustainability and Consumption*, 2, p. 2587, 2010: “We need a shift at the societal level from our current — normal way of life to a sustainable — normal way of life — and it is governments who can lead this best, rather than relying on the hope that if we give individuals enough information, they will choose to go against the mainstream and start living sustainably. We need to focus on changing the concept of a normal lifestyle for most people, rather than on changing the individual behaviors of individual people”.

Segundo tal perspectiva, eis as premissas centrais do presente estudo:

- a) a sustentabilidade, no sistema brasileiro, é princípio de estatura constitucional (CF, arts. 3º, 225, 170, VI), incidente no âmbito do sistema administrativo, de sorte a alterar os seus pressupostos e a se converter na mais provável e expressiva fonte de inovação. O conceito de sustentabilidade, aqui defendido, é o de princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador e ético no intuito de assegurar, no presente e no futuro, o direito fundamental ao bem-estar;
- b) entre outras ferramentas disponíveis (tais como a tributação e a regulação), as contratações administrativas, com a observância justificada de padrões sustentáveis, contribuirão — e muito — para internalizar as externalidades, conferindo primazia fática e jurídica para as escolhas propiciatórias do bem-estar das gerações presentes, sem impedir que as gerações futuras possam produzir o seu próprio bem-estar (cerne do princípio em apreço);
- c) apesar de pontuais relutâncias e mapeadas distorções cognitivas, o controle das licitações e contratações públicas pode imediatamente operar, mediante modelos paramétricos e estimativas seguras dos custos diretos e indiretos (externalidades), na ciência de que o melhor preço será aquele que estiver associado aos menores impactos e, concomitantemente, aos maiores benefícios globais. Logo, não cabe o primado simplista do menor preço.

Com base nessas ideias de fundo, postula-se, nas linhas que seguem, o aperfeiçoamento sem precedentes da teoria geral dos contratos administrativos.

## 2 Sustentabilidade e contratações públicas

### 2.1 Princípio da sustentabilidade – Nova filosofia de contratações públicas

Desde logo, convém fixar os principais acordos semânticos: licitações sustentáveis são vistas como certames que, com isonomia, efetuam a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, motivadamente ponderados os

custos e benefícios, diretos e indiretos, sociais, econômicos e ambientais.<sup>5</sup> Por sua vez, os contratos administrativos sustentáveis são concebidos como ajustes que a Administração Pública celebra com terceiros, cujos benefícios globais excedem os custos diretos e indiretos, induzindo racionais padrões de produção e consumo compatíveis com o desenvolvimento duradouro.

Quando alguns resistem a tais noções, nada mais fazem do que expressar a crença distorcida de que a preservação de bens e serviços ecossistêmicos<sup>6</sup> acarretaria efeitos destemperados. Reação típica de quem precisa rever os conceitos, porquanto, uma vez assimilada corretamente, a sustentabilidade revela-se, ao contrário, franca aliada de resultados sistemicamente positivos, inclusive econômicos. Por exemplo, o emprego de material altamente inflamável para isolamento acústico, ainda que represente o menor preço no curto prazo, revela-se trágico erro econômico, além de ético e ambiental. Ou seja, bem pensada, a sustentabilidade combina com a abordagem econômica, embora a transcenda.

Adicionalmente, impende grifar que o desenvolvimento duradouro é funcionalmente multifacetado: social, ambiental, econômico, ético e jurídico-político. Tais dimensões precisam ser promovidas de forma integrada, a despeito dos vieses políticos que embaraçam a percepção daquilo que é, sem dúvida, inaceitável e precisa ser banido.

Certo que se mostra possível, na maior parte das vezes, perceber, com nitidez, o que é — e o que não é — sustentável.<sup>7</sup> Para ilustrar: é inequívoca a insustentabilidade de efetuar aquisição de veículos sem considerar os impactos sobre a saúde pública e a eficiência energética. É incontroversa a insustentabilidade de contratar usinas e impedir que elas funcionem, por carência de distribuição. É indubitosa a insustentabilidade de combater a inflação, mediante táticas anacrônicas de congelamento de tarifas, desequilibrando contratos, em lugar de reduzir gargalos estruturais e de ampliar a produtividade. É solarmente insustentável que persista o trabalho escravo. É insustentável que a madeira ilegal continue a ser utilizada. É insustentável o prédio funcionar sem alvará ou sem vistoria periódica, capaz de detectar, em tempo útil, falhas que costumam ser fatais.

<sup>5</sup> Vide Juarez Freitas in *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 257.

<sup>6</sup> Vide Paul H. Ehrlich e Anne H. Ehrlich in *O animal dominante: evolução humana e meio ambiente*. São Paulo: Leopardo, 2010. p. 168: “Para mencionar apenas alguns exemplos, sem reservas de variabilidade genética nas cepas selvagens das nossas sementes comerciais, acharíamos difícil ou até impossível manter uma produção agrícola. Sem polinizadores nossas dietas mudariam dramaticamente, para pior; sem inimigos naturais das pragas agrícolas, logo morreríamos todos de fome”.

<sup>7</sup> Não por acaso, o teste de sustentabilidade (desdobrado em tópico específico) assemelha-se ao da proporcionalidade.

Como se observa, sofismas à parte, é perfeitamente viável saber o que é sustentável e por onde começar, identificando os modelos disfuncionais de contratação,<sup>8</sup> que provocam mais custos do que valor agregado, conquanto possam gerar enganoso surto de crescimento episódico. Bem por isso, o contrato administrativo tem de estar preordenado, de um lado, para não permitir a continuidade de padrões inconsequentes<sup>9</sup> de consumo<sup>10</sup> e, de outro, para observar, de modo diligente, as funções ambientais, sociais e econômicas, as quais não negam a autonomia privada, porém exigem a superação da tragédia dos comuns.<sup>11</sup>

Para ilustrar, a contratação de logística terá, doravante, de ser efetuada de maneira que o fluxo de materiais, serviços e informações respeite os parâmetros comparativos de bens e serviços à vista dos impactos sociais, econômicos e ambientais. Quer dizer, não apenas se impõem práticas eficientes, mas o inédito controle do ciclo de vida dos bens e serviços, coisa que exige recapacitação para conceber e fiscalizar contratações sustentáveis.<sup>12</sup>

Nesse contexto, a contratação sustentável<sup>13</sup> avulta como um dos instrumentos irrenunciáveis para controlar a produção, a comercialização e o emprego

<sup>8</sup> Vide, sobre a funcionalização, no campo privado, Pietro Perlingieri in *Perfis do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 117. No campo contratual, na órbita privada, segundo o Código Civil, art. 421, a funcionalização limita, por assim dizer, a liberdade de contratar. Não se trata de funcionalização autoritária ou exorbitante, mas motivada e plausível. A liberdade de contratar do Estado, por sua vez, encontra-se vinculada ao plexo de princípios regentes das relações de administração. Sustentabilidade, em suma, é a negação de qualquer arbitrariedade associada aos vieses habituais, que não conseguem assumir os custos, no presente, das iniciativas duradouramente benéficas.

<sup>9</sup> Vide Stephan Meier e Charles Sprenger in "Present-Biased Preferences and Credit Card Borrowing", *American Economic Journal – Applied Economics*, v. 2, n. 1, p. 193-210, 2010. Observam: "The finding that directly measured present bias correlates with credit card borrowing gives critical support to behavioral economics models of present-biased preferences in consumer choice. This paper opens up a number of avenues for future research".

<sup>10</sup> Vide, para exemplificar políticas voltadas para o consumo sustentável, Gerd Scholl, Frieder Rubik, Harri Kalimo, Katja Biedenkopf e Ölöf Söebeck in "Policies to promote sustainable consumption: Innovative approaches in Europe", *Natural Resources Forum, Special Issue – Sustainable consumption and production*, v. 34, Issue 1, Feb. 2010, p. 39-50.

<sup>11</sup> Vide, sobre a tragédia dos comuns, James Salzman e Barton Thompson Jr in *Environmental Law and Policy*. 3<sup>rd</sup> ed. New York: Foundation Press, 2010. p. 19: "individual rational behavior is collectively deficient. Individual's personal incentives work against the best long-term solution".

<sup>12</sup> Vide Instrução Normativa nº 10, de 2012, da SL do Ministério do Planejamento, art. 2º.

<sup>13</sup> Em linha com a obrigatoriedade aqui defendida, vide, por exemplo, o programa de gestão ambiental da Procuradoria Geral da República, notadamente em termos de licitações in: <<http://pga.pgr.mpf.gov.br/pga/licitacoes-verdes>>. Vide o Guia Prático das Licitações Sustentáveis in <<http://www.agu.gov.br>>. Vide o Guia de Compras Públicas Sustentáveis pela Administração Federal in: <<http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br>>, com ênfase para o ciclo de vida dos produtos (p. 10, 32, 59), rotulagem ambiental (p. 36) e medição do valor econômico ambiental (p. 64). Vide, ainda, Luciana S. Betiol, Thiago H. K. Uehara, Florence K. Laloë, Gabriela A. Appugliese, Sérgio Adeodato, Lígia Ramos e Mario P. Monzoni Neto in *Compra sustentável*. São Paulo: Programa Gestão Pública e Cidadania, 2012.



de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a qualidade de vida.<sup>14</sup> O que demanda uma gestão pública que consiga ver não apenas o que quer ver, senão aquilo que tem de ver, no embate crítico entre a racionalidade e a disseminada toxificação do planeta.<sup>15</sup>

Vedado o regresso, a sustentabilidade, em consórcio indissolúvel com os demais princípios,<sup>16</sup> vincula, com eficácia negativa, a discricionariedade. No limite, a obra ineficiente, o serviço nefasto e o produto nocivo compõem o quadro de condutas ilícitas, uma vez que violadoras do princípio. Por outras palavras, não se admite a liberdade contratual para descumprir a função ambiental, social e econômica dos contratos administrativos.<sup>17</sup> Parafraçando o art. 421 do Código Civil, a liberdade de contratação administrativa só poderá ser exercida “em razão e nos limites” da sustentabilidade.

Nessa chave, concebe-se a proposta mais vantajosa como aquela que se apresentar apta a produzir, direta ou indiretamente, o menor impacto negativo e, simultaneamente, os maiores benefícios econômicos, sociais e ambientais. Desse modo, o sistema brasileiro de avaliação de custos terá de ser inteiramente reformulado, no intuito de abrigar considerações de adaptação, precaução e prevenção, bem como a projeção de dispêndios futuros em face dos previsíveis impactos deletérios das decisões administrativas.

Portanto, ao licitar e celebrar contratos, não se podem mais ignorar, candidamente, as externalidades das escolhas administrativas. Tome-se, a propósito, o quadro emblemático dos contratos de manutenção: um dos erros crassos tem sido o de não perceber que a manutenção tem de obedecer uma lógica de longo prazo, escolhido necessariamente o material mais duradouro. Na lógica dominante, o contratado tende a fazer simples remendos, de sorte que logo reaparecem os defeitos, exigindo novas e onerosas contratações de breve duração. Evidencia-se, nessa matéria, a péssima arquitetura reinante das contratações públicas: o menor preço imediato revela-se insofismavelmente o pior preço, a médio prazo.

---

<sup>14</sup> Vide CF, art. 225, §1º, V.

<sup>15</sup> Vide Paul H. Ehrlich e Anne H. Ehrlich in *O Animal dominante: evolução humana e meio ambiente*, *op. cit.*, p. 212.

<sup>16</sup> Trata-se — convém reiterar — de diretriz vinculante e de pronta concretização administrativa, jurisprudencial e legislativa, que se encontra entrelaçado aos demais princípios, e que guarda sinergia, por exemplo, com o princípio do poluidor-pagador, tema que refoge do presente trabalho.

<sup>17</sup> Vide o art. 421, do Código Civil, segundo o qual a liberdade será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Em contrapartida, a contratação sustentável será apenas aquela capaz de eleger o contratado com base no sopesamento de custos e benefícios, contemplando a manutenção (e ampliação gradativa de capacidade, quando cabível), em horizonte temporal prolongado. Com efeito, importa reconhecer, em nome da judiciosa calculabilidade, que o custo de investir no controle do uso racional de recursos significa investimento de “x”, todavia proporciona, ao longo do tempo, economia da ordem de várias vezes “x”, além do mais importante — e irredutível à precificação — acréscimo em qualidade de vida.

Cabe, além disso, ao Estado-Administração encorajar o campo de convergência para que os fornecedores e prestadores de serviços comecem a se tornar estritamente vigilantes quanto ao ciclo de vida<sup>18</sup> dos produtos — desde a obtenção das matérias-primas e dos insumos, passando pelo processo produtivo e consumo até a disposição final ou pós-consumo. Novamente, não se trata de simples predileção do administrador, porém de incontornável obrigação legal e constitucional, ainda seriamente negligenciada.

Note-se, de passagem, que a Lei de Resíduos Sólidos<sup>19</sup> consagra, de modo categórico, o princípio do desenvolvimento sustentável (art. 6º, IV) e estabelece a prioridade (art. 7º, XI), nas aquisições e contratações administrativas, para produtos reciclados ou recicláveis e para bens, serviços e obras que correspondam a parâmetros de baixo carbono. Prioridade, no enunciado normativo, não se coaduna com a singela indicação de preferência.<sup>20</sup> De fato, a adoção de política voltada à ecoeficiência (no sentido de obter mais com menos recursos naturais) é cogente, não simples escolha escrava de supostos juízos discricionários.

Nesse passo, considerem-se as seguintes aplicações do novo modelo de conceber e implementar licitações e contratações administrativas: 1. Os edifícios públicos passarão a ser construídos com finalidade sustentável, não apenas com a adoção de tecnologias “verdes”, sob pena de antijuridicidade. Impõe-se, ainda, que tais edifícios operem, sempre que possível, como autênticas microusinas de energias renováveis, com a distribuição da energia excedente;<sup>21 22</sup> 2. As merendas

<sup>18</sup> Vide Lei nº 12.305, de 2010, art. 3º, IV, sobre o ciclo de vida do produto.

<sup>19</sup> Vide, novamente, Lei nº 12.305, de 2010.

<sup>20</sup> Por sua vez, o Código Florestal (Lei nº 12.651, de 2012), a despeito de retrocessos, explicita regras de controle de origem dos produtos florestais (arts. 35, 36 e 37), as quais não podem ser desconsideradas no âmbito das licitações públicas. Faz-se inadiável evitar a concorrência predatória e desleal das madeireiras ilegais ou fraudulentamente “legais”.

<sup>21</sup> Vide Resolução Normativa nº 482, de 2012, da Aneel, sobre condições gerais para o acesso de microgeração e minigeração distribuída aos sistemas de distribuição de energia elétrica.

<sup>22</sup> Vide, a propósito de energias renováveis na Alemanha, Jeremy Rifkin in *The Third Industrial Revolution: how Lateral Power Is Transforming Energy, the Economy, and the World*. New York: Palgrave Macmillan, 2011.

escolares não apenas deverão ser oferecidas com a preferência de ingredientes ofertados pelos fornecedores locais, senão que serão compostas de alimentos isentos de venenos e cancerígenos;<sup>23</sup> 3. A contratação para a construção em área contaminada simplesmente não será tolerada, a menos que se proceda completa descontaminação prévia; 4. Os projetos básicos e executivos, para a contratação de obras e serviços de engenharia, estarão, desde logo, obrigados a contemplar opções redutoras dos custos de manutenção e operacionalização, não apenas os de construção; 5. Os veículos adquiridos pelo Poder Público terão de figurar entre os menos poluentes, não mais tolerada a emissão em níveis nocivos de elementos tóxicos: a preferência recairá sobre veículos que adotem rigorosos controles, no intuito de enfrentar a poluição do ar que, nos grandes centros urbanos, assume proporções alarmantes;<sup>24</sup> 6. Aprofundar-se-á a sindicabilidade das políticas de mobilidade urbana, em face do caráter mandatório da prioridade ao transporte público<sup>25</sup> <sup>26</sup> e do incremento de outros modais de transportes (ferrovias e hidrovias), haja vista a saturação insofismável do modal rodoviário.<sup>27</sup> Como se afigura incontendível, o trânsito, sobretudo nas metrópoles,<sup>28</sup> é estressante testemunho da negligência crônica de planejamento sistêmico. Nesse prisma, não remanesce espaço para a discricionariedade administrativa pura, após ter sido a sustentabilidade incorporada vigorosamente à Lei de Mobilidade Urbana, desdobrada em regras categóricas; 7. Em termos de compras sustentáveis,<sup>29</sup> a Administração Pública fornecerá modelo inspirador de

<sup>23</sup> Vide a experiência de Itaipu, no Programa Cultivando Água Boa, em parceria com os Municípios lindeiros ao lago, com avanços significativos em projetos de educação ambiental e agricultura.

<sup>24</sup> Comprovadamente, milhares de mortes acontecem, a cada ano, com o nexo causal diretamente formado pela contaminação do ar.

<sup>25</sup> Vide o Comunicado do IPEA nº 113, Poluição Veicular Atmosférica, setembro de 2011, p. 24, que aposta em alternativas tecnológicas limpas e, em lugar de políticas contraditórias que favorecem o transporte individual, postula a prioridade do transporte coletivo. Ora, a partir do advento da Lei de Mobilidade Urbana, em 2012, o sistema jurídico consagrou tal perspectiva.

<sup>26</sup> Vide Nicholas Stern in *The Global Deal*. New York: Public Affairs, 2009, p. 120: "Transport and urban design policies must change [...]". Insiste, com acerto, no reconhecimento de que a emissão de gases de efeito estufa é uma falha de mercado (p. 11).

<sup>27</sup> Vide, sobre o sistema intermodal, Sérgio Besserman, José Eli da Veiga e Sérgio Abranches in *Brasil pós-crise* (Fábio Giambiagi e Octavio de Barros (Org.)). Rio: Campus, 2009. p. 320).

<sup>28</sup> Algumas cidades já fazem esforço meritório para vencer gargalos, como Copenhague e Oslo. Em toda parte, porém, requer-se acentuada mudança de concepção e planejamento dos centros urbanos, muitos dos quais verdadeiramente impróprios para a vida saudável.

<sup>29</sup> Vide Luciana Stocco Betiol, Thiago Hector Kanashiro Uehara, Florence Karine Laloë, Gabriela Alem Appugliese, Sérgio Adeodato, Lígia Ramos, Mario Prestes Monzoni Neto in *Compra sustentável*, op. cit.

consumo,<sup>30</sup> passível de aferição continuada em auditorias operacionais.<sup>31</sup> Dito de outro modo, a partir do levantamento de opções sustentáveis,<sup>32</sup> conferir-se-á atenção ao ciclo de vida dos bens, adquirindo somente o necessário e zelando pela qualidade de origem e destinação. Ou seja, a gestão de fornecedores e suprimentos, tecnicamente habilitada,<sup>33</sup> será aquela que incrementar as compras segundo matizada equação de custo-benefício, que leve em conta externalidades e custos indiretos, não em abstrato, mas em consonância com métricas objetivas.

Como se constata, em todas as aplicações mencionadas, o sopesamento cauteloso dos custos diretos e indiretos converte-se em requisito essencial de contratações sustentáveis, entendidas como aquelas que (i) conferem efetiva prioridade a produtos, obras e serviços que empreguem recursos, ao máximo possível, livres de componentes tóxicos, perigosos ou nocivos e (ii) causem o menor impacto, no tocante às externalidades negativas.<sup>34</sup>

Dito isso, reitere-se a obrigação (constitucional e legal) de efetuar escolhas intertemporalmente consistentes e não arbitrárias,<sup>35</sup> nos contratos administrativos, capazes de promover o bem-estar das gerações presentes, sem inviabilizar o bem-estar das gerações futuras, cujos direitos fundamentais são, desde logo, reconhecidos como dotados de plena carga eficaz.

---

<sup>30</sup> Vide Gerd Scholl, Frieder Rubik, Harri Kalimo, Katja Biedenkop e Ólöf Söebeck in "Policies to promote sustainable consumption: innovative approaches in Europe", *Natural Resources Forum*, v. 34, p. 39-50, fev. 2010.

<sup>31</sup> Vide, por exemplo, o Acórdão nº 1.752/2011, do TCU.

<sup>32</sup> Vide Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Guia de compras públicas para a administração federal. p. 58-67. Disponível em: <<http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/wp-content/uploads/2010/06/Cartilha.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2013. Vide, ainda, *Guia prático de licitações sustentáveis da Consultoria Jurídica da união no Estado de São Paulo*. São Paulo: AGU, 2011.

<sup>33</sup> Vide o *Guia de inclusão de critérios de sustentabilidade nas contratações da justiça do trabalho*. Brasília: CSJT, 2012.

<sup>34</sup> Nessa linha, crucial induzir (um dos papéis da contratação sustentável), a inibição dramática do uso de produtos ambientalmente nocivos como o diesel que libera enxofre além do tolerável. Não há, aqui, espaço para sofisma.

<sup>35</sup> Vide Timothy Edincott in *Administrative Law*. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford University Press, 2011. p. 7: "A decision is arbitrary (and therefore contrary to the rule of law), if it is one that other institutions can identify as not responding to the relevant considerations".

## 2.2 Nas contratações administrativas, o Estado tem de ser eficaz e (eco)eficiente, previdente e precavido na proteção do conjunto dos direitos fundamentais das gerações presentes e futuras, consoante métricas, indicadores e parâmetros de sustentabilidade

Assentado o ponto sobre a obrigatoriedade incontornável das contratações administrativas sustentáveis (sem descartar estratégias complementares), impõe-se reconhecer que o controle mais relevante dos atos, procedimentos e contratos administrativos passa a ser o da eficácia intertemporal (numa releitura do art. 74 da CF), em lugar da mera eficiência utilitária (CF, art. 37), às vezes de fachada.

A eficiência, em situações paradoxais, só produz mais rapidamente o insustentável, como atesta o famoso “paradoxo de Jenvons”.<sup>36</sup> Daí se cogitar mais propriamente de ecoeficiência, em consórcio com o princípio da eficácia (mandamento de obtenção de resultados e processos consistentes e coerentes, a longo prazo, não apenas aptidão de produzir efeitos no mundo jurídico).

Regras para isso não faltam. Podem ser catalogadas em três grandes grupos: (i) regras legais; (ii) regras administrativas, decorrentes do poder regulamentar e (iii) regras inferíveis do sistema, que servem para colmatar eventuais lacunas ou suprir a carência de disposição explícita.

No grupo de regras legais, figura, com primazia cronológica, a Lei de Mudanças Climáticas.<sup>37</sup> Esse diploma determinou, com louvável ousadia precursora, a adoção de providências que estimulem, de modo indelével,<sup>38</sup> o incremento inovador de processos e tecnologias, destinados a contribuir para a economia do baixo carbono, com o estabelecimento de preferência, nas licitações, para as propostas que gerem maior economia de recursos naturais.<sup>39</sup>

Outro enunciado normativo digno de nota foi incorporado à Lei de Licitações,<sup>40</sup> ao estatuir que o certame, além da isonomia, destina-se a garantir “a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável”. Quer dizer, a isonomia e a sustentabilidade

<sup>36</sup> Vide William Stanley Jevons in *The Coal Question*. Londres: MacMillan, 1866.

<sup>37</sup> Vide Lei nº 12.187/2009.

<sup>38</sup> Vide, a propósito, as recomendações do TCU, em auditoria operacional sobre políticas públicas e mudanças climáticas, in TC 026.061/2008-6, Acórdão nº 2.462/2009.

<sup>39</sup> Vide Lei nº 12.187/2009, art. 6º, XII.

<sup>40</sup> Vide Lei nº 12.349, de 2010, que alterou o art. 3º, da Lei de Licitações. Vide Jessé Torres Pereira Junior in *Desenvolvimento sustentável: a nova cláusula geral das contratações públicas brasileiras*. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, p. 71, maio/jun. 2011.

tornaram-se princípios de aplicação conjunta e indissociável. Curiosamente, a polêmica Lei do Regime Diferenciado de Contratações<sup>41</sup> reprisa que as licitações precisam guardar conformidade com o desenvolvimento sustentável e, mais do que isso, fixa a diretriz da “maior vantagem para a Administração Pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância”. Mas não só: o diploma permite, na contratação de obras e serviços, a remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, consoante metas de sustentabilidade. E, como se não bastasse, dispõe que o julgamento pelo menor preço ou menor desconto terá de considerar o menor dispêndio, realçando que os custos indiretos terão de ser computados na determinação do dispêndio.

Entretanto, o desdobramento do princípio da sustentabilidade, no plano das regras legais, não cessa por aí. Merece menção a Lei de Mobilidade Urbana, com a referida prioridade para o transporte coletivo.<sup>42</sup> Por sua vez, a Lei de Resíduos Sólidos<sup>43</sup> estipula, de maneira não menos incisiva, a prioridade, nas contratações, para os produtos reciclados e recicláveis e para os bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com os padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis. Nesses casos, a escolha legítima apenas poderá recair sobre aquilo que estiver em sintonia com a transição para o mundo dos negócios “verdes”, em face da constatação legal de que os métodos usuais (“business as usual”) tendem a tornar a vida humana seriamente deficitária em termos qualitativos.<sup>44</sup>

O segundo grupo é o das regras administrativas, fluentes do poder regulamentar, que também se destinam a concretizar o princípio da sustentabilidade. Aqui, para ilustrar, merece referência o Decreto nº 7.746, de 2012,<sup>45</sup> que regulamenta o art. 3º da Lei de Licitações, estabelecendo critérios de sustentabilidade nas contratações públicas. São listadas, entre outras diretrizes, a maior vida útil e o menor custo de manutenção, assim como a origem ambientalmente regular dos recursos utilizados. Estabelece que a Administração pode exigir que, na aquisição

---

<sup>41</sup> Vide Lei nº 12.462, de 2011, arts. 3º, 4º, 10 e 19.

<sup>42</sup> Vide Lei nº 12.587, de 2012.

<sup>43</sup> Vide Lei nº 12.305, de 2010, art. 7º, XI.

<sup>44</sup> Vide, sobre o tema, Martha Nussbaum e Amartya Sen (Eds) in *The Quality of Life*. New York: Oxford University Press, 1993. p. 1-9.

<sup>45</sup> Vide a citada Instrução Normativa nº 10, de 2012.

de bens, sejam estes constituídos por material reciclado, atóxico ou biodegradável. Não se trata, bem de ver, de simples faculdade, porque — como salientado — o texto legal estabelece prioridade obrigatória de selecionar bens, produtos, obras e serviços, conforme critérios de sustentabilidade. Dessa maneira, a superação da literalidade do decreto é exigência da letra superior da lei e, sobretudo, do espírito da Constituição.

É correto afirmar que regras<sup>46</sup> encontram-se disponíveis para disciplinar as contratações sustentáveis, em todos os Poderes e esferas. No entanto, se perdurar omissão de regra expressa, remanesce o caminho plausível de extrair o intérprete,<sup>47</sup> pelo processo sistemático, as regras do terceiro grupo, isto é, as construídas integrativamente pela Administração que não se subtrai do compromisso de oferecer aporte à eficácia direta do princípio constitucional. A não ser assim, a suposta ausência de regra seria utilizada como arma contra a força vinculante do princípio, arma que nenhum agente idôneo tem o porte para carregar.

Em síntese, existem regras (dos três grupos citados) mais do que suficientes para concretizar o princípio do desenvolvimento sustentável, no campo das licitações e contratações administrativas.

### **2.3 Licitações e Contratações Públicas – A proposta mais vantajosa é aquela, objetiva e motivadamente, alinhada com as políticas sustentáveis**

Contemplado sob o prisma das escolhas intertemporais, o melhor preço é diferente do menor preço. Sem dúvida, por exemplo, se determinado equipamento for mais caro hoje, contudo se revelar mais duradouro e de menor consumo, justificará a sua preferência. Consigne-se de forma cristalina: a contratação nunca será neutra. Poderá ser benéfica para o desenvolvimento sustentável ou lesiva a ele, por seus impactos nos meios físico, biótico e socioeconômico. Nada justifica, pois, que a técnica de contratação permaneça aprisionada às metodologias míopes de avaliação e controle.

Por outras palavras, os critérios de sustentabilidade requerem capacidade de prospecção e abandono resolutivo da concepção reducionista de julgamento, fadada a obter o “preço míope”. Como enfatizado, as licitações sustentáveis são

<sup>46</sup> O art. 3º, da Lei de Licitações, ao consagrar o princípio do desenvolvimento sustentável, veicula norma geral aplicável a todas as esferas federativas.

<sup>47</sup> *Vide*, para aprofundar, Juarez Freitas in *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 228- 271.

aquelas que, com isonomia, visam à seleção de proposta mais vantajosa para a Administração, ponderados cuidadosamente os custos e benefícios (diretos e indiretos) sociais, econômicos e ambientais. Ou, de maneira mais completa, são os procedimentos por meio dos quais um órgão ou entidade da Administração Pública convoca interessados — no bojo de certame isonômico, probo e objetivo — com o desiderato de selecionar a melhor proposta, isto é, a mais sustentável, tendo em vista celebrar ajuste relativo a obras e serviços, compras, alienações, locações, arrendamentos, concessões e permissões, exigidas, na fase de habilitação, só as provas indispensáveis para assegurar o cumprimento das obrigações pactuadas.

A modo de resumo, numa licitação sustentável, não será lícito realizar juízos adstritos ao imediato, comportamento antijurídico daqueles que se alienam, por ação ou omissão, a interesses secundários de curto prazo. Além disso, no âmbito da contratação sustentável, o ciclo de vida dos produtos e serviços passará a ser rigorosamente escrutinado, no enalço de soluções que mereçam ser aprovadas no teste tríplice de sustentabilidade, descrito a seguir.

## 2.4 Teste tríplice de sustentabilidade

Cresce de relevo uma tríade de questões para a concretização exitosa do princípio da sustentabilidade nas licitações e contratações públicas. Não é mera coincidência a forte semelhança com o teste da proporcionalidade, uma vez que os princípios se encontram entrelaçados.

### 2.4.1 Primeira fase do teste de sustentabilidade das licitações e contratações públicas

Uma primeira fase do teste concerne aos antecedentes e à fixação da finalidade licitatória e da contratação pública. Nesse momento, antes de o certame ser levado a efeito, imprescindível responder a indagações preliminares de sustentabilidade. Eis as principais questões: É a contratação realmente necessária? Para além da abordagem utilitária (nublada pelos vieses), o contrato produzirá reais benefícios diretos e indiretos, intrínsecos e extrínsecos, que sobrepassam os custos diretos e indiretos? O administrador considerou, com esmero de cálculo,<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> Cálculo relativo à estima dos custos (diretos e indiretos) e benefícios ambientais, sociais e econômicos.



a hipótese de resolver a demanda, com medidas de racionalização ou com o emprego daquilo que se encontra disponível e ocioso? A decisão administrativa de licitar favorece a prosperidade sistêmica ou só contribui para o desperdício ou para a formação de gargalos que dificultam a vida de todos? A contratação pública induz padrões razoáveis de consumo e estilo saudável de vida?

O dever de motivação, exercido nessa fase, terá de enfrentar, coerente e consistentemente, o mérito dessas questões em bloco, no objetivo de afastar, no nascedouro, o certame supérfluo ou lesivo, hoje tolerado com indefensável conivência. Como se trata de perquirição que antecede o certame, útil cogitar de licitações afinadas com os critérios de sustentabilidade, não somente de contratações sustentáveis.

Mais: em atenção à Lei de Processo Administrativo,<sup>49</sup> revela-se obrigatória a motivação consistente, em todas as licitações e contratações públicas, de molde a encapsular, desde a justificação de abertura do certame, o atendimento minucioso dos requisitos de sustentabilidade. Não se deve esquecer que a motivação é necessária sempre que os atos administrativos negarem, limitarem ou afetarem direitos e interesses. Ora, à conta das atuais circunstâncias, nada está mais exposto ao exame dos efeitos e impactos sistêmicos sobre os direitos do que as decisões administrativas, controláveis à luz do princípio da sustentabilidade. Numa frase: o que afeta o futuro afeta o direito fundamental ao bem-estar, logo precisa ser devidamente justificado.

## **2.4.2 Segunda fase do teste de sustentabilidade das licitações e contratações públicas**

Prosseguindo no teste: uma segunda bateria de questões caras ao princípio da sustentabilidade envolve a fase de implementação do certame. Aqui, é o momento pertinente de indagar: a quais políticas públicas, de estatura constitucional, o contrato deve atender prioritariamente, a partir da definição precisa do seu objeto?

Isto é, superada a fase decisória, é tempo de inserir (inclusive na modalidade pregão), no campo de avaliação da proposta mais vantajosa, os requisitos de sustentabilidade ambiental, econômica e social. Requisitos que, na etapa de julgamento das propostas, ultrapassam — sem excluir — o exame tradicional da legalidade e das formas.

---

<sup>49</sup> Vide Lei nº 9.784/99, art. 50.

A par disso, no projeto básico, quando se cogita do orçamento detalhado, relevante acrescentar meticulosa estimativa dos custos relacionados às externalidades negativas. Como dito, não faz sentido, por exemplo, considerar o custo imediato para construção do prédio, sem pensar no custo da sua operação, pois, frequentes vezes, o menor preço equivale ao pior preço.

### **2.4.3 Terceira fase do teste de sustentabilidade das licitações e contratações públicas**

Por derradeiro, a terceira fase do teste de sustentabilidade é aquela relativa à execução propriamente do contrato administrativo, a saber, do cumprimento das obrigações pactuadas. Nessa fase, que não pode ser separada logicamente das anteriores, conferir-se-á, fiscalizatoriamente, se a estimativa compreensiva dos custos, acolhida no contrato, resulta bem sucedida na execução, sem prejuízo da reavaliação de aspectos comensuráveis e incomensuráveis, sempre com o resguardo do equilíbrio econômico-financeiro intangível, que serve de contraponto ao poder de alteração unilateral por juízos (motivados) de conveniência do Estado-Administração. Nesse momento, impõem-se, por exemplo, os cuidados de fiscalização do pós-licenciamento ambiental, checando o cumprimento exato das condicionantes. Por igual, importa admitir a rescisão do contrato público por infrações ambientais supervenientes e a responsabilidade, nos termos do art. 70 da Lei de Licitações, pelos danos ambientais causados pelo contratado à Administração ou a terceiros.

### **2.4.4 O teste de sustentabilidade supõe controle dinâmico**

Essas três fases, que compõem o teste de sustentabilidade das licitações e contratações administrativas, são momentos encadeados e mutuamente constitutivos. De fato, as lentes da sustentabilidade permitem enxergar dinamicamente as respectivas etapas. Nessa ótica, com o intento de reforçar os tópicos que se afiguram os mais expressivos para o teste dinâmico da sustentabilidade, sublinhe-se que:

1. Antes de começar a licitação, indispensável responder se existe a conveniência real para justificar o certame, bem como apurar se existem, disponíveis ou disponibilizáveis, bens, produtos ociosos ou alternativos. Aqui, o ponto fulcral pode ser sintetizado nas questões que seguem: a decisão administrativa de licitar mostra-se razoavelmente compatível

com o princípio constitucional da sustentabilidade, em todas as suas dimensões? É a contratação necessária? É conveniente? É sistemicamente integrada e justificável?

2. Na fase de implementação do certame, sobressaem as seguintes questões: quais são as especificações do objeto que, sem realizar discriminação negativa ou restrição indevida, reclamam o tratamento diferenciado, segundo exigências inequívocas da sustentabilidade? A contratação administrativa contempla o ciclo de vida dos produtos ou resta adstrita à variável preço? A contratação traz resultados defensáveis a longo prazo ou reduz as chances de gerações futuras alcançarem o próprio bem-estar?
3. Na terceira fase, a questão-chave é: as obrigações pactuadas, conforme o edital sustentável, são cumpridas de fato?

Tais indagações típicas de sustentabilidade são redefinidoras do estilo de contratação pública, já pelo redesenho do bloco de sindicabilidade dos objetivos, já pela ressignificação dos elementos vinculados ao julgamento que deem conta do desconto hiperbólico do futuro.

Nessa perspectiva, o teste da sustentabilidade proíbe, simultaneamente, a ineficiência e a ineficácia nas licitações e contratações públicas (finalidade inibitória), ao conferir prioridade para a produção e o consumo racionais (finalidade indutora).<sup>50</sup> Obriga a prevenção, com planejamento e antevisão das externalidades de obras, serviços e utilização dos bens. Estimula as escolhas intertemporalmente responsáveis, em homenagem aos ganhos futuros<sup>51</sup> (finalidade antecipatória e prospectiva). Significa dizer que nada deve ser licitado e contratado que não se submeta ao crivo da ponderação ampliada de custo-benefício, apesar dos desvios que turbam o caráter e a eficácia das presentes decisões administrativas.<sup>52</sup>

Por todo o visto, o controle das licitações e contratações públicas terá de incorporar, em caráter inovador, os seguintes elementos:

<sup>50</sup> Em razão disso, novos métodos menos sistemicamente onerosos serão sempre preferíveis. Exemplo: o processo eletrônico será preferível, "prima facie", na comparação com os processos de consumo de papel, ainda que as licitações de informática tenham de considerar, adequadamente, a destinação dos equipamentos digitais, como determina a Lei de Resíduos Sólidos.

<sup>51</sup> Vide Walter Mischel, Ozlem Ayduk, Marc Berman, B. J. Casey, Ian H. Gotlib, John Jonides, Ethan Kross, Theresa Teslovich, Nicole L. Wilson, Vivian Zayas e Yuichi Shoda in "Willpower over the life span: decomposing self-regulation", *Social Cognitive and Affective Neuroscience Advance Access*, Oxford University Press, p. 1-5, set. 2010.

<sup>52</sup> Vide, por todos, *Judgment under Uncertainty: Heuristic and Biases*. Daniel Kahneman, Paul Slovic e Amos Tversky (Ed.). New York: Cambridge University Press, 1982.

- a) o controle dinâmico de custos e benefícios diretos e indiretos (sociais, ambientais e econômicos) do certame e do contrato administrativo;
- b) o exame da “vantajosidade” das propostas, sem a miopia do menor custo imediato, em conformidade com a recomposição dos serviços ecossistêmicos;
- c) a aprovação do certame e do ajuste no citado teste tríplice;
- d) a interpretação aperfeiçoada dos contratos públicos, que precisa ir além das regras clássicas enunciadas por Robert Joseph Pothier,<sup>53</sup> eis que todas as cláusulas dos contratos administrativos devem passar a ser interpretadas de acordo com o reconhecimento da titularidade de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras. Ao mesmo tempo, passam a ser consideradas nulas as cláusulas que, direta ou obliquamente, possibilitarem, a qualquer tempo, violação das normas ambientais.<sup>54</sup> Como enfatizado, a sustentabilidade vincula.

Reconfigurada, assim, a contratação pública, esta poderá ser motor para transformações de monta. No campo das cidades, por exemplo, as contratações concretizadoras do “direito a cidades sustentáveis”<sup>55</sup> auxiliarão a livrar os centros urbanos dos imensos males trazidos pelo jugo excessivo dos combustíveis fósseis,<sup>56</sup> pelo indiferente império das coisas e pela omissão de fiscalização,<sup>57</sup> ora desatenta ao equilíbrio ecológico e do bem-estar.<sup>58</sup>

Em outras palavras, mudanças culturais importantes podem ser largamente incentivadas pelas contratações administrativas, aprovadas no tríplice teste. Claro, não se trata de pleitear a obediência exclusiva ao longo prazo, uma vez que não cabe descurar das demandas urgentes. Trata-se, mais propriamente, de reconhecer

<sup>53</sup> Vide, sobre as regras de interpretação das convenções, Robert Joseph Pothier in *Traité des obligations*. Paris: Letellier, 1805. t. I, p. 66-73. Vide, apenas para ilustrar a sua influência atual, Silvio Venosa in *Direito civil*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 451.

<sup>54</sup> Trata-se, aqui, de aplicação, por analogia, da regra do art. 51, do CDC.

<sup>55</sup> Vide Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 2001), art. 2º, I: garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

<sup>56</sup> Vide Robert Ayres e Edward Ayres in *Crossing the energy divide: moving from fossil fuel dependence to a clean-energy future*. New Jersey: Pearson Education, 2010.

<sup>57</sup> Vide, para ilustrar omissões administrativas em cascata, a Tragédia de Santa Maria.

<sup>58</sup> Vide Ricardo Abramovay in *Muito além da economia verde*. São Paulo: Abril, 2012. p. 76: “Colocar a economia a serviço do desenvolvimento significa orientar suas unidades individuais e os próprios interesses privados para oportunidades de ganho e para a criação de valor com base na obtenção de bem-estar, não de parâmetros abstratos de riqueza [...]”.

o papel irrenunciável do Estado-Administração, no sentido de reordenar a cadeia de suprimentos, a logística e, especialmente, o comportamento do seu pessoal — da base à cúpula. Nessa linha, para alcançar o desenvolvimento durável e incluyente,<sup>59</sup> urge investir em idôneo sistema racional de contratação pública, que migre para parâmetros objetivos de avaliação dos custos diretos e indiretos, na senda da governança eticamente responsável, transparente, prospectiva e causadora de homeostase social.<sup>60</sup>

## Conclusões

A modo de resumo conclusivo, a sustentabilidade é mandamento constitucional, não figura de retórica. Incide em todas as províncias do sistema jurídico, inclusive na seara das contratações administrativas. Determina o emprego eficaz e decrescente dos recursos naturais, o redesenho da matriz energética, a fixação de metas capazes de promover as externalidades positivas e de coibir externalidades negativas.

Com efeito, o destinatário final e terceiros recebem os efeitos colaterais ou externalidades dos contratos públicos. Entre tais efeitos, haverá os positivos, relacionados ao fomento de produção e consumo sustentáveis e haverá os nefastos, atinentes à deterioração das condições ecossistêmicas. Incentivar o advento deliberado daqueles e o afastamento destes é uma das tarefas prementes do Estado contratante.

Desse modo, o controle das licitações e contratações públicas precisará observar os seguintes aspectos nucleares: (i) a referida análise prospectiva (não meramente utilitária ou conducente à “imoral commodification”)<sup>61</sup> dos custos e benefícios diretos e indiretos (sociais, ambientais e econômicos); (ii) o exame intertemporal e dinâmico de propostas; (iii) a aprovação induvidosa do certame e do ajuste no proposto teste tríplice.

Assim reconcebido o contrato administrativo, será perfeitamente viável ganhar escala para as condutas sustentáveis. Mais: formal e materialmente, o

<sup>59</sup> Vide Ignacy Sachs in *Desenvolvimento incluyente, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

<sup>60</sup> Vide, sobre homeostase social, António Damásio in *E o cérebro criou o homem*. São Paulo: Cia. das Letras, 2011. especialmente p. 355.

<sup>61</sup> Vide Jonatham Z. Cannon in *The Spirit of Sustainability*. Berkshire Great Barrington (Massachusetts): Willis Jenkins, 2010. v. 1, p. 267. Vide, para discutir a análise distributiva, Richard Revesz e Michael Livermore in *Rethinking Rationality: How cost-benefit analysis can better protect the environment and our health*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 182.

princípio constitucional da sustentabilidade ostenta o condão de mudar, por inteiro, o edifício do Direito Administrativo. Desencadeará a reciclagem de conceitos e do estilo de pensar a gestão pública, com o fomento de novos padrões de produção, fornecimento e consumo, numa sadia reconciliação do desenvolvimento com o equilíbrio ecológico.<sup>62</sup> Em suma, cumpre afirmar que, doravante, todo contrato administrativo haverá de ser sustentável ou habitará irremediavelmente o reino sombrio e arbitrário da antijuridicidade.

---

#### **Sustainability of Administrative Contracts**

**Abstract:** Sustainability on public contracts has become mandatory in our administrative system. This is not a matter of political choice or convenience. The contract must meet harmonically environmental, economic and social purposes, under penalty of illegality. Here, we propose the triple test of sustainability to help dynamic control of administrative contracts, according to the new paradigm.

**Key words:** Sustainability. Administrative contracts. Triple test.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade dos contratos administrativos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 35-53, abr./jun. 2013.

---

Recebido em: 11.02.2013

Aprovado em: 18.05.2013

---

<sup>62</sup> Vide Philippe Sands e Jacqueline Peel in *Principles of International Environmental Law*. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 215: “this element of sustainable development is the most important and the most legalistic: its formal application requires the collection and dissemination of environmental impact assessments”.