

Título : A LEI Nº 14.133/2021 E A SUSTENTABILIDADE NOS PROCESSOS DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO PÚBLICA: EXPECTATIVA E REALIDADE
Autor : Madeline Rocha Furtado

A LEI Nº 14.133/2021 E A SUSTENTABILIDADE NOS PROCESSOS DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO PÚBLICA: EXPECTATIVA E REALIDADE

MADELINE ROCHA FURTADO

Professora, escritora e co-autora da Obra "Gestão de Contratos de Terceirização na Administração Pública – Teoria e Prática", 2019 .7ª edição. Belo Horizonte - MG, Editora Fórum. Coordenadora Técnica da obra "A Nova Lei de Licitações e Contratos"- 2021, ed. Amazon. Columnista no Observatório da Nova lei de Licitações da editora Fórum, com diversos artigos Publicados em revistas especializadas. Especialista em Gestão em Logística na Administração Pública e Direito Público e Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa. Entre outras atividades no serviço público, exerceu cargo de Diretora do Departamento de Logística e Serviços Gerais -SLTI-Secretaria de Logística Tecnologia e Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG, Professora e Palestrante na área de Licitações e Contratos em várias disciplinas em Cursos de Pós Graduação/MBA. Instrutora na ENAP - Escola Nacional de Administração Pública para os cursos de elaboração de editais, gestão de suprimentos e gestão de contratos, entre outros e na ESAF - Escola de Administração Fazendária para os cursos de elaboração de editais, gestão de suprimentos e gestão de contratos e gestão de contratos de TI, entre outros.

"A revolução verde já não diz respeito somente às baleias. Nem aos 'filhos de nossos filhos', uma geração tão distante que torna difícil uma mobilização em seu favor. A revolução diz respeito a nós".

Thomas L. Friedman

Sumário: 1. Introdução. 2. A Constituição brasileira e a legislação. 3.A Inovadora Lei nº 14.133/2021 e a sustentabilidade. 4.Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.133/2021, inova em vários aspectos e trouxe o tema sustentabilidade em seu viés ambiental. Entretanto, a assimilação do tema e sua internalização no ambiente dos processos de contratação será um novo desafio. A antiga Lei nº 8.666/1993 prevê no artigo terceiro como finalidade da licitação, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável a qual também se insere, nesse aspecto, a observância aos critérios de sustentabilidade ambiental nos processos de compras e contratações públicas.

O conceito de desenvolvimento humano se relaciona com o ambiente no qual o homem está inserido. Nesse aspecto, são várias diretrizes a serem observadas, envolvendo toda a sociedade, incluindo a Administração pública. É claro que sendo a Administração pública uma das principais áreas responsáveis pelo fomento das compras em grande escala, traz consigo a responsabilidade de, pelo menos, fomentar o sistema produtivo para incrementar o mercado de forma sustentável. Entretanto, o prisma a ser observado é muito maior do que parece ser, isto porque a sustentabilidade invocada na sociedade transpassa várias áreas do conhecimento, assim todos são responsáveis pelo desenvolvimento humano inserido no ambiente sustentável seja ele qual for. Sob este aspecto os especialistas na área de Sustentabilidade, os professores e autores, Sr. Cader, Renato e Villac, Teresa e afirmam que essa transversalidade alcança a sustentabilidade¹, conforme se pode ler abaixo:

a noção da transversalidade decorre no campo da filosofia das ciências, que aponta para a necessidade de conciliar diferentes campos do conhecimento para se obter a melhor compreensão dos fenômenos sociais e ambientais. Essa perspectiva já pode ser aplicada, em primeiro plano, ao conceito de sustentabilidade.

Incentivar o sistema produtivo para o oferecimento de produtos sustentáveis se alia também ao fomento de serviços, realização de obras públicas respeitando as diretrizes já estabelecidas na legislação vigente. Assim, considerando os pilares dessa sustentabilidade, necessária ao desenvolvimento humano sendo esses formados por aspectos sociais, econômicos e ambientais, como já definido, resta então, ao poder público revestido de sua couraça de **soberania** instituir mecanismos que possibilitem de forma concreta os cuidados com a sustentabilidade necessária à sociedade.

O panorama da sustentabilidade em sua dimensão ambiental incide em outros aspectos do Direito. Assim, afasta-se do caráter teórico e passa a ser responsabilidade civil no ordenamento brasileiro. Observa-se que em relação ao tema “responsabilidade civil” é importante assegurar alguns elementos para a sua observância, assim é preciso que haja uma conduta e o nexo causal, e este entre a conduta e o resultado. Deste modo, temos duas vertentes: uma responsabilidade objetiva e outra subjetiva, quando proveniente da culpa.

Para Hely Lopes Meirelles, a “responsabilidade civil é a que se traduz na obrigação de reparar danos patrimoniais e se exaure na indenização”. (...) “Responsabilidade civil da Administração é, pois, a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho das suas atribuições ou a pretexto de exercê-las”.

O Judiciário brasileiro vem se debruçado sobre essas questões, de forma que o Superior Tribunal de Justiça detém várias teses consolidadas na corte sobre dano ambiental. Recentemente, em processo², uma madeireira foi responsabilizada e condenada a pagar R\$ 420.000,00 (quatrocentos e vinte mil reais) de multa e interditada, em razão de comercializar o “equivalente a 18 caminhões (ou uma Torre Eiffel) de madeira ilegal, vendida ou no local (840 m³). Toda a produção verificada no local era ilícita.” Além dessas penalidades foi “obrigada a criar Reserva do Patrimônio Particular Natural de 105 hectares e impedida de contratar financiamentos e receber incentivos fiscais até a conclusão da **reparação**, em solidariedade com terceiros neste feito”.

O STJ se manifestou sobre tema em vários momentos, trazemos à baila, alguns entendimentos, como: a Súmula nº 613/STJ: “Não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental.” Portanto, “Não há direito adquirido à manutenção de situação que gere prejuízo ao meio ambiente”.

Também se destaca a Súmula nº 652/STJ, no qual o STJ consolidou o entendimento de que: “A responsabilidade civil da Administração Pública por danos ao meio ambiente, decorrente de sua omissão no dever de fiscalização, é de caráter solidário, mas de execução subsidiária.” As Súmulas citadas, são exemplos de situações em que foi identificada a responsabilidade do causador do dano ao meio ambiente.

A UE-União Europeia publicou em 2004, a **Diretiva 2004/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**, aprovando com base no princípio do poluidor-pagador, o regime relativo à responsabilidade ambiental aplicável à prevenção e reparação dos danos ambientais, nos anos seguintes outras alterações foram introduzidas por outras Diretivas. Essas diretivas no âmbito da UE, assim como, a Constituição Brasileira e as legislações infraconstitucionais sobre o meio ambiente no Brasil, a exemplo da Lei nº 6.938/1981, também, trazem alguns princípios e conceitos, como: princípio do poluidor-pagador; da subsidiariedade; da prevenção e precaução. Todas essas regras indicam que a prevenção em razão de risco certo e o princípio da precaução quando há risco grave.

Portanto, no raciocínio dos princípios que alicerçam o desenvolvimento humano, ações voltadas para a sustentabilidade devem ser realizadas sob o prisma tridimensional, ou seja, em suas três dimensões, quais sejam, ambiental, social e econômico, e não necessariamente nesta ordem, formatando então, o conceito de desenvolvimento sustentável, este resultante de várias discussões na Organização das Nações Unidas – ONU e outros organismos internacionais.

2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A LEGISLAÇÃO

A Constituição Federal Brasileira em seu artigo 37 “caput” dispõe sobre os princípios que regem a Administração Pública, e no artigo 170, inciso VI³ traz o princípio constitucional da **sustentabilidade**. Em seguida, no artigo 225⁴ da CF/88, observa-se o direito a sustentabilidade ambiental, incumbindo

ao Poder Público variadas ações, que envolvem, por exemplo, a preservação e restauração dos processos ecológicos, contemplando todo o aparato necessário.

Como é sabido, o conceito de desenvolvimento sustentável disponível no Relatório de Brundtland (denominado de Nosso Futuro Comum) define em uma frase simples: “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”.

Assim para que esta premissa se adeque à realidade, existem diversas e variadas leis que se fazem presentes no ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, sendo o Brasil de dimensões continentais a efetividade da legislação se torna de difícil concretização.

Nesse contexto, muitas leis foram publicadas no intuito de instaurar um ambiente propício a consecução das diretrizes constitucionais. Pode se destacar: a Lei nº 9.605/1998 - Lei dos Crimes Ambientais; Lei nº 12.305/2010 - Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) e altera a Lei nº 9.605/1998; Lei nº 14.026/2020 - atualiza o marco da Política Nacional de Saneamento Básico, entre outras.

No âmbito das contratações públicas, a Lei nº 8.666/1993 foi alterada pela Lei nº 12.349 em 2012 que inseriu uma terceira finalidade da licitação, a **promoção do desenvolvimento nacional sustentável, conforme artigo 3º**:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a **promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

Além dessa premissa, o Governo Federal instituiu um Decreto disciplinando as contratações sustentáveis, o de nº 7.746/2012 e, assim, juntamente com a Lei 12.305/2010 (PNRS – Plano Nacional de Resíduos Sólidos), a qual inseriu o conceito de Logística reversa e o ciclo de vida do produto, assim, as compras verdes ou compras sustentáveis passaram a ter uma diretriz reforçada, incluindo também, a realização de obras e serviços.

3. A Inovadora Lei nº 14.133/2021 e a sustentabilidade

A Lei nº 14.133/2021 traz no artigo quinto vários princípios e, dentre eles, princípio da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, e, posteriormente, no artigo 11, estabelece que o processo licitatório traz como um dos objetivos, a observância ao princípio da seleção da proposta que apresente um resultado em sua contratação mais vantajoso. Observa-se, porém, que essa **vantajosidade** levará em conta o ciclo de vida do objeto, mas, não somente isso, observando o reflexo desse ciclo de modo que seja demonstrada de fato a relação custo x benefício nessa escolha.

Mas o que é o ciclo de vida do objeto? Considera-se o ciclo de vida do objeto ou do produto, de acordo com o previsto na Lei nº 12.305/2010: “Art. 3º (...), IV - ciclo de vida do produto: série de etapas que envolvem o desenvolvimento do produto, a obtenção de matérias-primas e insumos, o processo produtivo, o consumo e a disposição final.” Ou seja, haverá necessidade de uma avaliação mais apurada acerca dos custos envolvidos na escolha da solução, levando-se em consideração os ditames de sustentabilidade ambiental.

A Lei possibilita, ainda, no critério de “ julgamento por técnica e preço” que este leve em consideração, o “menor dispêndio para a Administração”, o que significa, na prática, considerar: **“Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida”**, deste modo, resolve-se claramente a possibilidade de inserção de soluções que a princípio possam parecer mais caras, mas que ao final, serão menos dispendiosas.

Invocando novamente, os Professores Cader, Renato e Villac, Teresa, são vários os obstáculos da Administração adquirir soluções de forma sustentável, sendo o principal fator a cultura organizacional⁵,

inserido nesse contexto, depreende-se que, compõem esse obstáculo quatro situações:

- O alto custo das contratações sustentáveis
- As limitações orçamentárias
- Ausência de informações confiáveis
- Falta de treinamento e capacitação dos envolvidos

Outros obstáculos são citados pelos autores, tais como: ausência de políticas e normas; falta de apoio da alta Administração e ausência da atuação dos órgãos de controle, além de deficiências do próprio mercado. A Lei nº 14.133/2021 tem um desafio maior ao inserir o inciso IV no artigo 11, (...) “incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável”, assim como fez a Lei nº 8.666/1993, porém, agora invocando também a inovação. Paralelamente, não se pode esquecer que o incentivo à inovação não se restringe às questões tecnológicas, como se costuma associar, mas, a própria sustentabilidade em sendo transversal como ela é, sugere a inovação em outros aspectos do processo licitatório, a exemplo da exigência editalícia de percentuais segmentados, como a equiparação “entre homens e mulheres no ambiente de trabalho,” nas empresas e exigência de percentual mínimo nas empresas de “mulheres vítimas de violência doméstica; e oriundos ou egressos do sistema prisional”, tudo isso, é sustentabilidade, ainda pendentes de regulamentação.

Considerando as questões econômicas relativas aos valores das contratações, nos incisos II e III do artigo 11 da Lei nº 14.133/2021, no que se refere ao “tratamento isonômico entre os licitantes” a “justa competição” e as medidas de prevenção ao sobrepreço e superfaturamento, assim como, cuidados com preços manifestamente inexequíveis, vê-se que são questões que se relacionam com a sustentabilidade no viés econômico.

Por fim, a Lei nº 14.133/2021 trouxe também a sustentabilidade no aspecto ambiental em relação as obras, fornecimento e serviços inclusive de engenharia, deste modo, critérios deverão ser estabelecidos a partir dos estudos técnicos preliminares, a fim de viabilizar a solução mais adequada, vejamos o artigo 144:

Art. 144. Na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato.

O que poderia ser incrementado de fato, quais as possibilidades viáveis na NLLC que aceleram o processo de contratação sustentável? São inúmeras as possibilidades: falta vontade política, falta conscientização em massa. Podemos destacar a possibilidade da **prova de qualidade do produto**, como primeiro ponto a ser estudado. Conforme define o artigo 42 e incisos, é possível a **exigência de que o produto cumpra as normas técnicas brasileiras de qualidade**, de acordo com órgãos oficiais ou por outra entidade credenciada pelo Inmetro; é possível exigir, para tanto, certificação, certificado, laudo laboratorial ou documento similar, entre outros, que comprovem a qualidade ou até mesmo requisitos de **sustentabilidade ambiental**.

Em regra, a grande dificuldade alegada nas contratações em relação às exigências de comprovação de qualidade na Lei nº 8.666/1993 se verificava na possibilidade de **exigências comprobatórias de qualificação técnica**, mediante laudos e certificações como critérios de habilitação, ponto ultrapassado na Nova Lei.

Toda a doutrina e jurisprudência existente se funda na possibilidade da exigência das comprovações de caráter qualitativo apenas como especificação do objeto e não na apresentação de documentação habilitatória. Esta prerrogativa foi então modificada, vejamos: Art. 42 (...) “§ 1º O edital **poderá exigir, como condição de aceitabilidade da proposta**, certificação de qualidade do produto por instituição credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro)”.

Em seguida leia-se:

(...)

§ 6º A Administração poderá exigir certificação por organização independente acreditada pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro) como condição para aceitação de:

I - estudos, anteprojetos, projetos básicos e projetos executivos;

II - conclusão de fases ou de objetos de contratos;

III - material e corpo técnico apresentados por empresa para fins de habilitação. (grifo nosso).

Na leitura dos dispositivos acima citados, pode o edital exigir certificação como condição de aceitabilidade da proposta e para aceitação de material e corpo técnico apresentados por empresa para fins de habilitação.

O que podemos concluir é que as certificações de qualidade também podem ser requeridas para aceitar o material proposto, bem como corpo técnico (pessoas) apresentados por empresa para fins de habilitação.

Se esta prerrogativa for devidamente exigida e acatada, não poderá haver dificuldades futuras de contratação de bens, serviços e obras com um nível de qualificação melhorado e ainda de forma sustentável.

4. CONCLUSÕES

Percebe-se a inovação avassaladora da Lei nº 14.133/2021 em vários aspectos referentes ao tema sustentabilidade em seu viés ambiental, mediante vários dispositivos esparsos. A preocupação é oriunda de um conceito ou podendo dizer, princípio do desenvolvimento humano, pois o tema é **transversal**.

No tocante às responsabilidades, o ordenamento brasileiro já regimentou por meio Constituição e das inúmeras legislações sobre o meio ambiente no Brasil. No que se refere especialmente as inovações da Lei nº 14.133/2021. Destaca-se que o tema foi inserido em duas vertentes, como princípio e como objetivo do processo licitatório.

Nesse aspecto, foi significativa a observância ao princípio da seleção da proposta que apresente um resultado em sua contratação mais vantajosa, considerando o ciclo de vida do objeto. Para além do que já pode ser feito nas legislações atuais, o “julgamento por técnica e preço” considerando o “menor dispêndio para a Administração”, foi um grande avanço, isto porque são vários os obstáculos da Administração em adquirir soluções (aquisição de bens, serviços e obras de forma sustentável).

A inovação é a palavra do momento, inovação no texto da Lei e nas ações decorrentes da própria Lei. A sustentabilidade, em seus três pilares, formata um triângulo jurídico que precisa ser implementado com urgência nas licitações, como elemento fundamental de **governança**, pois esta depende do entendimento e entrelaçamento com a sustentabilidade.

Vê-se na Lei outras questões tão importantes quanto à sustentabilidade no viés ambiental, a exemplo, do aparato econômico, tão complexo nas questões de exequibilidade e equilíbrio da equação econômico-financeira. A própria matriz de riscos inserida e aliada à sustentabilidade contratual, provenientes do momento pré-contratual, é reflexo da sustentabilidade, em sua dimensão econômica. Assim, o “tratamento isonômico entre os licitantes” a “justa competição” citados, bem como todas as questões correlatas, se fundam nessa tão longínqua e distante **sustentabilidade**.

Por fim, a Lei nº 14.133/2021, trouxe também a sustentabilidade no aspecto ambiental em relação às obras, fornecimento e serviços, inclusive de engenharia, mesmo sabendo que a Lei nº 8.666/1993 e as legislações correlatas já têm tal previsão. O que pode ser destacado neste aspecto é a possibilidade de “remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado”, esta inclusive com base em critérios de sustentabilidade ambiental.

Portanto, das questões apresentadas, alerta-se que a grande dificuldade alegada nas contratações da Lei nº 8.666/1993, verifica-se na possibilidade de exigências comprobatórias de qualificação técnica por meio de certificações, o que foi resolvido na Nova Lei. Assim, em que pese as regulamentações pendentes e a concretização prática dessas regras, é possível criar uma expectativa positiva para a implementação da **sustentabilidade** em seus variados aspectos multidimensionais, como elemento de Governança.

¹ Cader, Renato e Villac, Teresa. Governança e Sustentabilidade. Um elo necessário no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, p.140, 2022.

² STJ. Supremo Tribunal de Justiça. REsp 1835508/MT. RECURSO ESPECIAL. 2019/0043194-9. 1835508/MT. RECURSO ESPECIAL. 2019/0043194-9. Disponível em: <[https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1562271828/recurso-especial-resp-1835508- mt-2019-0043194-9/inteiro-teor-1562271846](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1562271828/recurso-especial-resp-1835508-mt-2019-0043194-9/inteiro-teor-1562271846)>.

³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (...) “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:”. (...) “VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

⁴ Idem. “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

⁵ Cader, Renato e Villac, Teresa. Governança e Sustentabilidade. Um elo necessário no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, p.107-109, 2022.

Como citar este texto:

FURTADO, Madeline Rocha. A Lei nº 14.133/2021 e a sustentabilidade nos processos de licitação e contratação pública: expectativa e realidade. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 02 set. 2022. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.