

OS CONTRATOS SUSTENTÁVEIS E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO AMBIENTAL.

*TOSHIO MUKAI**

I. Os contratos administrativos sustentáveis.

O art. 3º da Lei de Licitações (Lei n.º 8.666/93), com a nova redação imposta pela Lei n.º 12.349, de 15.12.2010 recebeu a inclusão de uma nova finalidade nas licitações: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

E a nova missão das licitações veio a ser regulamentada, em nível da União (poderá e deverá ser regulamentada nos demais níveis) pelo Decreto n.º 7.746, de 5 de junho de 2012.

Esse Decreto estabelece critérios, práticas e diretrizes gerais para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável por meio das contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes, e institui a Comissão Interministerial de sustentabilidade na Administração Pública – CISAP (art. 1º).

O art. 2º desse Decreto dispõe que a administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes, poderão adquirir bens e contratar serviços e obras considerando critérios e práticas de sustentabilidade objetivamente definidos no instrumento convocatório, conforme o disposto no Decreto.

O Parágrafo único impõe que a adoção dos critérios e práticas de sustentabilidade deverá ser justificada nos autos e preservar o caráter competitivo do certame.

Portanto, trata-se essa de uma faculdade, mas que, se utilizada, deverá ficar devidamente demonstrada no processo licitatório (essa adoção).

O art. 3º dispõe que os critérios e práticas de sustentabilidade de que trata o art. 2º serão veiculadas como especificação técnica do objeto ou como obrigação da contratada.

Tanto num caso como no outro, tratam-se de condições que não poderão deixar de ser atendidas pelas propostas, não sendo, no caso de obras, objeto de julgamento técnico.

O Parágrafo único dispõe que a SISAP poderá propor à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, o estabelecimento de outras formas de veiculação dos critérios e práticas de sustentabilidade nas contratações.

O art. 4º traz as “diretrizes de sustentabilidade”, entre outras:

- I. menor impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água;
- II. preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local;
- III. maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia;
- IV. maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local;
- V. maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra;
- VI. uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; e
- VII. origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras.

O art. 5º dispõe: “A administração Pública federal direta autárquica fundacional e as empresas estatais dependentes poderão exigir nos instrumentos convocatórios para a aquisição de bens, que estes sejam constituídos por materiais reciclado, atóxico ou biodegradável, entre outros critérios de sustentabilidade.”

O art. 6º dispõe que “as especificações e demais exigências do projeto básico ou executivo para contratação de obras e serviços de engenharia devem ser elaboradas, nos termos do art. 12 da Lei n.º 8.666/93, de modo a proporcionar a economia da manutenção e operacionalização da edificação e a redução do consumo de energia e água, por meio de tecnologias, práticas e materiais que reduzam o impacto ambiental.”

O art. 7º prevê que “o instrumento convocatório poderá prever que o contratado adote práticas de sustentabilidade no fornecimento dos bens.”

O art. 8º diz que a comprovação das exigências contidas no instrumento convocatório poderá ser feita mediante certificação emitida por instituição pública oficial ou instituição credenciada, ou por qualquer outro meio definido no instrumento convocatório.

O §1º diz que “em caso de *inexistência*, da certificação referida no caput, o instrumento convocatório estabelecerá que, após a seleção da proposta e antes da adjudicação do objeto, o contratante poderá realizar diligências para verificar a adequação do bem ou serviço às exigência do *instrumento convocatório*.”

O §2º completa: “Caso o bem ou serviço seja considerado inadequado em relação às exigências do instrumento convocatório, o contratante deverá apresentar razões técnicas, assegurado o direito de manifestação do licitante vencedor.”

O art. 9º institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP, de natureza consultiva e caráter permanente, vinculada à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, com a finalidade de propor a implementação de critérios, práticas e ações de logística sustentável no âmbito da administração pública federal, direta, autárquica e fundacional e das empresas estatais dependentes.

O art. 10 traz a composição do CISAP e o artigo 11, suas competências. De se destacar, dentre elas: I – propor à Secretaria de Logística e Informação:

- a) normas para elaboração de ações de logística sustentável;
- b) regras para elaboração de Planos de Gestão de Logística Sustentável, de que trata o art. 16, no prazo de 90 dias a partir da instituição do CISAP;
- d) critérios e práticas de sustentabilidade nas aquisições, contratações, utilização de recursos públicos, desfazimento e descarte.

O art. 15 prevê que compete à Secretaria de Logística e Tecnologia de Informação, como órgão central do Sistema de Serviços Gerais – SISG, expedir normas complementares sobre critérios e práticas de sustentabilidade, a partir de proposições da CISAP.

O §2º dispõe que a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação exercerá a função de Secretaria-Executiva da CISAP.

Finalmente, o art. 16 do Decreto n.º 7.746/12 reza:

“Art. 16 – A administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas dependentes deverão elaborar e implementar Planos de Gestão de Logística Sustentável, no prazo estipulado pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, prevendo no mínimo:

- I. atualização di inventário de bens e materiais do órgão e identificação de similares de menor, impacto ambiental para substituição;*
- II. práticas de sustentabilidade e de racionalização do uso de materiais e serviços;*
- III. responsabilidades, metodologia de implementação e avaliação do plano; e*
- IV. ações de divulgação conscientização e capacitação.*

II. O princípio da vedação ao retrocesso ambiental.

Dra. Priscilla Sparapani - Tese doutorado - USP

1. Este princípio teve nascimento na Alemanha, constando, inclusive, expressamente da Constituição, o princípio da vedação ao retrocesso social, a partir das garantias fundamentais da propriedade (art. 14 da Lei Fundamental de Bonn).

O tema ganhou muito destaque e passou para a Itália, desenvolvido por Giorgio Balladore Pallieri. Essa doutrina teve repercussão em Portugal, por obra de J.J. Canotilho e da Corte Superior portuguesa. Em Portugal, Cristina Queiroz (*“O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais”* – p. 67) diz: *“uma vez consagradas legalmente as “prestações social” (v.g. de assistência social), o legislador não poderá, depois, eliminá-los sem alternativas ou compensações.”*

2. No Brasil, a admissão, segundo a Dra. Priscilla Sparapani, autora de excelente tese de doutorado defendida e aprovada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, desse princípio, ainda é tímida, embora já se possa encontrar aplicações dele em julgados e em parca doutrina. Ele entende que foi José Afonso da Silva o introdutor do referido princípio entre nós, com base nas lições de Balladore Pallieri.

Posição também relevante sobre o tema é a de Luis Roberto Barroso, que afirma que a vedação ao retrocesso é um princípio que, embora não expreso, decorre do sistema jurídico-constitucional.

Com base nisso, “*entende-se que: se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido (“O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades na Constituição Brasileira” – Rio de Janeiro – 8ª ed. – 2006 – p. 152).*”

A Dra. Priscilla entende que “*é válido defender que o princípio da proibição ao retrocesso está presente na Constituição por intermédio do instituto do direito adquirido social.*”

Para nós esse princípio está contido no princípio maior da Carta Magna, que é o princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da Constituição da República).

A Dra. Priscilla aponta poucas decisões das nossas Cortes superiores, inclusive uma do STJ sobre o princípio da vedação ao retrocesso em matéria ambiental. Aliás, contra algumas disposições do Novo Código Florestal, a Procuradoria Geral da República ingressou com três ADIs invocando o referido princípio, que ainda não foram examinadas sequer liminarmente.

A Dra. Priscilla não deixou de fazer referência aos limites da aplicação do princípio estudado.

Desenvolveu a seguinte questão: “O princípio da vedação ao retrocesso social e a equivalência jurídica.”

Diz: “No que diz respeito às medidas equivalentes e o princípio mencionado, pode-se dizer que aludidas medidas devem ser levadas em consideração ao se analisarem alterações referentes aos direitos e garantias fundamentais. Ou seja, quando se instituir modificação nas normas constitucionais que contemplam direitos e garantias fundamentais (e, de igual maneira, na legislação infraconstitucional que caracteriza referidos direitos e garantias), será necessário verificar se foi criada alguma medida equivalente, isto é, que tenha uma finalidade preservacionista, buscando resguardar um núcleo essencial de direitos.”

Ao final, a autora nos dá o seguinte exemplo:

“Na esteira dessas ideias, quando for o caso de déficit orçamentário comprovado, carência de recursos devidamente provada, ou, também, diante da necessidade imperiosa de moralização dos recursos público (para correção de distorções), deverá o ente estatal proceder a uma justa distribuição de recursos, a qual poderá acarretar, por via de consequência, a necessidade de se instituírem modificações nos direitos e/ou enfraquecimento dos direitos e garantias (em virtude da referida repetição de recursos) deve ser instituída uma medida (um instrumento) que possibilite algum tipo de retrocesso à própria comunidade de servidores, contrapesando (equilibrando juridicamente) os direitos e garantias afetados.

A equivalência jurídica, leciona a autora, não trata de querer assegurar um nível idêntico ao que anteriormente era garantido, mas de preservar um grau de suficiência, em termos jurídicos.

Pode-se dizer, diz ela, “*que a equivalência jurídica está relacionada à aplicação do primado da vedação ao retrocesso social como (que deve estar presente na nova previsão normativa) a ser considerada pelo julgador quando o princípio do não retrocesso social conflitar com outros princípios*”.

III. O contrato administrativo, quando observar as regras legais do Decreto n.º 7.746/12, não estará violando o princípio do não retrocesso em matéria ambiental.

Com efeito, se um contrato administrativo surgir com a preservação prevista, ambientalmente, no Decreto referido, estará nele presente uma equivalência jurídica, posto que, através das cláusulas do instrumento convocatório e das do próprio contrato daí decorrente, estar-se-á a obter uma das finalidades da licitação, prevista no art. 3º da Lei n.º 8.666/93: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

** Mestre e Doutor em Direito do Estado (USP), Membro da Comissão de Infraestrutura, Logística e Desenvolvimento Sustentável, da OAB/SP.*