

**FUNDAÇÃO DE AMPARO À ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO –
ENA BRASIL
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO LATO SENSU EM CONTROLE EXTERNO
NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

PATRYCIA BYANCA FURTADO

**A OBERVAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE SUSTENTABILIDADE NA
REGULAMENTAÇÃO DA ANÁLISE PRÉVIA DOS EDITAIS DE
CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DE SANTA CATARINA: UM COMPROMISSO COM AS ATUAIS E
FUTURAS GERAÇÕES**

**FLORIANÓPOLIS
2013
PATRYCIA BYANCA FURTADO**

**A OBERVAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE SUSTENTABILIDADE NA
REGULAMENTAÇÃO DA ANÁLISE PRÉVIA DOS EDITAIS DE
CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DE SANTA CATARINA: UM COMPROMISSO COM AS ATUAIS E
FUTURAS GERAÇÕES**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Especialização *Lato Sensu* em Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos, da Fundação de Amparo à Escola Nacional de Administração – ENA BRASIL, como requisito para obter o certificado de conclusão do curso.

Orientadora: Elizete Lanzoni Alves Alves,
Dra.

FLORIANÓPOLIS

2013



PATRYCIA BYANCA FURTADO

**A OBSERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO SUSTENTÁVEL NA
REGULAMENTAÇÃO DA ANÁLISE PRÉVIA DOS EDITAIS DE
CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DE SANTA CATARINA**

.

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de especialista em Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos pela Fundação Escola de Governo EnaBrasil.

Orientadora:

Doutora Elizete Lanzoni Alves Alves

Academia Judicial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Coordenação Acadêmica _____

Claudia Regina Castellano Losso

Fundação Escola de Governo ENABrasil

Florianópolis, 22 de agosto de 2013.



GOVERNO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
FUNDAÇÃO ESCOLA DE GOVERNO – ENA
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA
CATARINA
INSTITUTO DE CONTAS – ICON/TCESC



O Curso de Especialização em “Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos” é uma iniciativa do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, financiado nos termos da Resolução nº TC 10/2004, sob a Coordenação do Instituto de Contas do TCESC, e desenvolvido pela Escola de Governo Fundação ENA.

Título da Monografia: A observação do princípio da licitação sustentável na regulamentação da análise prévia dos editais de concessões de serviço público pelo Tribunal de Conta do Estado de Santa Catarina.

Aluna: Patrícia Byanca Furtado

Orientadora: Elizete Lanzoni Alves Alves, Dra.

RESUMO

Este trabalho, decorrente da conclusão do curso de pós-graduação em concessão de serviços públicos, realizado em parceria entre Instituto de Contas do Tribunal de Contas do Estado –ICON e pela Fundação Escola de Governo-ENA tratou de conhecer e analisar e identificar o cuidado com o princípio da licitação sustentável na regulamentação da análise prévia dos editais de concessões de serviço público pelo Tribunal de Conta do Estado de Santa Catarina. Esta pesquisa se constitui em um viés do tema proposto que foi o de examinar em que medida o controle externo das licitações de concessões de serviços e obras públicas efetivamente tem atuado sob a diretriz vinculante da sustentabilidade ambiental. Esta análise cuidou do tema em dois momentos principais: a concepção e a prática. A concepção corresponde a toda a legislação de regência da matéria e a prática se reporta aos regulamentos exarados pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, no período de 2002-2013, centrando-se nas análises prévias dos editais de concorrência de concessão de serviço público. Observou-se, o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina tem hoje disciplina para a análise do exame prévio dos editais de concorrência, mas não se ocupou em nível específico, das concessões e das Parceria Público Privadas-PPP's, como o fez o Tribunal de Contas da União-TCU, e também não adaptou os seus normativos à nova finalidade da licitação. Em conclusão firmou-se o princípio da sustentabilidade ambiental como direito fundamental e que, também por isso, o seu não atendimento eiva de ilegalidade o processo licitatório e, por último, a importância da atuação das Corte de Contas com instrumento de concreção e efetividade à lei.

Palavras-chave: Serviço Público. Concessão. Licitação. Exame Prévio. Tribunal de Contas. Sustentabilidade Ambiental.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 CONCEPÇÕES LEGAIS ACERCA DO EXAME PRÉVIO DOS EDITAIS DE CONCORRÊNCIA E DA LICITAÇÃO SUSTENTÁVEL	21
2.1 CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	21
2.2 PRESSUPOSTOS BÁSICOS DA LICITAÇÃO, UMA VISÃO GERAL	29
2.3 O CONTROLE PRÉVIO DOS EDITAIS DE CONCORRÊNCIA PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS	32
2.4 CONCEITO DE LICITAÇÃO SUSTENTÁVEL	35
3 A REGULAMENTAÇÃO DA LICITAÇÃO SUSTENTÁVEL NO EXAME PRÉVIO DOS EDITAIS DE CONCORRÊNCIA	40
3.1 ANÁLISE PRÉVIA DOS EDITAIS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA E SEU PODER REGULAMENTAR	41
3.2 O EXAME PRÉVIO DOS EDITAIS DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	42
3.3 CONTEÚDO DAS VARIÁVEIS DE SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL NAS COMPRAS E AQUISIÇÕES PÚBLICAS	45
3.4 O DESEMPENHO DO TCE DE SANTA CATARINA NA CONCREÇÃO E EXIGÊNCIA DE CRITÉRIOS AMBIENTAIS NOS EDITAIS DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA DE CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS	48
4 CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho, decorrente da conclusão do curso de pós-graduação em concessão de serviços públicos, realizado pelo Instituto de Contas do Tribunal de Contas do Estado –ICON¹ em parceria com a ~~pela~~ Fundação Escola de Governo-ENA² tratou de conhecer, analisar e identificar a necessidade da observação do princípio da licitação sustentável na regulamentação da análise prévia dos editais de concessões de serviço público pelo Tribunal de Conta do Estado de Santa Catarina.

Esta pesquisa se constitui em um viés do tema proposto qual seja, o de examinar em que medida o controle externo das licitações de concessões de serviços e obras públicas efetivamente tem atuado sob a diretriz vinculante da sustentabilidade ambiental.

Esta análise cuidou do tema em dois momentos principais: a concepção e a prática. A concepção corresponde a toda a legislação de regência da matéria e a prática se reporta aos regulamentos exarados pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, no período de 2002-2013, centrando-se nas análises prévias dos editais de concorrência de concessão de serviço público.

Estas notas introdutórias são apresentados os objetivos geral e específicos norteadores do estudo proposto, os pressupostos teóricos metodológicos, as justificativas para a realização deste trabalho, a contextualização do tema e, por fim, o programa deste trabalho.

O objetivo, portanto, foi o de identificar como a lei de regência se materializou nas decisões do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCE/SC) ao longo do período estudado. Buscou-se nas decisões analisadas os aspectos de ruptura e os aspectos de intersecção com o princípio da sustentabilidade ambiental.

A justificativa para a elaboração do trabalho encontra-se na necessidade de se avaliar a efetividade do princípio do desenvolvimento sustentável na deflagração das concessões de serviço público, e para tanto, compreender este princípio sob duas

¹ O Instituto de Contas – ICON – é um órgão diretamente vinculado à presidência do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina,, foi criado pelo Art. 27 da Lei Complementar nº 202/2000 e regulamentado pelas Resoluções TC NS. 07/2001 e 10/2004, e cujo objetivo precípua é de Promover de forma planejada a política de capacitação dos servidores do TCE/SC, por meio de eventos internos, externos e de pós-graduação (informação disponível em <www.tce.sc.gov.br> acesso em 21jun2013).

² A ENA Brasil foi instituída pela lei nº. 446, de 24 de junho de 2009 (estadual), por iniciativa do Governo de Santa Catarina, em convênio com a *École Nationale d'Administration* (l'ENA) da França, com os mesmos objetivos: formar gestores públicos, por meio da educação continuada e da prestação de serviços e intercâmbios com instituições nacionais e internacionais (informação disponível em www.enabrasil.sc.gov.br acesso 21jun2013)

premissas: O reconhecimento da sustentabilidade ambiental no contexto dos direitos fundamentais e a sustentabilidade como uma das dimensões do princípio fundamental da licitação da obrigatoriedade da escolha da proposta mais vantajosa.

São os objetivos específicos desta pesquisa: tratar das concessões de serviço público, discorrer sobre os critérios de licitação sustentável, discorrer sobre a análise prévia dos editais de concorrência pública, sua regulamentação pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina e sua importância como instrumento preventivo e garantidor da efetividade da lei, analisar a defesa da licitação sustentável nas concessões de serviços públicos nos regulamentos exarados pelo Tribunal de Contas do Estado e demonstrar a relevância da proteção ambiental como tarefa incontestável de todas as instituições do Estado, sobretudo os Tribunais de Contas.

No que tange à primeira premissa atinente ao objetivo geral desta pesquisa, a de que a sustentabilidade ambiental figura no contexto dos direitos fundamentais releva dizer que o direito ambiental e um dos seus principais vetores, a sustentabilidade, devem ser considerados no contexto de direito fundamental e que muitos dos direitos hoje constitucionalmente inscritos são um produto de correlação de forças, são historicamente construídos, cuja efetivação se constitui em mais um momento deste conflito (COUTINHO, 1996).

Em outras palavras, quer-se dizer que a regulação do que se entende como licitação sustentável, visa a dar concreção, ou contribuir, para a efetivação de um direito fundamental.

Em mesma direção, Bobbio (1992) assinala que os direitos humanos positivados não têm origem no estado de natureza, conceito este que foi manejado para justificar racionalmente determinadas exigências do homem: muitos destes direitos são produtos das lutas e movimentos travados pelos homens, sob determinado contexto social, e não no estado de natureza, pois este revela a hipótese abstrata de um estado simples, primitivo, onde o homem vive com poucos carecimentos essenciais, oposto ao mundo de onde derivou toda a gama de Direitos Fundamentais que hoje conhecemos.

Nas palavras de Cademartori (1999, p. 34):

O seu fundamento de validade não é um dado objetivo extraível da natureza humana, mas o consenso geral dos homens acerca da mesma, já que tais direitos são reconhecidos por todas as sociedades civilizadas e estampados em Declarações Universais.

De todas as concepções de Constituição, a mais relevante para o Direito e para o objeto deste estudo é a que a situa como norma fundamental, criadora da estrutura básica do Estado e parâmetro de validade de todas as demais normas.

Não se pretende aqui polarizar a discussão para meandros da técnica jurídico-constitucionalista, mas é necessário agregar alguns conceitos básicos para a análise. Ao se considerar que uma Constituição é o parâmetro de validade de todas as normas, quer isso significar que uma lei que contrarie um dispositivo constitucional é inválida. A validade ou invalidade de uma lei é designada pelo controle da constitucionalidade das leis, com previsão no próprio texto da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Via de regra, o controle exercido no Brasil é qualificado como misto, porque é exercido tanto sob o âmbito difuso, quanto pelo concentrado, ou seja, tanto pelo órgão jurisdicional, de forma repressiva, e, pelo político, chamado abstrato, preventivo – ainda no processo de edição da norma. O Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão de cúpula do Poder Judiciário a quem cabe a guarda da Constituição Federal, e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) é o guardião da Constituição Estadual; assim, se houver violação à Constituição Federal e Constituição Estadual, respectivamente, quem irá julgar é o STF e o STJ. Quanto aos meios de controle jurisdicional este pode ser: a) por via de exceção ou incidental: oponível num caso concreto em juízo, quando a parte for autor ou réu; b) por via de ação direta: visa obter a invalidação da lei, em tese: a) de competência do STF, destinada a obter a decretação de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, federal ou estadual, com objetivo de afastar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical – arts. 102, I, a, e 103 e § 3º, da Constituição Federal; b) de competência do Tribunal de Justiça (TJ) em cada Estado, visando a declaração de inconstitucionalidade, em tese, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual – art. 125, § 2º, da Constituição Federal. O artigo 103 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) prevê, ainda, a inconstitucionalidade por omissão em duas situações: quando o legislador deixa de criar lei necessária à eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais, especialmente nos casos em que a lei é requerida pela Constituição Federal e quando o administrador não adota as providências necessárias para tornar efetiva norma constitucional, conforme o art. 103, §2º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Parte-se deste princípio, a Constituição como ordenação jurídica suprema. Disso pode-se inferir que o desrespeito a quaisquer regras de seu contexto, ainda que sejam estas reguladas pela lei ordinária, constitui afronta à Constituição, cuja

ilegalidade para o direito – ao menos em tese – é uma ilegalidade qualificada. Quanto à efetividade das normas constitucionais, muitos são os tratados de direito dedicados a explicar a efetividade como conceito e como fenômeno. Como conceito, tem-se que a efetividade aqui tratada é a eficácia jurídica (SILVA, 1982), a realização do direito legislado no mundo dos fatos; busca-se conhecer, portanto, quais efeitos previstos, *efetivamente*, foram produzidos.

Com base nesta compreensão, cabe a atenção aos conceitos de sustentabilidade, direitos fundamentais, o de direito ambiental, superioridade constitucional, licitação, concessões públicas e, ainda, à efetividade das normas constitucionais.

Quanto à sustentabilidade, julga-se suficiente e norteador deste trabalho o conceito de Lanzoni Alves (2013, p. 73):

A compatibilização entre crescimento econômico e meio ambiente ocorre no campo da sustentabilidade. Assim o desenvolvimento econômico sustentável busca atender as necessidades materiais do ser humano em harmonia com a capacidade do meio ambiente em fornecer os subsídios de forma a não comprometer o equilíbrio ecológico garantindo a saúde e a vida sob a ótica intergeracional.

A sustentabilidade se apresenta aqui como um elemento garantidor, condicionante, preventivo. Neste sentido, diz, ainda, Lanzoni Alves (2013) que a sustentabilidade é representada pelo fator *ecoeficiência*, pelo qual se dá a conhecer os efeitos da ação ou conduta sobre o meio ambiente. A ecoeficiência, inclusive, integrou o rol de princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos³, artigo 6º., V, *in verbis*:

[...] a ecoeficiência, mediante a compatibilização entre o fornecimento, a preços competitivos, de bens e serviços qualificados que satisfaçam as necessidades humanas e tragam qualidade de vida e a redução do impacto ambiental e do consumo de recursos naturais a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta;

Os direitos e garantias fundamentais, inscritos constitucionalmente, afiguram-se associados à idéia de democracia ou, ainda, ao Estado Democrático de Direito. Os direitos fundamentais⁴ são elementos essenciais ordem jurídica pátria, ao mesmo tempo em que, na orbe de direitos do homem, são dotados de validade universal (ALEXY 1999).

³ Lei n. 12.305, de 2 de agosto de 2010 (federal).

⁴ A despeito das diversas terminologias disponibilizadas pela doutrina e encontradas em nossa pesquisa - “direitos da pessoa humana”, “direitos dos cidadãos”, “direitos humanos” - prefere-se aqui o termo acolhido pela Constituição Federal (Título II).

Bonavides (2002) identificou o marco histórico da institucionalização dos Direitos Fundamentais na Revolução Francesa, de cujo mote decorreu a divisão dos direitos fundamentais em três gerações sucessivamente, que seguem resumidas.

Os direitos de primeira geração, os primeiros a serem albergados constitucionalmente, são aos direitos da liberdade. São estes os direitos civis e políticos e têm como titular o indivíduo e são direitos de resistência ou oposição contra o Poder Público; sua instrumentalidade consiste em garantir ao indivíduo uma esfera de liberdade em relação ao Estado e, neste mesmo diapasão, ampliar a participação da comunidade no exercício do poder político (Bobbio, 1992).

Como exemplos de Direitos Fundamentais de primeira geração, é possível citar os direitos à vida, à liberdade e à igualdade, previstos no caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Derivam destes direitos de primeira geração positivados na Constituição brasileira as liberdades de manifestação (art. 5º, IV), de associação (art. 5º, XVII) e o direito de voto (art. 14, caput).

Os direitos da segunda geração são os sociais, culturais e econômicos. Estes direitos têm fundamento no princípio da igualdade e são vistos como direitos da coletividade. São direitos que exigem determinadas prestações por parte do Estado, e, por isso, têm aplicabilidade imediata – artigo 5º., § 1º., da Constituição Federal. Par Bobbio, são direitos de liberdade "através" ou "por meio" do Estado. Na Carta brasileira de 1988 estes direitos estão titulados como "diretos sociais", em cujo rol estão os direitos à educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança e previdência social (art. 6º, caput).

Assentados sobre a perspectiva da globalidade (BONAVIDES, 2002, p. 521), fraternidade, surgem os Direitos Fundamentais de terceira geração, os direitos difusos, os quais visam à proteção do ser humano, e não apenas do indivíduo ou do Estado em nome da coletividade, "de grupos humanos." (SARLET, 1998).

No catálogo dos direitos de terceira geração figuram, pelo menos, cinco direitos: o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

Neste sumariado quadro é possível deduzir que o direito ao meio ambiente, a par de seu contexto maior, o catálogo dos direitos fundamentais, é uma construção histórica decorrente da necessidade de afirmação e de proteção da existência da própria raça:

Hodiernamente, os direitos humanos são tratados como paradigma na sociedade mundial, principalmente por serem meios de proteção e

sustentação do homem contra as atrocidades cometidas pelo próprio homem. (BRANDÃO, 2011, p. 147)

A este respeito Lanzoni Alves (2013, p.104) ensina que:

Mais que um direito humano, o ambiente sadio e equilibrado é um direito dos seres (bióticos e abióticos), é sobretudo, um direito de sobrevivência próprio do Planeta enquanto organismo sistêmico que obriga a todos.

A Constituição de 1988 consagrou um capítulo (título VII, capítulo VI), em especial, ao meio ambiente, assim assinalando:

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.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

Resta compreender a questão ambiental no contexto das licitações. Neste mister, julga-se necessário oferecer uma breve compreensão da licitação no texto constitucional.

O artigo 22, inciso XXXVIII, da Constituição Federal, registra que compete à União editar as

[...] normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

Mas a imperatividade da licitação precedente à aquisição e contratação de obras, serviços, compras e alienações pela Administração Pública, advém do disposto no artigo 37, XXI, também da Magna Carta:

[...] ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

O artigo 37, XXI, da Carta Federal, supra, foi regulamentado pela lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 (federal). Em linha com o artigo 3º. deste diploma legal a licitação deve cumprir três finalidades legais:

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.

Para Costa Carlos (2011, p. 21)

A Lei 8.666/1993, Conhecida como lei de licitações e contratos, Teve seu conteúdo pela Lei 12.349/2010, cuja origem foi a Medida Provisória 495/10. Dentre as principais alterações, cabe destacar a

nova redação do caput do art. 3º que incluiu como finalidade da licitação o desenvolvimento nacional sustentável, alçando-o ao mesmo nível da observância do princípio da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para esse novo objetivo, a licitação passou a ter mais um desafio: além de optar pela proposta mais vantajosa e respeitar a isonomia entre os licitantes, deve ainda promover o desenvolvimento nacional sustentável

Considerando estes fundamentos básicos, é possível desde já afirmar que a inscrição do desenvolvimento nacional sustentável como uma das finalidades da licitação se constitui em uma das formas de concreção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se aqui da licitação sustentável, expressão já cunhada e estudada por muitos administrativistas (FREITAS, 2011).

Mas surge aqui um dos pontos mais relevantes do objeto desta pesquisa, a questão da efetividade. Em mesmo diapasão disse Bobbio (2004) que em se tratando das novas gerações de direitos fundamentais, o direito ao meio ambiente seria o mais destacado destes novos direitos, embora cercado de considerável complexidade na sua definição e nos seus instrumentos de defesa (BOBBIO, 2004).

Já se registrou aqui o que se entende por efetividade da lei, sobretudo a constitucional: a concreção, o exercício efetivo ou o gozo efetivo de direitos.

Barroso (2006) entende que a normatividade plena da Constituição, como fonte imediata de direitos e obrigações, inclusive no que tange às normas que enunciam princípios, como o da publicidade, por exemplo.

No entanto, a dogmática jurídica e o constitucionalismo se debruçam em tratados e embates jurídicos para tentarem explicar, dentro da técnica jurídica, as possibilidades e os limites da efetividade da lei, sobretudo a constitucional, estabelecendo-se complexas fórmulas jurídicas de classificação de normas constitucionais para interpretá-las. Todas elas gravitam em torno de idéias como “eficácia contida da norma” – que necessitariam de regulamentação e seriam passíveis de alguma limitação pela lei ordinária – “reserva do possível”, segundo as quais a realização dos direitos sociais, tanto quanto quaisquer outros direitos, deveria acontecer na maior medida possível, tanto quanto as condições fáticas o permitam⁵ (SILVA, 2009), ou seja, nos limites das possibilidades orçamentárias.

Por esta razão, examinam-se os conceitos de direitos fundamentais e de democracia na história para situarmos as possibilidades de efetividade deste direito, porque este é o âmbito do qual emerge o tema de pesquisa.

⁵ Sobre este assunto são úteis as obras dos constitucionalistas Silva (2009), Silva (1995) e Barroso (1995).

Barroso (2006) assinala que existe entre a norma e a realidade uma tensão permanente, da qual emergem as possibilidades e limites do direito constitucional. Para o direito ambiental esta tensão é arrefecida pela recente reestruturação capitalista que passou a impor limites cada vez mais estreitos às possibilidades de “humanizar o capital” (WOOD, 2003, p. 250).

Não há momento mais fulcral para a garantia da efetividade deste princípio finalístico da licitação, que o exame prévio do edital de concorrência pelos tribunais de contas. Este exame prévio tem permissivo no parágrafo 2º. do artigo 113 do Estatuto das Licitações e Contratos, a lei nº. 8666 (BRASIL, 1993):

[...] § 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas.

É válida uma breve digressão acerca da instituição Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina.

Em Santa Catarina, embora a Constituição de 1947 previsse a criação de um órgão responsável pelo controle da aplicação dos recursos públicos no Estado e nos municípios catarinenses, a criação do TCE só se concretizou em quatro de novembro de 1955, com a lei n. 1.366 (SANTA CATARINA, 1955). Desde os seus primeiros anos de existência o processo de composição do corpo deliberativo – os responsáveis pelas decisões, os conselheiros – se deu por nomeação do Poder Executivo.

A Constituição Federal de 1988, artigo 70 e, por conseqüência, a Estadual de 1989, artigo 59, ampliaram as atribuições do Tribunal de Contas. O Tribunal de Contas figura, constitucionalmente, como um órgão auxiliar dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Suas decisões podem incorrer na recomposição ao erário – cofres públicos – dos danos constados em seus processos de fiscalização e multa aos ofensores da lei.

As Cortes de Contas não têm poderes para executar as suas próprias decisões, que, de forma geral, cabem às Procuradorias Estaduais, mediante o encaminhamento do título executivo – valor válido a executar, do qual não cabe mais recurso.

Para os juristas, o Tribunal de Contas auxilia o legislativo, mas não é órgão auxiliar daquele Poder. Fernandes (2004, p. 83) explica esta diferença:

A função dos Tribunais de Contas é até hoje pouco compreendida. Está na Constituição Federal que auxilia o Congresso Nacional; não é órgão auxiliar, porque julga as contas dos agentes dos três Poderes. Julga, sim, e com todas as letras. Por esse motivo, não é assegurada a

ampla revisibilidade judicial das decisões dos Tribunais de Contas pelo Judiciário, havendo o Constituinte estabelecido que "a lei não excluirá da apreciação do Poder judiciário lesão ou ameaça de Direito", embora na própria Constituição Federal encontrem-se as exceções definidas. Somente em relação às contas anuais do País – impropriamente denominadas de contas do Presidente da República – é que se limita a emitir parecer prévio, cabendo julgamento ao Poder Legislativo.

Pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), a pretexto de assegurar maior independência de suas atribuições, os membros dos Tribunais de Contas gozam das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio.

Isto posto, no desempenho de suas funções, o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina pode se manifestar quanto às concessões de serviço pública, por meio dos seguintes tipos de processos:

- a) emissão dos pareceres prévios nominados de processos prestação de contas de Prefeito (PCP) e de processo prestação de contas do Governador (PCG) em conformidade com o disposto nos artigos 59, I, da Constituição Estadual (SANTA CATARINA, 1989) e 1º, incisos I e II da lei complementar nº. 202 (SANTA CATARINA, 2000b);
- b) julgamento dos atos de gestão dos administradores públicos, que dizem respeito ao dever constitucional de prestar contas, atribuível a todo aquele que lida com recursos públicos, capta receitas e ordena despesas, que tramitam no Tribunal por meio dos processos autuados como PCA – prestação de contas anual do administrador, nos termos do artigo 59, inciso II, da Constituição Estadual (SANTA CATARINA, 1989), no artigo 1º, inciso III e 9º, todos da lei complementar nº. 202 (SANTA CATARINA, 2000b);
- c) julgamento dos atos administrativos de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, instruídos por meio de auditorias, com o objetivo de verificar a legalidade, a legitimidade, a moralidade, a economicidade, a eficiência e a eficácia dos atos administrativos, e que são autuados como processo de auditoria de registros contábeis (ARC), processo de auditoria ordinária (AOR), processo de auditoria de Licitações, contratos, convênios e atos análogos (ALC) conforme o disposto no artigo 59, incisos II e IV, da Constituição Estadual (SANTA CATARINA, 1989), no artigo 1º, incisos III e V e nos artigos 29 a 33, todos da lei complementar nº. 202 (SANTA CATARINA, 2000b);

- d) julgamento de matérias identificadas em PCP ou PCG que são autuadas como autos apartados denominados de processos diversos (PDI);
- e) julgamento de fatos irregulares denunciados, que são autuados como processos de denúncia (DEN) e, ainda, de fatos irregulares representados que são autuados como processo representação (REP) e representação judicial (REPJ), de acordo com o disposto nos artigos 65 e 66 da lei complementar n.º 202 (SANTA CATARINA, 2000b);
- f) decisões em consulta, as quais, após o julgamento em plenário, constituem prejudgado, de natureza interpretativa de direito em tese, em matéria de competência do Tribunal de Contas, com o objetivo de uniformizar a jurisprudência, nos termos do disposto no artigo 154 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado (SANTA CATARINA, 2001a), e que são autuadas como processo consultas (CON);
- g) julgamento da legalidade dos editais de concorrência pública, que tramitam como processos exame de editais de concorrência (ECO);
- h) julgamento das tomadas de contas especiais (tce) – processos tce – que visam à apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e recomposição do dano quando constatados prejuízo ao erário⁶, nos termos do artigo 10 da lei Complementar n.º 202 (SANTA CATARINA, 2000b), do artigo 32, lei complementar n.º 202 (SANTA CATARINA, 2000b) e, por fim, do artigo 65, parágrafo 4º, do mesmo Diploma Legal.

Trata-se esta de uma pesquisa de natureza qualitativa. Para Minayo (2001), a pesquisa qualitativa se volta ao universo de significados, motivos, aspirações, crenças,

⁶ A Tomada de Contas Especial tem gênese em três situações: em primeira possibilidade, a autoridade administrativa, sob pena de responsabilidade solidária pelo dano, nos termos do disposto no artigo 10 da Lei Complementar n. 202 (SANTA CATARINA, 2000) ao constatar o dano, adota as providências administrativas para a recomposição do prejuízo e, em não logrando êxito, determina a instauração do processo da tomada de contas especial, para a qualificação dos fatos, quantificação do dano, identificação dos responsáveis, instauração do contraditório, e que, após o encerramento da denominada fase interna, deve ser encaminhada para o Tribunal de Contas para instrução e julgamento, quando deverá o débito ser recolhido ou ainda ser constituído em título executivo a ser encaminhado às Procuradorias para a execução fiscal – de competência do Poder Judiciário, para a constrição dos bens, conforme o previsto no artigo 5º, inciso XXV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). A outra possibilidade da autuação de processo como tomada de contas especial, pode ocorrer por determinação do Tribunal de Contas à Unidade Gestora, nos termos do artigo 10, parágrafo 1º da Lei Complementar n. 202 (SANTA CATARINA, 2000), fixando-lhe prazo para o cumprimento desta decisão. Por último, o Tribunal de Contas do Estado, pode decidir pela conversão de processos já em trâmite em tomada de contas especial, quando configurado o dano ao erário, seja na fiscalização de atos e contratos – processos AOR, ARC, ALC e PDI – conforme o disposto no artigo 32, Lei Complementar n. 202 (SANTA CATARINA, 2000) e, ainda, na apreciação de denúncias e representações – processos DEN, REP e RPJ – consoante o assinalado no artigo 65, parágrafo 4º, do mesmo Diploma Legal.

valores e atitudes, o que corresponde a um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização de variáveis. Foram utilizadas as técnicas de observação e do manejo de dados documentais. Procurou-se, de forma geral, organizar e analisar todo o material coletado e sob a intermediação teórica, compreender e contextualizar o tema proposto.

Quanto aos objetivos do trabalho, esta pesquisa pode ser classificada, ainda, como exploratória, porque buscou ampla familiaridade com problema, tanto sob a matriz do levantamento bibliográfico, como pelo estudo de caso (GIL, 2007), nos limites, por óbvio, de uma pesquisa realizada sob o escopo monográfico.

No que se refere ao estudo de caso; como diz Yin apud Roesch (1999, p. 155) este figurou aqui como uma estratégia de pesquisa que busca examinar um fenômeno contemporâneo dentro de seu contexto.

Para análise da legislação de regência do foram utilizadas as ferramentas da hermenêutica jurídica, contexto em que os subsídios de Bobbio (1988; 1999) e de Sampaio Júnior (1988; 1999) tiveram especial relevância. Para a compreensão dos fundamentos do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e da licitação sustentável, a definição de seus conceitos, o alcance de sua aplicabilidade, o direito constitucional foi, notadamente, a fonte privilegiada.

Nesta direção, para se compreender como se materializou a este direito, procurou-se pensar o tema sob uma perspectiva materialista da história, significando-a no contexto das determinantes do capitalismo. Isto significa, diz Frigotto (2006, p. 241), que se queremos ter uma compreensão dialética da realidade histórica,

[...] as dimensões econômicas, científicas, técnicas e políticas da [...] de forma articulada por diferentes mediações e, por se darem numa sociedade de classes, se produzem dentro de contradições, conflitos, antagonismos e disputas.

Para a delimitação do universo de pesquisa considerou-se que

se o documento existe fora do pesquisador, para que possa extrair dele dados da realidade é preciso que assuma uma posição ativa na produção de conhecimento: localiza, seleciona, lê, relê, sistematiza, analisa as evidências que apresenta. Esses passos resultam de intencionalidades que, para além da pesquisa, se vinculam aos determinantes mais profundos e fecundos da investigação, quais sejam discutir, elucidar, desconstruir compreensões do mundo; discutir, elucidar, construir compreensões do mundo: produzir documentos, produzir conhecimentos é produzir consciências. (EVANGELISTA, 2003, p. 8)

O recorte temporal eleito para a delimitação do universo de pesquisa é o marco regulatório do Estatuto das licitações, tanto a contar do início de sua vigência, consagrando o exame prévio das licitações em 1993, bem como a da data em que se consagrou o princípio da licitação sustentável neste Estatuto, por meio da modificação introduzida em 2010 pelo artigo 1º. da lei nº. 12.349 (BRASIL, 2010), *in verbis*:

Art. 1º A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com as seguintes alterações:

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.

A considerar destas datas é que exurgiu para os Tribunais de Contas pátrios o poder regulamentar, a uma concernente ao exame prévio e a outra, para disciplinar os elementos garantidores da licitação sustentável.

Para a identificação dos documentos foi consultado o acervo de regramentos internos do Tribunal de Contas do Estado e, em nível complementar, o acervo de decisões disponibilizadas no Sistema de Processos do Tribunal (SIPROC)

No que tange aos repertórios de jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado, diz-se em nível complementar, porque em solo pátrio, a despeito das súmulas vinculantes a jurisprudência não tem o valor de lei, mas se constitui em fundamental fonte de aplicação do direito.

De fato, a expressão Jurisprudência em primeira acepção, sugere a idéia de uniformidade, coesão de entendimento. Contudo, inexiste no Tribunal de Contas do Estado a figura da súmula vinculante. Afigurou-se, portanto, difícil – se não impossível – extrair-se um padrão decisório, um critério *a priori* aplicável a todos os exames prévios dos editais de concorrência.

No dizer de Teixeira (1981) o termo Jurisprudência, para os romanos, designava não só conhecimento do direito, mas, também, do que era “justo ou injusto”. No Direito brasileiro e francês é a expressão da “prática dos Tribunais”. Para Reale (1981, p. 167) a jurisprudência é a "forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais".

Súmula é um verbete que designa a interpretação jurídica pacífica e majoritária adotada por um Tribunal, com o fito de promover a uniformidade entre as decisões. A súmula vinculante, de outro lado, é a jurisprudência que adquire força de lei. No Brasil, a súmula vinculante foi instituída pela Emenda Constitucional n. 45 (BRASIL, 2004), que assim modificou o artigo 103-A da Constituição Federal:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Sublinhe-se que, por força da norma constitucional acima reproduzida, os Tribunais de Contas devem atender às súmulas vinculantes, assim como às demais normas jurídicas. É neste sentido que se afirma que inexistem nos Tribunais de Contas a figura de súmula com a força vinculante introduzida pela Emenda Constitucional n. 45 (BRASIL, 2004).

Concebeu-se esta pesquisa em dois momentos principais identificados na questão estudada: o dever ser e o ser.

O capítulo 2 – CONCEPÇÕES LEGAIS ACERCA DO EXAME PRÉVIO DOS EDITAIS DE CONCORRÊNCIA E DA LICITAÇÃO SUSTENTÁVEL – ocupa-se dos principais conceitos legais e doutrinários acerca das concessões de serviço público, de licitação, do exame prévio de editais e da licitação sustentável, buscando-se a aproximação do direito tal como ele foi concebido.

O capítulo 3 – A REGULAMENTAÇÃO DA LICITAÇÃO SUSTENTÁVEL NO EXAME PRÉVIO DOS EDITAIS DE CONCORRÊNCIA oferece um breve apanhado dos pressupostos legais do exame prévio dos editais de concorrência, retomando-se os aspectos conceituais da legislação e da doutrina – o dever ser – o exame da regulamentação vigente, em cotejo com as diretrizes vigentes e garantidoras da imperatividade da licitação sustentável.

Nas considerações finais foram retomadas as ideias e proposições expostas, e firmando-se os significados encontrados na pesquisa. Buscou-se as possibilidades e efetividades de realização do direito fundamental à sustentabilidade ambiental, que pode ser traduzido como o direito à manutenção da vida na terra.

2 CONCEPÇÕES LEGAIS ACERCA DO EXAME PRÉVIO DOS EDITAIS DE CONCORRÊNCIA E DA LICITAÇÃO SUSTENTÁVEL

Este capítulo se ocupa da concepção legal acerca das concessões de serviço público e da licitação sustentável, buscando-se a aproximação do direito tal como ele foi concebido.

2.1 CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Justen Filho (2003, p. 3) historiza que, embora a Constituição Federal tenha se reportado ao instituto da concessão - artigo 175, parágrafo único, I - apenas em 1995 veio a ser editada a lei nº 8.987 (BRASIL, 1995) que forneceu definição legislativa formal para o instituto da concessão. De acordo com o art. 2º, inc. II, a concessão de serviço público é

[...] a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Aproximando-se da doutrina⁷, tem-se que a concessão, para Celso Antônio Bandeira de Mello, “é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceite prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço”. Na inteligência de Carvalho Filho (2006, p. 306) concessão de serviço público é

[...] o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certas atividades de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários. Nessa relação jurídica a Administração Pública é denominada de concedente, e, o executor do serviço, de concessionário.

⁷ Não se pretende aqui polemizar o conceito de concessão, a par do que bem fez Justen Filho (2003), entre outros doutrinadores, porque não é instrumental para esta pesquisa e ao foco nuclear da presente pesquisa.

É importante para este trabalho repetir a advertência bem impressa por Justen Filho (2003, p. 4):

[...] a concessão não produz modificação do regime jurídico que preside a prestação do serviço público. Não acarreta transformação do serviço em privado. A outorga da concessão não representa modalidade de desafetação do serviço, retirando-o da órbita pública e inserindo-o no campo do direito privado.

A despeito dos inúmeros conceitos de concessão de serviços públicos e de seus elementos constituintes, prefere-se aqui destacar um dos seus principais significados: A concessão traduz situação em que o custeio dos serviços é transferido para os usuários. Diante destas noções preliminares, interessa anotar os elementos fulcrais à definição de serviço público.

Esta expressão tem cerne na doutrina publicista francesa sob a matriz da “obrigação de prestar imposta aos governantes” (MEIRELLES, 2005 p. 326) .

Justen Filho (2003; p. 16) ao discutir o conceito de serviço público leciona que o assunto enfrenta questões nucleares da Política e do Direito, pois inclui a definição da função do Estado, de seus limites de atuação e do âmbito reservado aos particulares.

Neste mister, mais uma vez Justen Filho reconhece na doutrina e frente, sobretudo, às alterações no conceito de modelo de estado (2003; p. 16 a 19) que definir *serviço público* é um dos temas mais problemáticos enfrentados pela Ciência do Direito Administrativo. Em mesma direção, Meirelles (2005, p 326) pontua que o cerne das dissensões conceituais em torno do conceito de serviço público são as disputas políticas em torno do que se defende por modelo de Estado.

Para Gasparini (2000: p. 249) a definição aqui estudada comporta três acepções, a saber:

Em sentido orgânico, também chamado subjetivo, o serviço público é um complexo de órgãos, agentes e recursos da Administração Pública. Equivale, pois, a um organismo ou parte do aparelho estatal. Em sentido material, também designado objetivo, o serviço público é uma função, uma tarefa, uma atividade da Administração Pública, destinada a satisfazer necessidades de interesse geral. Em sentido formal, serviço público é a atividade desempenhada por alguém (Poder Público ou seus delegados) sob regras exorbitantes do Direito Comum. É a Submissão de certa atividade a um regime de Direito Público.

Passa-se, então a expor a opinião de importantes autores sobre a definição de serviço público.

Diz Justen Filho (2003, p. 20 e 21) que o vocábulo *serviço público* não figura como sinônimo de atividade estatal, o que restringiria o seu alcance.

Mas para Aragão (2008, p. 157),

[...] serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas o bem-estar da coletividade.

Assenta Aragão (2008, p. 157) que esta definição tem na Constituição a “acepção mais consentânea com a evolução político-econômica pela qual as atividades prestacionais do Estado vêm passando e com o foco que vem sendo dado pela doutrina aos serviços específicos e divisíveis”.

Para Mello (2006, p. 634) o conceito de *serviço público*, em sentido técnico jurídico, pode ser apresentado da seguinte forma:

Serviço público é toda a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – , instituído em favor do interesses definidos como públicos no sistema normativa .

No pensamento de Medauar (2006: p. 313) assim se aufere:

Serviços públicos, como capítulo do direito administrativo, diz respeito à atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração, inserida no Executivo. E refere-se à *atividade prestacional*, em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, como, por exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano. As atividades-meio (por exemplo: arrecadação de tributos, serviços de arquivo, limpeza de repartições, vigilância de repartições) não se incluem na acepção técnica de serviço público.

De outro lado, Di Pietro (2002: p. 47), ao tratar da concessão de serviço público, cuida de situá-la em sentido mais restrito “alcançando apenas atividade material prestada pelo Estado ou seus representantes, para oferecimento de utilidade fruível diretamente pelo usuário”.

No que tange ao regime tarifário, a regularidade, a continuidade, a eficiência, a segurança, a atualidade, a generalidade, a cortesia e a modicidade das tarifas são as características que compõem a concepção legal de adequação do serviço público, previstas no art. 6º, 1º da lei nº 8.897 (BRASIL, 1995), na ordem de princípios, a saber:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

O legislador infraconstitucional, ao editar a lei nº 8.987 (BRASIL, 1995) assim assentou os direitos e obrigações dos usuários:

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na [Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990](#), são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente. [\(Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;

V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;

VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

Mello (2006, p. 640 e 641), referencial conceitual e teórico importante para este trabalho, assim discorre sobre estes princípios:

Dever inescusável do Estado de prover-lhe a prestação, seja diretamente, nos casos em que é prevista a prestação direta, seja indiretamente mediante autorização, concessão ou permissão, nos casos em que permitida tal modalidade, que de resto, é a regra geral. Segue-se que, se o Estado omitir-se, cabe, dependendo da hipótese, ação judicial, para compeli-lo agir ou responsabilidade por danos que tal omissão haja causado.

Princípio da supremacia do interesse público, em razão do que, tanto no concernente à sua organização quanto no relativo ao seu funcionamento, o norte obrigatório de quaisquer decisões atinentes ao serviço serão as conveniências da coletividade; jamais os interesses secundários do Estado ou os dos que hajam sido investidos no direito de presta-los, daí advindo, conseqüentemente, o Princípio da adaptabilidade, ou seja, sua atualização e modernização, conquanto, como é lógico, dentro das possibilidades econômicas do Poder Público;

Princípio da universalidade, por força do qual o serviço é indistintamente aberto à generalidade do público;

Princípio da impessoalidade, do que decorre a inadmissibilidade de discriminações ente os usuários;

Princípio da continuidade, significando isto a impossibilidade de sua interrupção e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido.

Princípio da transparência, impositivo da liberação a amais ampla possível ao público em geral do conhecimento de tudo o que concerne ao serviço e à sua prestação, aí estando implicado o

Princípio da motivação, isto é, o dever de fundamentar com largueza todas as decisões atinentes ao serviço;

Princípio da modicidade das tarifas [...]

Princípio do controle (interno e externo) sobre as condições da prestação.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 175, estabelece que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Meirelles (2005: p. 337 a 339), didaticamente aponta de que forma os serviços público devem ser prestados em atenção ao mandamento constitucional citado, os serviços públicos podem ser prestados da seguinte maneira:

A prestação de serviço público ou de utilidade publica pode ser *centralizada*, *descentralizada* e *desconcentrada*, e sua execução, *direta* e *indireta* (não se confunda com Administração direta e indireta).

1.5.1 *Serviço centralizado* – **É o que o Poder Público presta por seus próprios órgãos em seu nome e sob sua exclusiva responsabilidade.** Em tais casos o Estado é, ao mesmo tempo, titular e prestador do serviço, que permanece integrado na agora denominada Administração direta [...]

1.5.2 *Serviço descentralizado* – **É todo aquele em que o Poder Público transfere sua titularidade ou, simplesmente, sua execução, por outorga ou delegação, a autarquias, fundações, empresas estatais, empresas privadas ou particulares individualmente e, agora, aos consórcios públicos (Lei 11.107, de 6.4.2005).** [...]

1.5.3 *Serviço desconcentrado* – **É aquele que a Administração executa centralizadamente, mas o distribui entre vários órgãos da mesma entidade,** para facilitar sua realização e obtenção pelos usuários. [...]

Os serviços centralizados, descentralizados ou desconcentrados admitem execução direta ou indireta, porque isto diz respeito à sua implantação e operação, e não a quem tem a responsabilidade pela sua prestação ao usuário. Impõe-se, portanto, distinguir *prestação centralizada*, *descentralizada* ou *desconcentrada*, de *execução direta* ou *indireta* desse mesmo serviço.

1.5.4 *Execução direta do serviço* - **É a realização pelos próprios meios da pessoa responsável pela sua prestação ao público,** seja esta pessoa estatal, autárquica, fundacional, empresarial, paraestatal, ou particular. Considera-se serviço em execução direta sempre que o encarregado de seu oferecimento ao público o realiza pessoalmente,

ou por seus órgãos, ou por seus prepostos (não por terceiros contratados). [...]

1.5.5 *Execução indireta do serviço* – **É a que o responsável pela sua prestação aos usuários comete a terceiros para realizá-lo nas condições regulamentares.** Serviço próprio feito por outrem, é *prestação indireta*. (grifo nosso)

No que tange à concessão de serviços públicos Aragão (2008, p. 568 a 570) contribui:

Para que essa manutenção da titularidade estatal sobre o serviço público se materialize, não sendo meramente nominal, com o que a atividade deixaria de ser serviço público, a Constituição e a Lei Federal nº 8.987/95 asseguram uma série de prerrogativas do Estado sobre o serviço concedido, tais como a de alterar as condições de sua prestação, encampá-lo, intervir e controlar as tarifas cobradas pela concessionária.

Essa prerrogativa tarifária é, aliás, uma das mais essenciais à caracterização de um serviço como público, já que às atividades da iniciativa privada aplica-se a regra da liberdade de fixação de preços, o que, no caso dos serviços públicos, por geralmente por constituírem monopólios naturais, levaria a uma total iniquidade social, já que os consumidores se veriam sempre obrigados a obter o serviço da concessionária – única empresa com título jurídico para explorar aquela determinada atividade – pelo preço que fosse, sem direito a escolher outra empresa.

Embora perca essa faculdade (gestão do serviço), a Administração mantém todas as demais faculdades inerentes ao seu direito sobre o serviço (de fiscalizá-lo, de alterar as condições de sua prestação, de retomá-lo etc.). (Grifo nosso)

As concessões de serviços públicos, na modalidade tradicional (ou comum), têm disciplina na lei nº 8.987 (BRASIL, 1995), e as duas novas modalidades de concessão - administrativa e patrocinada – são regidas pela lei nº 11.079 (BRASIL, 2004), que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro as Parcerias Público-Privadas.

Di Pietro (2002: p.75) define *concessão de serviços públicos* como:

[...] contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.

Segundo Mello (2006: p. 674), a outorga do serviço público (ou obra) em concessão depende de lei que a autorize, por ser esta uma relação jurídica complexa,

[...] composta de um ato *regulamentar* do Estado que fixa unilateralmente condições de *funcionamento, organização e modo de prestação do serviço*, isto é, as *condições* em que será oferecido ao usuário; de um ato-condição, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva

estabelecida pelo Poder Público, e de contrato, por cuja via se garante a equação econômico-financeira, resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário.

De outro lado, a parceria público-privada foi instituída pela lei nº 11.079 (BRASIL, 2004), denominada Lei das Parcerias Público-Privadas – PPPs, de incidência nacional, aplicável a todos os entes federados e que dispõe sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos.

Para Cretella Neto (2005, p. 11) a lei das PPPs, constitui-se em evolução no ordenamento jurídico pátrio. Aragão (2008, p. 682) assim define as parcerias público-privadas:

[...] os contratos de delegação da construção, ampliação, reforma ou manutenção de determinada infra-estrutura e da gestão da totalidade ou parte das atividades administrativas prestadas por seu intermédio, mediante remuneração de longo prazo arcada total ou parcialmente pelo Estado, fixada em razão da quantidade ou qualidade das utilidades concretamente propiciadas pelo parceiro privado à Administração Pública ou à população.

O art. 2º, da lei nº 11.079 (BRASIL, 2004) distingue as modalidades patrocinada ou administrativa:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a [Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Di Pietro (2007, p. 285 e 286), uma das primeiras doutrinadoras a se ocupar das PPPs, assentou as suas características:

A concessão patrocinada é uma concessão de serviços públicos sujeita a regime jurídico *parcialmente* diverso da concessão de serviços públicos comum, ordinária ou tradicional, disciplinada pela Lei nº 8.987/95. [...] A *contrario sensu*, será parceria público-privada quando envolver essa contraprestação.

A partir dessa constatação, o conceito de concessão patrocinada pode ser dado tomando por base o próprio conceito de concessão de serviço público. Ou seja, é possível definir concessão patrocinada como contrato administrativo pelo qual a Administração Pública (ou parceiro público) delega a outrem (o concessionário ou parceiro privado) a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa

paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado. [...]

8.1.1.4.4 Concessão Administrativa

Ao contrário da concessão patrocinada, que tem por objeto a execução de serviço público, a concessão administrativa, à primeira vista, tem por objeto a prestação de serviço (atividade material prestada à Administração e que não tem as características de serviço público). Vale dizer que haveria uma aproximação conceitual entre esse contrato e o contrato de serviços de que trata a Lei nº 8.666/93, sob a forma de empreitada (arts. 6º, VIII, e 10)

Na concessão patrocinada (da mesma forma que na concessão de serviços comum ou tradicional), a execução de serviço público é delegada ao concessionário, que vai assumir a sua gestão e a sua execução material. Na concessão administrativa, se o objeto for a prestação de serviço, o concessionário, da mesma forma que na empreitada, vai assumir apenas a execução material de uma atividade prestada à Administração Pública; esta é que detém a gestão do serviço.

No entanto não é possível identificar inteiramente a concessão administrativa com a empreitada. Em primeiro lugar, porque, na primeira, o parceiro privado sujeitar-se-á às normas da Lei nº 8.987 (arts. 21, 23, 25 e 27 a 39) e da Lei nº 9.074/95 (art. 31), enquanto na segunda aplica-se a Lei nº 8.666/93.

Em segundo lugar, apesar da errônea impressão que decorre do conceito legal contido no artigo 2º, § 2º, outros dispositivos permitem inferir que a concessão administrativa terá ou poderá ter objeto a prestação de serviço público, até porque a lei expressamente veda a concessão patrocinada ou administrativa “que tenha por objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública” (art. 2º, § 4º, inciso III).

Interessa destacar que, por força do art. 175, *caput* da Constituição Federal, as concessões e permissões de serviços públicos, independentemente da modalidade, serão delegadas, na forma da lei, por meio de licitação.

A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, nos termos da legislação própria, será objeto de prévia licitação, na modalidade concorrência⁸, com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório (art. 175, *caput*, da Constituição Federal e arts. 2º, I e II e 14, da Lei nº 8.987/95).

Nesta ordem, os parágrafos seguintes repisam os pressupostos básicos da licitação.

⁸ Art. 22, § 1º, da Lei nº 8.666/93 – Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

2.2 PRESSUPOSTOS BÁSICOS DA LICITAÇÃO, UMA VISÃO GERAL

A Constituição Federal, art. 37, inciso XXI impõe para a Administração Pública a obrigatoriedade de licitar. Este artigo foi regulamentado pela lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), que estabeleceu normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Para Meirelles (1999, pp. 23 a 25) licitação é o procedimento administrativo

[...]mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa a propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. É o meio técnico-legal de verificação das melhores condições para a execução de obras e serviços, compra de materiais e alienação de bens públicos. Realiza-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e par os licitantes, sem a observância dos quais é nulo o procedimento licitatório, e o contrato subsequente. [...] (sic)

Na verdade, a licitação é uma sucessão ordenada de atos que se desencadeiam, para o público, como o edital e se findam com adjudicação de seu objeto ao vencedor. Tais atos – edital ou convite, verificação de idoneidade ou habilitação, julgamento e adjudicação – obedecem rigidamente ao estabelecido em lei e não admitem discricionariedade na sua realização, salvo na faixa em que a norma legal autoriza preferências técnicas e opções administrativas de oportunidade e conveniência.

É possível identificar duas fases na consecução dos procedimentos licitatórios: a fase interna, que se estende até a elaboração do edital ou do convite; e a fase externa, que se inicia com a publicação do instrumento convocatório e que é encerrada com a adjudicação do objeto licitado e a homologação do resultado.

O art. 3º da lei 8.666 (BRASIL, 1993) oferece os princípios definidores da licitação, a saber:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 lhe são correlatos.

Em outras palavras, o julgamento da licitação está subsumido aos seguintes princípios básicos, que seguem recapitulados:

- princípio da legalidade;
- princípio da isonomia;
- princípio da impessoalidade;
- princípio da moralidade e da probidade administrativa;
- princípio da publicidade;
- princípio da vinculação ao instrumento convocatório, e,
- princípio do julgamento objetivo.

Em poucas linhas, estes princípios evocam o estabelecimento de critérios objetivos de julgamento, e unicamente aqueles que sejam necessários e indispensáveis à melhor contratação, a ampla divulgação das condições de participação, a igualdade de condições de participação dos licitantes, e a garantia de lisura e da exclusão da interferência de qualquer interesse que não seja o público na contratação. Destes princípios irradiam e devem irradiar as demais regras da lei n. 8.666 (BRASIL, 1993) e demais regramentos correlatos.

Em outras palavras, a licitação é o procedimento administrativo formal por meio do qual a Administração Pública convoca, nos termos da lei, mediante condições estabelecidas em ato próprio (edital ou convite), os interessados para a apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços.

Nesta seara conceitual, é importante considerar a diferença entre tipo de licitação e modalidade de licitação. De modo sumariado, tipo é o critério de julgamento utilizado pela Administração para seleção da proposta mais vantajosa.

Modalidade de licitação é a forma de se conduzir o procedimento licitatório, a partir de critérios definidos em lei. O valor estimado para contratação é o principal fator para escolha da modalidade de licitação, exceto quando se trata de pregão, que não está limitado a valores.

Além do leilão e do concurso, são estas as modalidades de licitação inscritas na lei n°. 8666 (BRASIL, 1993):

- **concorrência** é a modalidade da qual podem participar quaisquer interessados que na fase de habilitação preliminar comprovem possuir

requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução do objeto da licitação;

- **a tomada de preços** é a modalidade realizada entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação;
- **convite** é a modalidade cujo procedimento é mais simplificado e é realizada entre interessados do ramo de que trata o objeto da licitação, escolhidos e convidados em número mínimo de três pela Administração;
- **pregão** é modalidade instituída pela lei nº 10.520 (BRASIL, 2002), e regulamentada pelo Decreto 3.555, (BRASIL, 2000). Neste caso, os licitantes apresentam suas propostas de preço por escrito e por lances verbais, independentemente do valor estimado da contratação.

Os tipos de licitação utilizados para o julgamento das propostas são os seguintes:

- **menor preço:** é utilizável para compras e serviços de modo geral e para contratação de bens e serviços de informática, nos casos indicados em decreto do Poder Executivo.
- **melhor técnica:** fundamenta-se em fatores de ordem técnica e é usado exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral, e em particular, para elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos.
- **técnica e preço:** é o critério aplicável com base na maior média ponderada, considerando-se as notas obtidas nas propostas de preço e de técnica. É obrigatório na contratação de bens e serviços de informática, nas modalidades tomada de preços e concorrência.

O capítulo seguinte cuida da possibilidade jurídica do controle prévio dos editais de concorrência pelos tribunais de contas. Vale lembrar que as concessões de serviço público devem ser precedidas de concorrência pública.

2.3 O CONTROLE PRÉVIO DOS EDITAIS DE CONCORRÊNCIA PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Sob a égide, sobretudo, dos princípios do bom uso dos recursos públicos e da eleição da proposta mais vantajosa, consecutórios, de seu turno, pela supremacia do interesse público, o Estatuto das Licitações (BRASIL, 1993) comportou várias estratégias de controle dos recursos públicos. Observe-se a própria concepção de licitação que nada mais é que imposição de cuidado, prevista constitucionalmente, com que os recursos públicos sejam bem empregados, sob os vários aspectos que privilegia.

Nesta ordem, pode-se citar:

- as imposições de planejamento que devem anteceder a decisão de licitar, inscritos nos artigos 7º. e 14 do Estatuto (BRASIL, 1993), *in verbis*:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

I - projeto básico;

II - projeto executivo;

III - execução das obras e serviços.

§ 1º A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à exceção do projeto executivo, o qual poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços, desde que também autorizado pela Administração.

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

Art. 8º A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução.

[...]

Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

- vale citar, ainda, o exame prévio intrínseco à autorização do procedimento e o exame prévio e obrigatório do edital pela assessoria jurídica, também inscritos no Estatuto da Licitações (BRASIL, 1993):

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

[...]

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

- a publicação do edital é, também, o instrumental do controle social:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

- por último, ainda considerando-se o controle prévio das licitações, é também fundamental considerar a disciplina de atuação da comissão processante da licitação, na lei nº. 8.666 (BRASIL, 1993), cuja atuação é independente da decisão de licitar e da deflagração do certame, devendo ocorrer, apenas, no processamento do certame. Além disso, há que se considerar a possibilidade de responsabilização solidária dos membros da comissão, reforçando o dever de se manifestar por escrito por irregularidade anotada. Reproduz-se os artigos correlatos no Estatuto das Licitações (BRASIL, 1993):

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

[...]

Art. 51. A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.

[...]

§ 3º Os membros das Comissões de licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela Comissão, salvo se

posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão.

§ 4º A investidura dos membros das Comissões permanentes não excederá a 1 (um) ano, vedada a recondução da totalidade de seus membros para a mesma comissão no período subsequente.

Evidenciando ainda mais o cuidado do legislador com o bom e regular uso de recursos públicos, afigura-se o controle dos editais de licitações pelos tribunais de contas, cuja fiscalização, é de se repisar, deve se voltar, de seu turno, aos aspectos de legitimidade, legalidade e economicidade, consoante o disposto no artigo 58 da Constituição Estadual⁹ (SANTA CATARINA, 1989):

Art. 58. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e dos órgãos e entidades da administração pública, quanto a legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pela Assembléia Legislativa, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Neste passo é também importante dizer, com amparo na doutrina e na legislação de regência da matéria, que podem ser identificadas nas competências das Cortes de Contas as seguintes esferas de controle (BRITO, 2003; JACOBY FERNANDES, 2004): o concomitante e o posterior. O sistema de controle externo preconizado na Constituição da República (BRASIL, 1988) segue, essencialmente, o modelo francês de controle, que se dá a posteriori. É de se ver que não há constitucionalmente prevista hipótese de controle prévio a ser exercido pelos Tribunais de Contas.

No que tange ao exame prévio dos editais de concorrência, vê-se, claramente, que este é concomitante, uma vez que a decisão de aquisição já foi tomada e a aprovação pelo tribunal de contas não é condicionante à validade do ato, embora dela

⁹ A Carta estadual repete, por simetria, o que já estava impresso na Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

possa resultar a anulação do edital, ou até mesmo a sua suspensão cautelar, em via incidente à análise da Corte de Contas.

Consoante a regra prevista no art. 113, §2º, da lei n.º 8.666 (BRASIL,1993), os Tribunais de Contas poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia do edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhe forem determinadas.

O Supremo Tribunal Federal já confirmou esta competência dos tribunais de contas (BRASIL, 2003):

[...] o TCU tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º. e 113, §1º. E 2º., da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, também possui legitimidade para expedir medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade das decisões

Em mesmo teor o STF se posicionou nos autos nos autos da ADI n.º 934, ajuizada pela Mesa da Assembléia Legislativa do Estado do Paraná.

Como se vê, não se trata de uma modalidade de controle preventivo ao ato de licitar, sobretudo porque não é este condicionante à deflagração da licitação, mas uma vez realizado este exame pelo tribunal de contas, tem efeito preventivo à realização de despesa ilegal, ilegítima ou antieconômica, não resultando, por isso, este exame na vulneração da concepção constitucional das competências das Cortes de Contas.

Portanto é possível este exame prévio, desde que o tribunal de contas solicite esta remessa do edital já publicado.

A matéria impõe regramento interno, cujo teor e extensão será tratada no capítulo 3.

2.4 CONCEITO DE LICITAÇÃO SUSTENTÁVEL

A par do que se registrou nas notas introdutórias deste trabalho, segundo o art. 3º. da lei n.º. 8.666 (BRASIL, 1993), a licitação visa ao atingimento das seguintes finalidades:

- cumprir ou realizar princípio constitucional da isonomia;
- a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, e,
- a promoção do desenvolvimento nacional sustentável

Cunha-se, a partir daí, a expressão *licitação sustentável*. Para Bim (2011, p. 3) licitação sustentável é a licitação influenciada por parâmetros protetivos ao meio ambiente.

A ficção jurídica é a de que, ao impor estas condicionantes de aquisição, a Administração Pública está promovendo, estimulando, irradiando ações ambientais na produção de bens e serviços.

A relevância do potencial de compra do Estado já foi bem percebida por Ferraz (2009, p.19):

[...] a licitação pode ser utilizada como instrumento de regulação de mercado, de modo a torna-lo mais livre e competitivo, além de ser possível concebê-la – a licitação – como mecanismo de indução de determinadas práticas (de mercado) que produzam resultados sociais benéficos, imediatos ou futuros, à sociedade (...) é possível o emprego do procedimento licitatório como forma de regulação diretiva ou indutiva da economia, seja para coibir práticas que limitem a competitividade, seja para induzir práticas que produzam efeitos sociais desejáveis.

Em mesma direção, Ferreira assinala que esta finalidade inscrita no Estatuto das licitações (BRASIL, 1993), deve ser entendida como uma “função social”: *a noção de desenvolvimento sustentável engloba as mais relevantes expressões da “função social” em matéria de licitações e contratos administrativos.*

Mas o que significaria a locução desenvolvimento sustentável, que tarefa é esta que o Estado avoca para si? Para Bim (2011) “a própria noção de desenvolvimento pressupõe a noção de sustentabilidade”. Lembra o autor que o desenvolvimento também é um direito fundamental, reconhecida na declaração nos direitos do homem e que, por isso,

O crescimento econômico contemporâneo seguido da minimização das desigualdades sociais (pela geração de empregos e melhor distribuição de riqueza e renda) não pode se mostrar empecilho para *as escolhas futuras das futuras gerações*, inclusive da própria sorte. (BIM, 2011, p. 55)

Neste passo, Lanzoni Alves (2013), enxergando esta mesma intersecção, observa que a idéia de desenvolvimento pressupõe deve ser entendida em duas vertentes: o fator produtivo e sua relação com a força de trabalho e a segunda, pertine às necessidades de consumo. Ainda refletindo sobre estes fatores, Lanzoni Alves (2013) assevera que a economia tem, portanto, como uma de suas finalidades a satisfação das necessidades materiais. O desequilíbrio de consumo, sem critérios, incorreu, assim, na herança negativa do dano ambiental. Lanzoni Alves aponta, também, que a

“compatibilização entre crescimento econômico e meio ambiente ocorre no campo da sustentabilidade”:

Assim, o desenvolvimento econômico sustentável busca atender as necessidades materiais do ser humano em harmonia com a capacidade do meio ambiente em fornecer os subsídios de forma a não comprometer o equilíbrio ecológico garantindo a saúde e a vida sob a ótica intergeracional. (LANZONI ALVES, 2013, p. 73)

Neste sentido, pode-se dizer que a licitação sustentável é a que, mediante a utilização do poder de compra do setor público para gerar benefícios econômicos e socioambientais.

Observou-se na introdução deste trabalho que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental, por força de disposição constitucional, e por condições fáticas de sobrevivência, de manutenção da própria vida. Frente a estes pressupostos já é possível antever que a licitação que não persegue, não assegura estes objetivos é inválida, porque sequer atingiu o seu desiderato maior.

A licitação sustentável, por isso, se constitui em uma das formas de concreção e exercício deste direito. Impõe-se que a administração licitante ao realizar as suas aquisições estabeleça critérios internos e nos editais que privilegiem, promovam, os produtos e serviços que não prejudiquem o meio ambiente.

Mas como se opera esta finalidade, como o controle externo pode identificar nos editais de licitação este critério a priori de sustentabilidade ambiental? Diga-se, em primeiro plano, que esta finalidade deve coexistir em harmonia com as demais finalidades inscritas no artigo 3º. (BRASIL, 1993).

No que tange à eleição da proposta mais vantajosa, não há problema para o aplicador de direito, uma vez que a sustentabilidade ambiental esta nesta esfera de entendimento, não há que se justificar a vantajosidade na própria sobrevivência do homem.

Mas, também, há que se pensar na isonomia, que nada mais é que a igualdade. Socorre-se da noção de igualdade formal, que é um princípio jurídico que consiste em tratar de modo igual as pessoas que pertencem à mesma categoria, de acordo com a máxima de se tratar igual os iguais e de modo desigual os desiguais, extraído das lições de Kelsen (1998). Nesta ordem, concorrerão no certame em igualdade de condições as empresas que atendam *a priori* os critérios aqui debatidos.

Ainda com Bim (2011) anote-se que estes critérios sustentáveis devem estar expressos, claramente descritos nos editais, por força do disposto na norma constitucional e no Estatuto da Licitações (BRASIL, 1993).

Os doutrinadores da área têm apontado que o primeiro destes critérios tem precisa margem na definição de projeto básico oferecida pelo artigo 6º. do Estatuto da Licitações (BRASIL, 1993):

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

Mas é de se ponderar que estes critérios, a serem buscados pela administração licitante deverão ser buscados não só na legislação de regência, que ainda é parca. É preciso se ir um pouco além da exigência das licenças ambientais já previstas nas legislações constitucionais e infraconstitucionais.

É possível se utilizar do princípio da padronização, presente na lei nº. 8.666 (BRASIL, 1993), para se amparar em pesquisas e dados científicos e de investigação de modos de produção para se circunscrever estes critérios no certame:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

- I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas;

Como parâmetro, vale citar a Instrução Normativa nº 01/SLTI/MPOG (BRASIL, 2010), que se ocupou de assentar estes critérios. Outros relevantes parâmetros estão presentes na política Nacional de resíduos sólidos preconizada na lei nº 12.305 (BRASIL, 2010), entre os quais é importante citar e que devem ser apropriados pelos editais de licitação:

Art. 7º São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

- I - proteção da saúde pública e da qualidade ambiental;
- II - não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos, bem como disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos;
- III - estímulo à adoção de padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços;
- IV - adoção, desenvolvimento e aprimoramento de tecnologias limpas como forma de minimizar impactos ambientais;
- V - redução do volume e da periculosidade dos resíduos perigosos;
- VI - incentivo à indústria da reciclagem, tendo em vista fomentar o uso de matérias-primas e insumos derivados de materiais recicláveis e reciclados;
- VII - gestão integrada de resíduos sólidos;
- VIII - articulação entre as diferentes esferas do poder público, e destas com o setor empresarial, com vistas à cooperação técnica e financeira para a gestão integrada de resíduos sólidos;
- IX - capacitação técnica continuada na área de resíduos sólidos;
- X - regularidade, continuidade, funcionalidade e universalização da prestação dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, com adoção de mecanismos gerenciais e econômicos que assegurem a recuperação dos custos dos serviços prestados, como forma de garantir sua sustentabilidade operacional e financeira, observada a [Lei nº 11.445, de 2007](#);
- XI - prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para:
 - a) produtos reciclados e recicláveis;
 - b) bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis;
- XII - integração dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis nas ações que envolvam a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos;
- XIII - estímulo à implementação da avaliação do ciclo de vida do produto;
- XIV - incentivo ao desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados para a melhoria dos processos produtivos e ao reaproveitamento dos resíduos sólidos, incluídos a recuperação e o aproveitamento energético;

XV - estímulo à rotulagem ambiental e ao consumo sustentável.

Art. 8º São instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, entre outros:

- I - os planos de resíduos sólidos;
- II - os inventários e o sistema declaratório anual de resíduos sólidos;
- III - a coleta seletiva, os sistemas de logística reversa e outras ferramentas relacionadas à implementação da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos;

- IV - o incentivo à criação e ao desenvolvimento de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis;
- V - o monitoramento e a fiscalização ambiental, sanitária e agropecuária;
- VI - a cooperação técnica e financeira entre os setores público e privado para o desenvolvimento de pesquisas de novos produtos, métodos, processos e tecnologias de gestão, reciclagem, reutilização, tratamento de resíduos e disposição final ambientalmente adequada de rejeitos;
- VII - a pesquisa científica e tecnológica;
- VIII - a educação ambiental;
- IX - os incentivos fiscais, financeiros e creditícios;
- X - o Fundo Nacional do Meio Ambiente e o Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico;
- XI - o Sistema Nacional de Informações sobre a Gestão dos Resíduos Sólidos (Sinir);
- XII - o Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico (Sinisa);
- XIII - os conselhos de meio ambiente e, no que couber, os de saúde;
- XIV - os órgãos colegiados municipais destinados ao controle social dos serviços de resíduos sólidos urbanos;
- XV - o Cadastro Nacional de Operadores de Resíduos Perigosos;
- XVI - os acordos setoriais;
- XVII - no que couber, os instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente, entre eles: a) os padrões de qualidade ambiental;
- b) o Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais;
- c) o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental;
- d) a avaliação de impactos ambientais;
- e) o Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente (Sinima);
- f) o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;
- XVIII - os termos de compromisso e os termos de ajustamento de conduta; XIX - o incentivo à adoção de consórcios ou de outras formas de cooperação entre os entes federados, com vistas à elevação das escalas de aproveitamento e à redução dos custos envolvidos.

O capítulo seguinte trata do poder-dever regulatório dos tribunais de contas frente à imperatividade da licitação sustentável, no exame dos editais de licitação.

3 A REGULAMENTAÇÃO DA LICITAÇÃO SUSTENTÁVEL NO EXAME PRÉVIO DOS EDITAIS DE CONCORRÊNCIA

Este capítulo trata dos pressupostos legais do exame prévio dos editais de concorrência, retomando-se os aspectos conceituais da legislação registrados no capítulo anterior – o dever ser – o exame da regulamentação vigente, em cotejo com as diretrizes vigentes e garantidoras da imperatividade da licitação sustentável.

É de se tratar, em breves linhas da análise prévia dos editais pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina e seu poder regulamentar, trazendo-se alguns pressupostos legais a respeito.

3.1 ANÁLISE PRÉVIA DOS EDITAIS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA E SEU PODER REGULAMENTAR

O exame prévio de editais de concorrência pelos Tribunais de Contas é prerrogativa inscrita no parágrafo 2º do artigo 112 da lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993 (BRASIL, 1993):

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas.

Coube, então, ao TCE/SC regulamentar o exercício desta competência regulamentar, que nada mais é que a edição de instruções e atos normativos, de cumprimento obrigatório por suas unidades jurisdicionadas, acerca de matérias de sua competência e a respeito da organização dos processos que lhe devam ser submetidos. Este poder regulamentar do TCE/SC está inscrito nos arts. 59 e 113 da Constituição Estadual (SANTA CATARINA, 1989), 12, 42 e 62, da lei Complementar n. 202 (SANTA CATARINA, 2000), e considerando os arts. 54a 56 e inciso VI do art. 127 do Regimento Interno (SANTA CATARINA, 2001).

Neste mister, foi expedida a Instrução Normativa nº TC 01/2002, que estabelecia “procedimentos para exame de editais de concorrência, de dispensas ou de inexigibilidades de licitação de valor igual ao exigido para concorrência, e dos respectivos contratos e aditivos realizados pela Administração Pública do Estado e dos Municípios”.

Com o advento da lei nº 10.520 (BRASIL, 2002) foi instituída uma nova modalidade de licitação, denominada pregão, para aquisição de "bens e serviços comuns", nas formas presencial e eletrônica. Em Santa Catarina, a lei nº. 12.337

(SANTA CATARINA, 2002), e o decreto nº. 105 (SANTA CATARINA, 2003), regulamentaram a matéria no âmbito estadual.

Nesta senda, o TCE/SC determinou, por meio da Decisão nº 1.469 (SANTA CATARINA, 2004), que fossem promovidas as alterações necessárias na Instrução Normativa nº TC-01/2002, visando à “inclusão, em tal ato normativo, dos processos licitatórios na modalidade Pregão (Presencial e Eletrônico)”, o que resultou na edição da Instrução Normativa nº. TC 05 (SANTA CATARINA, 2008). O tópico seguinte cuida de alguns pressupostos conceituais das concessões afetos ao exame prévio dos editais de concorrência pública sob a égide da variável ambiental.

3.2 O EXAME PRÉVIO DOS EDITAIS DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Nesta senda, sabe-se que a lei de concessões, nº 8987 (BRASIL, 1995) não comporta obrigação protetiva específica do meio ambiente. No entanto, é de se considerar a legislação de regência sistemicamente: os critérios de contrato essenciais assinalados no art. 23, II, III, VII e VIII, do referido diploma legal, atinentes ao modo, a forma e as condições de prestação do serviço; os critérios, os indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; métodos e práticas de execução do serviço, devem ser harmonizados com as exigências integrantes com outros comandos legais, sob a matriz constitucional da sustentabilidade. Assim registra o referido artigo 23 lei de concessões (BRASIL, 1995):

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:
[...]
II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;
III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;
VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;
VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;

Em se tratando dos encargos do poder concedente, o art. 29, X, da lei nº 8987 (BRASIL, 1995) impõe que este estimule, promova, o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação:

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

[...]

X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação;

A lei nº 9.074¹⁰ (BRASIL, 1995) prevê no art. 3º que, nos casos de prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos e na aplicação dos arts. 42, 43 e 44 da Lei nº 8987/1995, serão observadas pelo Poder Concedente, dentre outras, as determinações de aumento da eficiência das empresas concessionárias, visando à elevação da competitividade global da economia nacional e uso racional dos bens coletivos, inclusive os recursos naturais .

Como sublinhado, as concessões devem ser precedidas de procedimento licitatório. Nos critérios de julgamento do certame deve estar presente, entre outros, o pressuposto da menor valor da tarifa do serviço público. Sobre este assunto, Freitas (2004, p. 327) assevera:

Nos contratos de concessão e de permissão (peças integrantes do instrumento convocatório) podem-devem ser estabelecidas cláusulas de desempenho técnico mínimo, em termos aferíveis objetivamente.

Conforme se disse anteriormente a validade da licitação está condicionada ao estabelecimento de critérios mínimos, garantidores do maior número de propostas possível e suficientes aos requisitos qualitativos do que se pretende contratar. Por oportuno, é de se lembrar que a proteção ao competitivo figura na ordem de princípio da licitação. Como se compatibilizar, então, qualidade, preço e sustentabilidade ambiental em um certame?

O TCU, em decisão submetida à relatoria do Ministro Benajmin Zymler, já se deparou com a questão antes da vigência da atual redação do artigo 3º da lei nº. 8.666 (BRASIL, 1993) e, a despeito da relevância constitucional da matéria, situou a questão na esfera de conveniência e oportunidade (BRASIL, 2010):

[...] A adoção dessas restrições ambientais deve se dar paulatinamente, de forma que os agentes do mercado possam se adaptar a essas novas exigências antes delas vigorarem plenamente. Caso contrário, estar-se-ia criando uma reserva de mercado para as poucas empresas que cumprirem de antemão essas exigências, implicando violação ao princípio constitucional da livre concorrência, maiores custos e reduzidas ofertas de produtos.

¹⁰ Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.

Naquela oportunidade, vê-se que, se de um lado o TCU admitiu a plausibilidade da aplicação de critérios ambientais, priorizou critérios do mercado, deixando de reconhecer que a sustentabilidade já figurava na ordem constitucional na ordem de princípio fundamental. Aqui se identifica a dicotomia-problema para ordem jurídica entre o dever ser e o direto como ele é.

O TCU, ao evocar a aplicabilidade com “cautela” relativiza a própria ordem constitucional. Ainda em análise da decisão do TCU, acima aludida (BRASIL, 2010), é de se pontuar que a *lei de introdução às normas de direito*¹¹ (BRASIL, 1942), assim determina ao aplicador do direito:

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Em outras palavras, esta regra de interpretação, em que o bem público deva prevalecer sob qualquer outro, aplica-se à larga à questão da sustentabilidade ambiental, e, por isso, é superior à qualquer vicissitude do mercado, pelo contrário: deve ser indutora e diretriz do consumo. Hachem (2011) melhor explica:

[...] pode-se dizer que todo ato administrativo está voltado à satisfação do *interesse público em sentido amplo*, já predeterminado pela lei nas hipóteses de competência vinculada, ou a ser definido pela Administração quando se tratar de competência discricionária. No entanto, há casos em que além desse interesse público genérico que deve ser alcançado, a lei exige a presença de um interesse público específico que, se presente no caso concreto, autoriza o manejo de prerrogativas especiais por parte do Estado: o interesse público em sentido estrito. São justamente essas circunstâncias que reclamarão a incidência da norma constitucional da supremacia do interesse público, em sua vertente principiológica, e que deverão contar com ampla motivação por parte do Poder Público.

De outro lado, mesmo assentada a licitação sustentável ou compromissada com este princípio de sustentabilidade como obrigação genérica e ordinária, cujo descumprimento no certame é vício insanável (FERREIRA, 2011), é de se considerar que guarda razão o TCU no sentido de reclamar a existência de critérios objetivamente definidos, de forma a evitar direcionamentos, o que também tem o condão de invalidar a licitação, porque também é pernicioso ao interesse público.

A questão parece se resolver aqui sob os alicerces do interesse público, do princípio da proporcionalidade e da obrigatoriedade da busca e escolha da proposta mais

¹¹ Esta expressão foi cunhada pela redação dada pela lei nº 12.376 (BRASIL, 2010). O decreto-lei nº 4.657, (BRASIL, 1942) antes vigia sob a denominação de *lei de introdução ao Código Civil*.

vantajosa para a administração. No que tange ao princípio da proporcionalidade, diz Freitas (2004, 38) que é esta uma diretriz de grande “magnitude para o direito” e que quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente, na consecução dos seus objetivos.

Por isso, a administração pública ao definir os critérios ambientais no certame, deve fazê-lo de modo objetivo e aferível pelos órgãos de controle.

O TCU, nos autos de representação TC 019.377/2011-8 (BRASIL, 2011), apontou que não ficou demonstrada a pertinência e a relevância da exigência relativa à comprovação do cumprimento das metas da diretiva *RoHS -Restriction of Certain Hazardous Su*¹² para a contratação de serviços de produção de materiais gráficos pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBIO .

Como já foi muitas vezes dito aqui, para se impor critérios ambientais nas licitações públicas não há que se falar em regulamentação: é esta uma exigência constitucional, precedente e preponderante à inscrição deste imperativo na lei nº. 8666 (BRASIL, 1993) como finalidade.

Mas se, a um passo se diz que a nova finalidade da licitação, que antes já figurava no ordenamento constitucional como princípio fundamental, tem aplicabilidade imediata, vê-se, de outro lado, que a sua objetividade, suas linhas gerais e sua aferição merecem regramento em cuidado à sua concreção.

Faz-se, na sequência, uma sumariada reflexão sobre o conteúdo destas variáveis de sustentabilidade ambiental nas compras e aquisições públicas.

3.3 CONTEÚDO DAS VARIÁVEIS DE SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL NAS COMPRAS E AQUISIÇÕES PÚBLICAS.

Quanto à exigibilidade das necessárias licenças ambientais precedentes às obras - já há muito vigentes - não há controvérsia.

No que concerne à área federal, figuram como balizas a Instrução Normativa nº 1/2010 (BRASIL, 2010) e a Portaria nº 2/2010. Esta Instrução Normativa (BRASIL,

¹² RoHS é uma certificação decorrente de diretiva da União Européia são: Ro HS: Diretiva 2002/95/EC do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de janeiro de 2003 sobre a Restrição do uso de certas Substâncias Nocivas em equipamentos elétricos —Esta Diretriz restringe o uso de substâncias nocivas (chumbo, mercúrio, cádmio, cromo hexavalente, PPB e PBDE) em equipamentos eletro - eletrônicos no estágio de fabricação e produção. A Diretriz RoHS significa que produtos contendo as substâncias restritas terão de ser reprojatados ou removidos em Julho de 2006 (fonte: SEBRAE, disponível em < www.sebrae.com.br/setor/quimica.../o.../quimica_01.p>).

2010) dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências.

Este normativo também assenta o sopesamento entre a competitividade e a sustentabilidade ambiental e elenca, de forma não exaustiva, alguns requisitos relevantes à concreção da sustentabilidade ambiental nas aquisições da administração pública. Neste documento resta disciplinada a atribuição orientativa e pedagógica do governo federal, por meio do portal de compras que passaria a divulgar dados e boas práticas de sustentabilidade informativas ou geradoras de outras variáveis ambientais (artigos 8º. e 9º.)

Em outras unidades da federação, interessa citar o Distrito Federal e a lei nº 4.770 (DISTRITO FEDERAL, 2012), "que dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens e na contratação de obras e serviços pelo Distrito Federal", e que imprime no artigo 8º. As diretrizes a saber :

Art.8º Para a contratação de serviços, o licitante deve comprovar que tem condições de adotar práticas de sustentabilidade ambiental na execução dos serviços, especialmente:

I – utilização de produtos de limpeza e conservação que obedeçam às classificações e às especificações determinadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA;

II – adoção de medidas, equipamentos ou técnicas que:

a) reduzam o consumo de água e energia;

b) eliminem o desperdício de materiais e energia utilizados;

c) reduzam ou eliminem a emissão de ruídos;

III – fornecimento aos empregados de equipamentos de segurança que se fizerem necessários, para a execução de serviços;

IV – realização de treinamento interno de seus empregados, para redução da produção de resíduos e do consumo de energia elétrica e água, observadas as normas ambientais vigentes;

V – observância das Normas Brasileiras – NBR publicadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas sobre resíduos sólidos.

O Tribunal de Contas do Estado Rio Grande do Sul editou, também a Resolução nº. 976 (RIO GRANDE DO SUL, 2013), disciplinando critérios de sustentabilidade ambiental para as suas próprias aquisições, entre os quais é possível destacar:

Art. 4º Na contratação de obras e serviços de engenharia, sempre que couberem, deverão ser observados os seguintes critérios de sustentabilidade ambiental:

I – gerenciamento adequado dos resíduos gerados durante a execução da obra;

II – aproveitamento passivo dos recursos naturais (insolação, ventilação, vegetação, etc.);

III – eficiência energética;
IV – consumo racional da água;
V – utilização de materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local;

VI – utilização de materiais que sejam atóxicos, reciclados, reutilizados e biodegradáveis; e

VII – exigência de comprovação da regularidade ambiental de insumos a serem utilizados na obra (madeira, pedra, areia etc.).

Art. 5º Na aquisição de bens, sempre que couberem, deverão ser considerados os seguintes critérios de sustentabilidade ambiental:

I – que os bens sejam constituídos, no todo ou em parte, por material atóxico, reciclado e biodegradável, nos termos estabelecidos pelas normas técnicas brasileiras, além dos regulamentos pertinentes;

II – que os bens ostentem a certificação do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO, por terem sido produzidos de modo sustentável ou com menor impacto ambiental em relação aos seus similares;

III – que os bens sejam, preferencialmente, acondicionados em embalagem adequada, com o menor volume possível e com materiais recicláveis, desde que isso não resulte em prejuízo à proteção e à segurança durante o transporte e o armazenamento; e

IV – que os bens não contenham substâncias perigosas em concentração acima da recomendada nos regulamentos pertinentes, bem como nas normas técnicas brasileiras.

Parágrafo único. A comprovação do disposto neste artigo poderá ser feita mediante apresentação de certificação emitida por instituição pública oficial ou instituição credenciada, ou por qualquer outro meio de prova que ateste o atendimento das exigências do edital.

Art. 6º Na contratação de serviços, sempre que couber, deverá haver previsão de que a respectiva execução adote as seguintes práticas de sustentabilidade ambiental:

I – utilização de produtos de limpeza e conservação de superfícies e emprego de objetos inanimados que obedeçam às classificações e especificações determinadas pela ANVISA; e

II – consumo racional de água e de energia elétrica, assim como gerenciamento adequado dos resíduos gerados.

Art. 7º Antes de iniciar um processo de aquisição, o Tribunal de Contas deverá verificar a disponibilidade e a viabilidade técnica e econômica da reutilização de bens já presentes no acervo da Instituição. Importa registrar, ainda, que os critérios ora propostos serão observados sem prejuízo da submissão aos princípios constitucionais incidentes sobre a ação administrativa, em especial os da isonomia e da economicidade, ou do atendimento das exigências de competitividade e de viabilidade econômica das contratações empreendidas pelos entes estatais, igualmente presentes no ordenamento jurídico em vigor.

Colhe-se da essência destes normativos a preocupação com o consumo racional por meio de planejamento, princípio presente, inclusive, nos artigos 7º., 14 e 15, entre outros da lei nº. 8.666 (BRASIL, 1993), a imperatividade de estudos e a compilação de boas práticas para o aperfeiçoamento da concreção da sustentabilidade e a interatividade

com os demais organismos estatais de proteção ambiental, a par da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

Quintiere (2006, p. 148), ao se ocupar da auditoria ambiental pelos tribunais de contas, aponta que a fiscalização do atendimento aos ditames ambientais tem a substância do exame da conformidade legal com os normativos específicos de origem federal, municipal e estadual, mas, também, estende-se à avaliação dos riscos ambientais: “Se não analisarmos os componentes ambientais e seus desdobramentos poderemos contribuir para a aprovação de projetos inviáveis já na sua origem”. Quintiere (2006, P. 148) exemplifica que é possível verificar, ainda, “quais os resíduos formados no processo produtivo e apontar a melhor alternativa para sua eliminação”.

Neste breve apanhado acerca dos critérios possíveis para a afirmação da sustentabilidade ambiental, observa-se que estes requisitos são modificáveis, revisíveis ao longo do tempo, em mesma proporção da evolução dos processos produtivos. Neste cenário de controle Os tribunais de contas podem assentar escopos, protocolos de análise no exame prévio dos editais, sob a égide da sustentabilidade ambiental, entre as quais é possível considerar precipuamente:

- conformidade com a legislação ambiental de regência;
- descrição ou conhecimento dos processos produtivos, buscando-se alcançar e pever impactos ambientais.

O tópico subsequente cuida do desempenho dos tribunais de contas, em especial o TCE de Santa Catarina na concreção e exigência destes critérios, buscando, em cotejo, ações ambientais deflagradas por outras Cortes de Contas pátrias.

3.4 O DESEMPENHO DO TCE DE SANTA CATARINA NA CONCREÇÃO E EXIGÊNCIA DE CRITÉRIOS AMBIENTAIS NOS EDITAIS DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA DE CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

No que tange aos tribunais de contas, no exercício de suas atividades fiscalizatórias, é importante registrar a preocupação do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul com a questão ambiental externada no parecer nº. 27/2009 (RIO GRANDE DO SUL, 2009) :

O Tribunal de Contas, por estar vinculado aos dispositivos constitucionais que tutelam o direito fundamental ao meio ambiente,

tem o dever de realizar esse direito e, mais ainda, tem a tarefa de maximizar sua eficácia, e dentre os instrumentos que dispõe está a implementação de licitações sustentáveis. Não se pode deixar de referir que este Tribunal de Contas, no âmbito de suas atividades finalísticas, já inseriu a variável ambiental nos seus procedimentos fiscalizatórios. Isto, tanto incluindo itens a auditar nas auditorias ordinárias, como iniciando auditorias operacionais de cunho ambiental e tendo produzido um manual de auditoria ambiental para orientação destas atividades

No entanto, até o momento final desta pesquisa, não foi editado nenhum regramento afeto à área de fiscalização, nos tribunais de contas do estado do Rio Grande do Sul, Distrito Federal e do estado de Santa Catarina.

O TCU também não ofereceu disciplina específica da variável ambiental nas fiscalizações a seu encargo, tampouco no exame de editais de concorrência das concessões de serviço público, embora venha se debruçando sobre o tema. Neste diapasão, o TCU (BRASIL, 2012) determinou ao Núcleo Estadual do Ministério da Saúde no Estado do Maranhão que:

[...]

1.7.1. institua e mantenha rotinas que permitam a inserção nos editais licitatórios de critérios de sustentabilidade da IN SLTI nº 1/2010 e Portaria nº 2/2010 da SLTI/MPOG;

1.7.2. capacite membros da equipe de licitação da UJ de forma a permitir a aderência dos editais de licitação à IN SLTI nº 1/2010 e Portaria nº 2/2010 da SLTI/MPOG;

Esta variável ambiental, buscada nos regramentos internos daquela Corte, somente aparecem nas decisões normativas anuais, que dispõem a organização, a forma, os conteúdos e os prazos de apresentação, nos termos do art. 3º da Instrução Normativa TCU nº 63, de 1º de setembro de 2010, dos relatórios de gestão a serem apresentados por suas unidades jurisdicionadas, a exemplo da Decisão Normativa-TCU nº 127 (BRASIL, 2013). Nestas decisões normativas, desde o exercício de 2010, vem o TCU, imprimindo a exigência de que os gestores informem e detalhem os critérios de sustentabilidade em seus respectivos relatórios de gestão a serem colacionados ao TCU.

Realizado este breve apanhado, impõe-se repisar acerca do papel dos tribunais de contas frente à nova finalidade da licitação, a variável ambiental, e o controle prévio dos editais de concorrência de concessões de serviço público.

Fernandes (2005, p. 5361) bem define a importância deste controle:

Uma ação do Tribunal de Contas capaz de, a um só tempo, controlar a corrupção e a má versação dos recursos públicos, resgatar a boa-fé nas relações entre particulares e os gestores públicos, reduzir volume de

demandas judiciais, satisfazendo o interesse da sociedade de ver os recursos públicos bem aplicados

É fato que as concessões de serviço público exigem um especial aprimoramento da ação fiscalizatória porque a defesa do erário e do interesse público porque neste caso integra esta relação entre poder público fiscalizado e o ente fiscalizado o particular concessionária.

Freitas (2004, p.327) diz que os instrumentos convocatórios de delegação de serviços devem preservar o equilíbrio de uma relação que o autor chama de “quadripolar”: poder concedente, concessionário ou permissionário, usuário e regulador.

De fato, ao se conceder a execução de serviço público ao particular, ainda que se tenha claro que o serviço não perde a sua afetação pública, as questões de mercado se fazem ainda mais problematizadas, onde o lucro, a mais valia figura na ordem de premissa.

Para Innerarity (2006, p.29):

Traçar as fronteiras entre o público e o privado e o privado tem sido uma preocupação desde a antiguidade clássica; ambos estes conceitos têm servido de categorias-chave na organização e na análise política social, na jurisprudência e na prática jurídica, nas discussões morais e políticas.

Nenhum dos normativos citados deixou de se reportar à imperatividade da competitividade, emprestando-lhe igual valor ao da sustentabilidade ambiental. Nesta acepção, o TCU, em seu corpo decisório, refere-se a este sopesamento de princípios na ordem de pertinência e objetividade de critérios.

Para Ferreira (2012, p.148),

Não se admite mais a “escolha neutra” na definição do objeto ou do rol de potenciais fornecedores, devendo se considerar fatores econômicos, ambientais e sociais – em geral (por lei e por regulamento) e concretamente (em cada edital de licitação) – para regular cumprimento da ordem jurídica.

De outro lado, o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina tem hoje disciplina para a análise do exame prévio dos editais de concorrência (SANTA CATARINA, 2008), mas não se ocupou em nível específico, das concessões e das PPP's, como o fez o TCU, e também não adaptou os seus normativos à nova finalidade da licitação.

Neste cenário, é de se refletir que as Cortes de Contas não estão restritas a, apenas ao controle e ao exercício do poder punitivo, mas no seu papel de dizer o direito, têm os tribunais importante papel pedagógico, relevante função de indução da efetividade da lei. Ou seja, o aperfeiçoamento das Cortes de Contas, implica em benefício da própria sociedade.

Afora isso, o princípio da licitação sustentável, como se procurou estudar nos normativos acima aludidos, também requer das ações de controle um olhar atento para o planejamento das aquisições e das concessões, de forma a combater o desperdício e utilização irregular de recursos públicos. Juarez Freitas (2004, p. 346/347) assim prestigia este controle:

[...] o controle deve ser o mais preventivo e concomitante possível, sem deixar de atacar os erros e os vícios no nascedouro[...]deve ser aberto às transformações positivas e à revisão conceitual, haja vista a vertiginosa transformação característica do nosso tempo, aproveitando todos os benefícios instrumentais das novas tecnologias; o controle deve ser transformador e propositivo, não se contentando em chegar sempre tarde;

Neste caso, o tribunal de contas, ao fazer uso de seu poder regulamentar, assume o seu papel pedagógico, firmando a base mais sólida não só para a consecução da política protetiva do meio ambiente, mas da efetividade de suas próprias decisões.

Neste passo, é importante observar as hipóteses em que a regulamentação são necessárias, a saber (FERRAZ, 2002):

- quando o texto da lei é obscuro ou insuficiente;
- para circunscrever ou limitar o poder discricionário, assentando regras procedimentais;
- Assentar circunstâncias de aplicabilidade da lei, definições e conceitos.

São estas as hipóteses, portanto, em que os tribunais de contas podem exercer o seu poder normativo, para solidificar o exame do princípio da sustentabilidade ambiental nos editais de concorrência de concessão de serviço público.

No entender de Blanchet esta regulamentação deve “pormenorizar ainda mais as exigências normativas indicativas e asseguradoras do desenvolvimento”.

Para Féder (1987, p. 27)

E nessa caminhada está a esperança da conquista de um sistema de fiscalização mais abrangente e de maior exigibilidade, porque a eficiente ação do Tribunal de Contas resulta em maior segurança na boa utilização dos recursos públicos e a boa utilização dos recursos públicos significa a aplicação do dinheiro do povo proporcionando maiores benefícios ao próprio povo.

É preciso anotar com Medeiros (2004, p.167) que

Proteger o meio ambiente encontra-se revestido de capital importância para a própria manutenção da vida na Terra e, por meio delas, procuramos desvendar qual o papel do Direito, da sociedade e do Estado na imprescindível tarefa de preservação ambiental.

Ainda neste cenário, em se tratando de análise prévia de edital, há que se considerar também a relevância destes critérios informativos como princípio de celeridade e economicidade, porque estes critérios não têm o condão de criar direito novo, mas de assentar bases mais sólidas à aplicação das normas já existentes, dirimindo controvérsias e evitando novas ações de fiscalização e a constituição de novos processos.

4 CONCLUSÃO

Cumpra aqui retomar algumas observações auferidas da pesquisa empreendida. Inscrevera-se como objetivo da pesquisa, nas notas introdutórias deste trabalho, o cotejo do cuidado com a efetividade da nova finalidade da licitação - a sustentabilidade ambiental (BRASIL, 1993) – no exame dos editais de concorrência pública para a concessão de serviços públicos.

Para tanto, pesquisou-se no acervo de regramentos internos do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina a regulamentação destinada à concreção deste princípio. A par do que foi relatado, o TCE/SC tem regulamentado o exame prévio dos editais de concorrência pública (SANTA CATARINA, 2008), previsto na lei nº. 8.666 (BRASIL, 1993). Sabe-se que tem este controle natureza preventiva e concomitante: no primeiro caso porque o seu momento jurídico é anterior à assunção da despesa e do contrato e concomitante porque não é precedente à decisão de licitar, dá-se após a publicação do edital de convocação ao certame.

A importância deste exame é fulcral para a efetividade da lei, porque deste exame pode resultar a suspensão cautelar do edital em caso de ilegalidade, para a adoção das medidas corretivas e, se não elididas as ilegalidades, pode o Tribunal de Contas determinar a anulação do edital (SANTA CATARINA, 2008). Em outras palavras, busca-se evitar a consecução do desrespeito à lei.

Mas o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina não se ocupou em seus regramentos, em nível específico, das concessões e das PPP's, como o fez o TCU, e também não adaptou os seus normativos à nova finalidade da licitação.

É de se repetir que a sustentabilidade ambiental, antes de sua incursão no catálogo de finalidade da licitação já figurava no ordenamento pátrio na ordem de direito fundamental. Por isso, o seu desrespeito equivale a ilegalidade qualificada.

Observou-se, nos estudos trazidos a lume, que o direito ambiental é hoje o vetor para toda e qualquer ação ou técnica que acarrete impactos ao meio ambiente (FREIRIA 2011).

Mas para Lanzoni Alves (2013) a sustentabilidade ambiental é questão nuclear para a sobrevivência de todos os seres. Ferreira (2012) aponta que não há mais espaço para a indiferença ou a neutralidade na consecução dos direitos humanos. Neste mesmo sentido, vê-se, com Lanzoni Alves (2013), que a política ambiental no Brasil teve tardia deflagração.

Não é demais frisar: a nova finalidade da licitação modificou os conceitos de *proposta mais vantajosa*, propugnada pelo estatuto das licitações (BRASIL, 1993), interesse público, e qualidade, subsumindo-os à sustentabilidade ambiental.

Sob estas premissas e, sobretudo, considerando-se a sustentabilidade ambiental não só como finalidade da licitação como princípio constitucional e fundamental, este trabalho procurou demonstrar que a inclusão de critérios ambientais é legal e, sob a conjugação do princípio da proporcionalidade, deve ser harmonizada com a objetividade e o melhor preço, ou no caso das concessões de serviço público, com a melhor tarifa.

Observa-se que não se fala aqui, com suporte na evolução jurisprudencial das Cortes de Contas e da prática da Administração Pública, em menor preço, mas em melhor preço, ou seja, quer isso significar que se deve escolher a melhor proposta econômica entre as que atendam critérios de qualidade, entre os quais figura a sustentabilidade, com privilegiada superioridade.

Neste momento é que se impõe, à administração contratante, as questões de mercado, seja na ordem na oferta disponíveis, seja na adaptação das empresas a este desiderato.

A concessão de serviço público, como delegação de serviço ao particular é emblemática desta relação e daí a sua relevância para o cotejo com a variável ambiental. O Poder concedente, ao escolher a quem vai delegar estes serviços, ou eleger como parceiro, há que considerar que, para este, o lucro paira como premissa e que as ações ambientais podem demandar custos maiores dos que alocados ao modo de produção que levaram à degradação ambiental, hoje fartamente reconhecida.

Neste ponto da história, a suposta dicotomia público x privado deve encontrar um ponto de intersecção.

A solução parece ser uma política de *mediação*, defendida por Taylor (1992), entre estas condições reais que meandram as questões afetas à efetividade da sustentabilidade ambiental, o pressuposto da mais valia e a obrigatoriedade da modicidade da tarifa.

Com a inscrição da nova finalidade da licitação, exigência que já figurava na Magna Carta, o administrador público passa a exercer esta mediação, como indutor a novas condições de mercado, em face do seu poder de compra e de contratação.

Na seara das concessões, o administrador é instado a escolher o momento, a forma, e o conteúdo da prestação dos serviços concedidos atuação, garantindo a trajetória da iniciativa privada em direção ao desenvolvimento sustentável.

Sobre este sopesamento e na imposição destas variáveis ambientais, registrou-se a relevância da aplicação do princípio da proporcionalidade, cujo principal instrumental é o planejamento da ação administrativa e a informação. Novas práticas devem ser adotadas para que se preserve o princípio da modicidade da tarifa, vinculante nas concessões. Esta modicidade há que ser entendida, sob a informação destes princípios, como a melhor solução possível entre as possibilidades técnicas e ambientalmente sustentáveis.

Neste mister, devem ser previamente identificadas as condições de mercado e de oferta de bens, serviços e obras, conhecendo-se tecnicamente os produtos, insumos, técnicas e práticas de execução de serviços que causem menor impacto ambiental e tenham maior eficiência energética. Todos estes fatores devem estar presentes, identificados e aferidos na consecução da remuneração do concessionário.

A noção de planejamento, de dever de cuidado com os recursos públicos nunca foi tão proeminente, quanto à concreção da licitação sustentável. Este planejamento deve ser identificável nos editais promotores do certame, por meio dos requisitos de qualidade e de execução do objeto licitado, claramente explicitados e justificados.

Pontuara-se, também, acerca do caráter pedagógico da inscrição da sustentabilidade ambiental na ordem de finalidade a ser atingida pela licitação. Neste sentido, o poder de compra da administração pública teria o condão de induzir as condições de oferta do mercado, contribuindo para o aumento de fornecedores que adotem práticas de produção e de prestação de serviços sob a égide das medidas ambientais protetivas.

Os tribunais de contas também têm um papel de relevo para a consolidação da imperatividade da sustentabilidade ambiental, na medida em que tem o poder/dever de fiscalizar, punir, determinar e induzir a adoção medidas para garantir a sua respectiva efetividade e até participar da definição destes vetores para a remuneração do concessionário.

Nesta função, as Corte de Contas podem agir preventivamente, regrado e tornando mais claras questões controversas, antes mesmo da contratação, resolvendo estas questões nos editais de concorrência que deve preceder as concessões. É esta a

essência do poder regulamentar: conferir a fiel aplicação da norma já posta no ordenamento jurídico.

Não se quis dizer que na ausência destes regramentos não seja lícita esta avaliação no exame prévio dos editais de concorrência de concessão de serviços públicos, trata-se de evocar as Cortes de Contas a conferir mais concreção a esta nova finalidade, contribuindo e delineando os contornos no mundo dos fatos. Trata-se de disciplinar os critérios mínimos esclarecedores da sustentabilidade na licitação.

Vale repetir que, uma vez inscrito o princípio da licitação sustentável como uma das finalidades da licitação, a não atendimento a este ditame é vício insanável do edital, ensejando a sua anulação.

Por isso, a regulamentação deste exame pelo TCE/SC não pode criar direito novo, ou exigências de cunho ambiental ainda não albergadas na legislação de regência da matéria e, tampouco, não é, por óbvio, condicionante de sua vigência, mas pode figurar como importante instrumento de concreção. Trata-se de aprimoramento de técnicas de controle.

O TCU, por exemplo, tem evoluído de considerar “com parcimônia” (BRASIL, 2010) a adoção de critérios de sustentabilidade, para exigir, nas prestações de contas anuais de suas unidades jurisdicionadas, o detalhamento dos cuidados de sustentabilidade ambiental (BRASIL, 2013). No caso das concessões, é mister frisar, o controle dos editais de concorrência se faz ainda mais proeminente em face da complexidade das relações ali estabelecidas e porque o serviço público, sem perder esta afetação, é delegado ao particular, estendendo esta complexidade ao controle de sua execução pelos tribunais de contas.

Neste ponto, trata-se de se avaliar o cuidado com o impacto ambiental adotado pelo poder concedente deflagrador do edital de concorrência pública de concessão de serviços públicos, em confronto com as normas estaduais, federais e municipais.

Notadamente é dever, sobretudo, de todas as esferas da administração pública, e de quem age em nome desta, de promover a defesa do meio ambiente. As Cortes de Contas integram este plexo de responsabilidade ambiental. Com efeito, todas as medidas de intervenção são relevantes e urgentes para que discurso e ação andem juntos, como quis Arendt (2007) e porque ainda temos a capacidade de agir, diz ela.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Ubiratan. **A ação preventiva e corretiva dos Tribunais de Contas**. Revista do TCU, v.32, n.90, p.239-252, out./dez. 2001. Brasília: TCU, 2001.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BARROSO, Luiz Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a Juridicidade e os Limites da Licitação Sustentável. In: SANTOS, Murilo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro(Coord.) Licitações e contratações públicas sustentáveis.Ed. Fórum,Belo Horizonte, 2011.
- BLANCHET, Luiz Alberto. **Desenvolvimento e sustentabilidade como fatores delimitadores da discricionariedade do Estado nos atos administrativos que repercutem sobre a atividade econômica**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7581>. Acesso em ago 2013.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Brasília: 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>>. Acesso em: 17/jul/2013.
- BRASIL. Brasília: **lei nº. 12.349**, de 15 de dezembro de 2010.. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>>. Acesso em: 17/jul/2013.
- BRASIL. Brasília: **lei nº. 8987**, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>>. Acesso em: 17/jul/2013.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: CN, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17/jul/2013.
- BRASIL. Brasília: **lei nº. 10.520**, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>>. Acesso em: 17/jul/2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 24510/DF**, julgado em 19/11/2003. Tribunal Pleno Brasília: STF, 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=fundef&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>>. Acesso em: 29/jul/2013.
- CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 16^a Edição, Editora Lumen Juris, 2006.
- COUTINHO, Carlos Nelson^o O Estado brasileiro: gênese, crise, alternativas. In: LIMA, Júlio C. F.; NEVES, Lúcia M. W. (Org.). **Fundamentos da educação escolar do Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2006.

CRETELLA NETO. **Comentários à Lei de Parcerias Público-Privadas – PPPs**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Parcerias na Administração Pública: Concessões, Permissões, Franquia, Terceirização e outras formas**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

EVANGELISTA, Olinda. **Algumas indicações para o trabalho com documentos**. Texto para discussão do GEPETO – Grupo de Estudos sobre Política, Educação e Trabalho. Agosto de 2003, 2003. (Mimeo)

FÉDER, João. **O controle do dinheiro público**. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural Edições:1987.

FERRAZ, Luciano. **Poder de coerção e poder de sanção dos Tribunais de Contas ãa competência normativa e devido processo legal**. Revista Di·logo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <
<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 27jun2013.

FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FREIRIA, Rafael Costa. **Direito, gestão e políticas públicas ambientais**. - São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2011.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 5ª ed. Revisada, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2000.

INNERARITY, Daniel. **O novo espaço público**. Editora Teorema. Portugal, Lisboa, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contrato Administrativos**. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

LANZONI ALVES, Elizete. **A proteção ambiental e a instrumentalidade da averbação informativa de áreas contaminadas no registro de imóveis: uma perspectiva da accountability**. UFSC:, Florianópolis, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas**. Boletim de Direito Administrativo, ano VIII, n.2, p.83-99, fev. 1992. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica-NDJ, 1992.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio ambiente: direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed, 7. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006

QUINTIERE, Marcelo. **Auditoria ambiental**. Rio de Janeiro: Publit Soluções Editoriais, 2006.

SANTA CATARINA. **lei nº 1366, de 04 de novembro de 1955**. Florianópolis: Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina, 1955. Disponível em: <http://www.pge.sc.gov.br/index.php?option=com_wrapper&Itemid=163>. Acesso em: 08/fev/2013.

SANTA CATARINA. **Lei Complementar nº 202, de 15 de dezembro de 2000**. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Florianópolis: 2000.

SANTA CATARINA. **lei nº 12.337, 05 de julho de 2002**. Florianópolis: Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.pge.sc.gov.br/index.php?option=com_wrapper&Itemid=163>. Acesso em: 08/fev/2013.

SANTA CATARINA. **decreto nº 105, 02 de abril de 2003**. Florianópolis: Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.pge.sc.gov.br/index.php?option=com_wrapper&Itemid=163>. Acesso em: 08/fev/2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas. **Regimento Interno: Resolução nº TC-06/2001 e alterações**, de 28 de dezembro de 2001. Disponível em: <www.tce.sc.gov.br/legislacao/resolucao>. Acesso em: 08/fev/09.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas. **Instrução Normativa nº 002/2001**, de 08 de outubro de 2001. Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/site/legislacao/arquivos/IN02_01.pdf>. Acesso em: 08/fev/2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas. **Instrução Normativa nº 002/2008**, de 1º de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/site/legislacao/arquivos/IN02_01.pdf>. Acesso em: 08/fev/2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.