

EXIGÊNCIA DE PROVA DE CAPACIDADE TÉCNICA AMBIENTAL: DEVER INAFASTÁVEL NO ÂMBITO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS

José Anacleto Abduch Santos

Advogado, Procurador do Estado do Paraná, Mestre e Doutor em Direito Administrativo pela UFPR, Professor do UNICURITIBA

1. Introdução

Contratação pública sustentável – na dimensão ambiental - é aquela que leva em conta e incorpora elementos, aspectos e requisitos de sustentabilidade em todas as fases do processo de contratação, com o objetivo de reduzir os impactos no meio ambiente, desde as definições da fase interna, passando pela fase de execução contratual, até o recebimento definitivo do objeto, tudo de acordo com normas fixadas no edital da licitação e no contrato administrativo.

A incorporação de elementos, condições e requisitos de sustentabilidade nas regras da disputa licitatória pressupõe a superação de um paradigma tradicionalmente incutido e preservado no âmbito das licitações: o de que as exigências de qualidade ou de capacidade do licitante não podem exceder o estritamente necessário em relação ao específico objeto da licitação. Durante muito tempo, interpretou-se literalmente a lei de licitações no sentido de que qualquer exigência que fosse irrelevante ou impertinente para o específico objeto do contrato seria ilegal. Desta feita, à guisa de exemplo, se considerado tão somente o específico objeto do contrato, não haveria justificativa legal para a aquisição de papel reciclado, pois para o específico objetivo de registrar por impressão textos e documentos o fato de ser o papel reciclado seria irrelevante – reciclado ou não, a finalidade específica do uso do papel seria atingida igualmente.

A incorporação de requisitos e elementos de sustentabilidade na descrição do objeto transcende tal lógica exatamente porque parte da premissa de que uma contratação pública busca também a obtenção de outros valores constitucionais, além da economicidade estrita – a melhor qualidade pelo menor preço.

Aliás, esta é a fórmula da eficiência privada, a que conjuga melhor qualidade e menor preço. Eficiência administrativa é uma noção mais ampla, que conjuga e agrega outros valores além de qualidade e preço. A eficiência administrativa da contratação pressupõe a melhor qualidade, pelo melhor preço, desde que cumpridos os valores e princípios constitucionais que são designados ao Estado.

Daí que a melhor contratação não será necessariamente a de menor preço e de maior qualidade, mas aquela que, além destes elementos, incorpore os valores constitucionais obrigatórios para a Administração Pública. Dentre tais valores constitucionais de persecução obrigatória por parte do Estado está a preservação e a conservação do meio ambiente. Assim, por interpretação sistemática, é inegável que para a persecução e obtenção deste

objetivo constitucional a Administração Pública deverá se valer de todo e qualquer instrumento de gestão legítimo.

Nesse contexto constitucional, que impõe ao Estado deveres em relação ao meio ambiente (art. 225 da Constituição Federal), a noção de sustentabilidade e a noção de desenvolvimento sustentável, fruto de intensa e profunda reflexão estabelecida em caráter mundial, com o propósito de contribuir para com a criação de meios de manter a vida humana digna na Terra, devem obrigatoriamente permear as condutas e políticas públicas.

Assim, o administrador público, no exercício da função administrativa, tem o dever de incorporar técnicas, recursos, meios e elementos capazes de conformar a conduta pública à noção de sustentabilidade e de desenvolvimento sustentável.

As contratações públicas sustentáveis constituem, portanto, uma das vertentes de gestão ambiental, uma das condutas públicas necessárias para incentivar o desenvolvimento sustentável.

De outra sorte, a Constituição Federal determina no artigo 37, XXI que “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.

Nos termos constitucionais, a contratação pública deve, então, ser precedida de processo administrativo licitatório ou de processo administrativo de contratação direta. Desta feita, a forma pela qual a Administração Pública (na acepção de função administrativa exercida por qualquer dos poderes da República) seleciona pessoa física ou jurídica para celebrar contratos com a Administração Pública deve ser processual.

Neste processo destinado à seleção de pessoa física ou jurídica para o fim de ser contratada, constitui dever-poder administrativo fixar as condições objetivas e subjetivas que deverão ser atendidas de modo a possibilitar a obtenção da proposta mais vantajosa no certame.

As condições objetivas dizem respeito ao encargo contratual, envolvendo todos os aspectos relacionados ao objeto específico destinado a atender a necessidade pública e a todas as obrigações acessórias voltadas ao mesmo desiderato. Aferir as condições objetivas implica comprovar no processo administrativo que a proposta ofertada pelo licitante se subsume às regras do instrumento convocatório no que diz com o objeto da contratação, inclusive no que tange à técnica a ser utilizada na execução.

As condições subjetivas são respeitantes à pessoa do licitante. Aferir as condições subjetivas implica comprovar no processo administrativo que a pessoa física ou jurídica detém os requisitos necessários para a habilitação jurídica, regularidade fiscal e trabalhista, habilitação econômico financeira e habilitação técnica.

Por consistirem em condições subjetivas ligadas à idoneidade e à capacidade jurídica do licitante, a prova da habilitação jurídica e das regularidade fiscal e regularidade trabalhista, em regra, deve ser produzida em todos os processos de contratação pública.

As condições subjetivas envolvendo a capacidade técnica ou a capacidade econômico-financeira não demandam serem exigidas em todas as licitações ou processos de contratação direta. O parâmetro para aferir acerca da exigibilidade de prova de habilitação econômico financeira ou habilitação técnica é o encargo contratual. Assim, encargos singelos, sem complexidade ou de baixo risco de inexecução podem não demandar prova destas condições subjetivas.

Ao reverso, a depender do encargo contratual ou do objeto específico da contratação, exigir prova de capacidade técnica ou econômico-financeira pode avançar os limites constitucionais, pois a Constituição Federal somente admite que se façam "as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

Perceba-se que o texto constitucional impõe como limite material às exigências de qualificação técnica e econômico-financeira no processo da contratação pública "aquilo que for indispensável à garantia do cumprimento das obrigações".

Ao operador do direito, e, em especial, ao agente público responsável pela configuração da contratação pública cabe concluir sobre quais seriam estas obrigações constituídas como limite material para exigências de capacidade técnica ou econômico-financeira.

Nesta linha, pode-se inferir da Constituição, preliminarmente, que é possível juridicamente exigir prova de capacidade técnica ou econômico-financeira desde que seja indispensável para a eficaz e eficiente satisfação das obrigações contratuais.

Este ensaio tem por objetivo a reflexão sobre uma peculiar condição subjetiva, no especial âmbito das contratações públicas sustentáveis, qual seja, a capacidade da pessoa física ou jurídica cumprir as obrigações contratuais de natureza ambiental ou aquelas que possam produzir impacto negativo no meio ambiente quando da execução do contrato administrativo, bem como ponderar sobre a legitimidade da exigência a partir do texto constitucional.

2. Legitimidade da exigência de prova de capacidade técnica

Tão relevante na fase interna da licitação quanto a definição do que se pretende contratar, é a decisão acerca de quem deve ser admitido a competir pelo direito de licitar e de contratar com o Poder Público. As cautelas administrativas que produzem uma adequada e legítima decisão sobre o objeto do certame e sobre os requisitos mínimos de qualidade esperados devem, para que restem assegurados o princípio da isonomia e a busca da proposta mais vantajosa, estar presentes em igual intensidade quando da decisão sobre os critérios ou requisitos de participação dos particulares na licitação.

A decisão administrativa sobre os critérios ou requisitos discriminatórios da participação de particulares no certame importa igualmente ponderação axiológica e está sujeita a limites precisos deduzidos do sistema normativo administrativo-constitucional.

Decidir sobre limites à participação na licitação implica superar outro conflito valorativo entre o ideal administrativo tocante à execução do objeto e o direito isonômico dos particulares de participar da licitação e de contratar com a Administração Pública. A superação legítima deste conflito produz decisão administrativa válida que autoriza a fixação de requisitos discriminatórios necessários e indispensáveis ao atendimento eficiente da necessidade administrativa.

O princípio constitucional da isonomia confere aos particulares igual direito de travar relações negociais com o Estado e de desfrutar dos benefícios e das garantias da condição de contratado da Administração Pública. A decisão administrativa na fase interna da licitação concernente à fixação de limites ao exercício deste direito impõe discriminação que somente será tolerável, sem quebra da isonomia, se, houver correlação lógica entre o fator erigido em critério de discriminação e a discriminação decidida em função dele.¹

De outro lado, a fixação de requisitos de discriminação à participação no certame licitatório é dever que se impõe ao Administrador, pois não se há de supor, por evidente e lógico, que a totalidade dos particulares detém capacidade jurídica e técnica para satisfazer qualquer demanda ou necessidade pública.

Este limite, prefacialmente, afirma a importância da precisa e adequada definição e delimitação do objeto do certame. A indefinição ou delimitação inadequada do objeto da licitação dificulta e pode inviabilizar a correta eleição dos aludidos requisitos ou critérios. O exercício deste dever de estabelecer critérios técnico-jurídicos para a escolha de particular apto a ser contratado pela Administração Pública mediante processo licitatório parte do objeto da licitação², que por seu turno, deverá guardar estreita e indissociável relação com a necessidade pública a ser satisfeita com a execução do contrato. Deste modo, o aspecto nuclear limitador da discricão decisória administrativa quanto aos requisitos a serem exigidos dos particulares para que sejam reputados habilitados a licitar e a contratar com o Poder Público é a relação jurídico-material direta e estreita entre o requisito ou critério discriminatório fixado, o objeto da licitação e a necessidade pública. Conclui-se, neste sentido, que a medida de validade de qualquer requisito discriminatório e limitador do direito de participar do certame ou de contratar com o Estado é o objeto da licitação – fixado a partir da necessidade pública –, pois é a partir dele que serão definidas e eleitas as qualidades e características técnico-jurídicas que deverão apresentar aqueles particulares

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 37. Sustenta ainda o autor que “tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional” (p.21).

² Trata-se aqui da discriminação realizada pelo administrador público, sendo certo que existem discriminações taxativamente estabelecidas na lei e que se aplicam indistintamente em todos os processos licitatórios a que Marçal Justen Filho denomina de condições genéricas do direito de licitar: “são genéricas aquelas exigidas no texto da lei para toda e qualquer licitação, independentemente das circunstâncias de uma situação concreta” (ob.cit.p.299).

que tenham interesse legítimo de estabelecer vínculo contratual destinado à realização parceira do interesse público.

A validade desta decisão está condicionada à demonstração inequívoca³ (motivação) de que as exigências têm relação direta com o objeto; que não afrontam dispositivo legal expresso; que são imprescindíveis à atuação do particular quando da execução contratual; e, que são razoáveis e proporcionais à medida da necessidade pública a ser satisfeita pela contratação.

3. A caracterização da necessidade ambiental

A finalidade de um contrato administrativo é a satisfação de uma necessidade pública. O contrato administrativo tem, pois, caráter instrumental para a obtenção de um resultado de interesse público somente atingível mediante utilização consensual de bens, serviços, obras ou de recursos humanos fornecidos ou realizados por terceiros particulares.

A caracterização do objeto da contratação tem, neste sentido, vínculo estreito e indissociável com a necessidade pública a ser atendida. No âmbito das contratações públicas sustentáveis o agente público terá o dever de operar o conceito de necessidade ambiental.

A necessidade ambiental é formada tomando-se em consideração a necessidade específica da Administração Pública e a ela agregando um ou mais determinados valores ambientais. Os valores ambientais a serem incorporados na noção de necessidade ambiental são deduzidos a partir de duas considerações fundamentais: (i) aspectos ambientais relacionados à atuação orgânico-funcional administrativa – objetivos de ordem ambiental a serem atingidos pelo órgão público; e (ii) aspectos derivados das implicações ambientais da execução contratual.

No âmbito das definições da configuração da contratação – planejamento – compete à Administração Pública definir os objetivos que pretende atingir no que tange à dimensão ambiental. Primeiramente, é preciso adotar metodologia específica inserida em um plano de gestão ambiental⁴ com o fito de definir as ações administrativas voltadas à incorporação de estratégias ambientalmente sustentáveis.

O plano de gestão ambiental tem por finalidade a identificação dos impactos causados pela organização pública no meio ambiente para definir ações e estratégias objetivando a eliminação ou a redução dos danos ambientais.

Tais ações e estratégias podem ter como um eficaz instrumento a incorporação de requisitos de sustentabilidade ambiental nas definições relacionadas às contratações administrativas.

³ Lembrando que esta análise diz respeito às exigências e condições específicas de cada licitação, e não àquelas estabelecidas genericamente por determinação legal.

⁴ No âmbito federal há determinação expressa no artigo 16 do Decreto nº 7.746/2012 no sentido da elaboração do denominado Plano de Gestão Logística Sustentável: Art. 16. A administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes deverão elaborar e implementar Planos de Gestão de Logística Sustentável, no prazo estipulado pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, prevendo, no mínimo: I – atualização do inventário de bens e materiais do órgão e identificação de similares de menor impacto ambiental para substituição; II – práticas de sustentabilidade e de racionalização do uso de materiais e serviços; III – responsabilidades, metodologia de implementação e avaliação do plano; e IV – ações de divulgação, conscientização e capacitação.

Desta feita, uma vez definidos os objetivos de ordem ambiental a serem perseguidos pela organização pública⁵, deverão ser identificados aqueles que podem ser alcançados por intermédio da contratação pública.

No que tange especificamente ao planejamento da contratação pública é imperioso identificar com precisão técnica quais as implicações ambientais da execução contratual.

As informações relativas aos impactos e objetivos de ordem ambiental da organização e às implicações ambientais da execução contratual são constitutivas da denominada necessidade ambiental, a ser incorporada no planejamento da contratação, em especial para ser considerada quando da definição das características técnicas do objeto e dos requisitos subjetivos relacionados à capacidade técnica mínima a ser demonstrada pelos licitantes.

Definida tecnicamente a necessidade ambiental, ter-se-á o fator de discriminação legítimo para incorporar exigências de ordem ambiental na descrição do objeto e na fixação de requisitos de capacidade técnica ambiental.

4. A caracterização da obrigação de natureza ambiental - a dimensão ambiental da obrigação principal

O parâmetro constitucional para delimitar a exigibilidade de prova de capacidade técnica são as obrigações contratualmente assumidas. No que diz respeito às obrigações contratuais administrativas, pode-se distingui-las em duas espécies: a obrigação principal e as obrigações complementares. Constitui a obrigação principal aquela que satisfaz a necessidade específica da Administração Pública e constituem obrigações complementares todos os deveres assumidos pelo contratante, ainda que não relacionados diretamente com o objeto específico da contratação.

O termo “obrigações” expressado pela Constituição como limite material às exigências de capacidade técnica tem sentido amplo, para alcançar a obrigação principal ou o objeto específico da contratação e as obrigações e deveres contratuais complementares e necessários para a satisfação integral da necessidade pública.

Um contrato administrativo é composto de inúmeras obrigações: a obrigação principal de dar ou fazer em relação ao objeto específico, obrigações tributárias, obrigações previdenciárias, obrigações trabalhistas, e, dentre tantas outras possíveis de previsão expressa no contrato ou decorrentes de imposição legal.

A obrigação principal, por seu turno, tem, ou pode ter, diversas dimensões. Uma das dimensões dela é a dimensão ambiental. E a dimensão ambiental da obrigação emana dos impactos ambientais que serão produzidos com a execução contratual.

A exigência de prova de capacidade técnica ambiental demanda primeiramente a devida e adequada caracterização da dimensão ambiental da obrigação.

⁵ Por exemplo, substituir cabeamento existente por cabos de maior eficiência energética, lâmpadas incandescentes por fluorescentes, construir um prédio sustentável, entre outras tantas providências possíveis.

Primeiramente é preciso ter em consideração a máxima da sustentabilidade no sentido de que “é preferível que muitas organizações adotem com sucesso ao menos uma conduta simples voltada à proteção ambiental do que poucas organizações tentem, sem sucesso, adotar muitas condutas, ou não as adotem em razão das complexidades”.

Neste sentido, deve-se operar com o critério previsto no artigo 30, I da Lei nº 8666/93, e tomar em consideração apenas as “parcelas de maior relevância e valor significativo” das implicações ambientais da contratação, de modo a restringir a complexidade e o alcance técnico das exigências relacionadas à capacidade técnica dos licitantes. Somente então, as parcelas de maior relevância e valor significativo relativas às implicações ambientais devem ser integradas na caracterização da dimensão ambiental da obrigação.

Esta caracterização da dimensão ambiental da obrigação – identificar as implicações ambientais da execução contratual - pode ser obtida por diversas formas.

É possível a designação de servidor da área técnico-ambiental para integrar a equipe de planejamento da contratação. Pode-se cogitar também, a depender da complexidade técnica, da celebração de termos de cooperação técnica com instituições públicas ou privadas, ou mesmo a contratação de serviços técnicos especializados, de modo a apurar com precisão e adequação referidos impactos ambientais a serem produzidos quando da execução do contrato.

5. Definição dos requisitos de capacidade técnica ambiental

Como expressado por Marçal Justen Filho a qualificação técnica “consiste no domínio de conhecimentos e habilidades teóricas e práticas para a execução do objeto a ser contratado”⁶ No que tange às contratações sustentáveis, tais habilidades teóricas e práticas serão relacionadas às implicações ambientais da execução contratual, ainda que não integrem o que se convencionou denominar de objeto específico.

Tome-se, por exemplo, a construção de uma ponte em área de preservação ambiental ou ambientalmente frágil. O objeto específico – construção da ponte – demandará capacitação técnica específica. Contudo, haverá implicações ambientais relevantes derivadas da execução: gestão ambientalmente adequada dos resíduos sólidos, gestão adequada dos efluentes líquidos (saneantes domissanitários) utilizados, gestão de produtos potencialmente lesivos ao ambiente, que demandam também capacidade técnica.

Mesmo em relação a contratações de natureza menos complexa, como as aquisições, podem ter implicações ambientais significativas. A aquisição de milhares de cartuchos de tinta para impressoras produzirá a necessidade de mecanismos de logística reversa.

A partir da dimensão ambiental da obrigação principal, qualquer seja a natureza dela, deve a Administração Pública prever requisitos de capacidade técnica ambiental em relação às parcelas de maior relevância e valor significativo. Para tanto, poderá exigir requisitos de capacidade técnica ambiental operacional.

⁶ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15ª Ed., São Paulo: Dialética, 2012, p. 490.

A capacidade técnica ambiental operacional é relacionada à experiência da empresa no trato das implicações ambientais identificadas pela organização pública e previstas no edital. Esta capacidade poderá ou não ter relação direta com o objeto específico da contratação, mas deverá ter relação direta com a necessidade ambiental caracterizada no processo da configuração da contratação.

Pode-se cogitar, neste sentido, da exigência de plano de gestão ambiental (metodologia de execução especificamente relacionada às implicações ambientais da contratação), política de logística reversa de insumos potencialmente lesivos ao ambiente, plano de gestão de resíduos sólidos e líquidos, equipamentos específicos, ou prova de experiência anterior no trato das implicações ambientais da contratação.

A capacidade técnica ambiental profissional é relacionada ao pessoal técnico especializado considerado essencial para a adequada satisfação da necessidade ambiental. A empresa licitante deverá provar que terá à disposição quando da execução contratual um profissional tecnicamente capacitado, detentor de atestados de capacidade técnica necessária para atuação adequada no que tange à dimensão ambiental da obrigação principal.

6. Conclusões

A Constituição Federal determina o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o dever do Poder Público de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (artigo 225). Logo, deve a Administração Pública envidar todos os esforços para conferir efetividade ao comando constitucional. Reconhecidamente as contratações públicas (uso do poder de compra do Estado) são um importante e indispensável instrumento para o fomento de ações sustentáveis no que diz com o meio ambiente.

A incorporação de requisitos de sustentabilidade nas contratações públicas é um dever jurídico do Estado. Para que a inserção de exigências de sustentabilidade ambiental em relação ao objeto da contratação e em relação à capacidade técnica dos potenciais interessados em contratar com o Poder Público não seja reputada ilegítima, é preciso interpretar sistematicamente as leis de regência das contratações públicas, a partir das normas constitucionais que fixam os deveres estatais em relação ao meio ambiente.

A caracterização adequada da necessidade ambiental é a tarefa mais importante neste processo. Devem, pois, ser identificados pela organização pública os impactos ambientais de sua atuação, e as metas de redução ou eliminação dos riscos ambientais desta atuação. As informações produzidas neste diagnóstico ou plano de gestão ambiental serão indispensáveis para a caracterização da necessidade ambiental do órgão e para a definição das estratégias voltadas à sustentabilidade ambiental. Uma das estratégias legítimas para obtenção dos desideratos voltados à proteção do meio ambiente é a inserção de critérios de sustentabilidade nas contratações públicas, como acima já referido. Nesta linha, outro elemento constitutivo da necessidade ambiental serão as implicações ambientais específicas dos contratos administrativos que celebrará.

Definida a necessidade ambiental a ser satisfeita pela via consensual do contrato administrativo, deve ser definida a dimensão ambiental da obrigação principal que será objeto de execução contratual.

Feitas referidas caracterizações, a partir das parcelas de maior relevância e valor significativo, deve-se estabelecer tecnicamente quais implicações ambientais da execução contratual demandarão prova de experiência anterior pelos licitantes.

Com fundamento técnico se poderá então, fixar no edital a exigência de prova de capacidade técnica ambiental operacional e/ou prova de capacidade técnica ambiental profissional – prova de que a empresa detém a experiência, equipamentos, insumos, e elementos de gestão ambiental e/ou prova de que tem a seu dispor os profissionais capacitados tecnicamente para dar conta especificamente das implicações ambientais da execução contratual ainda que apenas indiretamente relacionadas ao objeto específico da contratação.