

A CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL: ENTRE O DEVER SOCIAL E AS NORMAS DA IMPARCIALIDADE E DA IGUALDADE

Luis Clóvis Machado da Rocha Junior¹

Sumário: Introdução. Parte I – Contratação Pública e Sustentabilidade. 1. Contratação Pública Sustentável. 2. O Princípio da Sustentabilidade: Proposta de um Modelo Dogmático. 2.1 Sustentabilidade: Regra, Princípios ou Metanorma? 2.2 Conteúdo Material do Princípio da Sustentabilidade: *Estado Ideal de Coisas* Exigido. 2.3 Subprincípios da Sustentabilidade: *fins parciais que conformam o fim total*. 2.3.1 O Subprincípio da Sustentabilidade Ambiental na Contratação Pública. 2.3.2 O Subprincípio da Sustentabilidade Econômico-Financeira nas Contratações. 2.3.3 O Subprincípio da Sustentabilidade Social. 2.3.3.1 Fundamento Moral e Político do Princípio. 2.3.3.2 Uma Teoria da Justiça como Base do Princípio da Sustentabilidade. 2.3.3.3 Fundamentos Normativos do Princípio da Sustentabilidade Social. Parte II – O Controle da Sustentabilidade Social nos Contratos Públicos à Luz dos Princípios da Imparcialidade e da Igualdade dos Concorrentes 1. Prolegômenos Iniciais. 2. O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública. 3. O Princípio da Igualdade na Administração Pública. 3.1. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 4 O Controle da Imparcialidade e da Igualdade na Contratação Pública. 4.1 Controle da Escolha do Fim (para atender o quê?) e do Objeto (o quê?) da Contratação Pública e o Princípio da Imparcialidade. 4.2 Controle das Exigências de Ordem Técnica/Habilitação ou de Execução do Contrato pelo Princípio da Igualdade. 4.3 Controle dos Critérios de

¹ Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Professor Universitário. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul/BR.

Adjudicação e o Princípio da Igualdade. Considerações Finais. Bibliografia.

INTRODUÇÃO



Este escrito visa a responder à seguinte questão: considerando que a Administração Pública vincula-se ao princípio da sustentabilidade, segundo um novo paradigma do Direito Administração, quais são os limites da contratação sustentável, à luz das normas da imparcialidade e da igualdade? Para este fim, o trabalho está estruturado em duas partes. Inicialmente, trabalhar-se-á a construção do conceito de contratação pública sustentável, além da fundamentação moral e jurídica do postulado/sobreprincípio/princípio metodológico da sustentabilidade – isto é, de um princípio mais geral e amplo – bem como dos subprincípios (sustentabilidade social, ambiental e econômica), explicitando seus âmbitos de aplicação e sua eficácia jurídica. Depois, na segunda parte, considerando a contratação pública como instrumento da sustentabilidade social, em especial, procura-se analisar os critérios de correção desta, com um modelo com orientações para controle judicial, tendo em vista a imparcialidade e a igualdade como normas que limitam a atuação da Administração. Afinal, é indispensável, na Administração Pública constitucionalizada, a concordância prática entre os diversos princípios colidentes e sua ponderação².

Para este fim, adota-se o método de revisão bibliográfica,

2 OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. 1. Lisboa: Almedina, 2014. p. 331 e 432. Ele discorre sobre a “Constituição administrativa” e o núcleo normativo do Direito Administrativo na Lei Fundamental, base de atuação e de fins da Administração. Além disso, o autor – com exemplar fôlego – discorre sobre o dever de ponderação da Administração Pública, em tempos de conflituosidade de interesses, de tal forma que lhe cumpre considerar os interesses e bens colidentes, procurando a solução harmonizadora.

além de estudo de jurisprudência, portuguesa e brasileira, partindo de uma postura positiva-metodológica, isto é, construindo um modelo dogmático a partir do que o Direito é.

PARTE I – CONTRATAÇÃO PÚBLICA E SUSTENTABILIDADE

1. CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL

A *noção de contrato público*³, mais ampla do que contrato administrativo conhecida ainda no Direito Brasileiro⁴ - deriva da influência das Diretivas da União sobre o Direito Português e dos demais países e, de fato, tende à unificação das disciplinas dos contratos realizados pela Administração Pública, sejam contratos administrativos em sentido clássico (marcados pelos poderes exorbitantes do direito comum ou por atividades materialmente administrativas), sejam contratos de direito privado⁵. Ela é influência direta da tentativa de publicização de toda atividade administrativa, que tendencialmente busca fugir à normatização legal, valendo-se do Direito Privado, ao mesmo tempo em que reflete a busca por flexibilidade, efetividade e resolutividade das ações administrativas.

3 GONÇALVES, Pedro. O Contrato Administrativo. *Uma instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 53. Ensina o autor: “trata-se de um conceito juridicamente neutro, que se tem desenvolvido essencialmente por força do Direito Comunitário da Contratação Pública e que corresponde, na língua francesa, ao conceito de *marchés publics*”.

4 No Brasil, ensaiou-se um conceito mais amplo do que contrato administrativo, qual seja, contrato público ou contratos da Administração Pública, segundo parece ser o disposto no art. 2º parágrafo único da Lei Federal 8.666/93: *Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.*”

5 ESTORNINHO, Maria João. *Curso de Direito dos Contratos Públicos*. Lisboa: Almedina, 2014. p. 315-320.

De notar, inicialmente, que a legislação portuguesa (Decreto-Lei 18/2008 - CCP) manteve resquícios da tradicional doutrina francesa, remetendo ao conceito de contratos administrativos (veja-se o art. 1º), como espécie do gênero contratos públicos. De igual forma, no Brasil, a doutrina costuma distinguir “contratos da Administração Pública”, como gênero, dos quais são espécie os contratos celebrados sob o regime de direito administrativo (contrato administrativo), com uma finalidade pública, e contratos celebrados sob o regime de direito privado⁶. Assim, para DI PIETRO, dentre os contratos celebrados pela Administração, há os de direito privado, regidos pelo Direito Civil, há os contratos administrativos, *tipicamente* administrativos, porque sem paralelo no direito comum e inteiramente regidos pelo direito público (concessão de obra, de serviço público, etc) e, finalmente, há contratos administrativo com *paralelo* no direito comum, tais como o mandato, o empréstimo ou a empreitada, mas que cujo regime jurídico de direito privado é derogado por normas de direito público⁷.

Ora, em Portugal, a assimilação das diretivas europeias e as reformas legislativas incorporaram a distinção entre o contrato público – naquele sentido mais amplo, próximo do conceito de “contrato da Administração Pública” e a *contratação pública*, esta última como o conjunto de procedimentos⁸ aplicáveis à formação dos contratos públicos – que incluem, aqui, tanto os tradicionais contratos administrativos como outras modalidades de

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 251 e seguintes.

7 DI PIETRO, Maria Sylvia...*Direito Administrativo*, p. 256.

8 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ed. São Paulo: 2004. O saudoso professor leciona que a distinção entre processo e procedimento, também no âmbito administrativo, está na circunstância de aquele é um conjunto lógico de atos interligados, para uma finalidade; por outro lado, este é a exteriorização dos atos, a forma como eles ocorrem. Daí que, na sua lição, todo agir administrativo é procedimentalizado – ao contrário do que, no Brasil, como dizer-se (atividade administrativo como sinônimo de “processo administrativo”). Em homenagem a ele, e acreditando na cientificidade da sua distinção entre processo e procedimento, adotamos a nomenclatura, também usada em âmbito processualístico (penal ou civil).

contratações realizadas pela Administração. Por sua vez, o art. 1º, número 2º, do Código de Contratação Pública de Portugal, define o contrato público pelo critério orgânico, isto é, define-se-o independentemente da designação e da natureza (critério material), levando em conta apenas a entidade adjudicante, listadas no CCP. Em alguma medida, sepulta-se a celeuma francesa dos diversos critérios de classificação dos contratos administrativos⁹.

Prescreve o número 4 do art. 1º do Código de Contratação Pública Portuguesa, que à contratação pública (como atividade contratual, portanto, seja qual for a natureza do pacto) são *especialmente aplicáveis o princípio da transparência, da igualdade e da concorrência*. Especialmente aplicáveis significa uma imposição adicional, reforçada, para além da norma do art. 266 da Constituição Portuguesa e o art. 2º nº 5º do Código de Processo Administrativo¹⁰, notadamente quanto à proporcionalidade, à igualdade e à imparcialidade no agir administrativo. Tais princípios são normas de conteúdo deontológico-teleológico (prescrevem condutas e fins) que estabelecem autorizações, proibições e obrigações à Administração Pública.

Além de tais princípios, e dos constantes do Tratado da União, a Administração Pública (fala-se, aqui, em realidade Portuguesa, maioritariamente) – da União ou dos Estados-membros ou as entidades locais – deve atender às determinações contidas nas Diretivas Europeias, às demais normas constitucionais e, ainda, aos documentos políticos firmados pelos Estados-membros, pelo conteúdo de compromissos que eles assumem¹¹. Esse conjunto de normas constitui o “bloco de constitucionalidade”,

9 Sobre o tema dos critérios de classificação dos contratos, leia-se a inolvidável ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo Contrato Administrativo*. Almedina, 2003.

10 “.. são aplicados a toda a atuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada”.

11 Não apenas as normas, mas os objetivos gerais e os valores da União, derivados dos documentos, devem ser observados.

*cuj*a ratio (razão substancial) também aplicável à Administração brasileira, porém sem as idiossincrasias derivadas do Direito da União Europeia. De todas estas normas, em especial, deve-se atentar à norma da sustentabilidade, que vem permeando as contratações públicas, assim como toda atuação administrativa¹².

Nessa linha, tendo em vista as normas e objetivos da União Europeia, define-se a contratação pública sustentável como a atividade tendente ao acordo de vontades, realizado entre a entidades adjudicantes e os co-contratantes, que visa – em si mesmo ou como fim – à concretização de ideais social, ambiental ou economicamente sustentáveis. Portanto, é possível analisar, já de pronto, a contratação pública, sob duas perspectivas – como duas finalidades¹³:

1.1 *Contratação Pública em si mesma sustentável* (contratação sustentável categórica¹⁴): Ocorre quando a Administração respeita a norma da sustentabilidade no exercício da autonomia de contratar ou não¹⁵, bem como na decisão sobre qual procedimento a seguir para a contratação (*concurso público, ajuste direto, diálogo concorrencial*), respeitadas as imposições legais, ou, ainda, nos atos executórios do acordado, independentemente do objeto da contratação. Também o Direito Brasileiro conhece tal “noção” de contrato sustentável categórico, ao prever, no art. 3º da Lei 8666/93 que a licitação (procedimento de

12 A seguir, discutiremos o conteúdo moral/axiológico da sustentabilidade, bem como a sua significação normativa.

13 Uma tal divisão tem, com todos os defeitos e críticas, a inspiração *kantiana*, mas, mais especificamente na formulação de KELSEN entre normas categóricas (que visam um comportamento em si mesma) e normas hipotéticas, que visam à um fim, impondo uma conduta como meio para fim. Considerando que o contrato é, também, uma fonte de norma, poder-se-ia classificá-lo assim. KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986. p. 25.

14 A referência à contratação pública sustentável categórica dá-se à consecução dos fins sustentáveis pela própria atividade de contratação em si.

15 A autonomia negocial pode ser definida como a capacidade de autorregulação do interesse, voltado a uma finalidade (pública, no caso). Ela é, sem dúvida, mais limitada do que a autonomia privada, mas deve ser reconhecida, principalmente em face do poder discricionário que acompanha a Administração Pública.

escolha do contratante e de proposta) deverá promover o princípio do desenvolvimento nacional sustentável¹⁶.

Dessa forma, o próprio procedimento pré, infra e pós-contratual – cumprimento dos deveres, principais e acessórios, pré-contratuais, contratuais e pós-contratuais – deve ser, em si, orientado pela sustentabilidade – social, ambiental e financeira. Nestes casos, ou há uma norma-regra que determina a conduta sustentável (p.ex. exigência de regularidade fiscal das contribuições sociais) ou há deveres de conduta, produto de argumentação/interpretação a partir das normas, orientadas pelo princípio da sustentabilidade.

Assim, por exemplo, quando se realiza o gerenciamento dos bens e serviços dos contratos (aquisição de energia, de serviços de telefonia, de papel, etc economizando recursos, fazendo “mais” com “menos”), está-se sendo financeiramente sustentável; quando se decide não contratar por meio físico, mas simplesmente por via digital/eletrônica, independentemente do objeto da contratação, ela será, em si mesma, sustentável – por ser amiga do meio ambiente. Em Portugal, o Código de Contratação Pública, no art. 43, número 5, prescreve regras de sustentabilidade, pois em determinados contratos de obra “*o projecto de execução deve ser acompanhado, sempre que tal se revele necessário: (...) c) Dos estudos ambientais, incluindo a declaração de impacto ambiental, nos termos da legislação aplicável; d) Dos estudos de impacto social, económico ou cultural, nestes se incluindo a identificação das medidas de natureza expropriatória a realizar, dos bens e direitos a adquirir e dos ónus e servidões a impor; (...) f) Do plano de prevenção e gestão de resíduos de construção e demolição, nos termos da legislação*

16 Esta, porém, não é a única disposição normativa a respeito da sustentabilidade (ambiental, social ou econômica), da conduta da Administração Pública brasileira, havendo outras Leis e dispositivos constitucionais com tal finalidade, conforme se verá no decorrer deste trabalho. Contudo, a preocupação com a sustentabilidade é muito recente na República do Brasil, remontando há pouco tempo o debate sobre o tema.

aplicável” É, aliás, dispositivo semelhante ao art. 12, inciso VIII, da Lei 8.666/93, que exige estudos ambientais prévios às contratações públicas, quando pertinentes.

Ainda, o art. 55 do CCP estabelece impedimentos subjetivos à contratação, vinculados à idoneidade e à honra do contratante privado, como forma de prevenir eventual insustentabilidade financeira dos contratos (necessidade de resolução ou de extinção do contrato, portanto, por inaptidão). Há, ainda, outras normas sobre o gerenciamento eficiente dos contratos públicos¹⁷, com vistas à sua sustentabilidade financeira e social, não gerando externalidades sociais negativas.

1.2 *Contratação Pública como instrumento de sustenta-*

17 Recentemente: CONSELHO DE PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO (Junto ao TC Português) Recomendação n.º 1/2015 Recomendação do Conselho de Prevenção da Corrupção, de 7 de janeiro de 2015 sobre Prevenção de riscos de corrupção na contratação pública. Considerando o peso e a importância dos contratos públicos na economia e, em particular, na despesa do Estado e demais entidades gestoras de recursos públicos, o Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC) sublinha que os riscos de corrupção aumentam na medida dos elementos materiais presentes e da sua relevância financeira e económica, como vem sendo sublinhado por Organizações internacionais, em especial, a OCDE. Estes riscos de corrupção e infrações conexas apresentam especificidades que exigem conhecimento teórico e prático dos procedimentos, à luz, nomeadamente, do Código dos Contratos Públicos e das Diretivas europeias aplicáveis. Nestes termos, ao abrigo do artigo 2.º da Lei n.º 54/2008, de 4 de setembro, em reunião de 7 de janeiro de 2015, o Conselho de Prevenção da Corrupção aprova a presente Recomendação dirigida a todas as entidades que celebrem contratos públicos, nos seguintes termos: 1 — Reforçar a atuação na identificação, prevenção e gestão de riscos de corrupção e infrações conexas nos contratos públicos, quanto à sua formação e execução, devendo, em especial, fundamentar -se sempre a escolha do adjudicatário; 2 — Incentivar a existência de recursos humanos com formação adequada para a elaboração e aplicação das peças procedimentais respetivas, em especial, do convite a contratar, do programa do concurso e do caderno de encargos; 3 — Garantir a transparência nos procedimentos de contratação pública, nomeadamente através da publicidade em plataformas eletrónicas, nos termos legais; 4 — Assegurar o funcionamento dos mecanismos de controlo de eventuais conflitos de interesses na contratação pública; 5 — Reduzir o recurso ao ajuste direto, devendo quando observado, ser objeto de especial fundamentação e ser fomentada a concorrência através da consulta a mais de um concorrente; 6 — Solicitar aos órgãos de fiscalização, controlo e inspeção do Setor Público nas suas ações, especial atenção à matéria objeto desta Recomendação. 7 de janeiro de 2015.

bilidade (contratação pública hipotética): Nesse caso, a atividade contratual tem como *objeto material* (finalidade, objetivo) um bem da vida (bem, serviço, atividade), cuja circulação econômica ou realização redundará a *promoção* das finalidades públicas sustentáveis. É que a Administração Pública, no exercício do seu poder-dever de intervenção, fomento e regulação econômica e social¹⁸, a partir da realização dos direitos fundamentais, deve ter como objetivo a promoção da sustentabilidade – segundo os princípios comunitários e constitucionais estabelecem. Assim, por exemplo, ocorrerá ao estabelecer que serão adquiridos apenas produtos com “ciclo de vida” superior a 05 anos, ou amigos da natureza; quando o objetivo da contratação perpassa pela reinserção de pessoas com mais de 60 anos no mercado de trabalho ou de pessoas com deficiência.

Nos dois casos, conquanto o princípio da sustentabilidade seja fundamental, ele não é o único a pautar a Administração – e sua realização pode implicar a restrição (não realização) de outros princípios igualmente caros ao Estado-adjudicante¹⁹. Essa postura ativa do Estado, em prol dos objetivos da sustentabilidade, intervindo na atividade econômica, na sociedade e no modo de vida da comunidade política, coloca-o como potencial restringidor (não-realizador) das normas da imparcialidade e da igualdade, igualmente relevantes na contratação pública, como se observa do referido art. 1º, número 2º, do Código das Contratações. Em outras palavras: promover a sustentabilidade significa restringir a igualdade e a imparcialidade, muitas vezes. É

18 O Estado pode ser agente normatizador (regulador) ou partícipe (fomentador) das atividades econômicas. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000 p. 770.

19 A Administração Pública humanizada e constitucionalizada é marcada pela vinculação a diversos princípios constitucionais (Democracia Humana, Estado de Direito, Soberania Internacionalizada, Unidade Descentralizada), mas essencialmente pelo respeito a este pluralismo de fins e de concepções de vida, que devem ser harmonizadas e consideradas na construção do bem comum, do interesse público (OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. I. Lisboa: Almeidina, 2014. p. 350)

que, não se pode olvidar, as imposições geradas pela imparcialidade (impressoalidade) e pela igualdade são conquistas do Estado de Direito, inafastáveis da concepção (concepção) de Administração Pública moderno²⁰.

Da mesma forma, quando, a pretexto de promover algum fim social ou ambiental, estabelecem-se critérios técnicos do objeto a ser contratado, na execução deste contrato ou sobre a pessoa do contratante (contratado), seja, ainda, no programa do procedimento (Edital, como chamado no Brasil), seja no cadernos de encargos, ou, finalmente, quando se fixam regras de adjudicação “amigas de fins sociais”, há sérios riscos de violar a igualdade entre os possíveis candidatos/co-contratantes e a própria impressoalidade do agir administrativo. Isso ocorre porque, ao fixar critérios de comparação, que influenciam as escolhas administrativas, a Administração estabelece preferências entre eles, o que coloca a questão de saber se há limites neste agir. Para essa dupla análise é preciso, antes, compreender o significado moral e jurídico da sustentabilidade, para entender o fim de tal princípio, a sua estrutura e aplicação.

2. O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE: PROPOSTA DE UM MODELO DOGMÁTICO.

Um modelo dogmático correto, que estabeleça a eficácia da norma da sustentabilidade sobre a contratação pública, enquanto princípio jurídico, exige a sua justificação racional. Para isso, há que observar três níveis: o analítico, o empírico e o normativo²¹. Do ponto de vista analítico, deve-se analisar a construção dos conceitos jurídicos (significado da sustentabilidade social) e a sua fundamentação dentro do sistema jurídico e da moral (intersubjetiva ou segundo uma escala externa de valores –

20 ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Revolucion Francesa y Administración Contemporanea*. Madrid: Editorial Civitas, 1998.

21 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 33-35.

como documentos programáticos); do ponto de vista empírico, analisando o direito legislado (tratados, diretivas, constituição e legislação) além das decisões das Cortes de Justiça e, quiçá, da interpretação doutrinária, se existentes, deve-se justificar o alcance dos conceitos propostos. Finalmente, na dimensão normativa, exige-se que a construção deste modelo seja capaz de resolver problemas jurídicos concretos, e não apenas constitua um exercício teórico intelectual.

Por conseguinte, propõe-se a análise dos valores subjacentes à “sustentabilidade” – produto de compromissos políticos, construindo conceitos normativos que permitam a fusão de horizontes²². Logo em seguida, apresentam-se as proposições de dever-ser possíveis, isto é, o conteúdo prescritivo da norma de sustentabilidade, aplicado à atividade de contratação pública.

2.1 SUSTENTABILIDADE: REGRA, PRINCÍPIOS OU METANORMA?

Ao se afirmar um “princípio” (aqui utilizado sem rigor técnico) de sustentabilidade, está-se a defender a existência de um dever-ser imposto ao Estado, que é o sentido objetivo de um ato de vontade²³, originário do ordenamento jurídico. Por isso, diz-se que há uma “norma” da sustentabilidade, isto é, um *comando* que obriga o Poder Público - legislador, administrador e juiz, em um certo sentido. A ordem emana de uma fonte formal (no caso, das normas da Constituição), sendo identificada pelo seu *pedigree*, pois o sistema jurídico é institucionalizado²⁴ de tal forma que normas que não sejam *justificadas* a partir da referência a uma fonte formal – quais sejam, outras regras, princípios e

22 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 7º ed. São Paulo: Vozes, 2005.

23 KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*. Teoria Geral das Normas. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986. p. 120.

24 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 349

normas, não são normas²⁵.

A classificação da sustentabilidade como regra, princípio ou postulado advém da necessidade de antecipar a compreensão da classificação jurídica, para garantir a certeza e correção na utilização da norma, pois a utilização indevida dos termos pode levar à problemas de cognição e de aplicação do Direito, porque geram confusão, violando, assim, a segurança jurídica, na sua dimensão de certeza do Direito. Acaso se trate como regra ou como princípio ou como postulado, haverá, sem dúvidas, problemas de divergência entre operadores e aplicadores. Como ensina CANAS²⁶, a motivação das distinções não é meramente conceitual, mas avança sobre a estrutura normativa, a função e o *modus operandi*. Por isso, é indispensável a dissociação.

CANAS²⁷ observa que o ideal seria que a Constituição conferisse a distinção da nomenclatura, definindo uma norma como regra ou como princípio ou como outro tipo de norma. Contudo, ausente essa clareza nos sistemas constitucionais, cumpre à doutrina fazê-lo – e o faz com distinções *fracas e fortes* entre as normas. As distinções fracas utilizam diversos critérios, pouco precisos ou científicos, tais como: a) princípios são normas mais fundamentais e regras menos fundamentais²⁸; b) princípios são normas mais gerais do que as regras, que são mais específicas.

25 De fato, Ronald Dworkin (*Taking Rights Seriously*. São Paulo: Martins Fontes, 2010), defende que os princípios valem pelo seu conteúdo – conteúdo moral, de veracidade, de justiça que eles têm, e não pela sua origem. Mas, em teoria do direito, europeu – e latino-americano, originário do sistema de *civil law*, as normas valem porque emanam de um fonte formal – e não apenas pelo seu conteúdo de “justiça” ou “correção moral”.

26 CANAS, Vitalino. *A proibição do excesso como instrumento mediador de ponderação e otimização (com incursão na teoria das regras e dos princípios)*. Estudos em Homenagem ao Professor Dr. Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 812

27 CANAS, Vitalino...p. 812-813.

28 No Brasil, Celso Antônio Bandeira de Melo defende essa visão no seu *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros: São Paulo, 2010.

Essa distinção – embora insuficiente – é já mais avançada do que a visão clássica – de origem no Direito Civil, que contrapunha *normas* e *princípios*, como o fez ESSER²⁹, tendo por base o critério da possibilidade (ou não) de precisão dos casos de aplicação (regras tem as *hipóteses de aplicação* e princípios não). Entretanto, tanto uma como outra são insuficientes para orientar juízos de aplicação destas normas, porque não se guiam por critérios científicos. Foi DWORKIN que primeiro distinguiu regras e princípios, além de *polices* como espécies normativas, reservando àquelas o caráter de normas derivadas de uma fonte formal (com *pedigree*), de aplicação do modo *tudo ou nada*, isto é, ou elas incidem e resolvem o caso, ou não se aplicam; ao contrário dos princípios, que são aplicáveis por exigências éticas, de Justiça, que valem por seu conteúdo e não sua origem, tendo uma *dimensão de peso*, na sua aplicação, isto é, peso que deve ser comparado com o de outros princípios, na decisão. Eles emanam, porém, de uma fonte não formal – são a abertura do Direito à Moral. Note-se que, para DWORKIN, princípios defendem posições individuais, não interesses coletivos, reservados a *polices*³⁰.

Em território europeu, porém, além do latino-americano, prevaleceu a concepção de ALEXY. Segundo ALEXY, só há dois tipos de normas: princípios e regras, que são espécies do gênero norma-jurídica. A distinção entre princípios e regras não é uma distinção de grau, mas uma distinção lógica e qualitativa³¹, o que ele defende partindo de DWORKIN.

Princípios não estabelecem consequências jurídicas que devem necessariamente ocorrer diante da ocorrência de certas condições fáticas, mas constituem *mandamentos para otimização*. São normas que ordenam que algo seja realizado na medida tão alta quanto possível, segundo as possibilidades fáticas

29 ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tübinguen, 1961.

30 CANAS, Vitalino. op.cit. p. 821 a 826.

31 ALEXY, 2008, op. cit., p. 85-120.

*e jurídicas*³². As possibilidades fáticas são dadas pelo caso concreto; as jurídicas, pelos princípios em sentido contrário, que possuem alguma relevância para a questão, legitimando um processo de ponderação entre ambos e, eventualmente, o estabelecimento de uma regra de precedência condicionada, válida apenas para o caso específico³³. Princípios são normas que estabelecem obrigações *prima facie*, portanto, não definitivas e dependentes da ponderação, permitindo-se a complementação do seu conteúdo, que não está pronto no próprio princípio. Por isso, os princípios são razões *prima facie*.

Regras jurídicas, por outro lado, são normas aplicáveis no “modo tudo ou nada”, isto é, ocorrida a hipótese normativa na realidade, ou a regra pertinente é aplicada e é válida, junto com sua consequência, ou não tem relevância para o caso. Regras colidem abstratamente e, em caso de colisão, para se estabelecer a regra válida, ou se inclui uma exceção na regra (em razão da promoção de um princípio) ou uma delas será invalidada³⁴. As regras fixam obrigações definitivas, mandamentos definitivos, depois de todas as razões consideradas no caso concreto, o que indicia que também as regras oferecem razões *prima facie* para as normas, mas em um sentido mais forte do que os princípios. Pode haver situações em que as regras instituem apenas razões *prima facie* em sentido estrito, porque como elas possuem a determinação fática e as condições jurídicas pré-estabelecidas por elas próprias³⁵, essas circunstâncias podem não se verificar, ou, ainda, outras circunstâncias não consideradas pela regra podem ser invocadas num caso qualquer, autorizando a superação da regra ou a sua restrição teleológica. Como preleciona

32 ALEXY, Robert. *A fórmula peso*. Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 55-69 e p. 64-65.

33 Embora seja possível universalizá-la, no sentido de aplicá-la não apenas ao caso particular, mas a todos os casos de colisões de princípios em que os fatos sejam os mesmos.

34 ALEXY, 2008, op. cit., p. 103-105.

35 ALEXY, 2008, op. cit., p. 104-105.

ALEXY:

O caso das regras é totalmente diverso (dos princípios). Como regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação de extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante das possibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então vale definitivamente aquilo que a regra prescreve.³⁶

Nessa linha de distinção lógica e estrutural, LARENZ entendia que princípios jurídicos são normas com graus elevados de abstração, delas decorrendo direta ou indiretamente normas de comportamento, porém, sem aplicação imediata como as regras, que detêm estrutura de proposição jurídica (se X, então Y)³⁷. Para FERREIRA FILHO³⁸, há ao menos três sentidos possíveis de “princípios jurídicos”:

Num primeiro, seriam “supernormas”, ou seja, normas (gerais ou generalíssimas) que exprimem valores e que por isso, são pontos de referência, modelo, para regras que as desdobram. No segundo, seriam standards, que se imporiam para o estabelecimento de normas específicas - ou seja, as disposições que preordenem o conteúdo da regra legal. No último, seriam generalizações, obtidas por indução a partir das normas vigentes sobre determinada ou determinadas matérias. Nos dois primeiros sentidos, pois, o termo tem uma conotação prescritiva; no derradeiro, a conotação é descritiva: trata-se de uma “abstração por indução”.

Finalmente, há uma proposta de classificação tripartite das normas: princípios, regras e metanormas (postulados)³⁹

Princípios e regras podem ser distinguidos num plano

36 ALEXY, 2008, op. cit., p. 104.

37 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência Jurídica*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1990. p. 450 e ss.

38 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional do trabalho: estudos em homenagem ao Prof. Amauri Mascaro do Nascimento*. São Paulo: Letras, 1991. v. I, p. 73-74.

39 CANAS, Vitalino. *A proibição do excesso como instrumento mediador de ponderação e otimização (com incursão na teoria das regras e dos princípios)*. Estudos em Homenagem ao Professor Dr. Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

preliminar, *prima facie*, e num plano conclusivo (*all things considered*). Discorre o autor que os critérios *standards* de distinção (caráter hipotético-condicional, modo de aplicação, conflito normativo, fundamento axiológico) ou são inadequados em qualquer hipótese, porque não diferenciam as normas (caráter hipotético-condicional e fundamento axiológico) ou são insuficientes, porque demandam a consideração de todas as circunstâncias do caso para, só ao final, quando já construída a decisão, poder-se concluir pelo caráter de princípio ou de regra (da norma)⁴⁰.

A caracterização da norma, como regra ou como princípio ou, ainda, como postulado normativo (metanorma), depende, em primeiro lugar, da compreensão de que um dispositivo legal pode sustentar quaisquer destas características, embora não ao mesmo tempo e sob a mesma perspectiva: comportamental (regra), finalística (princípio) e metódica (postulado),⁴¹ dependendo das conexões axiológicas e da construção argumentativa do intérprete.

Os critérios pelos quais se podem diferenciar princípios e regras devem ser: *a natureza do comportamento prescrito, o modo de justificação necessário à sua aplicação e medida de sua contribuição para a decisão*.

Segundo o primeiro critério, princípios são normas que prescrevem, imediatamente, um estado ideal de coisas (um fim juridicamente relevante e devidamente especificado) que deve ser realizado ou preservado, exigindo-se, para tanto, a adoção de condutas que promovam ou protegem este estado ideal de coisas⁴². Têm caráter deontológico-teleológico, pois estipulam razões para normas, cujo conteúdo são proibições, permissões ou obrigações que promovam ou protegem certo estado ideal de coisas⁴³.

40 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*., pp. 65-68.

41 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*....pp. 68-69.

42 ÁVILA, Humberto. op. cit., p. 71-73.

43 AARNIO *apud* ÁVILA, 2014, p. 72.

Regras são normas imediatamente descritivas dos comportamentos exigidos (obrigações, permissões e proibições), ao determinaram os elementos normatizados (objeto, sujeito, tempo, etc.) de tal forma que dependem menos da influência de outras normas na determinação do seu conteúdo⁴⁴, isto é, são pré-determinadas conteudisticamente, embora possam carecer de complementação. Assim, têm caráter deontológico-deontológico, uma vez que estabelecem razões para as normas, cujo conteúdo são proibições, permissões ou obrigações descritos, definidos e determinados para a ação exigida (normas do que deve ser feito)⁴⁵.

Logo, embora tanto regras quanto princípios façam referência à realização de fins e de comportamentos, o que lhes diferencia é a primariedade do aspecto comportamental ou do aspecto finalístico a ser seguido.

De acordo com o critério do modo de justificação da sua aplicação, isto é, a definição preliminar da forma como se argumentará a aplicação da norma, princípios exigem a correlação entre os efeitos da conduta exigida e a promoção ou proteção do estado ideal de coisas, sempre e em todas as ocasiões, sendo, por isso “estável o ônus argumentativo”⁴⁶. Por isso, conquanto sem descrever qual comportamento, admitem a sua necessidade a partir da demonstração da pertinência do comportamento à promoção ou à proteção do estado ideal de coisas.

Já as regras exigem, na sua aplicação, uma argumentação que correlacione a descrição fática da realidade à descrição do enunciado normativo e à finalidade que dá suporte à regra⁴⁷. O ônus argumentativo é fácil se a descrição factual enquadrar-se perfeitamente na descrição normativa, porque basta demonstrar a correspondência e realizar a subsunção, sem referência à finalidade da regra, pois as razões de autoridade da própria regra

44 ÁVILA, Humberto. op. cit., p. 72.

45 AARNIO *apud* ÁVILA, p. 152.

46 ÁVILA, Humberto. op. cit., p. 74-76.

47 SUMMERS *apud* ÁVILA, 2014, p. 73.

bastam para justificá-la. Entretanto, em certos casos, não há essa correspondência direta, sendo necessário, então, buscar na finalidade da regra a possibilidade de sua aplicação a casos não previstos. Ainda, pode ser necessário deixar de aplicar a regra ao caso, pela ponderação entre a razão substancial da regra (que a manda aplicar), junto com a razão de autoridade que a respalda (segurança jurídica, certeza do direito) e outras razões substanciais de outras normas jurídicas que exigem a não-aplicação da regra.⁴⁸ De qualquer forma, o ônus argumentativo não é estável e pré-determinado, variando conforme a aplicação da regra e os influxos dos fatos sobre a realidade normativa.

Mais ainda, é possível distinguir os princípios das regras com base na forma de sua contribuição para a decisão, isto é, de que forma eles influem sobre o intérprete fixando o conteúdo normativo. Os princípios: [...] *consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão.*⁴⁹

Assim, princípios possuem uma abertura maior à influência de outras normas na definição do seu conteúdo (interdependência) e são, inicialmente, apenas parciais na solução de um caso, visto que outros tantos princípios e regras podem ser considerados e não são pré-excluídos.

Por outro lado, as regras são normas “*preliminarmente decisivas e abarcantes, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões*”⁵⁰. Apresentam caráter terminativo, pré-

48 ÁVILA, 2014, op. cit., p. 74-75.

49 ÁVILA, Humberto., op. cit., p. 76-78.

50 ÁVILA, op. cit., p. 76-78.

determinando os aspectos relevantes para a decisão naquelas hipóteses fáticas normativas, e tem menor interdependência para com as demais normas.

Por fim, pode-se apresentar os postulados normativos, os quais são normas sobre a aplicação de outras normas, que não tem por objeto imediato comportamentos humanos, mas um método de aplicação daquelas. Têm-se, no primeiro grau de normas, regras e princípios e, no segundo grau, como “*deveres estruturantes da aplicação de outras normas*”⁵¹ os postulados normativos aplicativos, denominadas normas de segundo-grau: “*Como os postulados situam-se em um nível diverso do das normas objeto de aplicação, defini-los como princípios ou como regras contribuiria mais para confundir do que para esclarecer. Além disso, o funcionamento dos postulados difere muito do dos princípios e das regras. Com efeito, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos.*”

Sendo assim, embora haja comportamentos prescritos isoladamente, que promovam a sustentabilidade, é correto afirmar que ela, antes, estabelece um estado ideal de coisas, para cuja realização se exigem comportamentos pela Administração Pública, por meio da contratação ou qualquer outro meio. O seu conteúdo é dado, sempre, considerando outras normas colidentes e complementares. É nesta perspectiva que o Tratado da

51 ÁVILA, Humberto., op. cit., p. 142

União, a Constituição Portuguesa ou Brasileira e, ainda, o CCP – Código de Contratação Pública - tratam a questão, não a limitando aos textos prescritivos, mas apontando para o dever de respeito ao meio ambiente, à proteção dos mais vulneráveis, à solidariedade social e à sustentabilidade financeira dos empreendimentos.

Por isso, tudo indica o caráter de princípio à sustentabilidade, isto é, uma norma que estabelece um fim como prescrição imediata - um estado ideal de coisas – para cuja concretização são exigidas condutas concretas – fáticas e normativas – mas que exigem, do intérprete-aplicador, a justificação de que a conduta adotada promove o fim. Como norma-princípio, a sustentabilidade apenas oferece uma finalidade parcial para justificar as condutas administrativas (isto é, nunca é possível apenas promovê-la, sem considerar outros princípios).

2.2 CONTEÚDO MATERIAL DO PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE: *ESTADO IDEAL DE COISAS* EXIGIDO

A sustentabilidade compreende um modelo no qual a premissa essencial é a racionalização do uso de recursos primários, com políticas de eficiência energética, redução do consumo, utilização responsável dos recursos públicos e privados, enfim, políticas que são *reeducação para cidadania*, refundadoras da solidariedade social – voltada para a justiça intergeracional⁵².

Neste cenário, OTERO⁵³ - aplicando a sustentabilidade ao Direito Administrativo - ensina que a Administração Pública pode adotar uma postura conservadora, predadora ou sustentável, consoante a sua relação com os problemas temporais da comunidade: a) a postura conservadora considera que o presente

52 NABAIS, José Casalta. *Estabilidade Financeira e o Tratado Orçamental*. In Estudos em Memória do Conselheiro Arthur Maurício. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 646.

53 OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. 1. Lisboa: Almeida, 2014. p. 139.

surge condicionado pelo passado, isto é, a Administração adota um princípio de continuidade do passado, no futuro, preservando e promovendo o futuro a partir do passado – sem inovar ou alterar; b) a postura predadora desconsidera o futuro – o presente consome o futuro – *tendo subjacente uma hipervalorização egoísta dos 'direitos adquiridos das gerações presentes'* à custa dos recursos do futuro, em total indiferença quanto às consequências das ações atuais para o futuro; c) finalmente, a Administração Pública pode assumir uma postura sustentável, em que “*o presente seja ditado pelo futuro, numa preocupação crescente com as gerações futuras, interpretando-se o fideicomisso como compromisso ou contrato entre os vivos e os que estão por nascer, sem que a geração presente possa consumir, esgotar ou sacrificar as gerações futuras*”. Em suma, há, essencialmente, preocupações *intergeracionais*, de tal forma que as condutas presentes considerem a experiência do passado, o impacto e os compromissos com o futuro, não apenas a título de *estagnação* ou *congelamento* do modo de vida social, mas principalmente a título de preservação das condições básicas de sobrevivência: eis o *core* (coração, núcleo essencial significativo) do princípio da sustentabilidade.

AMARO leciona que o princípio da sustentabilidade exprime um alcance ético de conformação do Direito, assegurando-lhe permanência temporal e exige postura ativa dos agentes públicos⁵⁴. A sustentabilidade está relacionada com a conservação de um determinado setor da vida humana, que se mantém sem esgotamento ou dependência externa. Exige a continuação de um sistema de valores estabelecido na “constituição material” da sociedade, através da preservação de meios para isso⁵⁵. Conquanto seja imediatamente associado ao meio ambiente, ela

54 AMARO, Antônio Leitão. *O princípio constitucional da sustentabilidade*. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Jorge Miranda. Volume I. Coimbra, 2012, p. 405-432. p. 411 e seguintes.

55 AMARO, Antônio Leitão. *O princípio constitucional da sustentabilidade*. pp. 405-432

adquire conotações mais amplas, devendo ser analisada também sob a ótica social e econômica, condições complementares para a manutenção do “modo de vida” constitucionalmente fixado⁵⁶, no que, aliás, concorda OTERO⁵⁷.

Ora, a busca pelo valor da *sustentabilidade* é resultado de uma nova ética pessoal, que incorpora a *alteridade*, e exclui o egoísmo, o imediatismo e toda forma de existencialismo inconsequente. Essa nova ética foi desenvolvida no último quartel do século XX, a partir das reflexões sobre a insustentabilidade da vida humana no modo-de-ser-hoje, descomprometido com o futuro e, portanto, solipsista, tipicamente pós-moderno⁵⁸. É uma *nova* ética que incorpora a natureza às consequências das ações, na reflexão da correção ou incorreção das opções existenciais. Por consequência, são incorporadas ao Direito, pois, como se sabe, os valores morais são incorporados ao mundo jurídico,

56 Há quem analise a sustentabilidade sob cinco óticas: sustentabilidade social, cultural, ecológica, política e econômica (COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães. *A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e desenvolvimentismo*. In Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, nº 261-291. MG, 2011). Entretanto, atentos às diretivas europeias e à necessidade de racionalidade na interpretação da contratação pública sustentável, distinguimos a sustentabilidade em social, econômica e ambiental, incluindo nesta última a dimensão cultural e na primeira, a política).

57 OTERO, Paulo. *Manual...*p. 141 e seguintes.

58 No sentido de uma crítica ética, ver JONAS, Hans. *El principio de la responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Editorial Herder, 1995. Princípio moral supremo: “*Atua de tal forma que os efeitos de suas ações sejam compatíveis com a permanência de uma vida humana genuína*”. Propõe uma ética de responsabilidade – pela natureza – tal como os pais a tem pelos filhos; defende a inclusão do outro na construção do eu e, também, a necessidade de mudanças na forma de consumo.

seja por meio dos princípios⁵⁹, seja por meio de tratados e convenções (*soft law*)⁶⁰, impondo sua realização ao Estado-Administração, na maior medida possível, inclusive na área de contratação pública – típico instrumento de atuação estatal⁶¹.

Portanto, por um lado, pode-se afirmar que o princípio da sustentabilidade é um princípio jurídico, que é princípio amplo⁶² e que carece de decisão concretizadora. Porém, está vinculado ao Estado de Direito e aglutina diversos subprincípios, realizadores de fins parciais, a partir dos quais se pode compreender os comandos de dever-ser necessários à sua promoção, ou seja, a partir dos quais se pode traçar as obrigações, permissões e proibições que impõe. Em singelas palavras, a sustentabilidade, como um todo, realiza-se pela coordenação das sustentabilidades ambiental, social e econômica.

2.3 SUBPRINCÍPIOS DA SUSTENTABILIDADE: *FINS PARCIAIS QUE CONFORMAM O FIM TOTAL*.

59 Na precisa lição de CANNARIS, no sistema jurídico o princípio ocupa um grau de concretização maior do que o do valor, pois ao contrário deste, aquele já prevê uma proposição do direito de “previsão” e “consequência”. Desse modo, pode-se dizer que há por detrás de um princípio, um valor e, após aquele, um conceito. (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 5ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. pp. 86-87.).

60 A respeito, veja-se a declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (1972), no Princípio 8: *o desenvolvimento econômico e social é indispensável para assegurar ao homem um ambiente de vida e trabalho favorável e para criar na terra as condições necessárias de melhoria de qualidade de vida*. Vinte anos mais tarde, o princípio 8 da ECO-92, no Rio de Janeiro repetia tal missão: *“Para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos, os Estados devem reduzir e eliminar os padrões insustentáveis de produção e consumo, e promover políticas demográficas adequadas*.

61 Como se sabe, a atuação administrativa para a prossecução do interesse público pode dar-ser por meio de ato administrativos (portanto no uso do poder de império), com unilateralidade, e por contratos administrativos, a chamada Administração Pública negociada, bilateral ou negocial.

62 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional*. Revista de Estudos Politécnicos, 2010, vol VIII, nº 13.

Assim, coloca-se a necessidade da compreensão do significado dos mandamentos do princípio da sustentabilidade, subdividido no seu “âmbito de aplicação”, a fim de ser entendida a sua eficácia sobre o procedimento de contratação pública, desde a decisão de contratar até a adjudicação do contrato ao particular (contratado).

2.3.1 O SUBPRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

A sustentabilidade ambiental vincula-se à noção de desenvolvimento sustentável, isto é, à incorporação de limites ao aproveitamento e à exploração da matéria-prima, à preservação do potencial da natureza para a produção dos recursos renováveis, à exploração comedida dos recursos não renováveis e ao respeito aos limites de autodepuração dos sistemas naturais⁶³. Define-se como o “*desenvolvimento que responde às necessidades do presente sem comprometer a capacidade das futuras gerações para responder às suas próprias necessidades — e da necessidade de ter em conta os aspectos ambientais em todas as demais políticas (a par das preocupações económicas e sociais)*”⁶⁴. Preocupa-se, pois, com o consumo e diminuição do capital natural existente, que implica a redução das prestações ambientais das gerações futuras. Ele exige que as necessidades da geração atual não podem restringir a capacidade das gerações futuras⁶⁵, que nem o passado pode prejudicar a vida presente, nem esta prejudicar o futuro⁶⁶ e que, finalmente, a proteção ao meio ambiente é condição da própria vida humana⁶⁷.

63 SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Tradução de José Lins Albuquerque Filho. Rio de Janeiro, 2000. p. 54.

64 Sítio Eletrónico www.europa.eu. Acesso em 10/01/2015.

65 Sítio Eletrónico www.nachhaltigkeit.info. Acesso em 31/07/2015.

66 NABAIS, José Casalta. *Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural*. 2^o ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 24

67 PEREIRA DA SILVA, Vasco. *Verde Cor de Direito – Lições de Direito Administrativo Ambiental*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 73

O desenvolvimento sustentável foi incorporado como meta já no preâmbulo do Tratado da União Europeia⁶⁸ (com a modificação pelo Tratado de Lisboa), e, objetivamente, o art. 3º, número 3º. No Tratado, há o dever de busca do desenvolvimento sustentável, do melhoramento da qualidade do ambiente, com um elevado nível de proteção deste. Assim, no ano de 2002, o Conselho e o Parlamento Europeu adotaram o Sexto Programa Comunitário de Ação em matéria de Ambiente, que estabeleceu o roteiro ambiental da União para os dez anos seguintes, e priorizou quatro áreas em que seriam necessárias medidas urgentes: *alterações climáticas, natureza e biodiversidade, gestão dos recursos, e ambiente e saúde*.

Igualmente, além das Diretivas 2004/17 e 2004/18, a Diretiva 2014/24, seja nos considerandos⁶⁹, seja no art. 18, número

68 (...) DETERMINADOS a promover o progresso económico e social dos seus povos, tomando em consideração o princípio do desenvolvimento sustentável (...)

69 (37) Tendo em vista a integração adequada dos requisitos ambientais, sociais e laborais nos procedimentos de contratação pública, é particularmente importante que os Estados-Membros e as autoridades adjudicantes tomem as medidas necessárias para assegurar o cumprimento das obrigações em matéria de direito ambiental, social e laboral aplicáveis no local onde as obras são executadas ou os serviços prestados, obrigações essas que decorrem de leis, regulamentos, decretos e decisões tanto a nível nacional como da União, bem como de convenções coletivas, desde que tais regras e a aplicação das mesmas sejam conformes com o direito da União. De igual modo, as obrigações decorrentes de acordos internacionais ratificados por todos os Estados-Membros, constantes do Anexo X, deverão ser aplicáveis durante a execução dos contratos. Todavia, tal não deverá de forma alguma obstar à aplicação de condições de trabalho que sejam mais favoráveis para os trabalhadores. (...) (40) O controlo da observância destas disposições ambientais, sociais e laborais deverá ser efetuado nas fases pertinentes do procedimento de contratação, ou seja, ao aplicar os princípios gerais que regem a escolha dos participantes e a adjudicação de contratos, ao aplicar os critérios de exclusão e ao aplicar as disposições relativas às propostas anormalmente baixas. A verificação necessária para este efeito deverá ser conduzida em conformidade com as disposições pertinentes da presente diretiva, e em especial com as disposições aplicáveis aos meios de prova e às declarações sob compromisso de honra. (41) Nenhuma disposição da presente diretiva deverá impedir a imposição ou a aplicação das medidas necessárias à proteção da ordem, da moralidade e da segurança públicas, da saúde e da vida humana e animal ou à preservação da vida vegetal ou outras medidas ambientais, especialmente do ponto de vista do desenvolvimento sustentável, desde que tais medidas estejam em conformidade com o TFUE.

2 ou art. 43, foi permitida a inclusão de critérios técnicos no objeto, na execução ou na fase de habilitação das contratações, vinculados à proteção do meio ambiente⁷⁰.

70 (Art. 18, número 2). Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para assegurar que, ao executarem os contratos públicos, os operadores económicos respeitem as obrigações aplicáveis em matéria ambiental, social e laboral estabelecidas pelo direito da União, por legislação nacional, por convenções coletivas ou pelas disposições de direito internacional em matéria ambiental, social e laboral constantes do Anexo X.

(Artigo 43). Rótulos 1. Sempre que pretendam adquirir obras, fornecimentos ou serviços com características específicas do ponto de vista ambiental, social ou outro, as autoridades adjudicantes podem, nas especificações técnicas, nos critérios de adjudicação ou nas condições de execução dos contratos, exigir um rótulo específico para atestar que as obras, fornecimentos ou serviços correspondem às características exigidas, desde que estejam preenchidas todas as seguintes condições: a) Os requisitos de rotulagem dizem exclusivamente respeito a critérios associados ao objeto do contrato e que são apropriados para definir as características das obras, fornecimentos ou serviços a que se refere o contrato; b) Os requisitos de rotulagem baseiam-se em critérios objetivamente verificáveis e não discriminatórios; c) Os rótulos são criados através de um procedimento aberto e transparente em que podem participar todas as partes interessadas, nomeadamente organismos governamentais, consumidores, parceiros sociais, fabricantes, distribuidores e organizações não governamentais; d) Os rótulos estão acessíveis a todas as partes interessadas; e) Os requisitos de rotulagem são definidos por um terceiro sobre o qual o operador económico que solicita o rótulo não possa exercer uma influência decisiva. Caso as autoridades adjudicantes não exijam que as obras, fornecimentos ou serviços obedeçam a todos os requisitos de rotulagem, devem indicar quais os requisitos de rotulagem a cumprir. As autoridades adjudicantes que exijam um determinado rótulo devem aceitar todos os rótulos que confirmem que as obras, fornecimentos ou serviços obedecem a requisitos de rotulagem equivalentes. Caso se possa comprovar que um operador económico não tem possibilidade de obter, dentro do prazo estabelecido, o rótulo específico indicado pela autoridade adjudicante ou um rótulo equivalente por razões que lhe não sejam imputáveis, a autoridade adjudicante deve aceitar outros meios de prova adequados, como um ficheiro técnico do fabricante, desde que o operador económico em causa prove que as obras, fornecimentos ou serviços a serem por ele prestados cumprem os requisitos do rótulo específico ou os requisitos específicos indicados pela autoridade adjudicante. 2. Quando um rótulo cumprir as condições previstas no n.º 1, alíneas b), c), d) e e), mas incluir também requisitos que não estejam ligados ao objeto do contrato, as autoridades adjudicantes não podem exigir o rótulo propriamente dito mas sim definir a especificação técnica por referência às especificações pormenorizadas do rótulo em questão ou, se necessário, às partes do mesmo que estejam ligadas ao objeto do contrato e que sejam adequadas para definir as características desse objeto.

Além da previsão no nível *supranacional*, na Constituição Portuguesa há enunciados que determinam a busca da sustentabilidade ambiental pelo Poder Público: art. 66, nº 2. Ainda, no art. 81, nº 1, alínea “a”; “m” e “n” trata-se da observância de políticas ambientais em setores de energia, recursos hídricos e, ainda no art. 90 sobre o equilíbrio ecológico e artigos 93, números 1, “d” e nº 2. Especialmente, o art. 66, nº 1, alínea “d” estabelece o *dever do Estado Português de “promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre as gerações”*.

Mais especialmente, no Código de Contratação Pública, há requisitos ambientais. Estabeleceu-se no art. 62 a possibilidade de exigir qualidades ambientais no cadernos de encargos. O art. 164, número 2, determina que a certificação ambiental exigida no Programa do Concurso, deve atender ao Sistema de Ecogestão e Auditoria europeus, sem prejuízo, nos termos do número 3, de outros meios de prova de atendimento a tal exigência técnica. Assim também o art. 165, número 1, item “d” permite a exigência da capacidade técnica de “gestão ambiental” dos candidatos.

No Brasil, a Constituição da República prescreve no art. 170, inciso VI que deverá haver um tratamento diferenciado às atividades econômicas segundo o impacto ambiental que causem. Impõe ao Estado analisar o impacto e a degradação ambiental de determinado empreendimento, antes de permiti-lo (art. 225, inciso IV) e, ainda, que haja a educação para o desenvolvimento ambientalmente correto, nas escolas públicas e privadas (art. 225, inciso IV). O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI-MC 3.540/DF, por meio do relator Min Celso de Mello, assentou: “*O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção*”

do justo equilíbrio entre as exigências da economia e da ecologia..(..)”.

Desta feita, em face da existência da determinação supranacional, constitucional e legal, reconhecidas em Brasil e Portugal, as entidades adjudicantes, ao celebrarem *contratos públicos* (note-se, aqui, que englobam contratos administrativos e contratos de direito privado celebrados pela Administração), devem: a) procurar reduzir o impacto ambiental das suas próprias atividades; b) incentivar a inovação, no sentido de influenciar o mercado para que ele produza produtos mais ecológicos.⁷¹ E, ainda, desestimular atividades econômicas ambientalmente poluidoras e nocivas à saúde humana e ao meio ambiente.

De fato, a utilização do grande poder de compra/contratação da Administração Pública para a produção limpa, verde e sustentável permitirá a realização de compras/contratações com os maiores benefícios ao ambiente e à sociedade. Tal poder pode e deve ser utilizado como instrumento de regulação, ou seja, utilizar a licitação (o procedimento para compras públicas) de forma a fomentar, restringir ou desestimular algumas atividades econômicas, prestigiando o bem comum⁷². Não se pode olvidar que os agentes econômicos (que são pessoas físicas ou jurídicas), em geral e na média, são auto-interessados, isto é, orientam suas escolhas sobre os bens a partir da necessidade de satisfação dos interesses pessoais, imediatamente, visando obter eficiência (máxima vantagem, com o mínimo de perda), o que não significa agir egoístico ou anti-social⁷³. Significa, apenas, que os agentes econômicos pautam suas condutas a partir deles mesmos, e não da preocupação com o interesse dos outros. Portanto, ao realizar

71 ESTORNINHO, p. 418

72 BARCESSAT, Lena. *Papel do Estado Brasileiro na Ordem Econômica e na Defesa do Meio Ambiente: Necessidade de Opção por Contratações Públicas Sustentáveis*. p. 76.

73 KERSTENETZKY, Celia Lessa. *Qual o Valor do Auto-Interesse?* Revista de Economia Política, vol. 25, nº 3 (99), pp. 254-276, julho-setembro/2005.

exigências para comprar e vender, para contratar serviços, o Estado induz comportamentos econômicos que protejam o meio-ambiente, utilizando os mecanismos de mercado. É que, não se olvide, numa Constituição plural e democrática, cumpre ao Estado respeitar as diferenças culturais e pessoais, induzindo os comportamentos constitucionalmente corretos, educando para a aceitação racional das melhores formas de agir – e não impô-las, unilateralmente, com poder de império, à semelhança dos Estados totalitários.

Para ESTORNINHO, as preocupações ambientais devem ser analisadas, inicialmente, no objeto do contrato e nas suas especificações técnicas (produtos ecológicos, ou a proibição de materiais em determinados produtos). Nessa linha, o Livro Verde de Contratação, assim como o *Manual de Compras Ecológicas!* - documento em nível europeu - inovam, ao definirem não apenas a forma de comprar (procedimento), mas também determinando “*o que comprar*”, estabelecendo as características das obras, dos serviços e dos produtos⁷⁴.

Depois, também na fase de seleção do contratante, a sustentabilidade ambiental incide, exigindo-se determinada capacidade técnica, por exemplo; na fase de avaliação da proposta economicamente mais vantajosa, igualmente. De fato, podem ser exigidas *especificações técnicas*, relativas ao material a ser utilizado, o ciclo de vida do produto ou, ainda, a exigência de certificações ou cadastros ambientais. Ainda, as *especificações de desempenho* – quanto à cobrança de determinados resultados ambientais, deixando aos licitantes liberdade quanto aos meios de atingir (consumo máximo de matéria-prima ou de insumos). Com isso, estimula-se a inovação. Finalmente, podem ser exigidas *especificações do modo de produção ou prestação de serviço*, pelo qual o Poder Público impõe ao candidato a contratante uma forma de realizar a produção ou prestação de serviço. A contratação amiga do ambiente integra critérios ambientais em

todos as fases do procedimento: desde a deliberação sobre a real necessidade de adquirir, as circunstâncias em que o produto foi produzido, os materiais e as condições de trabalho empregados⁷⁵.

Por outro lado, há críticas à contratação pública sustentável, sob o argumento de que o preço dos produtos com “rótulos verdes” seria maior, inviabilizando-se em tempos de crise econômica e social.

Entretanto, é preciso recordar, em primeiro lugar, que, à longo prazo, os produtos ambientalmente corretos implicarão a redução da necessidade de aquisição de material pela Administração (podendo, assim, reduzir os custos), ou, ao menos, implicarão despesa menor no descarte do material. Em segundo lugar, é preciso aceitar que a contratação pública não é norteadada *apenas* por critérios econômicos do “menor gasto”⁷⁶. Não é, apenas, a lógica contratual sinalagmática que deve fundar as contratações públicas, ou a lógica da eficiência econômica. Há ainda na atividade contratual um dever de realização de fins constitucionais, custosos ou não, que incluem decisões morais e valorativas, significa dizer, o Estado – para além de agente econômico é, antes, um agente moral/ético por imposição da Constituição. É nessa linha que STROPPA⁷⁷ defende que a contratação ambiental é um instrumento de intervenção no mercado econômico, agindo a Administração para que interesses menos financeiros e mais

75 MENEGUZZI, Rosa Maria. *Conceito de licitação sustentável*. Obra Coletiva. Belo Horizonte, Forum, 2011. p. 25.

76 A eficiência no sentido clássico envolveria apenas o produzir mais, com menos gastos. Em sentido do desenvolvimento sustentável, engloba a produção de mais resultados, com menos dispêndio de recursos, mas sem olvidar a utilização racional da matéria-prima e da mão-de-obra, a fim de não esgotar os insumos, de garantir resultados duradouros (não apenas imediatos) e integrados ao meio ambiente. Sobre o “novo” conceito de eficiência: <http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2010/01/eficiencia-economica>.

77 STROPPA, Christiane de Carvalho. In: *Seminário internacional de compras governamentais*. 9, 2009.

coletivos sejam realizados, incentivando a ressignificação da eficiência econômica, à luz da proteção ao meio ambiente. Em outras palavras, para a autora, a eficiência econômica inclui considerações morais de ordem sustentável, de modo que o “lucro” não seja a única variável. Ainda assim, a inclusão de critérios de consumo ambientalmente amigável não admite que seja pago qualquer preço pelo Poder Público⁷⁸. É de se cogitar que um produto demasiadamente oneroso, sem critérios científicos seguros ou mesmo incapaz de atender à demanda estatal permanente não possam ser objeto de aquisição.

2.3.2 O SUBPRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA NAS CONTRATAÇÕES

As preocupações de sustentabilidade econômico-financeiras são contemporâneas à crise do Estado Social, a partir do final da década de 70, e que se agravou, na Europa, na primeira década do século XXI. De fato, a assunção pela Administração Pública de tantos deveres prestacionais – e de tantos serviços públicos, em sentido amplo – fê-la credora de diversas obrigações materiais, com custos monetários. Para esta finalidade, considerando que o Estado-Administrador pouco produz em termos de receitas próprias, mas a retira dos administrados (receitas derivadas de tributos), fez-se duas alternativas: ou se aprofundava, ainda mais, a redistribuição entre a geração presente – e, com isso, haveria aumento de tributos ou se buscava o financiamento (endividamento), comprometendo as gerações futuras⁷⁹. O Estado Social, neste cenário, adotou o endividamento como regra,

78 BIM, Eduardo Fortunato. *Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável*. p. 178. Infelizmente, sequer foi cogitada a rediscussão das prestações sociais realmente importantes, com a escolha de umas e exclusão de outras, em termos de preferências hierárquicas axiológicas.

79 AMARO, Antônio Leitão. *O princípio constitucional da sustentabilidade*. p. 407.

sem atentar para a insustentabilidade econômica de tal empreendimento, isto é, sem considerar o esgotamento da fonte de financiamento. Por isso, salienta NABAIS⁸⁰ a sustentabilidade é combatida, atualmente “*sobretudo porque ..(ela)...aponta para soluções difíceis de aceitar pelo homem médio ocidental, inspirado por um séculos de “conquistas” de bem-estar e movido pela fé inabalável no progresso contínuo, medido quase exclusivamente pelo indicador do PIB e sem atentar nos dados relativos ao endividamento*”.

Em face disso, o sentido normativo da sustentabilidade financeira vincula-se à justiça intergeracional – pois o desequilíbrio afeta diretamente as gerações futuras, prejudicando a equitativa distribuição dos investimentos entre o presente e o futuro, ou seja, sem considerar o dever de responsabilidade fiscal do Estado-Administração⁸¹. Por esta razão, aliás, a própria União Europeia adotou o Tratado Orçamental – limitando o endividamento público a 60% do PIB, e, no Brasil, há a Lei de Responsabilidade Fiscal, com limites às despesas com pagamento de servidores públicos, com a criação de despesas, sem fonte de receitas⁸². Aliás, na República Federativa do Brasil, a Constituição estabeleceu, no art. 163, o dever de legislar sobre finanças públicas, regulando a função financeira, a tomada de empréstimo e outras operações de crédito.

De uma forma mais ampla, o princípio da sustentabilidade econômico-financeira pode ser analisado do ponto de vista interno ou externo à contratação.

Do ponto de vista interno, está vinculado ao sinalagma

80 NABAIS, José Casalta. *Estabilidade Financeira e o Tratado Orçamental*. In Estudos em Memória do Conselheiro Arthur Maurício. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 641

81 NABAIS, José Casalta. *Da sustentabilidade do Estado Fiscal*. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, IV, Coimbra, 2012. pp. 421 e seguintes.

82 É a Lei Complementar nº 101/2000, editada com base no referido mandamento de legislar, no art. 163. Sobre o tema: OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: RT, 2001.

funcional do contrato, isto é, ao equilíbrio fiscal (despesas e receitas) ou econômico da contratação. Seu fundamento pode ser construído a partir do Código de Contratação Pública - CCP (art. 282), que prevê a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato público, qual pode mantido por diversas formas⁸³. Em sentido semelhante, o art. 58 § 2º ou do art. 65, inciso II, alínea “d”, ambos da Lei 8666/93, no Brasil. Em Portugal, ainda, o art. 314 do CCP. Fundamentalmente, o número 6 do art. 282 é decisivo ao estabelecer que a sustentabilidade – pelo equilíbrio financeiro – não pode excluir os riscos, naturais ao contrato (não se trata, assim, de um negócio com ganho *certo*), assim como não pode determinar melhora da posição contratual inicialmente prevista, ao contratante particular.

Assim, do ponto de vista da sustentabilidade *interna*, cuida-se da preservação da equação econômico-financeira que é a base de sustentação e de preservação do contrato, tutelando tanto os interesses públicos como o interesse privado em questão.

Já do ponto de vista externo, o princípio da sustentabilidade financeira vem a exigir duas medidas: a) a tendencial autonomia econômica/financeira dos empreendimentos/atividades – de maneira que se depende, minimamente, de alocações externas de recursos; b) a escolha das prestações que devem ser custeadas pelo Estado-Administrador. Cuida-se, aqui, da verdadeira sustentabilidade *financeira* aplicada aos contratos públicos⁸⁴.

83 CRP. Art. 282, número 3, A reposição do equilíbrio financeiro produz os seus efeitos desde a data da ocorrência do facto que alterou os pressupostos referidos no número anterior, sendo efectuada, na falta de estipulação contratual, designadamente, através da prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato, da revisão de preços ou da assunção, por parte do contraente público, do dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato.

84 NABAIS, José Casalta. *Estabilidade Financeira e o Tratado Orçamental*. In Estudos em Memória do Conselheiro Arthur Maurício. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 647 revela que a sustentabilidade financeira, parte integrante da sustentabilidade fiscal e econômica, exige o equilíbrio global de despesas e receitas, gastos e lucros.

Ora, em termos de “sustentabilidade interna”, há amplo desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema⁸⁵, razão por que dispensa maiores explicações. Quanto à “sustentabilidade externa”, acredita-se que deve o contrato público visar tendencialmente à autonomia financeira, isto é, ser planeado de tal forma que não exija permanente interferências de recursos externos, isto é, aportes de dinheiro público. Nessa linha, no campo da execução das determinações legais, sempre que possível, e na maior medida, as concessões e obras públicas, tal como os serviços e outras atividades duradouras, devem ser estruturados ou para serem custeados pelos próprios utentes (em tarifas ou contraprestações) ou para não dependerem de *permanente* financiamento público – que implica aumento de impostos, endividamento ou corte de outras despesas.

2.3.3 O SUBPRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE SOCIAL

A sustentabilidade social deve ser concebida como a determinação de promoção de justiça social pelo Estado, isto é, um conjunto de tarefas novas, fundamentalmente produto do Estado Social, com o alargamento das suas responsabilidades e do seu campo de atuação⁸⁶, que exige uma Administração *pro ativa* e responsável pela preservação dos níveis mínimos de bem-estar social⁸⁷. Dessa forma, também na contratação pública, enquanto atividade estatal concretizadora do interesse público e promotora de direitos fundamentais, é indispensável uma fundamentação moral (política) e jurídica, para justificar a validade deste princípio, como norma de ação da Administração Pública.

85 Sobre o tema: JUSTEN, Marçal Filho. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

86 Identificando essa expansão da ação administrativa com o Estado Social: RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 13ª ed. Paris: Dalloz, 1990. p. 30 e 31 e seguintes.

87 PASTOR, Juan Afonso Santamaria. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Vol. I. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1991. p. 31

2.3.3.1 FUNDAMENTO MORAL E POLÍTICO DO PRINCÍPIO

A fundamentação moral e política indica razões pelas quais a Administração deve contratar, buscando estes e não outros fins, ou seja, porque deve necessariamente buscar a sustentabilidade social pela correção moral dos fins buscados. Em tempos de “redes de constitucionalidades”⁸⁸, e de pós-positivismos, em que os princípios têm força jurídica não apenas derivados da sua fonte estatal – mas principalmente pelo conteúdo moral que apresentam, e em que há um diálogo entre diversas fontes normativas, as primeiras bases para a fundamentação de um princípio são os documentos de *soft law*, ou seja, as declarações e documentos internacionais.

Nessa seara, do ponto de vista político e moral, a sustentabilidade deve ser entendida como a construção de um estado ideal de coisas em que haja benefícios e direitos para todos os integrantes da sociedade, e não apenas para alguns, de modo que a sociedade, segundo os valores que conhecemos e entendemos como corretos, sejam mantidos. É, aliás, neste sentido que o Comunicado da Comissão Europa 2020 – COM (2010) estabeleceu as bases da sustentabilidade social⁸⁹. Segundo o referido órgão, a sustentabilidade social é alcançada com o crescimento econômico inclusivo, que venha a garantir altas taxas de emprego. É indispensável, ainda, promover a coesão social, lutando contra a pobreza e qualificando as pessoas, para fins de enfrentar as mudanças no mercado de trabalho. Além do mais, a Comissão Europeia assinalou que os benefícios do crescimento econômico

88 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade – itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2ª edição. Lisboa: Almedina, 2012. p. 265 e seguintes. Ele entende que há, neste fenômeno, a marca de uma rede de Constituições, que enfrentam turbulências pelos influxos dos órgãos transnacionais, exigindo a necessidade de articulação coerente entre as diversas constituições mundiais.

89 Veja-se páginas 23 e seguintes do documento referido.

devem ser repartidos por todas as regiões da União. Finalmente, orientou os Estados-membros a observarem políticas de igualdade de oportunidades, de igualdade de gênero e de criação de condições materiais de trabalho para mães e idosos.

Da mesma maneira, a Comunicação COM 2011, de Novembro de 2001, apresentou dois objetivos complementares: *umentar a eficiência da despesa pública para assegurar os melhores resultados neste domínio, em termos de relação qualidade/preço. Isto implica, em particular, uma simplificação e flexibilização das regras existentes em matéria de contratos públicos. A adoção de procedimentos racionalizados, mais eficazes, beneficiará todos os operadores económicos e facilitará a participação das PME e das empresas concorrentes transfronteiras; permitir que os adquirentes utilizem melhor os contratos públicos para apoiar objetivos sociais comuns, como a proteção do ambiente, a maior eficiência na utilização dos recursos e da energia, a luta contra as alterações climáticas, a promoção da inovação, do emprego e da inclusão social e a criação das melhores condições possíveis para a prestação de serviços públicos de elevada qualidade.* Nota-se, aqui, a inclusão da valorização da Pequena e Média Empresa, assim como a busca de objetivos de finalidades sociais, pela contratação pública.

Em suma, os valores morais na base do princípio são a alteridade, no reconhecimento do outro (ser humano) como importante na sociedade, incluindo a noção de solidariedade e repelindo o egoísmo. Além disso, é possível fundar-se moralmente o dever de sustentabilidade social na noção de uma sociedade justa, mais especificamente em uma teoria da justiça de John RAWLS.

2.3.3.2 UMA TEORIA DA JUSTIÇA COMO BASE DO PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE

Valendo-se de RAWLS⁹⁰, é possível compreender que a sociedade se mantém, em termos de duração e de tempo (ideia-base da sustentabilidade), conservando-se coesa, a partir da construção de instituições políticas que a levem à integração por pessoas *livres e iguais*. A sustentabilidade, portanto, deve ser vinculada à justiça das instituições públicas, na divisão dos bens primários mais importantes, geradores de riqueza e de bem estar (que permitem as escolhas pessoais) e, tal fim, depende da aplicação dos princípios de Justiça, eleitos “hipoteticamente” em uma posição originária⁹¹. Assim, justa é uma sociedade composta de pessoas que gozem de igual medida de liberdade e de igualdade equitativa de oportunidade⁹².

Logo, deve-se buscar na realização de tais princípios, aplicados à estrutura-base da sociedade (Estado, Constituição, Leis, etc), um conjunto de regras de funcionamento destas estruturas, de forma justa, com resultados finais justos⁹³. E, nesta medida, a forma de contratação deve ser vista como instrumento dessa realização da Justiça.

Ora, resumidamente, RAWLS propõe que todos os bens primários mais relevantes (estudo, cargos, posições, trabalho, propriedade, liberdade, etc) sejam distribuídos de forma equitativa, entre todos. Segundo uma leitura mais recente dos seus princípios: 1) *Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema de liberdades idêntico para as outras*⁹⁴. Este seria o

90 RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Editorial Presença: Lisboa, 2013.

91 É a visão de RAWLS, sobre a escolha dos princípios morais básicos.

92 De fato, para a construção que formula, ele pressupõe uma “posição inicial”, na qual os sujeitos, cobertos pelo “véu da ignorância” quanto às posições que irão ocupar na sociedade, decidem quais seriam os princípios de justiça a serem adotados pela instituição. Eles seguem o que RAWLS denomina “posição maximim”, relativamente ao princípio da diferença. Eles, também, irão estabelecer que a liberdade terá precedência sobre os demais. Evidentemente, essa noção de contrato social não pode ser aqui repetida ou realizada.

93 ROSAS, João Cardoso. *Concepções de Justiça*. Lisboa: Edições 70, 2012, p. 25.

94 RAWLS fala em liberdades no sentido amplo, englobando aquela visão do

princípio da liberdade, com preferência sobre os demais princípios de justiça. Depois: 2) *O princípio da igualdade na distribuição de rendimentos impõe a haja uma igualdade equitativa de oportunidades, de modo que os cargos e funções sejam acessíveis a todos; e, ainda, impõe que haja, por meio das desigualdades, um o maior favorecimento dos menos afortunados, portanto, mais vulneráveis (princípio da diferença).*

Portanto, não se admite desigualdade na distribuição da liberdade, apenas nos aspectos econômicos e sociais⁹⁵. É que a desigualdade econômica e social cria um sistema de incentivos, mas, na liberdade extrema, torna as pessoas desiguais, e portanto, sujeitas ao controle de uma sobre as demais. Porém, se houvesse uma igualdade absoluta nos bens econômicos e sociais, a sociedade, enquanto sistema, também desapareceria e mergulharia na pobreza e na anomia. Logo, mesmo havendo desigualdade, o que é inevitável, ela deve ser orientada em benefícios de todos e deve-se ter acesso de todos aos bens mais valiosos.

A sustentabilidade social, pois, está vinculada à promoção da igualdade de oportunidades e ao princípio da diferença na distribuição dos bens e direitos: os cidadãos devem ter condições efetivas de chegar às diferentes funções e posições, mesmo tendo nascido desprivilegiados e desfavorecidos⁹⁶ e, ainda, deve haver um sistema de compensação pelas diferenças, em prol dos mais desfavorecidos⁹⁷. Porém, em nenhum caso se cogita de uma igualdade absoluta ou mesmo de uma desigualdade que não seja em prol dos mais vulneráveis.

constitucionalismo moderno, ou seja, civis e políticas (primeira geração). Não trata da liberdade dos antigos e dos modernos (Benjamin Constant) ou positiva e negativa (Isaiah Berlin) Na visão de RAWLS, devem-se harmonizar um sistema, de modo ótimo, que todos tenham o melhor possível.

95 ROSAS, João Cardoso. *Concepções de Justiça*. Lisboa: Edições 70, 2012.p. 26.

96 ROSAS, João Cardoso. *Concepções de Justiça*. Lisboa: Edições 70, 2012. p. 28-29.

97 ROSAS, João Cardoso.p. 32-33

Dessa forma, sem sacrifício da liberdade, porque o princípio da liberdade tem prioridade lexicográfica sobre os demais, a justiça social imporá não apenas a criação de condições de acesso aos menos favorecidos aos bens mais básicos (saúde, educação, emprego) desta sociedade, como exige o favorecimento destes até o ponto necessário de os tornar iguais aos demais, ao menos nas oportunidades (princípio da diferença)⁹⁸. Não são para todos, o tempo todo, mas, especificamente para alguns, durante um certo tempo (RAWLS é claro, no liberalismo político, em defender que a diferença não autoriza permanente intervenção nas transações sociais). Em boa medida, também, pode-se pensar as políticas afirmativas não olham para trás, mas apontam para uma sociedade diferente, no futuro, de modo que os seus destinatários não são aqueles que necessariamente sofreram algum tipo de perda⁹⁹. Logo, a teoria da justiça das instituições, rawlsiana, fundamenta a sustentabilidade social, do ponto de vista moral e político.

2.3.3.3 FUNDAMENTOS NORMATIVOS DO PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE SOCIAL

A Constituição da República brasileira prevê no art. 21, inciso IX, a competência da União para elaborar planos nacionais e regionais de desenvolvimento econômico e social. Da mesma forma, a utilização da tributação diferenciada como mecanismo de desenvolvimento social e econômico no país (art. 151, inciso I, da CF) e, ainda, a utilização do incentivo ao turismo como fator de desenvolvimento social e econômico (art. 180 da Constituição).

Por seu turno, em Portugal, os fundamentos normativos

98 RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Lisboa: Ed Presença, 1993. p. 239.

99 DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: the theory and the practice of equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. p. 425.

da sustentabilidade social são os mesmos que determinam o desenvolvimento sustentável em sentido amplo. Inicialmente, os arts. 8º, 9º e 10 do Tratado de Funcionamento da União Europeia estabelecem a busca da eliminação das desigualdades entre homens e mulheres, o dever de promoção de um elevado nível de emprego, de proteção social adequada e de luta contra a exclusão social; determinam a busca de níveis elevados de educação, de proteção à saúde. Em especial, destaque-se o art. 10º: *Na definição e execução das suas políticas e acções, a União tem por objectivo combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual.*

Ademais, convém referir ainda os artigos 178 e 179 do *Tratado de Funcionamento da União Europeia*, os quais prescrevem que a União e os Estados realizarão políticas no sentido de reforçar a coesão econômica e social, portanto, promovendo o desenvolvimento harmonioso, integrado e não excludente.

A Constituição Portuguesa, por sua vez, impõe a construção de uma sociedade justa e solidária. No art. 9, alínea “d” determina como tarefa fundamentação a promoção da igualdade real entre os portugueses, com *qualidade de vida ao povo, com a transformação das estruturas sociais*. Ainda, a alínea “h” impõe a igualdade entre homens e mulheres. Finalmente, art. 13 impõe a mesma dignidade social a todos os portugueses, proscrevendo qualquer benefício, prejuízo ou privilégio em razão da *ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual*¹⁰⁰.

Além disso, os direitos fundamentais são também fonte formal do princípio da sustentabilidade social, pois conferem coesão à sociedade, na medida em que sua concretização permitirá

100 A questão das denominadas “categorias suspeitas”, suscitada por ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança. Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, será analisada mais a frente.

o exercício das liberdades fáticas (reais). Não por acaso, discorrendo sobre a dimensão objetiva de tais direitos, HESSE¹⁰¹ sintetizou que os direitos fundamentais devem ser protegidos não apenas como direitos subjetivos, mas como normas básicas na relação pública e privada em que o indivíduo se apresenta – ou seja, em todos os sítios da vida humana. Dessa forma, os direitos fundamentais na dimensão objetiva são “*elementos da base jurídica total da coletividade*” - e determinam conteúdos fundamentais da ordem política e estatal (como a Democracia e o Estado de Direito), através da fixação de limites, objetivos e modos de cumprimento das tarefas estatais e da sua organização estrutural e funcional. Então, o reconhecimento da vinculatividade dos direitos fundamentais decorre da máxima importância do seu objeto para a Constituição e para a Sociedade¹⁰² e permitem realizar a igualdade entre os seres humanos, na medida em que o direito não privilegia ninguém, mas o torna igual aos demais¹⁰³.

Há, porém, diversas formas de concretizar um direito fundamental, isto é, de adimplir a obrigação que lhe realize a proteção e promovê-los. Para compreender-se as diversas formas de satisfação dos direitos fundamentais, é preciso vê-lo como um todo complexo, isto é, como um conjunto de posições jurídicas jusfundamentais¹⁰⁴ que o titular ocupa em face do Estado, que se somam, não se anulam e não são sucessivas ou excludentes¹⁰⁵. Essa concepção do direito fundamental “completo”

101 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional na República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. pp. 239-244.

102 ALEXY, Robert. *Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático*. In Neoconstitucionalismo. Miguel Carbonell (Org.). Trotta Editorial, 4ª Ed, 2009. p. 32 e seguintes.

103 DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: the theory and the practice of equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. p. 412 e seguintes.

104 ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais*, p. 193.

105 Por isso, há equívoco na distinção de BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. RJ: Campus Elsevier, 2011., por exemplo, que acredita na identificação dos direi-

ou total inclui, ao menos, três posições gerais que geram deveres de agir e de não agir: “direitos a algo”, “liberdades” e “competência”¹⁰⁶. Será analisado, apenas, os direitos a algo.

“Direito a algo” entende-se como a posição em que o sujeito tem perante o destinatário (Estado), a exigir uma ação, em sentido amplo¹⁰⁷. A ação é constituída por permissões para agir, obrigações de agir e proibições de agir. A ação pode ser positiva

tos de primeira geração (direitos de liberdade), como satisfazíveis por meio de abstenções, ou os direitos sociais como realizáveis por meio de prestações, sempre. Acerta, porém, NOVAIS (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais...*) ao estabelecer a unidade dos direitos fundamentais a partir da sua dimensão de prestação positiva ou negativa, isto é, enfocando a espécie de prestação do direito – seja ele de liberdade ou social – e aplicando-lhe a unidade de regime constitucional. Entende-se, neste trabalho, a identificação parcial – ou ao menos a não-contradição entre a posição de ALEXY e de NOVAIS, neste ponto.

106 Além do “direito à algo”, todo direito fundamental compreende “liberdades”. ALEXY refere-se não a um conceito filosófico de liberdade, mas à liberdade jurídica, ou seja, liberdades protegidas e não-protegidas, como integrantes das liberdades jurídicas. A liberdade não-protegida é a negação do dever ser, em que há permissão para fazer ou para não fazer algo, possibilitando uma alternativa de ações (agir e não agir), conforme a vontade ou a deliberação do titular do direito. Nesse âmbito inclui-se a faculdade de exercer ou não um direito fundamental, por exemplo, ou de exercê-lo em diversos âmbitos, como a liberdade de religião. Já no sentido de liberdade protegida, a liberdade jurídica permite apenas uma ação, que constitui uma ação permitida e protegida pelo direito fundamental, ou seja, há a garantia de que alguém pode realizar determinada ação e há um direito ao não-embaraçamento desta liberdade. Por exemplo, protege-se uma forma de exercício do direito fundamental, porque o seu objeto é justamente esta liberdade, como na hipótese da liberdade de permanecer em silêncio, no caso de acusação criminal (direito à não incriminação), que permite apenas uma forma de exercê-la (ficando em silêncio), que é protegida constitucionalmente. Além da liberdade jurídica, há a liberdade fática. Para ALEXY, a importância da liberdade fática é subjetiva, pois sem ela os direitos fundamentais nada valem para o indivíduo, mas também é objetiva (no sentido de que há uma importância à sociedade que todos tenham essa possibilidade de exercer os direitos sociais). ALEXY fundamenta na liberdade fática a existência dos direitos sociais. Finalmente, os direitos fundamentais incluem competências, no seu conteúdo, entendida como a possibilidade de criação de normas jurídicas individuais ou gerais, como o poder jurídico de conformação dos direitos fundamentais. Reitere-se: todos os direitos fundamentais incluem internamente um espaço de conformação, configuração ou restrição voluntária. É um poder jurídico para alterar ou criar situações jurídicas, por si próprio. São, ainda, espaços de não-competência do Estado.

107 ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais*. p. 194.

ou negativa. No âmbito das *ações negativas*, há um direito a exigir a abstenção do Estado, isto é, não-fazer. ALEXY classifica essas ações negativas em: a) *direito a não-embaraço no conteúdo dos direitos* – significa a pretensão do titular a não ver criados *impedimentos* ou *dificuldades* para o exercício do direito, sejam eles de ordem fática ou jurídica (como proibir juridicamente um ato). Assim, por exemplo, a edição de um ato normativo que impeça a aquisição da propriedade, ou a condicione demasiadamente, pode violar o direito ao não embaraço, como direito à ação negativa perante o Estado, caso seja excessivo ou desarrazoado; b) *direito à não-afetação de características ou situações* – são as idiosincrasias do titular, faticamente, protegidas pelos direitos fundamentais, como conteúdo do próprio direito. Tal direito seria afetado, por exemplo, com a proibição de aquisição de motocicletas, inclusive para os atuais titulares de tal direito, sem qualquer razão jurídica; c) *direito à não-eliminação de posições jurídicas* – a lei ordinária cria posições (proprietário, credor, etc) para usufruir do direito fundamental, que não podem ser suprimidas, sem qualquer razão constitucional.

Por outro lado, as ações positivas que compõem os direitos fundamentais são relacionadas às prestações que se pode exigir do Estado. Em sentido amplo, fala-se em direitos a prestações (normativas, fáticas, organizacionais, etc), no âmbito do qual se incluem leis, atos normativos, políticas públicas¹⁰⁸. Quando se cogita das prestações materiais apenas, que fáticas e monetárias, portanto, cuida-se do *direito à prestação em sentido estrito*. Quando se cogita em direito a prestações, inclui-se também a edição de normas jurídicas, administrativas ou até mesmo de instituições jurídicas que protejam o direito fundamental: assim, o

108 SAMPAIO, Jorge Silva. *O controlo jurisdicional de políticas públicas de direitos sociais*. Coimbra: Coimbra, 2014. p 72. Ele define política pública em sentido amplo como o “conjunto sucessivo de decisões e/ou ações intencionalmente coerentes, tomadas por diferentes actores públicos e, por vezes, com participação de actores não públicos – cujos recursos, nexos institucionais, e interesses variam – para resolver problemas politicamente definidos como colectivo”

direito de propriedade é protegido pela ação reivindicatória; o direito de liberdade, pelo *habeas corpus*, etc.

Ora, essa compreensão múltipla e completa dos direitos fundamentais, demonstra que sua concretização, para além de objetivo do Estado-Administração constitucionalmente vinculado, é fim direto ou indireto de toda contratação pública, que adquire também a qualidade de *sustentável socialmente* ao promover de forma harmoniosa e ponderada os direitos fundamentais, por ações positivas (compra e venda, prestação de serviço, contratação de servidores, etc).

PARTE II – O CONTROLE DA SUSTENTABILIDADE SOCIAL NOS CONTRATOS PÚBLICOS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA IMPARCIALIDADE E DA IGUALDADE DOS CONCORRENTES

1. PROLEGÔMENOS INICIAIS

A procedimentalização¹⁰⁹ na formação do contrato público decorre do incremento de legitimidade da atividade da Administração Pública, no Estado Constitucional: “*A Administração burocrática, que se fechava ao público, é rompida com a procedimentalização e por meio da ideia de co-administração, o procedimento torna-se veículo de democratização e de inserção do cidadão no Estado.*”¹¹⁰ Com isso, há ganho das oportunidades de controle do exercício de poder e na salvaguarda da

109 Para MEDAUAR: “*o procedimento distingue-se de processo porque, basicamente, significa a sucessão encadeada de atos. De outro lado, o processo implica além do vínculo entre atos, vínculos jurídicos entre os sujeitos, englobando direitos, deveres, poderes, faculdades, na relação processual. Processo implica, sobretudo, atuação dos sujeitos sobre o prisma contraditório*”. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 185. Por isso, preferimos denominar a atividade administrativa como “procedimentalizada”.

110 NETTO, Luisa Cristina Pinto e. *Participação administrativa procedimen-*

imparcialidade e da igualdade nas decisões das entidades adjudicante. É que se o contrato público está polarizado pelo adimplemento do interesse público, há um conjunto de deveres acessórios e anexos, vinculados ao fim, que devem ser respeitados pelos contratantes, cuja realização somente o procedimento – e a participação do administrado neste – permitem.

Além do procedimento, em si, como resultado desta constitucionalização da Administração, a contratação pública visa à promoção das liberdades de circulação, de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais¹¹¹. Uma das marcas da transformação no Estado Constitucional é a assunção da função de promoção dos direitos fundamentais, pelo Estado-Administração: “a denominação ‘Estado Constitucional’ é utilizada para identificar e tipificar um determinado modelo de Estado em que a Constituição alcança ‘primazia’ qualificadora e um carácter ‘prevalente’ em face do todo e em relação aos fins estatais¹¹² ORTIZ destaca que “os genéricos e clássicos fins estatais (...) concretizam-se em grande parte (...) na satisfação efetiva dos direitos fundamentais da pessoa, principalmente a cargo das Administrações Públicas, ...” As indeterminadas funções dos fins estatais como o “bem comum”, o ‘interesse público’ e “necessidades públicas” adquirem, agora, outra roupagem: são a satisfação dos direitos fundamentais.

Ora, essas finalidades (procedimentais e materiais) estão também protegidas nas normas comunitárias, seja no Tratado da

tal: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 195 p.

111 Há quem defenda, como Gerardo PISARELLO, *Los Derechos Sociales y sus Garantías: Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, 2007 que a União funcionaria como promotora das liberdades econômicas e pessoas, ficando aos Estados o papel de promotor dos direitos econômicos, sociais e culturais.

112 ORTIZ DIAS, José. *El horizonte de las administraciones públicas en el cambio de siglo: algunas consideraciones de cara al año 2000*. In: SOSA WAGNER, Francisco (Coord.) *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. t. 1, p. 63-117. p. 70-71.

União Europeia (art. 52, 48, 59 e 85, por exemplo), seja nas Diretivas sobre Contratação Pública. Porém, além disso, impõe-se a adoção de *medidas amigas da concorrência*, porque a base ideológica da Administração Pública pós-revolução francesa é a igualdade, a isonomia e a não o privilégio. Logo: transparência e publicidade, relativamente aos procedimentos adjudicatórios; a preferência por concursos públicos (modalidade) e a abertura dos leilões ao maior número de candidatos possíveis; a preferência pela adjudicação pelo preço mais baixo; a limitação no tempo das contratações, dentre outras medidas¹¹³ *devem ser observados*. Portanto, para além da preocupação da sustentabilidade social, da realização do procedimento e dos direitos fundamentais, a contratação não pode se olvidar da incidência de outros princípios jurídicos, notadamente o da imparcialidade e o da igualdade. É o justo equilíbrio entre eles que se passa a analisar, no procedimento de contratação.

2. O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Prescreve o art. 266, número 2, da Constituição da República Portuguesa: “*Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé*”. No Brasil, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) – que regula sanções de natureza administrativa e civil ao Administrador que violar deveres de probidade – estatui como ilícita a conduta que atente contra a imparcialidade¹¹⁴, significa dizer, por via de cominação de sanção, impôs-se deveres

113 ESTORINHO, Maria João. Contratação...p. 371.

114 Art. 11 - Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

para o Gestor Público, para torná-lo responsável quando da eleição dos fins de interesse público a realizar.

Em Brasil, a imparcialidade é sinônimo de impessoalidade, sendo esta (a impessoalidade) a designação adotada pela doutrina para representar o dever de exercer desinteressadamente a função pública. Por exemplo, FIGUEIREDO¹¹⁵ assinala que o princípio da impessoalidade está ligado com o da imparcialidade, caracterizando-se pelos deveres de isenção e valoração objetiva dos interesses públicos e privados na relação a se formar, independentemente de qualquer interesse político-partidário. A impessoalidade faz com que o Estado se torne neutro, imparcial e objetivo em todos os seus comportamentos. NETO¹¹⁶ discorre que o princípio da impessoalidade é reflexo da imparcialidade, pois o gestor público, para ser imparcial, não pode beneficiar, privilegiar, favorecer, nem discriminar e perseguir qualquer pessoa.

Em terra lusitano, RIBEIRO¹¹⁷, discorrendo sobre o princípio da imparcialidade, ensina que:

Imparcial será, portanto, a conduta objectiva, desinteressada, isenta, neutra e independente: imparcial será, enfim, a actuação de quem, na avaliação ou na acção, na escolha ou na decisão, se rege unicamente por critérios lógico-rationais, não se deixando influenciar por sentimentos estranhos ao circunstancialismo factual envolvente, qualquer que seja a sua origem, natureza ou relação com a questão controvertida [...] conduta verdadeiramente imparcial será apenas aquela que, para além de obedecer a parâmetros racionais de comportamento, tenha em atenção a totalidade dos interesses afectados pela própria acção.

Ora, a imparcialidade está relacionada à prossecução do

115 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed São Paulo: Malheiros, 2008

116 NETO, Diogo Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Forense, 2014.

117 RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade da administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 309.

interesse público, sem interferência de interesses alheios, específicos deste ou daquele privado, especialmente nos momentos decisórios da Administração¹¹⁸. Ela significa “*abstenção ou independência diante dos interesses privados em presença e desinteresse dos titulares dos órgãos ou agentes na atividade administrativa*”¹¹⁹. À Administração é vedado favorecer, auxiliar ou apoiar interesses privados, diversos do bem comum.

Finalmente, imparcialidade não se confunde com a igualdade, pois se refere ao bloqueio aos interesses pessoais dos agentes da Administração, sendo um critério de atuação, com vistas à prossecução do interesse público, ao passo que a igualdade destina-se à proteção dos destinatários do poder público e de situações concretas geradas pela Administração (sejam iguais, sejam desiguais)¹²⁰. Embora princípios que se complementam na estrutura do Estado de Direito, apontando para a *constitucionalização* do Estado, o âmbito de aplicação de um é mais restrito do que o do outro.

3. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Igualdade, como norma jurídica, tem vínculos diretos com a ideia de “justiça aristotélica”¹²¹, significando dar a cada um aquilo que lhe é devido, ou seja, tratar os iguais como iguais e desiguais como desiguais, na medida da sua desigualdade. Contudo, tal previsão é tão certa quanto vazia de conteúdo¹²².

118 RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade da administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 170.

119 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Vol IV. 5ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 291.

120 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. *passim*.

121 SOUZA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral*. Tomo I, pp. 225-228.

122 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 11.

KELSEN¹²³ já asseverava que a igualdade absoluta, por outro lado, é inconcebível, *de forma que o que deve ser combatido é o tratamento diferenciado desarrazoado*. Aliás, a Lei, em si, deve diferenciar as situações e as pessoas, sempre que possível, com base em critérios racionais, para realizar a igualdade¹²⁴.

O comando da igualdade é basilar nas Constituições. O art. 13 da Constituição portuguesa, assim como o art. 5º da brasileira, são enunciados a partir dos quais constrói-se um direito geral a igualdade¹²⁵, ou seja, um direito dos particulares de serem tratados de maneira igual pela Administração Pública, como regra geral, em todos os casos, de todas as formas. Porém, discute-se o que é tratamento igualitário, e em que medida se pode desigualar pessoas ou situações, com vistas à promoção dos fins – como a contratação pública com fins sustentáveis.

MIRANDA distingue a *igualdade perante a lei* (igualdade formal) – aquela vinculada à aplicação do Direito e à generalidade da lei¹²⁶, e *igualdade social*, efetiva, concreta (material). Aquela, de inspiração liberal e jusracionalista: uma igualdade abstrata de todos; esta, a igualdade material (social), seria a igualdade na vida real, admitindo as diferenças naturalísticas entre as pessoas¹²⁷. Segundo o constitucionalista, a igualdade

123 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução Francesa. Paris: Dalloz, 1962. p. 190 e seguintes. “A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas em particular nas lei expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhe conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres..”

124 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 12.

125 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 393 e seguintes.

126 Em sentido contrário, KELSEN (Teoria Pura do Direito), discorre ser inútil falar de igualdade perante a lei, pois seria o mesmo que simplesmente exigir que os órgãos estatais apliquem as normas conforme elas foram editadas, significa dizer, aplicar as normas conforme as normas estatuem. Assim, seria vazio de conteúdo.

127 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. IV. p. 268 e

formal é condição para a igualdade material. Em Direito Administrativo, pode-se afirmar que ela se confunde com o próprio princípio da legalidade administrativa¹²⁸.

Ainda, para MIRANDA, igualdade tem um sentido primário negativo, na proibição dos privilégios ou discriminações negativas e infundadas; tem, igualmente, um sentido positivo, relacionado com a transformação da sociedade real, na busca da redução das desigualdades, inclusive com a discriminação positiva, de caráter temporário e imposta pela diversidade da natureza das coisas.

Outrossim, CANOTILHO¹²⁹ define a igualdade formal (igualdade jurídica) como igualdade na criação e na aplicação do direito, isto é, como a obrigação dos Tribunais e da Administração de aplicar o Direito sem distinção das pessoas¹³⁰. A igualdade impõe *a proibição geral do arbítrio*: os indivíduos e situações não podem ser tratados de maneira desigual arbitrariamente. Todavia, a simples proibição do arbítrio é critério insuficiente e materialmente vazio. Deve-se complementá-la pela exigência de um critério objetivo para a diferenciação. Assim, quando a distinção entre pessoas ou situações não se basear: 1. em um fundamento sério; 2. não tiver um sentido legítimo; 3. ou estabelecer uma diferenciação jurídica sem fundamento razoável haverá discriminação negativa, ilícita, portanto.

Por seu turno, a igualdade tem uma dimensão social, ou de justiça social. Neste campo, garantir essa igualdade real relaciona-se com promover os direitos econômicos, sociais e culturais. Seja por meio de políticas públicas (que se pode denominar

seguintes

128 MAFFINI, Rafael. Direito Administrativo. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. pp. 33-56

129 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* p. 426-433.

130 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*p. 427.

ações afirmativas), seja por meio de normas com tratamento diferenciado (discriminação positiva), a Constituição impõe a compensação de desigualdade de oportunidades mediante condutas positivas¹³¹.

Verifica-se que a igualdade fundamenta ações e omissões públicas e, portanto, da própria Administração Pública no campo das contratações. Ela permite ao Administrador eleger *qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações* como fator discriminatório¹³² *desde que vinculado por alguma finalidade*. Por isso, se a sustentabilidade social obriga a um agir – para assegurar a igualdade material dos administrados (diferenciando-os), a igualdade formal impõe limites neste agir, proibindo ações discriminatórias na elaboração do programa da contratação, no caderno de encargos, na fixação do objeto e de suas qualidades técnicas, além das habilitações dos contratantes – que sejam absolutamente impertinentes com a finalidade da desigualdade. Recorde-se: igualdade material depende da igualdade formal no Estado de Direito.

Na mesma linha, o Tribunal Constitucional Português claramente adotou a compreensão da igualdade como *proibição de discriminação*¹³³, principalmente quando a distinção entre sujeitos ocorre com base nas chamadas “categorias suspeitas”, previstas no art. 13, nº 2 da Constituição Portuguesa – ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica ou condição social. Nestes casos, embora haja possibilidade de discriminação positiva¹³⁴, como no caso da proteção à mulher (Acórdão

131 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*p. 430.

132 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 17.

133 Acórdão 232/03 – Rel Conselheiro Rui Moura Ramos, por exemplo. NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturante da República Portuguesa*. P; 144.

134 Acórdão 232/03 – Rel Conselheiro Rui Moura Ramos, cita-se: “1.2 O princípio não impede que, tendo em conta a liberdade de conformação do legislador, se possam (se devam) estabelecer diferenciações de tratamento (razoável, racional e

191/88) ou no Perecer do Conselho Constitucional nº 33/81, a regra do Tribunal é analisar com desconfiança as distinções feitas pelo Legislador (o que vale, seguramente, também, ao Administrador Público)¹³⁵.

É importante notar que a teoria das categorias suspeitas é originária da Suprema Corte americana e indicava as hipóteses em que deveria haver um escrutínio mais intenso ou menos intenso nas diferenciações feitas pelo legislador¹³⁶. Entretanto, falar-se de princípios ou de regras de igualdade formal e material significa estruturar critérios de aplicação, oferecendo formas de controle – sob pena de tratar-se de simples discurso teórico ou descritivo da igualdade jurídica.

3.1. O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A igualdade não tem, constitucionalmente, uma definição estrutural, isto é, não é positivada como espécie única de norma, tanto que pode ser uma regra, como princípio e talvez até metanorma¹³⁷. No âmbito das contratações públicas, como norma-regra, imediatamente comportamental, está relacionada com a proibição do arbítrio, porque se trata de vedação da distinção *irrazoável e infundada*, principalmente em razão de alguma das categorias do art. 13, número 2. da CRP, ou da origem,

objetivamente fundadas), sob pena de, assim não sucedendo, “estar o legislador a incorrer em arbítrio sobre a preterição do acatamento de soluções objetivamente justificadas por valores constitucional relevantes”, no ponderar do Acórdão 335/94”

135 Sobre o tema, ainda, BRITO, Miguel Nogueira de. *Medida e Intensidade no Controle da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional*. In O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaio Crítico. Lisboa: Almedina, 2014.

136 DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: the theory and the practice of equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. p. 412 e seguintes. E, no mesmo sentido ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança...*

137 AVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 133-139

no plano da União Europeia. Tais categorias também estão presentes na Constituição da República brasileira, conforme o art. 3º, inciso IV, combinado com o art. 19, inciso III.

Por outro lado, no âmbito da promoção da igualdade material, a igualdade é norma-princípio, ao estabelecer um estado ideal de coisas (fins), para o que o Administrador Público há de adotar diversos comportamentos concretizáveis, mediante a consideração concorrente de outros princípios. Na forma de princípio, a igualdade não impõe uma única conduta possível, cabendo ao Administrador, no exercício da sua discricionariedade, eleger o *meio* que considerado adequado para promover *otimizadamente* o princípio. Logo, a vinculação do Estado se dá pelo fim, não por uma conduta específica.

De fato, embora esta estrutura seja aceitável (igualdade como regra ou igualdade como princípio), à luz da doutrina e jurisprudência, convém referir que após os acórdãos da crise (Acórdãos 353/12 e 187/13) o Tribunal Constitucional parece ter adotado um aprofundamento nos critérios de escrutínio das opções legais quanto à observância da igualdade, ao propor a fórmula da “igualdade proporcional”¹³⁸. A fórmula parece-nos confusa porque acrescenta ao controle da igualdade o critério da proibição de excesso (considerando o somatório de diferenciações efetuadas pelo legislador) e, parece, o Tribunal perdeu-se em anexas, em fundir e em agregar normas.

Por isso, ainda se adota o critério clássico da distinção entre norma-regra da igualdade, como proibição de arbítrio no trato dos cidadãos, e norma-princípio da igualdade, como finalidade a ser realizada, idealmente. Ora, diante disso, deve haver critérios para controlar a realização/cumprimento da igualdade.

Para isso, propõe-se a consideração, para fins de análise da violação ao princípio ou à regra da igualdade, em primeiro

138 Sobre o tema, ainda, BRITO, Miguel Nogueira de. *Medida e Intensidade no Controle da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional*. In O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaios Críticos. Lisboa: Almeidina, 2014.

lugar, considerar a finalidade visada pela Administração Pública com o contrato/exigência/critério adotados, que venham a preferir um a outro; depois, considerar a medida de comparação utilizada como forma de distinguir os sujeitos privados; então, analisar o elemento indicativo da medida de comparação, ou seja, qual o elemento que permite concretizar a medida de comparação; e finalmente, avaliar a pertinência lógica desta medida de comparação à finalidade perseguida pela Administração¹³⁹.

Por exemplo, entre os candidatos à contratação de serviços de limpeza (sujeitos), por concurso público limitado à prévia qualificação¹⁴⁰, estabelece-se *pontuação adicional* pelo fato de a sociedade empresária empregar pelo menos 20 trabalhadores negros, ou idosos com mais de 60 anos (medida de comparação entre sujeitos que concorrem à contratação). Neste contexto, a finalidade da contratação é o serviço de limpeza e a realização da justiça social (inclusão social); a medida de comparação utilizada entre os concorrente (haver, entre os seus empregados trabalhadores negros); o elemento indicativo da medida de comparação é o número de trabalhadores daquela categoria; e há vínculo de pertinência lógica entre a medida de comparação e a finalidade desta (serviços de limpeza geral e inclusão social). Logo, a medida, a rigor, que desigualava, não viola o princípio da igualdade, mas a realiza na vertente material, tornando a contratação socialmente sustentável.

Por outro lado, se, para o mesmo concurso, há exigência técnica de que somente os privados que tenham realizado anterior contrato com a Administração Pública serão habilitados. Então, a medida de comparação (anterior contrato com a Administração) não guarda conexão com a finalidade (promover o mercado de negros ou idosos), o que torna ilegal a exigência. Da mesma maneira, poder-se-ia citar muitos casos. O essencial é

139 AVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 133-139.

140 A linguagem, aqui, é adotada em conformidade com a nomenclatura legal portuguesa, com as devidas adaptações ao uso da língua portuguesa, em Brasil.

adotar os subcritérios que permitem a comparação entre as situações, partindo-se do pressuposto de que todos deveriam ser tratados de maneira idêntica, mas considerando: a) *A Finalidade da distinção/desigualação*; b) *Medida de Comparação entre os Sujeitos*; c) *Critério indicativo da medida de comparação*; d) *Adequação entre a Medida de Comparação e a Finalidade*.

4 O CONTROLE DA IMPARCIALIDADE E DA IGUALDADE NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Sobre o controle da igualdade da conduta pública, NOVAIS salienta que um tema de maior relevância é saber até que ponto pode o juiz, designadamente o juiz constitucional, avançar no controle das ações das entidades públicas, quando estas decidem promover a igualdade¹⁴¹. O mesmo raciocínio poderia ser cogitado no âmbito da imparcialidade, porque, afinal, saber se a Administração agiu na prossecução do interesse público – salvo nos casos em que ele está previsto em regras mais claras – é tarefa que envolve reavaliação de conceitos e de fatos, algo incluído no âmbito de interpretação das normas pela Administração (conceitos jurídicos indeterminados) e, até mesmo, no poder discricionário.

Por um lado, o Código de Contratação Pública Português, no art. 1º número 4, enumera a igualdade e a concorrência como princípios fundamentais da contratação, ao lado dos princípios gerais da atividade administrativa e os da Constituição¹⁴². Em sentido semelhante, o art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece o princípio da *impessoalidade*, além do art. 5º referir o direito à igualdade de tratamento pelo Estado. Por outro, porém, a promoção de determinadas finalida-

141 NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. p. 102.

142 ESTORNINHO, Maria...p. 368-369.

des (sociais e ambientais), implica necessariamente a preferência por determinados bens e serviços, ou de determinadas pessoas que produzam ou prestem tais bens e serviços, em nome da Administração mais pessoalizada, essa ação administrativa restringe outros princípios da atividade econômica, livre e lícita, isto é, aqueles princípios também importantes, listados em Leis e na Constituição e vinculados à clássica Administração Pública liberal. Logo, deve-se ter o cuidado de estabelecer critérios de controle da contratação pública sustentável, a fim de que haja a concordância prática entre as normas que regulam a ação administrativa (principalmente a igualdade e a imparcialidade) e as que exigem a promoção de fins, na garantia da maior eficácia de todos eles.

Em primeiro lugar, estou a propor que, sempre, e em qualquer caso, haja previsão da exigência discriminatória no instrumento convocatório (caderno de encargos) ou anúncio do concurso, ou seja, deve haver expressa *positivação da exigência*, em homenagem à segurança jurídica e à igualdade entre os concorrentes. Eles devem saber, antes, o critério de seleção/contratação e devem saber que tal critério não é puramente discriminatório. Se, como é sabido, os textos (enunciados linguísticos ou signos ou palavras, segundo a moderna teoria do direito) são as fontes das normas, em matéria de controle da Administração Pública, eles são indispensáveis para avaliar a legitimidade dos atos e das decisões administrativas.

Em segundo lugar, conforme se trate da definição do (1) fim e do objeto, ou (2) das exigências técnicas e profissionais na habilitação e execução do objeto ou, finalmente, (3) na adjudicação, entrarão em jogo outros critérios, a seguir discutidos, todos ditados pelos princípios da imparcialidade e da igualdade, como *limitadores* das escolhas administrativas, como se verá a seguir.

4.1 CONTROLE DA ESCOLHA DO FIM (PARA ATENDER

O QUÊ?) E DO OBJETO (O QUÊ?) DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

Segundo o art. 36, item 1, do Código de Contratação Pública, o procedimento de formação do contrato público se inicia com a decisão de contratar, a qual ocorre com a autorização do órgão competente para a despesa, podendo estar implícita a decisão na autorização de despesa. Ainda, cumpre à Administração definir o programa do concurso e o caderno de encargos, especificando o objeto (art. 42 do CCP, v.g.)¹⁴³. Semelhantemente,

143 Art. 21 §§ 1º e 4º e em especial artigos 38 e 40 da Lei 8666/93. Destaque-se o art. 40: “*Art. 40.* O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara; II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação; III - sanções para o caso de inadimplemento; IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico; V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido; VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas; VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos; VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto; IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais; X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48; XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data da proposta ou do orçamento a que esta se referir até a data do adimplemento de cada parcela; XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela; XIII - limites para pagamento de instalação e mobilização para execução de obras ou serviços que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas; XIV - condições de pagamento, prevendo: a) prazo de pagamento em relação à data final a cada período de aferição não superior a 30 (trinta) dias; a) prazo de

prevê o art. 40 da Lei Brasileira 8.666/93 e, em especial, o Art. 41: “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

De fato, quando a autoridade adjudicante autoriza a despesa inerente ao contrato, estabelece a finalidade da contratação e, portanto, fixa o fim (sustentável ou não) a ser realizado, assim como quando define o caderno de encargos ou especifica o objeto. Como a sustentabilidade social se realiza por contratações “discriminatórias positivas”, cabe à Autoridade Adjudicante, entre os bens, os serviços ou formas contratuais, escolher aqueles cujo resultado seja mais profícuo aos fins sociais. A pos-

pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplimento de cada parcela;b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros; c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data a ser definida nos termos da alínea a deste inciso até a data do efetivo pagamento; c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplimento de cada parcela até a data do efetivo pagamento; d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos; e) exigência de seguros, quando for o caso; XV - instruções e normas para os recursos previstos nesta Lei; XVI - condições de recebimento do objeto da licitação; XVII - outras indicações específicas ou peculiares da licitação. § 1o O original do edital deverá ser datado, rubricado em todas as folhas e assinado pela autoridade que o expedir, permanecendo no processo de licitação, e dele extraindo-se cópias integrais ou resumidas, para sua divulgação e fornecimento aos interessados. § 2o Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante: I - o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos; II - demonstrativo do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e custos unitários; II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários; III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor; IV - as especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação. § 3o Para efeito do disposto nesta Lei, considera-se como adimplimento da obrigação contratual a prestação do serviço, a realização da obra, a entrega do bem ou de parcela destes, bem como qualquer outro evento contratual a cuja ocorrência esteja vinculada a emissão de documento de cobrança. § 4o Nas compras para entrega imediata, assim entendidas aquelas com prazo de entrega até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta, poderão ser dispensadas: I - o disposto no inciso XI deste artigo; II - a atualização financeira a que se refere a alínea "c" do inciso XIV deste artigo, correspondente ao período compreendido entre as datas do adimplimento e a prevista para o pagamento, desde que não superior a quinze dias.

sibilidade de “eleição” do fim da contratação é ditada pelo interesse público, ponderado entre os diversos interesses em questão, no exercício da autonomia pública¹⁴⁴, isto é, exercício da discricionariedade.

Como regra, o fim ordinário da contratação pública é satisfazer uma necessidade concreta (bem, serviço, obra, etc), que se traduz em um objeto, com suas especificações técnicas. Pode, porém, o Administrador adicionar finalidades. Portanto, a realização da sustentabilidade social se faz pela fixação de uma finalidade a ser atingida por meio do objeto, mas também pela eleição de critérios específicos para o próprio objeto¹⁴⁵.

Nos dois casos (eleição de um fim/definição do objeto) há um espaço de decisão, conferido pelo Legislador e pela Constituição, à Administração Pública, denominado discricionariedade administrativa¹⁴⁶. Não se cuida de simples interpretação de conceitos jurídicos indeterminados – o que, se fosse, poderia conferir maior poder de controle jurisdicional, visto que a interpretação final cabe sempre ao Poder Judiciário. De fato, para alguns, a discricionariedade seria um poder-dever¹⁴⁷, mas, para outros, em uma linha mais concorde ao princípio da separação dos poderes, cuida-se de uma “margem de livre decisão” do Gestor Público, ou seja, um espaço de liberdade atribuído pela Lei, mas limitado pelo bloco de jurisdição constitucional¹⁴⁸.

144 CORREIA, José Manuel Sérulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 480

145 Melhor explicando, a contratação pública sustentável aliará as necessidades cotidianas (matéria-prima, insumos, produtos de uso permanente, serviços) com tais finalidades novas (fins de sustentabilidade), ou, simplesmente, realizará uma contratação especial, para o fim primordial de promover a sustentabilidade (pense-se na realização de uma obra pública para empregar reformados da Administração Pública).

146 QUEIRÓZ, Afonso Rodrigues. *O poder discricionário da administração*. Coimbra: Coimbra ER, 1944, p. 263. CAETENO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10ed. Coimbra: Almedina, 1984. vol. 1, p. 214-215.

147 AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2009, v. 2, p. 82.

148 SOUSA, Marcelo Rabelo; MATOS, André Salgado. *Direito administrativo geral*. T 1. p. 180.

Para SOUSA e MATOS, em conceito absolutamente técnico, esse “espaço de livre decisão” subdivide-se em “*discretionariedade*” e “margem de livre apreciação”¹⁴⁹. Tal distinção nada mais é do que a distinção entre discricionariedade e interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, segundo pensamos - remontando às lições TEZNER, ao criticar a Corte Administrativa da Áustria, que via na interpretação de conceitos como “paz e ordem pública” e “necessidade” exercício de poder discricionário. Já a doutrina alemã, de há muito, distingue entre a interpretação do suporte fático legal (*Tatbestand*) – vinculado à interpretação dos conceitos – e a eleição dos efeitos e das consequências jurídicas (*Rechtsfolge*), vinculado à discricionariedade¹⁵⁰.

O fato é que a *eleição de objetivos e do objeto e suas especificações técnicas*, quando não imposta pela Lei, é exercício da discricionariedade, não interpretação de conceitos indeterminados. No exercício da discricionariedade contratual, a Administração tem algumas possibilidades :

- a) decisão de agir ou não agir – discricionariedade de ação;
- b) decisão entre diversas possibilidades de atuação predefinidas em lei (discricionariedade de escolha);
- c) criação da medida administrativa dentro dos critérios jurídicos aplicáveis (discricionariedade criativa).

No caso da contratação pública, há o exercício da discricionariedade de ação e de escolha. Logo, existe um “espaço” em que as deliberações não são nem proibidas nem obrigatórias pela Lei ou pela Constituição¹⁵¹. A esta discricionariedade denomina-se *discricionariedade estrutural, que confere poderes*: a) para

149 SOUSA, Marcelo Rabelo; MATOS, André Salgado. p. 182.

150 SILVA, Almiro do Couto. *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Poder Discricionário*. p. 57-58

151 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 582. Utiliza-se, aqui, o conceito de Alexy, aplicado ao gestor público.

definir objetivos; b) para escolher meios; c) para realizar sopesamentos¹⁵².

No âmbito de definição dos objetivos, escolhe-se os fins que irá promover¹⁵³. No âmbito da escolha dos meios, delibera-se a maneira de satisfação dos princípios, por meio de prestações positivas¹⁵⁴. Há liberdade para definição (escolha) de qualquer dos meios. Finalmente, no âmbito dos meios, em geral, há prós e contras, efeitos em outros direitos e, ainda, graus de eficácia distintos. Aí, então, fala-se na discricionariedade para sopesar, porque as avaliações estão no âmbito de poder. Cuida-se, aqui, então, do espaço para ponderação dos interesses em jogo, definindo quais serão promovidos e quais não o serão¹⁵⁵.

Ora bem, seja pela teoria dos espaços de ALEXY, seja pela noção dos tipos de discricionariedade de SOUSA e MATOS, o controle jurisdicional dos fins e meios administrativos empregados, que eventualmente restrinjam a *imparcialidade* no agir administrativo deverá ser um “controle fraco”¹⁵⁶.

O controle fraco é aquele que se limita a censurar (portanto, invalidar) as decisões administrativas *manifestamente errôneas, evidentemente inadmissíveis*, ou seja, que estejam a beneficiar um interesse particular específico, em detrimento do interesse público de maneira *irrazoável*. Trata-se, assim, de uma *deferência às opções administrativas*, escudadas tanto na realização dos direitos fundamentais, quanto na sustentabilidade social. É, em suma, um controle de imparcialidade, mas também de igualdade, na vertente proibição de arbítrio. Estruturalmente,

152 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. ... p. 585.

153 Por exemplo, para promover o aumento dos empregos, decide realizar um concurso público para seleção de serviços que qualifiquem trabalhadores, pelo menor valor.

154 *Verbi gratia*, ele irá promover uma obra pública, ou uma concessão, ou contratar um serviço ou qualquer outro meio, para o aumento dos empregos.

155 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2010. Sobre a teoria da ponderação.

156 AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 15Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 217-219.

o controle fraco pode ser composto por quatro requisitos¹⁵⁷: a) *existência de expressa declaração da finalidade sustentável a que se dirige o contrato*; b) *temporiedade da medida para o fim sustentável, na hipótese de serviços duráveis, de modo que a intervenção estatal não constitua privilégio – significa dizer, limitação dos fins de sustentabilidade*; c) *suporte empírico fundado, nas alegações de preferências*; d) *adequação do objeto ao fim invocado*.

Quanto ao requisito da expressa previsão na publicidade, no programa do procedimento ou, como se denomina no Brasil, no “Edital”, ele impede a surpresa por parte dos candidatos/licitantes, quanto aos critérios adotados para *discriminar participantes*, além de permitir o controle do ato administrativo prévio quanto à finalidade invocada e à existência de um suporte empírico.

Quanto à temporiedade da medida para o fim sustentável (da cláusula, da condição, do fim, do contrato, etc), na hipótese de serviços duráveis, advém da fundamentação moral e axiológica da sustentabilidade social. Ela é medida corretiva do desenvolvimento “não-sustentável”, fundada na justiça social e no princípio da diferença, que redistribui os bens essenciais – *para tornar a sociedade mais igualitária*. Como medida corretiva, é tendencialmente temporária – e não definitiva. De fato, a discriminação positiva não pode implicar tratamento *permanentemente* diferenciado, pois aí se elimina o conteúdo da igualdade formal, isto é, a proibição da discriminação arbitrária, e se transforma um direito em privilégio. Por isso, na hipótese de verificar-se a perpetuação da contratação pública com uma única e exclusiva finalidade, ainda que socialmente sustentada, poderá se configurar a violação à imparcialidade.

157 A proposta é diretamente inspirada na ratio da jurisprudência do TJUE, nos critérios do Acórdão Concordia BUS, quanto à: previsão no cadernos de encargos ou no anúncio do concurso; vinculação ao objeto do concurso; os critérios não podem conferir à entidade adjudicante uma liberdade de escolha incondicional; respeito aos princípios comunitários, designadamente à não-discriminação.

Assim, normatização que imponha apenas e somente a aquisição de papel de empresas pequenas (sem permitir a aquisição por empresas maiores), a permanente e exclusiva exigência de papel reciclado, em toda a Administração Pública, é excessivamente restritiva à igualdade. É importante recordar que a produção por grandes empresas não é ilegal, a produção de papel não reciclado também não é ilegal e, portanto, quando o Estado deliberadamente dirige a contratação, e o faz de maneira permanente, elimina a liberdade de contratar com o Poder Público ou a restringe demasiadamente, o que é inconstitucional.

Quanto ao critério do suporte empírico fundado, quando da fixação das preferências ou das situações preferencias (discriminatórias entre as pessoas, coisas ou situações), significa a existência de razões materiais que autorizem a escolha deste ou daquele fim ou objeto. Não se pode, por exemplo, invocar a contratação de funcionários públicos exclusivamente homens, para supostamente promover a inclusão dos homens no mercado de trabalho da educação, quando eles ocupem estatisticamente mais vagas do que as mulheres. Exige-se, assim, a *concreção fática das razões invocadas*, cumprindo à Administração juntar ao processo administrativo ou judicial estudos, pareceres e pesquisas técnicas que suportam suas conclusões relativamente ao fim.

Quanto ao controle da adequação, será contrária à imparcialidade somente a escolha de contratos e de objetos manifestamente inadequados para o objetivo. A escolha dos fins é tarefa incluída no âmbito do poder discricionário, em uma discricionariedade para avaliações empíricas do que deve ser realizado. Pode haver situações em que há problemas na análise da adequação: a) a uma situação de meio-fim, com difíceis problemas de prognósticos; b) não há certeza empírica sobre o meio promover o fim. Nestes casos, deve haver deferência à atuação administrativa. Portanto, o fato de haver apenas alguns poucos fornecedores de material, ou alguns poucos contratantes habilitados, quando se cuida de um fim de sustentabilidade social, não

pode ser indicativo de violação à imparcialidade.

4.2 CONTROLE DAS EXIGÊNCIAS DE ORDEM TÉCNICA/HABILITAÇÃO OU DE EXECUÇÃO DO CONTRATO PELO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A Administração poderá estabelecer critérios técnicos subjetivos para a contratação (qualificações), ou na execução do contrato (caderno de encargos) ou poderá oferecer algumas vantagens (pontuações adicionais), para determinados contratantes com certas qualidades ou, ainda, exigir um certo requisito social (como percentual de empregados negros, mulheres, etc), tudo para promover a sustentabilidade social¹⁵⁸.

Seguramente, há autorização legal para tanto. Na forma do art. 41 do Código de Contratação Pública, o *programa de procedimento é o regulamento que define os termos a que obedece a fase de formação do contrato até a sua celebração*. Ainda, na forma do art. 42, número 1 - *“O caderno de encargos é a peça do procedimento que contém as cláusulas a incluir no contrato a celebrar (...) 6 - Os aspectos da execução do contrato constantes das cláusulas do caderno de encargos podem dizer respeito a condições de natureza social ou ambiental relacionadas com tal execução.”*

Logo, podem ser exigidas certidões negativas sociais, prova do cumprimento das legislações trabalhistas, e outros. Porém, o que se cuida aqui é algo mais. Relaciona-se com a inclusão de exigências *cujos efeitos alegados* seja a promoção de finalidades socialmente sustentáveis.

Ora, seja na fixação de qualificações subjetivas, seja na atribuição de *bônus* para determinado contratante com uma determinada qualidade, a Autoridade Adjudicante fica sujeita ao

158 O sistema de ações afirmativas envolvem: a) *plus factor* (adicional alguma vantagem àquele que se pretende privilegiar); b) quotas ou tratamento privilegiado (exigindo alguma qualidade adicional para a contratação).

controle, à luz do princípio da igualdade, pois se pode estar a discriminar de maneira ilegal.

Conquanto possível, à luz dos critérios da igualdade (critérios listados) analisar tanto a finalidade buscada pela Administração (*se ela está no objeto do contrato*), quanto a medida de comparação e o elemento indicativo desta, além da relação destes com o fim, este controle deve ter em mente a valorização da escolha da Administração Pública, sendo, portanto, *um controle fraco*.

Quanto à *finalidade da desigualação* já houve a discussão, de modo que há um espaço de discricionariedade considerável a ser respeitado.

Quanto à medida de comparação eleita e ao elemento indicativo da comparação, assim como a pertinência lógica entre ambos e a finalidade, deve-se avaliar apenas se há mínima relação empírico-causal a embasá-los. Exemplificativamente, se for escolhido o “estado civil” como “medida de comparação” de duas pessoas, em relação à promoção do emprego entre as mulheres no serviço público (beneficiando esta e não aquela), viola-se a igualdade, porque não há pertinência lógica entre a medida de comparação (estado civil da mulher) e a finalidade (mulheres solteiras ou casadas são ainda mulheres e a distinção entre elas nada tem a ver com seu emprego). Da mesma forma, a exigência de certificação ISO´s garante que um contratante atende melhor à legislação ambiental? A avaliação de anterior contratação com o poder público, como pontuação em concurso para obra pública socialmente sustentável, é promove o fim da qualificação técnica? Nos dois casos, pensa-se que não. Cuida-se, é verdade, de um critério de avaliação empírica, mas que deverá ser analisado sob a ótica da maior competitividade e, assim, interpretado de maneira mais restritiva – exigindo-se da Administração fundamentação quanto à conexão causal entre a exigência e o objeto da contratação.

4.3 CONTROLE DOS CRITÉRIOS DE ADJUDICAÇÃO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A fase de adjudicação é o ato pelo qual o órgão competente para a decisão de contratar aceita a única proposta apresentada ou escolhe uma de entre as propostas apresentadas (art. 73, item 1 do CCP). Segundo a legislação portuguesa – de certa forma similar ao Brasil (Lei nº 8.666/93), há dois critérios que permitem eleger o contratantes: proposta economicamente mais vantajosa e preço mais baixo (art. 74 e 75 do CCP).

Sem dúvidas, seja qual for a finalidade social da contratação, o critério do preço mais baixo é o de maior alcance igualitário formal, que desconhece qualquer discriminação, respeitados, evidentemente, os limites de preços inexequíveis e as demais limitações legais (art. 74, número 2: *Só pode ser adoptado o critério de adjudicação do mais baixo preço quando o caderno de encargos defina todos os restantes aspectos da execução do contrato a celebrar, submetendo apenas à concorrência o preço a pagar pela entidade adjudicante pela execução de todas as prestações que constituem o objecto daquele*”).

Quanto à proposta economicamente mais vantajosa, é interessante referir que o Direito Europeu já não se pauta apenas pela garantia da concorrência, mas, sim, impõe critérios de adjudicação ligados a outros valores: por exemplo, critérios sociais (fomento de emprego, igualdade no local de trabalho, proteção dos desfavorecidos) e ambientais (métodos de produção limpos, energias renováveis). Ainda assim, pode-se estabelecer que a proposta será considerada economicamente mais vantajosa quando os critérios de sua aferição estejam no programa do procedimento, tenham vinculação ao objeto do concurso e não conferirem à entidade adjudicante uma liberdade de escolha incondicional.

Para este fim, realizar-se-á o controle da igualdade, nos

moldes acima referidos, isto é, o controle da decisão de adjudicação dá-se, em primeiro lugar, pela observância dos requisitos previamente estabelecidos e pelo controle destes requisitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A contratação pública sustentável é tema hodierno pela imposição normativa da *sustentabilidade na função administrativa* (Constituições, Diretivas – especialmente a 2014/24, Código de Contratação Pública português ou Lei de Licitação e Contratos Públicos, no Brasil, e, ainda, em Tratados). Na relação com a sustentabilidade, a contratação pública – gênero do qual o contrato administrativo é espécie – pode ser analisada como *contratação pública em si mesma sustentável e como instrumento de fins sustentáveis*, como se viu.

O princípio (não regra ou postulado) da sustentabilidade compreendido como fim geral, apresenta fins parciais na sua atividade contratual, devendo ser perseguido e preservado, segundo impõem normas-regras legais, ou mandamentos construídos a partir do princípio em si mesmo. Têm-se a sustentabilidade ambiental – que orienta à preservação das condições de vida, que impõe a utilização de produtos ecologicamente corretos (amigos do ambiente), a redução de consumo de recursos não-renováveis, as construções ecológicas, dentre outras. Há a sustentabilidade econômico-financeira, que visa ao equilíbrio financeiro dos contratos, interna e externamente, para que não haja permanentes aportes externos (subvenções, endividamento, tributos, etc) à negociação, comprometendo gerações e receitas. Finalmente, a sustentabilidade social - cujo fundamento moral e político está em RAWLS e o fundamento normativo tanto nos art. 178 e 179 do TFUE quanto nas constituições - e que determina, em suma, o dever de correção das diferenças sociais, de forma pontual e temporária, re-igualando os cidadãos por meio

das contratações públicas (igualdade de oportunidades e distribuição equitativa de bens essenciais), o que inclui a realização dos direitos fundamentais e a coesão social e econômica – base para a integração europeia e mundial.

Em qualquer dos casos, as decisões administrativas para promover a sustentabilidade implicarão restrições à imparcialidade e à igualdade, ao eleger um critério, objeto, contratante, em detrimento de outro, em razão da finalidade. Enquanto o princípio da imparcialidade – conhecido como impessoalidade no Brasil, vincula-se à atuação desinteressada, neutra e indiferente à interesses particulares, o princípio da igualdade rege a dinâmica do tratamento dos sujeitos (privados), notadamente durante os procedimentos preparatórios e decisórios dos objetos dos contratos, assim como da escolha dos contratantes. Por isso, será indispensável recorrer-se à concordância prática, servindo a imparcialidade e a igualdade como limitadores aos fins de sustentabilidade, quando manifestamente excessivos, arbitrários, ineficientes, discriminatórios negativamente ou onerosos aos fins da União e da Constituição dos países (neste caso, em especial para não-membros da União Europeia).

Neste cenário, a imparcialidade adquire relevância na fase *pré-contratual*, de definição do fins sustentável socialmente (v.g. Promoção de pequenas e microempresas, inclusão de desempregados, das mulheres, dos imigrantes; qualificação de trabalhadores e prevenção a riscos sociais, etc) e de delimitação do objeto da contratação (v.g. pescado de comunidades com alto nível de desempregados; escolas profissionalizantes). Por sua vez, a igualdade, enquanto princípio, atua mais na *fase contratual*, e limita exigências de ordem técnica ou de habilitação dos possíveis contratantes – não autorizando discriminações infundadas (baseadas em categorias suspeitas), orientadas por situações empiricamente inexistentes, por exemplo, assim como limita a fixação dos critérios de adjudicação aos vencedores, do objeto do contrato, tal como se desenvolveu.

De fato, a Administração Pública constitucionalizada, como leciona ESTORNINHO, não pode prescindir de promover, proteger e assegurar, na contratação, as finalidades de sustentabilidade ambiental, social e financeira, que “paradigmatizam” o *novo* Direito Administrativo, desde que não se olvide que na base da função pública encontra-se ainda o dever de respeito à impessoalidade e à igualdade de tratamento entre os particulares componentes da comunidade política.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *A fórmula peso*. Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a.
- _____. *Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático*. In Neoconstitucionalismo. Miguel Carbonell (Org.). Trotta Editorial, 4ª Ed, 2009.
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Vol. 2 Coimbra: Almedina, 2009.
- AMARO, Antônio Leitão. *O princípio constitucional da sustentabilidade*. In: Estudos em Homenagem ao Prof Dr. Jorge Miranda. Volume I. Coimbra, 2012, p. 405-432.
- AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- AVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARCESSAT, Lena. *Papel do Estado Brasileiro na Ordem Econômica e na Defesa do Meio Ambiente: Necessidade de Opção por Contratações Públicas Sustentáveis*. Obra Coletiva Licitações e Contratação Pública Sustentável.

- Belo Horizonte, 2011.
- BIM, Eduardo Fortunato. *Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável*. Belo Horizonte, Forum, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2011.
- BRITO, Miguel Nogueira de. *Medida e Intensidade no Controle da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional*. In O Tribunal Constitucional e a A Crise: Ensaio Críticos. Lisboa: Almeidina, 2014.
- CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10ed. Coimbra: Almeidina, 1984. vol. 1
- CANAS, Vitalino. *A proibição do excesso como instrumento mediador de ponderação e otimização (com incursão na teoria das regras e dos princípios)*. Estudos em Homenagem ao Professor Dr. Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almeidina, 2007.
-
- _____. *“Brançosos” e interconstitucionalidade – itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2º edição. Lisboa: Almeidina, 2012.
-
- _____. *O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional*. Revista de Estudos Politécnicos, 2010, vol VIII, nº 13.
- COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães. *A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e desenvolvimentismo*. In Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, nº 261-

291. MG, 2011
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 480
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 251 e seguintes.
- DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: the theory and the practice of equality*. Cambridge: Harward Universtity Press, 2000.
- ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança. Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Revolucion Francesa y Administración Contemporanea*. Madrid: Editorial Civitas, 1998.
- ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tumbinguen, 1961.
- ESTORNINHO, Maria João. *Curso de Direito dos Contratos Públicos*. Lisboa: Almedina, 2014.
- _____. *Requiem pelo Contrato Administrativo*. Almedina, 2003
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed São Paulo: Malheiros, 2008
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade e Direito ao Futuro*. Belo Horizonte: Forum, 2011.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7º ed. São Paulo: Vozes, 2005.
- GONÇALVES, Pedro. *O Contrato Administrativo. Uma instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*. Coimbra: Almedina, 2003
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional na República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

- JONAS, Hans. *El principio de la responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Editorial Herder, 1995
- JUSTEN, Marçal Filho. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986
- _____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução Francesa. Paris: Dalloz, 1962.
- KERSTENETZKY, Celia Lessa. *Qual o Valor do Auto-Interesse? Revista de Economia Política*, vol. 25, nº 3 (99), pp. 254-276, julho-setembro/2005.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ed. São Paulo: 2004
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MENEGUZZI, Rosa Maria. *Conceito de licitação sustentável*. Obra Coletiva Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Vol IV. 5º Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- NABAIS, José Cassalta. *Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural*. 2º ed. Coimbra: Coimbra, 2010.
- _____. *Estabilidade Financeira e o Tratado Orçamental*. In *Estudos em Memória do Conselheiro Arthur Maurício*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- NETTO, Luisa Cristina Pinto e. *Participação administrativa procedimental: natureza jurídica, garantias, riscos e*

- disciplina adequada*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- NETO, Diogo Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Forense, 2014.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. Coimbra: Coimbra, 2010.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: RT, 2001.
- ORTIZ DIAS, José. *El horizonte de las administraciones públicas en el cambio de siglo: algunas consideraciones de cara al año 2000*. In: SOSA WAGNER, Francisco (Coord.) *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. t. 1.
- OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. 1. Lisboa: Almedina, 2014
- PASTOR, Juan Afonso Santamaria. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Vol. I. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1991
- PEREIRA DA SILVA, Vasco. *Verde Cor de Direito – Lições de Direito Administrativo Ambiental*. Coimbra: Coimbra, 2002.
- PISARELLO, Gerardo. *Los Derechos Sociales y sus Garantías: Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, 2007
- QUEIRO, Afonso Rodrigues. *O poder discricionário da administração*. Coimbra: Coimbra Editora, 1944.
- QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Editorial Presença: Lisboa, 2013.
- RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade da administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996.

- RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 13^oed. Paris: Dalloz, 1990
- ROSAS, João Cardoso. *Concepções de Justiça*. Lisboa: Edições 70, 2012.p. 25.
- ROCHA, Joaquim Freitas da. *Sustentabilidade e finanças públicas. Urgência de um Direito Financeiro Equigeracional*. Estudos em Homenagem a Joaquim José Gomes Canotilho. Vol 1. Coimbra: Coimbra, 2012.
- SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Tradução de José Lins Albuquerque Filho. Rio de Janeiro, 2000.
- SAMPAIO, Jorge Silva. *O controlo jurisdicional de políticas públicas de direitos sociais*. Coimbra: Coimbra, 2014
- SOUZA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral*. Tomo I. 2013.
- STROPPA, Christiane de Carvalho. *Seminário internacional de compras governamentais*. Belo Horizonte, Forum, 2011.