

As licitações como meio de implementação da política nacional sobre mudança do clima

The bids as a way of implementation of the national policy on climate change

Bernardo Strobel Guimarães*

Rullyan Levi Maganhati Mendes**

Resumo: Este artigo objetiva descrever a política pública brasileira acerca de mudanças climáticas e seu impacto sobre os contratos administrativos.

Palavras-chave: Lei 12.187/2009. Licitação. Sustentabilidade ambiental.

Abstract: This article aims to explain brazilian climatic public policy and their impact over public contracts.

Keywords: Law 12.187/2009. Bid. Environmental sustainability.

Introdução

Um dos problemas socioambientais e econômicos mais relevantes na atualidade é o aquecimento global, que consiste no aumento da temperatura média do planeta, em decorrência das emissões humanas ou antrópicas de gases de efeito estufa na atmosfera. Grosso modo, afirma-se que o efeito estufa conduz ao aquecimento global, que leva às mudanças do clima, ocasionando um acréscimo na variabilidade de eventos atmosféricos extremos.

* Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Professor na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado.

** Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito.

Nesse contexto, as mudanças climáticas passaram a exigir, em âmbito doméstico e internacional, arcabouços jurídicos e institucionais destinados a assegurar políticas públicas de enfrentamento desse fenômeno e suas variadas repercussões (com desdobramentos que vão, por exemplo, da insegurança alimentar, aos refugiados ambientais).

O Brasil, nesse aspecto, é considerado um dos países mais dedicados à discussão climática e estabeleceu, em 2009, o seu marco regulatório acerca das ações de mitigação e adaptação a serem adotadas no combate ao aquecimento global, a Lei 12.187, que instituiu a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC). Incorporando o país à tendência mundial de minimização de danos e, ao mesmo tempo, estabelecendo ações internas, tal lei determina expressamente o dever comum de atuação, a fim de diminuir as interferências antrópicas sobre as alterações climáticas e, ainda, elenca uma série de princípios, objetivos, diretrizes e instrumentos, que devem ser empregados na orientação das práticas executadas sob a incumbência dos entes políticos e órgãos da administração pública.

Dentre os instrumentos previstos na Política Nacional sobre Mudança do Clima, destaca-se, no que tange às contratações estatais, o valor da sustentabilidade ambiental nos certames licitatórios, que, na compatibilização do desenvolvimento econômico com a proteção do sistema climático, é exigido para além do mero reforço ou reafirmação legal das chamadas licitações sustentáveis.

Por essa razão, a partir de referencial teórico-bibliográfico e diálogo transdisciplinar, objetiva este estudo a análise do impacto do trato jurídico das mudanças climáticas no Brasil, sobre as contratações públicas. Para tanto, preliminarmente, pontua-se o histórico político-jurídico da Lei 12.187/2009, com o intuito de contextualizar o percurso de seu surgimento no ordenamento jus-ambiental pátrio. Parte-se, na sequência, para o destaque de algumas nuances de sua estruturação e, após isso, verifica-se o saldo da política climática em curso no País. Em seguida, tratando do propósito precípua desta pesquisa, desenvolve-se a avaliação acerca do perfil das contratações públicas, moldado pela Política Nacional sobre Mudança do Clima.

1 Dos riscos do clima ao compromisso brasileiro

Neste “envelhecimento da modernidade industrial”,¹ as mudanças climáticas globais em andamento têm vínculo com o futuro e são resultado de decisões exercidas no presente e produto de escolhas sociais (políticas, científicas, jurídicas). Em vista disso, redimensionam as percepções de risco, espaço e tempo: são transfronteiriças e transtemporais, exemplificam os riscos abstratos, não passíveis de previsão e controle, fabricados pelas interferências antrópicas, com desdobramentos ainda desconhecidos. É sabido, no entanto, que, nesse contexto, “a incessante produção de riqueza é acompanhada por uma igualmente incessante produção de riscos”.² Tem-se, portanto, o mais nítido exemplo de que “a preservação da biosfera é uma prática social eminentemente prospectiva, [em que] o futuro passa a ser o novo *locus*”.³

O aquecimento global é “o sinal mais eloquente”⁴ na soma dos processos de degradação ambiental, e o ser humano, evidentemente, é o responsável pelas alterações nos sistemas naturais, como o efeito estufa, cujos resultados são cumulativos e, em certa dimensão, até mesmo irreversíveis.⁵

Nos últimos 150 anos, mais ou menos, os gases de efeito estufa na atmosfera aumentaram progressivamente com a expansão da produção industrial. A temperatura média mundial elevou-se 0,74°C desde 1901. Sabemos por estudos geológicos que as temperaturas do planeta oscilaram no passado, e que essas oscilações se correlacionaram com o teor de CO₂ [dióxido de carbono] na atmosfera. Mas os dados mostram que em nenhuma ocasião, nos últimos 650 mil anos, o teor de CO₂ no ar foi tão alto quanto agora.⁶

¹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de España, 2002. p. 113 (Tradução nossa).

² BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010. p. 318.

³ RAMOS JÚNIOR, Dempsey Pereira. *Meio ambiente e conceito jurídico de futuras gerações*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 392.

⁴ LEFF, Enrique. *Discursos sustentáveis*. Trad. de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2010. p. 134.

⁵ FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 38.

⁶ GIDDENS, Anthony. *A política da mudança climática*. Trad. de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2010. p. 38.

Dessa maneira, como vida e clima estão fundamentalmente relacionados, as mudanças climáticas, em essência, colocam em xeque a segurança planetária, pondo em risco a própria sobrevivência humana. Em apanhado, afirma-se:

A degradação ambiental é gerada pelo homem e – é inegável – põe em risco a continuidade da sua própria vida. Assim, como consequência de fatores econômicos – e das mazelas sociais, também derivadas ou agravadas por um modelo produtivo que vigora há 300 anos –, a degradação ambiental viola não só direitos específicos do indivíduo, como afeta principalmente a condicionante primária para a realização destes e de quaisquer outros direitos: a vida.⁷

Ao mesmo tempo, como sintoma reverso da crise ética (visto que é o comportamento humano o fator determinante da crise ecológica), houve o crescente reconhecimento da necessidade de proteção do meio ambiente, em um percurso iniciado em meados dos anos 60, motivado por uma sequência de acidentes ambientais.⁸ Nesse panorama, a recente evolução, sistematização e amadurecimento do Direito Internacional do Ambiente teve, na Organização das Nações Unidas (ONU), sua principal força-motriz (na afirmação do clima como matéria de interesse comum da humanidade, por exemplo).⁹

Com a criação em 1988, em âmbito da ONU, do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas, mais conhecido por sua sigla em inglês, IPCC (*Intergovernmental Panel on Climate Change*),¹⁰ as mudanças do clima foram paulatinamente incorporadas à pauta política global, estabelecendo a relação entre estudos climáticos e respostas

⁷ AMORIM, João Alberto Alves. *A ONU e o meio ambiente: direitos humanos, mudanças climáticas e segurança internacional no século XXI*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 121.

⁸ SEIFFERT, Mari Elizabete Bernardini. *Gestão ambiental: instrumentos, esferas de ação e educação ambiental*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 7.

⁹ AMORIM, João Alberto Alves. *A ONU e o meio ambiente: direitos humanos, mudanças climáticas e segurança internacional no século XXI*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 115.

¹⁰ Afirma-se que o IPCC tem como missão “produzir, de forma abrangente, objetiva, aberta e transparente, a informação científica, técnica e socioeconômica relevante para o entendimento das bases científicas do risco da mudança do clima induzida pelo homem, seus impactos potenciais e opções para adaptação e mitigação”. Ver em: VEIGA, José Eli da. (Org.). *O imbróglio do clima: ciência, política e economia*. São Paulo: Senac São Paulo, 2014. p. 13.

políticas e jurídicas. Em unísono, os dois últimos relatórios do IPCC, o AR4 (*Fourth Assessment Report*), de 2007, e o AR5 (*Fifth Assessment Report*), de 2013, informadores do vigente estado da arte das mudanças do clima, resumem que “a influência antrópica no sistema climático é clara” e que “o aquecimento do sistema climático é inequívoco”.¹¹ Menciona-se, de passagem, que, nos relatórios do IPCC, são trabalhados cenários das mudanças do clima, e as dúvidas compõem textualmente a pesquisa, visto que inerentes à noção de ameaça e, concomitantemente, já institucionalizadas.¹²

Resultado do processo iniciado pelo IPCC, ocorreu em 1992, no Rio de Janeiro, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, também denominada Rio-92, Eco-92 ou Cúpula da Terra, que promoveu um processo decisório coletivo entre seus países-membros, com vistas ao combate dos efeitos das mudanças do clima (temática de um de seus eixos). Na ocasião, em cenário propício – após o fim da Guerra Fria e diante de indicadores que expressavam a urgência ambiental –, foi aprovada a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (CQNUMC), promulgada no Brasil em 1998 pelo Decreto 2.652, que, na condição de país em desenvolvimento e não listado no Anexo 1 do documento, comprometeu-se de maneira voluntária a publicar periodicamente um inventário nacional de suas emissões de gases de efeito estufa (GEE) e implementar políticas públicas que contemplassem medidas de mitigação das mudanças climáticas. Destaca-se, nesse sentido, que a CQNUMC foi o primeiro reconhecimento político e público considerável para a questão climática.

¹¹ INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). Fourth Assessment Report (AR4); Fifth Assessment Report (AR5): Working Group I Report: “The Physical Science Basis”. Genebra, Suíça: 2007; 2013. p. 43; p. 241 (Tradução nossa). Disponível em: <http://www.ipcc.ch/publications_and_data/publications_and_data_reports.shtml>. Acesso em: 10 dez. 2015.

¹² Apesar das pesquisas do IPCC serem endossadas pelas maiores instituições científicas mundiais e, no que interessa a este estudo, ter sido o IPCC referenciado pelo ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Política Nacional sobre Mudança do Clima, ressalta-se que inexistente conformidade plena sobre a efetiva contribuição antrópica na mudança global do clima. Para os que defendem a ausência de evidências científicas sobre o efeito antropogênico climático, o que existe, grosso modo, são oscilações e variabilidades climáticas naturais do equilíbrio dinâmico da Terra. A esse respeito, sugere-se, entre outras, a leitura de: ONÇA, Daniela de Souza. Quando o sol brilha, eles fogem para a sombra: a ideologia do aquecimento global. 2011. 557 f. Tese (Doutorado em Geografia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

Ainda, no sentido de dar concretude à CQNUMC, foi criada a Conferência das Partes (COP), órgão que, desde 1995, se reúne anualmente, com o objetivo de monitorar o andamento das emissões de GEE pelos países-membros. Nessa dinâmica, a respeito da Convenção-Quadro, cabe explicar:

Trata-se de um daqueles tratados ou convenções internacionais caracterizados por texto programático, com dispositivos que deverão ser complementados pelas deliberações do órgão decisório instituído pela Convenção, a Conferência das Partes, ao qual os Estados-partes delegaram os poderes de complementar, regular e, em certos aspectos, inovar os dispositivos da Convenção-Quadro (e tudo sem sair da moldura legislativa por ela traçada).¹³

Entre as reuniões, salienta-se que, na COP-3, em 1997, na cidade japonesa de Quioto, foram definidas as metas para a redução dos GEE dos países constantes do Anexo 1 (os desenvolvidos), culminando no Protocolo de Quioto,¹⁴ promulgado no Brasil, por sua vez, em maio de 2005, pelo Decreto 5.445, permitindo-se a participação nacional no Mecanismo de Desenvolvimento Limpo.¹⁵

A gênese do processo de criação da legislação climática brasileira ocorreu com as declarações presidenciais no âmbito da ONU, em 2007, na COP-13 (em Bali, na Indonésia), em que o Brasil assumiria a liderança mundial na mitigação das mudanças climáticas. Conforme atesta

¹³ SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 203.

¹⁴ Expirado em 2012, teve sua vigência prorrogada até 2020. Contudo, poderá ser substituído pelo Acordo de Paris, firmado em dezembro de 2015 na COP-21, se este for ratificado por, no mínimo, 55 países representantes de 55% das emissões globais de GEE.

¹⁵ Em síntese, pelo Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), são reduzidas as emissões globais de GEE, “por meio da criação de projetos de neutralização de carbono nos países em desenvolvimento e, depois, da venda dessas neutralizações na forma de créditos em mercados regulamentados [...]”. O MDL serve “para ajudar os países em desenvolvimento a obter acesso a tecnologias de baixo carbono e para criar neutralizações mais baratas do que as que provavelmente ocorreriam implementando projetos de neutralização em países mais desenvolvidos, com custos mais elevados de terra e mão de obra. Considerando-se que a mudança do clima é um fenômeno global, e as emissões liberadas na atmosfera em qualquer lugar pioram o caos do clima em todo o planeta, a localização física dos projetos de neutralização não precisa estar perto da origem das emissões que estão sendo neutralizadas”. (Ver LOVINS, Hunter. *Capitalismo climático*. Trad. de Claudia Gerpe Duarte e Eduardo Gerpe Duarte. São Paulo: Cultrix, 2013. p. 243).

oficialmente a Segunda Comunicação Nacional do Brasil à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima,¹⁶ após as declarações, foi publicado o Decreto 6.263, de dezembro de 2007, estabelecendo o Comitê Interministerial sobre Mudança do Clima e seu grupo executivo para a preparação do Plano Nacional sobre Mudança do Clima, além da proposta de projeto de lei da PNMC.

O Plano Nacional foi estruturado em quatro eixos, tendo como objetivos gerais, entre outros, a identificação, o planejamento e a coordenação das ações para mitigar as emissões de GEE geradas no Brasil, bem como as necessárias à adaptação social aos impactos das mudanças climáticas; a participação elevada de energia renovável na matriz elétrica; o aumento sustentável da participação de biocombustíveis na matriz do transporte nacional; e, ainda, a redução sustentada das taxas de desmatamento em todos os biomas, até que se atinja o desmatamento ilegal zero.

Já o Comitê Interministerial sobre Mudança do Clima, por parte do governo, apresentou o Projeto de Lei Federal 3.535, em 2008, que tinha como objetivos a redução das emissões de GEE, atendendo o desenvolvimento sustentável em busca do crescimento econômico, erradicação da pobreza e redução das desigualdades, porém de forma voluntária, conforme os seguintes excertos da Exposição de Motivos:

Optou-se por conferir um caráter norteador para a Política Nacional sobre Mudança do Clima, no sentido de prover o país de dois objetivos nacionais permanentes: I – reduzir as emissões antrópicas por fontes e fortalecer as remoções antrópicas por sumidouros de gases de efeito estufa no território nacional; II – definir e implementar medidas para promover a adaptação à mudança do clima das comunidades locais, dos municípios, estados, regiões e de setores econômicos e sociais, em particular aqueles especialmente vulneráveis aos seus efeitos adversos. [...] Tendo em vista que o Brasil, como país em desenvolvimento e não pertencente ao Anexo I da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, não possui, no âmbito do Protocolo de Quioto, compromissos quantificados de redução ou limitação de

¹⁶ BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. Segunda Comunicação Nacional do Brasil à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0215/215070.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015.

emissões de gases de efeito estufa, o objetivo de reduzir as emissões antrópicas por fontes e fortalecer as remoções antrópicas por sumidouros de gases de efeito estufa no território nacional apresenta caráter voluntário. Esse objetivo, associado à promoção da adaptação aos efeitos da mudança do clima, refletem os compromissos assumidos pelo Brasil no contexto da Convenção sobre Mudança do Clima [...].¹⁷

Verifica-se, assim, que a redação original do Projeto de Lei 3.535/2008, enviado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, não previa nenhuma meta ou compromisso nacional de limitação ou redução de emissões antrópicas de GEE. A meta surgiu de uma manifestação política em 18 de dezembro de 2009, na 15ª Conferência das Partes para a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, a COP-15, realizada em Copenhague, na Dinamarca, quando o Brasil percebeu “que era o momento de se tornar líder”,¹⁸ visto que

a reversão das altas taxas de desmatamento deu ao país condições para a adoção de uma postura vencedora e proativa, que inclui a disposição de compartilhar tecnologias, experiências e estratégias com outros países florestais. Essa postura é condizente com a busca de uma liderança do sul, um dos grandes objetivos do Brasil em matéria de política externa.¹⁹

Nesse sentido, na confirmação de que “o efeito estufa não é uma questão somente científica, mas política”,²⁰ o País comprometeu-se voluntariamente a reduzir entre 36,1% e 38,9% as suas emissões de GEE projetadas até 2020. Foi instituída, a partir desse compromisso, a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC; Lei 12.187/2009). Quase

¹⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Federal 3.535*. p. 6-7. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7C6BBD10E4028D0439230DCCE5427BCB.proposicoesWeb2?codteor=574554&filename=PL+3535/2008>. Acesso em: 15 dez. 2015.

¹⁸ CARVALHO, Fernanda Viana de. *A posição brasileira nas negociações internacionais sobre florestas e clima (1997-2010): do veto à proposição*. 2010. 222 f. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) – Universidade de Brasília, Brasília, 2010. p. 184.

¹⁹ *Ibidem*, p. 185.

²⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 629.

um ano mais tarde, entre outras providências, as ações a serem implementadas para alcançar esse compromisso nacional voluntário foram regulamentadas pelo Decreto 7.390/2010 (especificamente nos arts. 6º, 11 e 12 da PNMC).

Embora em âmbito internacional a COP-15 tenha sido considerada frustrante, sem um acordo global que estabelecesse metas de redução das emissões de GEE, na perspectiva brasileira, contudo, “em Copenhague o que importou foi a travessia, não o ponto de chegada”.²¹ Na ocasião, afinal, o país celebrou o documento considerado representante da “vanguarda legislativa do Direito Ambiental brasileiro”.²² Desse modo, o Brasil “marcou uma crucial mudança da política climática doméstica em direção a uma posição mais reformista”,²³ sendo, aliás, o primeiro país em desenvolvimento a assumir oficialmente, perante a comunidade internacional, compromissos voluntários de redução das emissões de GEE, de modo que “[...] a nova lei e as metas assumidas pelo país são passos de fundamental importância para a trajetória futura das suas políticas externa, econômica, energética, agrícola, florestal e climática”.²⁴

2 Política nacional sobre mudança do clima

Como delineado, em um contexto de crise ambiental (especialmente definido por uma nova configuração dos riscos) e, a partir das obrigações voluntárias assumidas em âmbito internacional, o Brasil tomou parte na problemática do aquecimento global, ao estabelecer a sua política doméstica de mitigação e adaptação às mudanças climáticas. Cumpre-se, na continuidade, uma breve análise dos elementos essenciais da Política Nacional sobre Mudança do Clima.

²¹ ABRANCHES, Sérgio. *Copenhague: antes e depois*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. p. 279.

²² FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito Ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 280.

²³ FRANCHINI, Matías; RIBEIRO, Thais Lemos; VIOLA, Eduardo. *Sistema internacional de hegemonia conservadora: governança global e democracia na era da crise climática*. São Paulo: Annablume, 2013. p. 322.

²⁴ *Ibidem*, p. 323.

2.1 Princípios, objetivos, diretrizes e instrumentos

As ações originárias da PNMC devem ser executadas sob a responsabilidade dos entes políticos e dos órgãos da administração pública, considerando e integrando as ações promovidas por entidades públicas e privadas e, ainda, regidas pelos princípios da prevenção e precaução, da participação cidadã e do desenvolvimento sustentável. Além desses, em âmbito internacional, a lei inovou ao positivar no ordenamento brasileiro o princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, forte na premissa de que a atmosfera é uma; contudo, não são análogas as emissões de GEE pelos países, muito menos suas necessidades e capacidades.

Dentre esses preceitos estruturantes, verifica-se que a aplicação dos princípios da prevenção, essência do direito ambiental, e da precaução, de notória convergência com as mudanças climáticas, asseguram um filtro normativo a impedir o agravamento do efeito estufa antrópico, ou seja, permite a identificação das principais causas do aquecimento global no território brasileiro e, por consequência, a adoção de ações para mitigar essas causas e para a adaptação aos seus efeitos não mitigáveis.

Não obstante o aquecimento global ser uma realidade, ainda não se têm estudos e pesquisas conclusivas sobre a intensidade dos efeitos das atividades antrópicas no sistema climático. E é por essa razão a necessidade de se aplicar o princípio da precaução – que se apruma na incerteza científica – como norteador das discussões climáticas, até mesmo porque não o fazendo as consequências podem ser irreversíveis para o planeta e, em especial, para a humanidade.²⁵

Dessa maneira, em que pese a dúvida contida nos estudos científicos, a imprescindibilidade do princípio da precaução não arrefece, até porque resiste na dinâmica de seus aspectos centrais (risco, incerteza científica e atuação precaucional), à “ideia de que providências devem ser tomadas no sentido de evitar riscos para o meio ambiente e para a saúde dos seres vivos, ainda que as evidências científicas não sejam conclusivas”.²⁶

²⁵ MELO, Fabiano. *Manual de Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 667.

²⁶ FERREIRA, Helene Sivini. *A sociedade de risco e o princípio da precaução no direito ambiental brasileiro*. 2003. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003. p. 78.

Na prática, por sua vez, o princípio da participação cidadã atribui a todos o dever de atuar em benefício das presentes e futuras gerações (humanas e não humanas), refletindo a equidade ou justiça intergeracional contida no *caput* do art. 225 da Constituição Federal (CF/88). Depreende-se, assim, que os setores público e privado, o terceiro setor e a sociedade civil devem modificar seus padrões de produção e consumo, objetivando a adaptação à sociedade e economia de baixo carbono proposta pelo País, em decorrência da PNMC.

Em prosseguimento, a execução do princípio do desenvolvimento sustentável é condição na adoção de medidas para o enfrentamento das alterações climáticas e, ao mesmo tempo, representa a interação entre o crescimento econômico e o desenvolvimento social, de modo a atender as necessidades brasileiras. Em outras palavras, “no contexto climático e dos objetivos da PNMC, o desempenho das atividades econômicas não pode representar um risco ao cumprimento dos compromissos de mitigação e ao meio ambiente”.²⁷

Importado da “Rio-92”, o princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, aplicado em âmbito nacional, determina que o Poder Público deverá atentar para a responsabilidade comum, porém diferenciada, de cada região e setor responsável na alocação das responsabilidades internas, no combate aos efeitos danosos do aquecimento climático, sob pena de vilipendiar o princípio da igualdade. Desse modo, os setores que mais contribuem para o desequilíbrio do clima, nas diferentes regiões brasileiras, devem arcar com o ônus maior de enfrentamento ao aquecimento global.

Os objetivos da PNMC, por seu turno, versam acerca da redução das emissões de GEE e da harmonização prática de um desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, na proposta da gestão racional dos recursos naturais, a compatibilização da postura desenvolvimentista com a proteção do sistema climático remete diretamente ao cuidado dos bens ambientais para as presentes e futuras gerações. Ao mesmo tempo, a lei intenciona a redução das emissões antrópicas de GEE em suas diversas fontes, a tutela dos recursos naturais (dos grandes biomas, em particular) e a promoção da adaptação às mudanças climáticas pelas três esferas da Federação, contando com a participação de agentes econômicos e sociais

²⁷ THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 668.

interessados. Os objetivos, enfatiza a lei, sempre deverão ser pautados no princípio do desenvolvimento sustentável, de forma a não frear o crescimento econômico do País e na busca da erradicação da pobreza e da redução das diferenças sociais. Em uma leitura possível, critica-se a postura legislativa em relação a esse trecho da norma, pois nele a oportunidade de enfrentamento da questão climática foi relativamente esmorecida, pois

há uma evidente preocupação do legislador com os aspectos sociais e econômicos: a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, preocupação esta associada ao desenvolvimento sustentável, erigido em princípio a ser respeitado, assim como de outros princípios que norteiam o Direito e a Gestão do Meio Ambiente. Essa preocupação, embora primordial, enfraquece, de certo modo, o que deveria ser o maior objetivo da PNMC: a redução dos agentes causadores do efeito estufa, em plena conjugação com os requisitos e propostas científicas, para assegurar sobrevivência permanente ao Planeta todo, a despeito das situações transitórias e, em geral, restritas a alguma parte do globo.²⁸

Por sua vez, como normas de procedimento, como planos políticos para alcançar os objetivos da política climática brasileira, estão entre as diretrizes da PNMC, os compromissos assumidos pelo País na CQNUMC e no Protocolo de Quioto, visto que sua existência é a resposta interna à força normativa desses instrumentos internacionais de enfoque climático. As outras orientações, em igual sentido, levam em conta as ações de mitigação da mudança do clima, em consonância com o desenvolvimento sustentável, a promoção de pesquisas técnico-científicas, a utilização de instrumentos financeiros e econômicos, na promoção dos programas; o aperfeiçoamento da observação precisa do clima e, ainda, a participação do setor produtivo, do meio acadêmico e da sociedade civil organizada, no desenvolvimento das ações, perfazendo um conjunto de desafios políticos, econômicos e legais.²⁹

²⁸ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 825.

²⁹ Como ilustração dessa dinâmica, tem-se que “o que está fora de dúvida é que a solução repousa em um tripé: o conhecimento científico, a mobilização da sociedade e, principalmente, a decisão política em todas as instâncias [em um federalismo cooperativo]”. (Ver: MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1113).

Para a sua implementação, a PNMC trouxe diversos instrumentos viabilizadores de mitigação das emissões de GEE e adaptação aos efeitos climáticos. Entre eles, os planos setoriais e de ação contra o desmatamento (descritos a seguir), medidas fiscais e tributárias destinadas ao estímulo da redução e remoção de GEE e, inclusive, o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, objeto imediato das presentes considerações. A PNMC estimula os programas de gestão pública socioambiental e as licitações sustentáveis. Quanto ao primeiro, justifica-se na certeza de que a máquina administrativa estatal, em seu desempenho corriqueiro, carente da variável socioambiental aplicada à rotina de suas atividades, emite GEE; utiliza produtos que agridem o ambiente e desperdiça recursos como energia e água, por exemplo. Já as licitações sustentáveis, além de novo molde, ganham reforço com a PNMC, porque anteriormente previstas pela Lei 8.666/93 e desde logo constitucionalmente amparadas.

2.2 Meta, ações e resultados

A meta voluntária estabelecida pela PNMC – cabe recordar, a redução entre 36,1% e 38,9% das emissões de GEE projetadas até 2020 – e a consolidação brasileira de uma economia de baixo carbono estão vinculadas às ações eleitas inicial e conjuntamente, a partir de dois recortes estratégicos. O primeiro, de suporte setorial, determina os planos de mitigação e adaptação às mudanças climáticas nas áreas siderúrgica, agropecuária e energética; o segundo, de critério regional, organiza os planos de ação para prevenção e controle do desmatamento dos biomas do Cerrado e o amazônico, objetivando, assim, a gestão daquela “que vem (ou vinha) até então sendo principal fonte emissora [de GEE] no país”.³⁰

O Brasil, a propósito, tem um perfil inteiramente singular de emissões de GEE, visto que mais da metade delas provém do desmatamento na Amazônia e no bioma Cerrado, enquanto nos países desenvolvidos a principal fonte de emissão são os combustíveis fósseis. A matriz energética brasileira, por conseguinte, é considerada de baixa intensidade de carbono.³¹

³⁰ LAVRATTI, Paula; CAVEDON-CAPDEVILLE, Fernanda de Salles. Política Nacional sobre Mudança do Clima. In: LEITE, José Rubens Morato (Coord.). *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 532.

³¹ VIOLA, Eduardo. Evolução da mudança climática na agenda internacional e transição para uma economia de baixo carbono, 1990-2009. In: BORATTI, Larissa Verri; FERREIRA,

Por ser diverso o foco deste estudo, os resultados referentes aos planos elencados pela PNMC serão apontados com pouca demora, importando, no cotejo, o nível de materialidade das ações em curso no País, acerca da questão climática.³²

Em 2013, de acordo com o Greenpeace,³³ o Brasil havia cumprido dois terços de sua meta de reduzir as emissões de GEE em 38,9% (objetivo mais elevado) em 2020, em relação ao que emitiria se nenhuma ação se realizasse. Na ocasião, os valores revelaram que, com duas ações, a redução do desmatamento na Amazônia e no Cerrado, o País já havia atingido 72,5% da meta global (em torno de 28% de redução das emissões), isso porque o desmatamento na Amazônia demonstrava tendência de queda desde 2005 e, no Cerrado, a meta estava cumprida e ultrapassada antes mesmo da criação da lei.

Em pesquisa desenvolvida ao longo de 2015, confirmou-se a manutenção estratégica desse cenário. Os três planos setoriais seguem sem a apresentação de resultados: desde 2010, o plano siderúrgico existe apenas em versão preliminar,³⁴ o plano agropecuário, nesse ínterim, padece de dificuldades burocráticas de execução e do desconhecimento de sua existência por grande parte dos seus destinatários, constando em andamento apenas o seu instrumento financiador, não sem dificuldades;³⁵ e, por fim, o plano energético, revisto anualmente, pode e é modificado de acordo com a ocasião, configurando-se, se for o caso, como mera proclamação de intenções (na sua versão de 2013, por exemplo, a meta

Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Estado de Direito Ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 75.

³² Do exame entre os planos elencados e suas respectivas metas disponibilizadas no Decreto 7.390, foram investigadas as medidas adotadas pelo Brasil, para reduzir as suas emissões de GEE, conforme o objetivo firmado pela PNMC. Assim, dos 38,9% das emissões de GEE, a maior meta nacional, pretende-se que o desmatamento reduza 24,7%, sendo os 15,2% restantes divididos pelos setores energético (7,7%), agropecuário (6,1%) e os demais (0,4%) – por evidente, partição similar é válida para a meta inicial, de 36,1%.

³³ GREENPEACE BRASIL. *As lições da Política Nacional de Mudança do Clima*. 2013. p. 6. Disponível em: <<http://www.greenpeace.org/brasil/Global/brasil/image/2013/Novembro/relatorio%20pnmc%20final.pdf>>. Acesso: 20 dez. 2015.

³⁴ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Plano de emissões na siderurgia*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/smcq_climaticas/_arquivos/plano_setorial_siderurgia__sumrio_executivo_04_11_10_141.pdf>. Acesso: 20 dez. 2015.

³⁵ Farto material a respeito do plano agropecuário está disponível em: <<http://www.observatorioabc.com.br/>>.

voluntária de emissões de GEE estabelecida pelo plano foi, no mesmo documento, expressamente desobedecida).³⁶

Desse modo, de maneira concreta, apenas o plano amazônico tem resultados atuais verificáveis e positivos (em 2014,³⁷ quando a taxa de desmatamento na Amazônia Legal³⁸ foi de 5.012 km², o plano cumpriu 74% dos 80% de sua meta de redução anual de emissões de GEE). O do Cerrado, embora com dados disponíveis e com desempenho superior ao de seu escopo, tem suas últimas informações datadas de 2009 e 2010 (as mesmas utilizadas na contabilidade realizada pelo Greenpeace brasileiro), ainda que contribua no cômputo da performance da PNMC.³⁹ Em síntese,

³⁶ O Plano Decenal de Expansão de Energia (PDE) se propõe a abarcar uma área central da economia e da problemática das mudanças do clima, o setor energético. Elaborado a partir de cenários prospectivos em décadas, o PDE foi erigido à categoria de plano setorial pela PNMC, sem perder o viés que o caracteriza um plano de expansão. Desse modo, meramente cooptado pela política climática brasileira, restringe sua aparente sinergia ao fato de citá-la. A sua versão mais recente disponibilizada no *site* da Empresa de Pesquisa Energética, responsável por sua elaboração, é o PDE 2023, de dezembro de 2014, prospectivo até 2023. O PDE 2023 (2014-2023) mantém a meta voluntária de emissões de GEE estabelecida pelo setor a partir de 2009, que é, em 2020, de 634 a 680 milhões de toneladas de dióxido de carbono equivalente (MtCO₂eq) – unidade de medida utilizada na comparação das emissões de diferentes GEE –, e estima a emissão de 660 MtCO₂eq em 2023, valor abrangido na margem estipulada, enquanto, na sequência, registra que o crescimento das emissões devido à produção e o consumo de energia será de 101% entre 2005 e 2023. No PDE 2022 (2013-2022), a título de comparação, o crescimento projetado era de 114%. Argumenta-se que essa redução no PDE 2023 se deve a certa retração no crescimento do setor industrial ocorrida no período. Em igual sentido, no PDE 2022, a estimativa de emissões de GEE, no horizonte decenal, era de 702 MtCO₂eq, extrapolando o intervalo entre as 634 e 680 MtCO₂eq inicialmente determinadas, o que exemplifica o quanto as revisões e adequações anuais do PDE servem ao seu propósito. Além disso, menciona-se de passagem que o PDE, carente de premissas ambientais verificáveis, fomenta, por exemplo, reforços ao uso de combustíveis fósseis, em detrimento da geração renovável de energia. (Ver: <<http://www.epe.gov.br/pdee/forms/epeestudo.aspx>>).

³⁷ A taxa de desmatamento de 2014 é o último valor consolidado disponível, sendo a de 2015 ainda uma estimativa. Disponível em: <http://www.obt.inpe.br/prodes/prodes_1988_2015n.htm>. Acesso em: 20 dez. 2015.

³⁸ A PNMC incide na Amazônia Legal, que não se confunde com o bioma amazônico. A Amazônia Legal é uma área definida juridicamente e um espaço de intervenções políticas governamentais, que pode ser reinventado para fins de planejamento.

³⁹ Informa-se, a propósito dessa análise de desempenho, que muitos estados brasileiros têm projetos de lei em andamento a respeito das mudanças do clima. Entre os que têm leis implementadas, como Pernambuco, Espírito Santo e Rio Grande do Sul, apenas os estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Paraíba estabeleceram metas de redução de GEE. Mais ou menos exitosas, são legislações – municipais, inclusive, como a da cidade de São Paulo – constituídas, por vezes, de forma autônoma, desconectadas entre si e em desalinhamento com a PNMC. Cenário similar – no sentido de uma agenda comum, porém em distintos estágios de execução – é o das políticas climáticas em andamento nos países amazônicos, por

as medidas adotadas pelo Brasil, para reduzir as suas emissões de GEE, estão vigorosamente baseadas no controle do desmatamento da Amazônia Legal, ação menos restritiva ao crescimento econômico que limitações ao setor energético, certamente.

3 As contratações estatais como instrumento de implementação da PNMC

Como se infere das ponderações feitas acima, a implementação de uma efetiva política pública, acerca das mudanças climáticas, pressupõe que seja executada uma série de medidas capazes de atingir o objetivo proposto. Como é comum nesse âmbito, as metas públicas desejadas envolvem um arsenal de medidas de cunho jurídico, que visa a implementação dos propósitos pretendidos. Daí porque a Lei 12.187/2009 caracteriza-se como um diploma normativo, que consagra a utilização de diversas técnicas distintas, todas orientadas a promover os intuitos por si tutelados. É exatamente essa complexa rede de medidas, das mais diversas ordens, que vai dar consistência à política pública nela instituída.

Vista a diversidade de expedientes jurídicos, merece registro para fins do presente exame a questão das regras relativas à contratação pública. Isto porque, dentre os instrumentos de implantação dos objetivos dessa política pública (definidos no art. 6º da lei), o inciso XII prevê:

[...] as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem

exemplo. Dos nove países que compartilham a chamada Amazônia Internacional, apenas Guiana Francesa e Venezuela não têm uma política específica que trate dos efeitos negativos oriundos do aquecimento global em seus territórios. O primeiro, espaço ultramarino francês, não é alcançado pela política climática europeia; o segundo, aborda as mudanças do clima de modo pontual e indireto em seus programas. O Equador, menciona-se em arremate, é o único país amazônico em que as mudanças climáticas são objeto de preocupação constitucional.

maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos.

A análise do referido preceito indica de modo claro que a efetiva implementação da PNMC depende de medidas de cunho administrativo, que visem estipular, nos processos seletivos referentes às contratações públicas, critérios de preferência em favor das propostas que impliquem benefícios capazes de contribuir com os objetivos definidos, na política pública instalada pela Lei 12.187/2009.

Todavia, a efetiva implementação de benefícios dessa natureza – e, mais do que isso, a efetiva produção dos efeitos desejados – depende de uma compreensão adequada do procedimento de contratação pública. Com efeito, a concreta produção dos resultados desejados depende, em larga medida, das premissas que orientam as nossas licitações. Isso porque o procedimento licitatório tem outros objetivos além de assegurar benefícios ambientais que devem ser levados em consideração, para que se fixem os limites e as possibilidades da efetiva adoção, em seu bojo, das premissas da PNMC.

3.1 Procedimento licitatório e os novos paradigmas da contratação pública

A adoção de processos objetivos de contratação pública é uma exigência do princípio republicano. Mais do que isso, nossa Constituição expressamente assinalou, no seu art. 37, XXI, que:

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

Assim, as oportunidades negociais criadas pela administração devem estar acessíveis a todos os interessados em igualdades de condições, de modo que a isonomia é um dos elementos centrais da ideia de licitação.

Como se percebe desde a matriz constitucional, as únicas exigências passíveis de serem feitas, de modo a restringir o universo de licitantes, dizem respeito, exclusivamente, aos elementos de qualificação (técnicos e econômicos) indispensáveis à demonstração objetiva, por parte dos particulares da capacidade de executar o objeto do contrato. É dizer: as limitações à participação devem se fundar em uma relação lógica de causa e efeito, com a demonstração da capacidade de executar o objeto do futuro contrato. Tudo que for além disso se configura como irregular, por restringir a competitividade.

Por outro lado, cumpre também notar que não só a isonomia é um dos pressupostos da licitação. A ideia de um procedimento objetivo de disputa entre particulares tem também por efeito buscar a melhor contratação possível para a administração. Nesta linha, o procedimento licitatório se convola em um elemento que visa a assegurar condições de competição entre os particulares, sendo que a disputa pelo futuro contrato tende a gerar uma contratação eficiente para a administração. Nessa dimensão, a efetiva competição entre os particulares tende a produzir melhores condições de contratação para o Poder Público. Em outras palavras, a disputa gera vantagens para a administração, sendo que as condições em que os sujeitos públicos contratam não são juridicamente indiferentes. Toda contratação estatal implica uma relação sinalagmática entre a administração e um sujeito privado. Achar a melhor relação entre ambas as prestações é fundamental, na justa medida em que isso representa a alocação eficiente de recursos públicos.

Assim, a isonomia, que *a priori* poderia ser enxergada como uma garantia em favor dos particulares, se transforma em uma garantia em prol da própria administração. Aqui torna-se evidente a dupla natureza da isonomia, no que se refere ao procedimento licitatório, que se afigura como garantia não só dos particulares, mas também da administração.⁴⁰

Em que pese as ponderações acima restarem claras desde a Constituição, fato é que atualmente a licitação assumiu outros objetivos que vão além da mera tutela dos interesses diretos dos particulares e da

⁴⁰ É o que destaca Justen Filho ao afirmar: “A isonomia afigura-se como um princípio estabelecido em favor do particular interessado em disputar o contrato administrativo. Mas a tutela aos interesses individuais reflete, igualmente, à proteção aos interesses da Administração Pública”. (Ver: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16 ed. São Paulo: RT, 2014. p. 69).

administração.⁴¹ Isto porque há outros objetivos em disputa quando se trata das contratações públicas, sendo isso decisivo na concepção que se tem atualmente dos procedimentos licitatórios. Atualmente, o marco normativo que rege as licitações passou a prever como um dos elementos que definem este procedimento o “desenvolvimento nacional sustentável”.⁴² Promoveu-se, assim, profunda mudança no regime licitatório, deixando claro que o sistema de contratações públicas se orienta a implementar benefícios públicos que transcendem o próprio contrato.

Em termos simples, a licitação já não serve apenas para atender uma necessidade da administração a ser satisfeita por meio de contrato; este procedimento é também destinado a implementar efetivos benefícios sociais, a partir do papel do Estado, como ente indutor das relações econômicas. Sabidamente, em toda economia desenvolvida, o poder de mercado do Estado é significativo. As contratações públicas são, portanto, parcela importante das relações econômicas em uma economia madura.

A partir da percepção do papel relevante da presença das contratações públicas na economia, percebe-se que os contratos públicos são um importante lócus de indução de comportamentos econômicos tidos como relevantes para a sociedade. Daí ser necessário pensar nas contratações públicas já não mais sob a perspectiva tradicional (focada nos benefícios do contrato), mas aproveitar o poder indutor do Estado contratante para implementar benefícios e vantagens para a sociedade, de modo a concretizar outros valores constitucionais.

Aliás, isto se configura, precisamente, uma das missões institucionais do Estado no jogo das relações econômicas, tal como preceitua o art. 174, *caput*, da CF/88, ao estipular que: “Como agente normativo e regulador

⁴¹ Em termos normativos, destaca-se que a redação original da Lei 8.666/1993, em seu art. 3º, ressaltava serem objetivos da licitação apenas a isonomia e a busca da melhor proposta. Assim, pode-se dizer que até então a premissa central, na avaliação das propostas, era meramente econômica. Todavia, a Lei 12.349/2010 promoveu profundas alterações no que se refere ao tema. Em síntese, a partir desse instante, passou-se a prever a “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”, como elemento constitutivo do conceito jurídico de licitação.

⁴² Tal percepção não se funda apenas no exame da Lei 8.666/1993. Apenas a título de exemplo, as premissas ora expostas estão presentes no chamado RDC, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei 12.462/2011), além de contempladas em marcos normativos setoriais, tal como o que estipulou a PNMC ou, ainda, aquele referente à Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010). Assim, reforça-se o caráter de modificação paradigmática, no que se refere à concepção do procedimento de contratação pública.

da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.” A análise do referido preceito constitucional demonstra com clareza que o poder de mercado do Estado pode e deve ser utilizado como elemento de orientação das forças econômicas, com vistas a gerar benefícios sociais. Nesta perspectiva, as licitações passam a ser elementos para a concretização de outros valores, que transcendem os benefícios gerados pelo próprio contrato. Como registram Garcia e Ribeiro:

É neste contexto que se inserem as licitações sustentáveis, admitindo-se que o Estado arque com um custo maior na aquisição de bens e serviços, mas utilizando-se seu poder de compra para reordenar o mercado e implementar outros valores constitucionalmente previstos.⁴³

Vê-se, portanto, que as contratações públicas configuram já um espaço para a implementação de políticas públicas voltadas à satisfação de interesses coletivos relevantes à luz da nossa Constituição. Nesta perspectiva, é que se passa a conceber que os custos necessários à implementação de certos valores podem ser transferidos para os contratos públicos, de modo a arcar com a proteção a certos valores.

O ponto fundamental aqui é perceber que a implementação de valores típicos do Estado Social apresenta custos: a efetiva implementação de direitos não é neutra do ponto de vista econômico. A novidade é perceber que é legítimo transferir esses custos para os contratos públicos, sendo essa uma política pública legítima à luz de nosso sistema normativo.

Daí porque a presença dessas pautas valorativas ter alterado a própria concepção que se tem da economicidade nos processos de contratação pública. Se antes a economicidade era vista como a relação econômica mais adequada entre as necessidades da administração e o valor do contrato, hoje elementos diversos entram em cena para que sejam estipuladas as vantagens associadas a um contrato público. Assim, a proteção ambiental, o fomento às empresas de pequeno porte, a proteção

⁴³ GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações públicas sustentáveis. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 260, p. 231-254, maio/ago. 2012.

do mercado nacional, o desenvolvimento de tecnologias nacionais, dentre outros, são valores que podem (e devem) ser tutelados por meio dos procedimentos licitatórios.

O atual marco jurídico das contratações estatais demonstra, portanto, que hoje as oportunidades negociais, geradas pela administração pública, devem ser compreendidas não apenas sob a perspectiva de gerar a contratação mais eficiente, mas também como instrumentos adequados para a promoção de benefícios à coletividade. Assim, a presença relevante do Estado na economia serve como elemento de indução e promoção de valores caros à ordem constitucional brasileira.

3.2 A sustentabilidade ambiental como diretriz das contratações públicas – o dever de atuação estatal

Do ponto de vista que interessa às presentes cogitações, tem-se a questão da sustentabilidade sob o viés ambiental, mas especificamente segundo as pautas estipuladas pela Lei 12.187/2009. Assim, dentre os diversos objetivos que podem ser reconduzidos ao conceito amplo de “desenvolvimento nacional sustentável”, tem-se, seguramente, a proteção ambiental. Embora haja diversos outros valores que podem ser referidos à ideia de desenvolvimento nacional sustentável, seguramente a proteção do meio ambiente se insere nesse contexto.⁴⁴ E isto à mercê da própria dimensão, que a proteção do meio ambiente assume em nosso sistema normativo. Com efeito, nos termos do art. 225, *caput*, da CF/88, tem-se que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. A redação do referido preceito deixa bastante claro que a proteção ambiental é um objetivo que vai além do âmbito puramente estatal e vincula também à coletividade o dever de sua proteção. Logo, por opção constitucional explícita, nota-se que proteger o meio ambiente é uma missão que é compartilhada entre Estado e

⁴⁴ Moreira e Guimarães indicam que há uma tríplice dimensão associada à ideia de desenvolvimento nacional sustentável indicada no art. 3º da Lei 8.666/93. A sustentabilidade tem uma faceta sociopolítica, ambiental e econômica, todas se integrando em vista da geração de efeitos benéficos aos cidadãos, sem comprometer as futuras gerações. (Ver: MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 85-90).

particulares. Tal estrutura tem a virtude de demonstrar a legitimidade de medidas que importem a alocação dos deveres de proteção ambiental aos particulares. Afinal, “[...] impende realçar que a construção de um mundo sustentável é tarefa que não cabe inteiramente ao Estado, só dele exigível. Ao contrário, os deveres associados a essa mudança de paradigma devem ser cobrados de qualquer pessoa, em especial dos agentes econômicos”.⁴⁵

Mais do que isso, a proteção ambiental também é diretriz de nossa Ordem Econômica (cf. art. 170, VI), sendo que o próprio Texto Magno predica que as medidas protetivas podem se dar “inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços”.

Nessa perspectiva, merece destaque que o lócus da contratação estatal é típico exemplo em que se verifica a articulação entre o Estado e particulares, com vistas à defesa do meio ambiente. Tal percepção demonstra, portanto, que há expressa autorização constitucional para que questões ambientais sejam tuteladas pela via da contratação pública, inclusive e, especialmente, mediante a diferença de tratamento. Aliás, a ausência de previsões nessa ordem parece mesmo contrariar o Texto Constitucional, que exige que a tutela ambiental seja uma diretriz considerada em toda política estatal. Na verdade, argumentar em sentido contrário parece fundar-se em um duplo equívoco constitucional: o de supor que o rol de medidas do art. 225 é de algum modo taxativo e que o tema da proteção se põe, apenas, no que se refere a atividades potencialmente poluidoras. Todavia, assim não é. O Texto Magno e sua cosmologia valorativa impõe uma interpretação ampliada das técnicas previstas no art. 225⁴⁶ e, mais do que isso, a proteção ao meio ambiente deve também ser assegurada por normas de cunho não repressivo. É de todo adequado, desse modo, que normas de cunho premial se ocupem da proteção do meio ambiente, sendo a capacidade indutora das regras de fomento um instrumento fundamental para atingir os objetivos da Constituição, em matéria ambiental.

⁴⁵ BENJAMIN, Antônio Herman. Política econômica e ambiental – política social. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 113.

⁴⁶ Sobre a estrutura normativa complexa do art. 225 da CF/88, consulte-se: DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 245-250.

Assim, preceitos que criem preferência em favor de propostas, que tutelem o meio ambiente e promovam a sustentabilidade ambiental, são medidas perfeitamente lícitas à luz da Constituição, caracterizando projeção dos valores dos arts. 170, VI, e 225 da CF/88. Além do mais, a configuração constitucional do meio ambiente parece mesmo indicar a necessidade de atuação nesse sentido, não podendo o Estado descurar de utilizar o seu poder de mercado, para promover a pauta ambiental. Nessa perspectiva, há uma vinculação constitucional a proscrever omissões do Estado, no que se refere às contratações públicas. Assim, as transformações que, desde 2010, vêm paulatinamente se colocando no que se refere às contratações públicas, nada mais são do que o atendimento do Estado às pautas constitucionais.

Contudo, uma ressalva aqui deve ser feita. Esta circunstância não elide a necessidade de se promoverem ainda os valores tradicionalmente associados às contratações públicas. Embora seja legítimo contemplar elementos que visem assegurar a proteção ambiental, ainda é necessário que o procedimento licitatório se pautem pelo tratamento isonômico dos particulares e que a disputa ampla entre eles seja veículo para que a administração selecione a melhor proposta no ponto de vista financeiro (o que também tutela um interesse público relevante). Assume, assim, importância destacada a necessidade de a fase interna do certame explicitar as opções realizadas pela administração pública. É nesta etapa de concepção das regras que balizarão o procedimento licitatório, que as ponderações necessárias ao atendimento de todos os objetivos envolvidos devem ser realizadas e, especialmente, devidamente justificadas. Deste modo, embora haja a necessidade de ponderar os elementos relativos à sustentabilidade ambiental, isso deve ser feito também com a preservação de outros elementos sensíveis ao procedimento licitatório, que continua a ser um elemento destinado a permitir a competição objetiva entre particulares visando trazer em favor da administração as melhores propostas.

3.3 As diretrizes da PNMC e seu caráter vinculativo

Fixadas as premissas acima, pode-se tratar da questão central do presente texto: quais são, afinal, os impactos da PNMC sobre as contratações públicas.

E, nesta perspectiva, a primeira advertência a ser feita é o caráter cogente das prescrições normativas contidas no art. 6º, XII, da Lei que estipulou a PNMC. Ou seja, “o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas” afigura-se como um dever para a administração pública (compreendida no sentido amplo do termo). Assim, no que se refere à incidência das mencionadas prescrições, é importante perceber que o preceito normativo cria um dever para a administração, que está sujeita, portanto, a prever as medidas ali contempladas, no que concerne às contratações estatais, sempre que possível for.

O pressuposto da implementação desse dever ocorre quando houver a possibilidade objetiva de se aferir que uma determinada proposta tem melhores condições de proteger os bens jurídicos tutelados pela PNMC que outra. Neste caso, a adoção de regras de preferência se tornará irrecusável para a Administração Pública.

Note-se, portanto, que nem toda licitação se submete às referidas regras, pois há casos em que não é possível indicar critérios objetivos, que permitam aferir objetivamente a “economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos”. A mensurabilidade desses benefícios, portanto, é pressuposto fático da aplicação das referidas previsões (para que possa haver disputa objetiva). Entretanto, e esse é o ponto central, em sendo possível avaliar que podem haver propostas que tutelem tais bens em diferentes medidas, fato é que torna-se irrecusável à administração aplicar o preceito do art. 6º, XII, da Lei 12.187/2009. Deste modo, havendo a possibilidade de existirem diferentes níveis de proteção dos citados bens (e este é um dado técnico a ser examinado na fase interna), impõe-se à administração avaliar de modo distinto as propostas dos particulares.

Neste caso, como indica a própria PNMC, é necessário contemplar o “estabelecimento de critérios de preferência”, em favor das propostas que melhor são capazes de proteger tais objetivos. E isso é feito pela adoção de critérios que pontuem de modo distinto as propostas, conduzindo a metodologias de seleção capazes de contemplar essa diferença de valor entre as propostas (tradicionalmente reunidas sob a ideia de “técnica e preço”).

Assim, todas as vezes que o objeto do contrato puder contemplar diferentes modos de execução e que haja a possibilidade de alguns deles promoverem os bens jurídicos previstos na PNMC, em maior intensidade

que outros, torna-se obrigatório estabelecer critérios de preferência que fomentem a implementação desses resultados. Em outras palavras, objetivamente, propostas que melhor tutelam o meio ambiente (a partir dos elementos fixados na lei) não equivalem para fins de seleção a propostas que não o façam. Aquelas, portanto, devem ser preferidas em detrimento destas, sob pena de dar igual tratamento para propostas que a lei reputa terem valor distinto em frontal ofensa à isonomia.

Mais, ainda, analisando o referido preceito, nota-se que suas prescrições não demandam detalhamento normativo ulterior, prescrevendo regra de competência irrecusável à administração. Assim, no bojo da proteção em face das mudanças climáticas, há regra que de modo pronto e acabado obriga a criação de preferência em favor de propostas de licitantes, que promovam os objetivos contemplados naquele diploma normativo. Como dito, a preferência não carece de complementação normativa, pois é reconduzível aos critérios de julgamento que implicam a ponderação do valor das propostas, para além do elemento preço, perfeitamente descritas em nossa legislação.

Note-se também que as mencionadas prescrições vão além do que usualmente se exige quando se fala em “licitação sustentável” (notadamente a partir do que está contemplado no art. 3º da Lei 8.666/1993). É que ordinariamente o que se estipula é o espaço para a promoção de políticas públicas de cunho desenvolvimentista e que fomentem a sustentabilidade ambiental. Assim, nesses casos, a efetiva implementação desses objetivos passa pela deliberação (administrativa ou legislativa, a depender da hipótese) em buscar tais escopos. E, embora se possa indicar o dever de proteger o meio ambiente e, portanto, quando menos cogitar deste tema por ensejo da fase interna,⁴⁷ não há uma solução adequada pré-configurada no plano normativo, como se dá no que se refere à PNMC.

⁴⁷ De acordo com Freitas: “Força vestir, para tanto, nos certames licitatórios, as lentes da sustentabilidade social, ambiental, econômica, com todas as correlações éticas e jurídico-políticas. Não se trata de simples faculdade, tampouco de modismo passageiro, como costuma objetar o conservadorismo redutor. Trata-se de assumir, vez por todas, que, em qualquer processo administrativo, o Estado tem de implementar políticas públicas, com o desempenho da função indutora de práticas sustentáveis, ao lado da função isonômica de oferecer igualação formal e substancial de oportunidades. Vale dizer, as licitações e as contratações públicas, nos próximos tempos, obrigatoriamente terão de ser examinadas num horizonte intertemporal dilatado, mais responsável e consequente. E não só: impõe-se adicionalmente que todos os atos e contratos administrativos passem a ser sindicados à base do princípio positivo da sustentabilidade, que não é simples declaração programática. É diretriz vinculante, orientada para procedimentos e resultados, de cuja força normativa

Com efeito, a regra do art. 6º, XII, da Lei 12.187/2009 impõe a previsão de vantagens às propostas que protejam os bens jurídicos nela contemplados, o que indica um modelo normativo mais detalhado do que as demais previsões acerca do tema, que atribuem margens de discricionariedade maiores em face da administração, organizadas a partir de normas de cunho principiológico. No âmbito da PNMC, satisfeitos os requisitos previstos na lei, a previsão de vantagem em favor das propostas ambientalmente mais adequadas é irrecusável. Daí porque se indicar que, no âmbito da Lei 12.187/2009, há soluções normativas efetivamente vinculantes (o que não se extrai, por exemplo, do art. 3º da Lei 8.666/1993).

Percebe-se, assim, que as prescrições relativas à PNMC configuram um *plus* em relação às leis que disciplinam processos licitatórios de modo generalista. Com efeito, suas disposições se caracterizam como *lex specialis*, a se sobrepor sobre as prescrições gerais que indicam que a licitação se destina a promover a sustentabilidade, em sentido genérico. E o elemento especificante é, justamente, a proteção aos bens jurídicos previstos de modo taxativo pelo art. 6º, XII, da Lei 12.187/2009.

Por fim, importa assinalar que a norma em análise configura medida de fomento em prol dos agentes econômicos que, efetivamente, investem em tecnologias que visem à proteção do meio ambiente, colaborando assim com os objetivos da PNMC. Como visto no tópico anterior, a tutela do meio ambiente exige a complementaridade entre medidas adotadas diretamente ao Estado e medidas a cargo da iniciativa privada. Ao sinalizar que haverá benefícios àqueles que acorram às licitações e tenham melhores condições de executar os objetos licitados do ponto de vista ambiental, a Lei incentiva os particulares a investirem em tecnologias capazes de gerar tais resultados. É nesse contexto que surge a exigência de dar tratamento distinto a tais propostas. Considerando as premissas da PNMC, seria um rematado contrassenso tratar propostas mais adequadas do ponto de vista ambiental, como se fossem equivalentes às que não conseguem gerar nenhum benefício. Daí novamente ficar claro o caráter cogente das regras que preveem os benefícios. É que sem a referida obrigatoriedade

se podem extrair as regras comportamentais aptas a depurar as cores, ora cinzenta, da gestão pública. Mais do que ‘verde’, quer-se uma licitação com todas as cores limpas.” Note-se que o controle proposto, embora exista, não é do mesmo tipo do que ora se defende para a Lei 12.187/2009. (Ver: FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, nov./dez. 2011).

desaparece qualquer incentivo para os particulares buscarem as tecnologias ambientalmente responsáveis, o que se configura como evidente retrocesso.

Considerações finais

O presente artigo tem um objetivo modesto. Sua única veleidade é indicar a existência de uma política nacional de mudanças climáticas decorrentes do aquecimento global, que implica a adoção de uma série de protocolos em matéria ambiental, com vistas a proteger as gerações de hoje e de amanhã dos riscos da interferência humana sobre o meio ambiente. Em outras palavras, com a Lei 12.187/2009, o Brasil contribui para a sustentabilidade climática do planeta, o que significa, antes mesmo de ser um compromisso internacional interiorizado, o dever constitucionalmente previsto de proteção do ambiente.

Ela foi o resultado de um procedimento de afirmação do Brasil no cenário global, como um dos líderes das discussões acerca do tema em nível mundial. A partir dessa diretriz política, surgiram em nosso ordenamento jurídico diplomas normativos que visam criar as condições necessárias às transformações desejadas. Para tanto, diversos instrumentos jurídicos são previstos, como costuma acontecer com políticas públicas complexas. Inclusive, é de se destacar o caráter multidisciplinar das medidas, que visam a conjugar esforços não só do Estado, mas também da iniciativa privada.

Nesse sentido, dentre as técnicas colocadas à disposição para a efetivação dos objetivos de enfrentamento dos eventos climáticos extremos, está a determinação de que o poder de mercado, relativo às contratações administrativas, seja utilizado de modo a garantir que os contratos da administração sejam veículo de efetivação dos objetivos da referida política pública.

Nesta perspectiva, merece destaque que é dever da administração dar tratamento favorecido às propostas apresentadas em procedimentos licitatórios que apresentem benefícios aos bens jurídicos tutelados pela PNMC, desde que esses possam ser objetivamente aferidos. Assim, sempre que houver a possibilidade de avaliar objetivamente o tema, cumpre à administração elaborar editais capazes de proteger os referidos valores, promovendo concretamente política pública de mudança climática, por meio dos contratos públicos.

Referências

ABRANCHES, Sérgio. *Copenhague: antes e depois*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

AMORIM, João Alberto Alves. *A ONU e o meio ambiente: direitos humanos, mudanças climáticas e segurança internacional no século XXI*. São Paulo: Atlas, 2015.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de España, 2002.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman. Política econômica e ambiental – política social. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3.535. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7C6BBBD10E4028D04_39230DCCE5427BCB.proposicoesWeb2?codteor=574554&filename=PL+3535/2008>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 de outubro de 1988, Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

BRASIL. Decreto 7.390. *Diário Oficial da União*, 9 de dezembro de 2010, Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7390.htm>.

BRASIL. Lei 8.666. *Diário Oficial da União*, 21 de junho de 1993, Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>.

BRASIL. Lei 12.187. *Diário Oficial da União*, 29 de dezembro de 2009, Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112187.htm>.

BRASIL. Lei 12.349. *Diário Oficial da União*, 15 de dezembro de 2010, Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112349.htm>.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. Segunda Comunicação Nacional do Brasil à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0215/215070.pdf>.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. *Plano Decenal de Expansão de Energia 2022; Plano Decenal de Energia 2023*. Brasília: MME, 2013; 2014. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pdee/forms/epeestudo.aspx>>.

CARVALHO, Fernanda Viana de. *A posição brasileira nas negociações internacionais sobre florestas e clima (1997-2010): do veto à proposição*. 2010. 222 f. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) – Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito Ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA, Heline Sivini. A sociedade de risco e o princípio da precaução no direito ambiental brasileiro. 2003. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003.

FRANCHINI, Matías; RIBEIRO, Thais Lemos; VIOLA, Eduardo. *Sistema internacional de hegemonia conservadora: governança global e democracia na era da crise climática*. São Paulo: Annablume, 2013.

FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, nov./dez. 2011.

GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações públicas sustentáveis. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 260, p. 231-254, maio/ago. 2012.

GIDDENS, Anthony. *A política da mudança climática*. Trad. de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2010.

GREENPEACE BRASIL. As lições da Política Nacional de Mudança do Clima. 2013. Disponível em: <<http://www.greenpeace.org/brasil/Global/brasil/image/2013/Novembro/relatorio%20pnmc%20final.pdf>>.

INTERGOVERNMENTAL Panel on Climate Change (IPCC). Fourth Assessment Report (AR4); Fifth Assessment Report (AR5): Working Group I Report: “The Physical Science Basis”. Genebra, Suíça: 2007; 2013. Disponível em: <http://www.ipcc.ch/publications_and_data/publications_and_data_reports.shtml>.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: RT, 2014.

LAVRATTI, Paula; CAVEDON-CAPDEVILLE, Fernanda de Salles. Política nacional sobre mudança do clima. In: LEITE, José Rubens Morato (Coord.). *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEFF, Enrique. *Discursos sustentáveis*. Trad. de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2010.

LOVINS, Hunter. *Capitalismo climático*. Trad. de Claudia Gerpe Duarte e Eduardo Gerpe Duarte. São Paulo: Cultrix, 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELO, Fabiano. *Manual de direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública*. São Paulo: Malheiros, 2012.

RAMOS JÚNIOR, Dempsey Pereira. *Meio ambiente e conceito jurídico de futuras gerações*. Curitiba: Juruá, 2012.

SEIFFERT, Mari Elizabete Bernardini. *Gestão ambiental: instrumentos, esferas de ação e educação ambiental*. São Paulo: Atlas, 2014.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2001.

THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

VEIGA, José Eli da (Org.). *O imbróglio do clima: ciência, política e economia*. São Paulo: Senac, 2014.

VIOLA, Eduardo. Evolução da mudança climática na agenda internacional e transição para uma economia de baixo carbono, 1990-2009. In: BORATTI, Larissa Verri; FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Estado de Direito Ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.