

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO II

VLADIMIR PASSOS DE FREITAS

CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO

FELIPE FRANZ WIENKE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito ambiental e socioambientalismo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Felipe Franz Wienke, Vladimir Passos De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-299-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Ambiental.
3. Socioambientalismo. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Ambiental e Socioambientalismo II demonstrou a constante evolução do debate jurídico-científico em torno de temas importantes relacionados ao direito ambiental no século XXI. Os artigos apresentados pelos pesquisadores de diferentes regiões do país se destacaram pela satisfatória qualidade em face dos temas apresentados.

Foram abordados os mais diferentes temas relacionados ao meio ambiente cultural, meio ambiente digital, meio ambiente artificial e meio ambiente natural em face de diferentes visões com reflexos nacionais e mesmo internacionais . Questões já debatidas na doutrina ambiental, mas não raramente controvertidas, receberam contribuições relevantes destacando-se, outrossim, as diferentes abordagens acerca dos denominados princípios balizadores do direito ambiental.

A apresentação dos artigos, cujo teor integral é disponibilizado na sequência, demonstra a constante evolução de novos pesquisadores no cenário acadêmico, bem como as adequadas abordagens trazidas por professores norteadores do direito ambiental brasileiro.

Prof. Dr. Vladimir Passos De Freitas - PUC-PR

Prof. Dr. Celso Antonio Pacheco Fiorillo - FADISP e UNINOVE

Prof. Dr. Felipe Franz Wienke - FURG

ANÁLISE DA APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO AMBIENTAL DA PRECAUÇÃO, PREVENÇÃO, POLUIDOR PAGADOR E USUÁRIO PAGADOR NAS COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS

ANALYSIS OF APPLICABILITY OF THE PRINCIPLES OF ENVIRONMENTAL LAW OF CAUTION, PREVENTION, POLLUTER PAYER AND USER PAYER IN SUSTANABLE PUBLIC PURCHASES

Dagmar Albertina Gemelli

Resumo

O presente artigo tem como objetivo apresentar considerações sobre a aplicabilidade dos princípios de direito ambiental da precaução, prevenção, poluidor pagador e usuário pagador, nos processos administrativos relativos às compras públicas sustentáveis, os quais devem ser pautados no direito fundamental à administração pública eficiente. Será demonstrada a importância do estudo dos princípios ambientais como forma de incentivo às práticas de compras sustentáveis como instrumentos de garantia ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O artigo foi construído a partir de um estudo exploratório, por meio de pesquisa documental e bibliográfica através de consulta na legislação aplicada à temática proposta.

Palavras-chave: Aplicabilidade, Princípio ambiental, Compras sustentáveis

Abstract/Resumen/Résumé

This following article aims to present considerations about the applicability of the principles of environmental law of precaution, prevention, polluter payer and user payer in administrative proceedings concerning sustainable public procurement, which must be guided by the right which is root to efficient public administration. The importance of the study of environmental principles as an incentive for sustainable purchasing practices as guarantee instruments to an ecologically balanced environment will be demonstrated. The article was constructed from an exploratory study, through documental and bibliographic research by consulting the legislation applied to the proposed theme.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Applicability, Principles environmental, Sustainable purchases

INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 foi considerada um importante marco legal da sistematização da tutela ambiental. Especificamente no art. 225¹, e seus parágrafos e incisos, do Título VIII – Da Ordem Social, o capítulo IV são tratados do meio ambiente, legitimando que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, e é obrigação do poder público defendê-lo e preservá-lo para as futuras gerações. Essa determinação constitucional impõe a todos os órgãos públicos o dever de considerar aspectos ambientais em suas decisões, adicionando a tutela ambiental a cada uma das suas missões primárias, não por opção, mas, sim, por obrigação (CANOTILHO, 2008).

A Carta Constitucional foi considerada como a “Constituição Verde”, por trazer artigos específicos para tratar da preservação do meio ambiente. Nesse sentido, “a matéria ambiental, ganhou unicidade, de modo que a tutela jurídica ambiental passou, obrigatoriamente, a ser orientada pelas disposições constitucionais”. Seguramente, a inclusão da temática ambiental no texto constitucional “pode ser considerada como um dos principais marcos da proteção jurídica do meio ambiente” (ROSSI et al., p. 241).

Assim, a administração pública, enquanto consumidora, não poderá se isentar das obrigações previstas nos artigos 170² e 225 da Constituição Federal de 1988, a qual deverá planejar políticas públicas direcionadas para uso mais eficiente e responsável dos recursos públicos, visando à proteção do meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável.

Segundo disposto no artigo 37, inciso XXI³, da Constituição Federal de 1988, a celebração de contratos administrativos relacionados a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito de qualquer esfera estatal, obrigatoriamente deve ser precedida de processo licitatório, ressalvando apenas as hipóteses previstas em lei.

¹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988).

² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (BRASIL, 1988).

³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - 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. (BRASIL, 1988).

Objetivando regulamentar o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, sobreveio a criação da Lei n. 8.666/1993 – Lei de Licitações e Contratos –, que estabeleceu as regras gerais para licitações e contratos administrativos.

O art. 3º versa sobre os princípios gerais aplicados nos procedimentos licitatórios, objetivando “garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável”. As decisões administrativas e o julgamento das propostas apresentadas pelos licitantes devem ser norteadas pelos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Com a aprovação da Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, vislumbra-se o novo propósito nas licitações, foi inserido no artigo 3º, da Lei nº 8.666/1993, o desenvolvimento nacional sustentável. Portanto, a escolha da proposta mais vantajosa para administração pública, além de atender todos os princípios norteadores da licitação, deverá levar em consideração os critérios sociais e ambientais que promovam o desenvolvimento sustentável.

Após a alteração do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, pela Lei nº 12.349/2010, o desenvolvimento nacional sustentável deverá fundamentar a implementação de políticas públicas de contratação e licitações sustentáveis, uma vez que reconhece o poder da administração pública para efetivação do interesse público, especificamente, aliando o poder de compra e contratação de obras e serviços ao dever de proteção ao meio ambiente, conforme o referido artigo 225 da Carta Magna.

Posteriormente, a referida norma foi regulamentada pelo Decreto nº 7.746/2012, que estabelece critérios, práticas e diretrizes para as contratações realizadas pela administração pública, nas aquisições de bens, obras e contratação de serviços no âmbito da administração pública federal.

A proposta de praticar um consumo público sustentável passou a ser inserida de forma expressa na legislação brasileira, tornando-se uma observância obrigatória, inclusive como meio de concretização do dever constitucional imposto ao Poder Público de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado como garantia do bem estar da coletividade.

Segundo os dados divulgados pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), as compras públicas no Brasil correspondem de 5 a 20% do PIB (BIDERMAN, 2008). Assim, levando em consideração o poder de compra governamental as

licitações públicas são consideradas como oportunidades significativas para implementar medidas de defesa do meio ambiente.

Ao consumir e contratar, o Estado direciona os agentes econômicos de mercado à medida que altera as condições para fornecimento de determinado produto ou serviço. Assim, a licitação sustentável é considerada como uma solução para integrar as considerações ambientais ao processo de compras públicas, em que são levados em consideração critérios sustentáveis nas suas aquisições a “Administração Pública sinaliza aos fornecedores e ao mercado o imperativo de ajuste dos processos de produção em consonância com as metas de proteção social, ambiental e desenvolvimento sustentável” (BIDERMAN, 2008).

Juarez Freitas explica que licitações sustentáveis são consideradas como procedimentos administrativos que

[...] a Administração Pública convoca interessados – no seio de certame isonômico, probo e objetivo – com a finalidade de selecionar a melhor proposta, isto é, a mais sustentável, quando almeja efetuar pacto relativo a obras e serviços, compras, alienações, locações, arrendamentos, concessões e permissões, exigindo, na fase de habilitação, as provas indispensáveis para assegurar o cumprimento das obrigações avençadas. (FREITAS, 2012, p. 257)

Desse modo, os processos de compras públicas sustentáveis obedecem aos princípios constitucionais previstos no art. 37, *caput*⁴, da Constituição Federal de 1988 e no artigo 3º, da Lei nº 8.666/1993. A doutrina elenca a possibilidade de serem aplicados alguns princípios específicos de direito ambiental.

O presente artigo tem como objetivo apresentar considerações sobre a aplicabilidade dos princípios de direito ambiental da precaução, prevenção, poluidor pagador e usuário pagador, nos processos administrativos relativos às compras públicas sustentáveis, os quais devem ser pautados no direito fundamental à administração pública eficiente. Será demonstrada a importância do estudo dos princípios ambientais como forma de incentivo às práticas sustentáveis como instrumentos de garantia ao direito do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O artigo foi construído a partir de um estudo exploratório por meio de pesquisa documental e bibliográfica através da consulta a diferentes fontes, tais como: livros, artigos, periódicos e da legislação aplicada na temática proposta.

⁴ Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE OS PRINCÍPIOS

Inicialmente faz-se necessário declinar alguns apontamentos sobre a importância dos princípios no ordenamento jurídico pátrio, especificamente quanto à aplicabilidade dos princípios ambientais no âmbito das compras públicas.

Os princípios representam o fundamento ou a ideia basilar de um determinado instituto jurídico e servem para melhor compreensão de sua estrutura normativa em vigor. Assim, são considerados normas-chave do sistema jurídico, normas das quais decorre todo o regramento jurídico, e os procedimentos licitatórios estão sujeitos a princípios que, em caso de serem inobservados, conduzirão à invalidade de todo o procedimento (BONAVIDES, 2009).

Deve-se considerar os princípios como “os mandamentos ou enunciados que formam o núcleo de determinado sistema”. No sistema jurídico a aplicação dos princípios servirá como base estrutural para as normas, assim, ao serem positivadas “transformam-se em normas-princípio”, tornando o estudo fundamental para uma correta aplicação da norma e dos institutos jurídicos (LEUZINGER; CUREAU, 2013).

Nesse sentido, os princípios são considerados normas impositivas que compreendem os valores e conceitos básicos que devem ser aplicados como garantia da ordem jurídica.

Em relação ao direito ambiental brasileiro, a base teórica dos princípios contribui para orientar o desenvolvimento e a aplicação de políticas públicas ambientais, “as quais servem como instrumento fundamental de proteção ao meio ambiente e, conseqüentemente, à vida humana” (COLOMBO, 2005).

A Constituição de 1988, ao consagrar os princípios ambientais implícitos ou explícitos, resguarda a natureza política, social e ideológica das decisões dos governantes e da sociedade, portanto “os princípios ambientais constitucionais, o espírito e as finalidades a serem obedecidas por todos, indistintamente” (ALVES, 2005, p. 25).

A importância do estudo dos princípios consiste em conhecer os limites a serem observados pela administração pública ao iniciar qualquer procedimento licitatório tendo em vista a implementação das contratações públicas sustentáveis.

Assim, em que pesem algumas divergências doutrinárias acerca da aplicabilidade dos princípios de direito ambiental nas compras públicas, serão analisados aqueles que possuem certa unanimidade como os princípios da precaução e prevenção, do poluidor pagador e usuário pagador como fatores de promoção do desenvolvimento sustentável.

2 O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO

Importante contextualizar a caracterização dos princípios da prevenção e da precaução diante do controle da previsão dos riscos. Estudos sinalizam que os riscos de caráter ambiental podem ocorrer sob duas formas: risco concreto ou potencial, quando visível e previsível pelo conhecimento técnico-científico; e risco abstrato, quando invisível e imprevisível pelo conhecimento técnico-científico. Essas categorias são determinadas conforme o nível observado de conhecimento científico conjugado com o nível de incerteza. Portanto, o Estado, enquanto “moderador” desses riscos, atua como gestor da interação entre a sociedade e o meio ambiente (BECK, 1997).

A prevenção se prescreve para o risco concreto, enquanto a precaução atua como remédio para o risco abstrato. Isso porque nesse risco – no abstrato – está-se diante da evidência da invisibilidade e da imprevisibilidade, da atual incapacidade humana de compreensão do risco, no caso concreto de sua natureza, de suas origens e amplitude dos seus efeitos (GEMELLI, 2015).

O princípio da precaução foi positivado no ordenamento jurídico em vários diplomas. No caso das contratações públicas, a prática dos referidos princípios pode ser demonstrada no art. 225 da CF/88, ao exigir uma metodologia de prevenção e precaução, ao dispor no inciso IV de seu § 1º, a exigência “para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente estudo prévio de impacto ambiental⁵, a que se dará publicidade”. Também o inciso V determina ao Poder Público “que não se omita o exame das técnicas e métodos utilizados nas atividades humanas que ensejem risco para a saúde humana e o meio ambiente”. E, a exigência do zoneamento ambiental, previsto no inciso III, “materializa as medidas de controle e gestão exigidas pelo princípio da precaução e da prevenção na conservação do meio ambiente” (BERTOGNA, 2011).

Conforme previsto no inciso I do artigo 7º, da Lei Federal nº 8.666/93, o projeto básico é documento obrigatório nas licitações para execução de obras e prestação de serviços, e deverá possuir todos os elementos necessários e suficientes para caracterizar o objeto que se pretende adquirir. O projeto deve ser elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares que assegurem a viabilidade da aquisição e o adequado tratamento do impacto

⁵ Sabe-se que o objetivo da realização do estudo de impacto ambiental é basicamente evitar que um projeto (de obra ou atividade), justificável pelo fator econômico ou pelo interesse pessoal de um proponente, revele-se posteriormente por meio da degradação ao meio ambiente.

ambiental do objeto licitado, além de possibilitar a avaliação dos custos da obra e a definição dos métodos e prazos de execução.

Assim, a exigência de projetos básicos de obras e serviços, acompanhados de estudos prévios de impacto ambiental consoante ao disposto no art. 6º, inciso IX⁶ e art. 12, inciso VII⁷ da Lei nº 8.666/93, são considerados instrumentos de concretização dos princípios da prevenção e precaução.

O princípio da precaução, ao ser incluído na Declaração do Rio como um resultado da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – RIO/92, passou a ser considerado como um princípio fundamental de direito ambiental internacional, conforme o disposto no Princípio 15: “De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com as suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

Nesse sentido, Paulo Affonso Leme Machado explica que

No caso da aplicação do princípio da precaução, é imprescindível que se use um procedimento de prévia avaliação, diante da incerteza do dano, sendo este procedimento o já referido Estudo Prévio de Impacto Ambiental. Outras análises, por mais aprofundadas que sejam, não podem substituir esse procedimento. (MACHADO, 2010, p. 94).

A prevenção é considerada como dever jurídico de evitar a consumação de danos diante de uma situação em que é certa a ocorrência de dano. Assim, há obrigação estatal de intervir, a fim de evitá-lo, pois “aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e dos quais se possa, com segurança, estabelecer um conjunto de nexos de causalidade que seja suficiente para a identificação dos impactos futuros mais prováveis” (MACHADO, 2010).

O princípio da prevenção, disposto no artigo 2º, da Lei nº 6.938/1981, que versa sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) estabelece como objetivos a preservação,

⁶ Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: [...]

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: (grifo nosso). (BRASIL, 1993)

⁷ Art. 12. Nos projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços serão considerados principalmente os seguintes requisitos: [...] VII – impacto ambiental (grifo nosso). (BRASIL, 1993)

melhoria e recuperação da qualidade ambiental, e, ainda, trata da necessidade da adoção desse princípio em todas as esferas de atuação da atividade humana frente ao meio ambiente.

Ao discorrer sobre a diferença entre o princípio da prevenção e precaução Juarez Freitas elucida que:

No cotejo com o princípio da prevenção, a diferença reside no grau estimado de probabilidade da ocorrência do dano (certeza “versus” verossimilhança). Nessa medida, o Poder Público, para bem efetivar o princípio da precaução, age na presunção – menos intensa do que aquela que o obriga a prevenir – de que a interrupção proporcional e provisória do nexo de causalidade consubstancia, no plano concreto, atitude mais vantajosa do que a resultante da liberação do liame de causalidade. (FREITAS, 2004).

O princípio da prevenção com sua característica preventiva relaciona-se com as compras sustentáveis, partindo do entendimento de que o mesmo impõe “medidas administrativas que impedem a efetivação do dano”, considerando que os efeitos da atividade lesiva já são conhecidos, haja vista a característica dos bens ou serviços que serão adquiridos ou contratados pela administração pública, portanto, “a utilização do princípio da prevenção fica mais adstrita ao controle administrativo” (ALVES, 2005).

Na mesma linha de raciocínio, ao diferenciar os princípios da precaução e prevenção “Em caso de certeza do dano ambiental, este deve ser prevenido, como preconiza o princípio da prevenção; já no caso de dúvida ou de incerteza, também se deve agir prevenindo, à luz do princípio da precaução” (MACHADO, 2010).

Em síntese, os dois princípios analisados versam sobre “os riscos que as atividades humanas geram para o equilíbrio ambiental”. Assim, no tocante a determinadas atividades “os danos ao meio ambiente por elas causados já são amplamente conhecidos e, por esse motivo, o empreendedor deve agir no sentido de evitá-los ou, quando não for possível, de minimizá-los” (LEUZINGER; CUREAU, 2013).

No desenvolvimento da pesquisa bibliográfica, constatou-se que há divergência entre os doutrinadores quanto à definição dos princípios da prevenção e da precaução, no âmbito das licitações sustentáveis. Alguns doutrinadores adotam o princípio da prevenção, e outros preferem adotar o princípio da precaução e, ainda, há os que utilizam ambas as expressões, supondo ou não diferenças entre elas.

Assim, entende-se que a aplicação dos princípios ambientais da precaução e da prevenção pode ser manifestada por meio de políticas públicas ambientais de incentivo às aquisições de bens e contratação de serviços sustentáveis que tenham como objetivo promover a defesa do meio ambiente e o afastamento ou diminuição de risco de danos ambientais.

Portanto, os referidos princípios fortalecem a implementação de medidas protetivas ao meio ambiente, como a priorização de aquisição de materiais reutilizáveis e recicláveis, a utilização do uso racional dos recursos naturais, como eficiência energética, a redução do consumo de água e produtos biodegradáveis pautados na sustentabilidade. Objetiva-se, assim, reduzir os impactos ao meio ambiente decorrentes de compras públicas em função da relação risco-benefício para a sociedade.

3 PRINCÍPIO DO POLUIDOR PAGADOR E DO USUÁRIO PAGADOR

Pode-se afirmar que a origem do princípio do poluidor pagador deu-se na Recomendação C (72) 128 do Conselho da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE), que trata dos aspectos econômicos das políticas ambientais.

No direito pátrio, a Carta Magna de 1988 estabelece no art. 225, § 3º o sistema da tríplice responsabilização por degradações ambientais, determinando aos responsáveis por atividades e condutas lesivas ao meio ambiente a sujeição às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (CASA; ZANINI; VASCONCELLOS, s/d).

Também, o princípio em voga está consubstanciado no princípio 16 da Declaração do Rio de 1992, ao dispor que: “As autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando na devida conta o interesse público sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais.”

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio do poluidor pagador está previsto no art. 4º, VII⁸, Lei nº 6.938/81 que, ao tratar dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, traz a imposição ao poluidor da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados.

Importante registrar que o princípio do poluidor pagador não é considerado como uma chancela autorizativa “para poluir, contanto que se pague pelo dano gerado pela atividade nociva ao meio ambiente.” Portanto, a mais adequada interpretação a esse princípio “estaria relacionada ao custo ambiental, assim entendido todos os valores despendidos por força das obrigações impostas pelas normas ambientais no controle e prevenção da poluição”. Assim a lógica do poluidor pagador, é que “o empreendedor deve internalizar todos os “Custos

⁸ Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará: [...] VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos. (BRASIL, 1981)

Ambientais” gerados por sua atividade, onde se inclui naturalmente os custos gerados pela poluição que eventualmente venha a causar” (ARAÚJO, s/d).

O princípio do poluidor pagador objetiva a “internalização dos custos externos de deterioração ambiental”. Ressalta-se que a referida situação poderia resultar na melhor prevenção e precaução, em virtude do conseqüente maior cuidado com situação de potencial poluição (LEITE, 2011).

Na primeira situação, há uma imposição ao poluidor quanto ao dever de arcar com todas as despesas de prevenção aos danos para o meio ambiente, decorrente de sua atividade. Deverá ainda utilizar instrumentos compatíveis com a necessidade de prevenção dos danos. Já na segunda situação, quando ocorrem danos ao meio ambiente em razão da atividade prestada, o poluidor deve responsabilizar-se pela reparação ao meio ambiente.

O valor a ser imputado ao poluidor não está vinculado à imediata reparação do dano, pois o verdadeiro custo encontra-se na atuação preventiva, consistente no preenchimento da norma de proteção ambiental.

O princípio do usuário pagador “refere-se ao uso autorizado de um recurso, observadas as normas vigentes, inclusive os padrões legalmente fixados. Trata-se de pagar pelo uso privativo de um recurso ambiental de natureza pública, em face de sua escassez, e não como uma penalidade decorrente do ilícito” (GRANZIERA, 2006).

Como principal fundamento legal destaca-se a previsão da Lei nº 6.938/1981, determinando no seu artigo 4º, inciso VII, como um dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, a “imposição [...] ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”.

O princípio do usuário pagador está diretamente interligado com o princípio do poluidor pagador, referindo-se “àquele que utiliza um determinado recurso natural, ainda que na qualidade de consumidor final, e que deve arcar com os custos necessários a tornar possível esse uso, evitando que seja suportado pelo Poder Público ou por terceiros”. Assim, devem ser implementados mecanismos de mercado onde os custos decorrentes da prevenção/reparação são arcados por aquele que efetivamente utilize determinado produto ou recurso natural, e não toda a sociedade (LEUZINGER, CUREAU, 2013).

Portanto, é importante enfatizar que “diferentemente do princípio do poluidor pagador, que tem um caráter reparatório e punitivo”, o princípio do usuário-pagador parte do pressuposto de que aquele que se aproveita dos recursos naturais deve suportar isoladamente os custos pela sua utilização, de modo que “cobrança tem por característica um “preço público” cobrado pelo uso de um “bem público” (TRINDADE, SCHEIBE, 2014).

Portanto, os princípios do poluidor pagador e usuário pagador se inspiram na teoria econômica, mediante a qual os custos sociais externos que acompanham o processo produtivo (v.g., o custo resultante dos danos causados ao meio ambiente) precisam ser internalizados, enfatizando que os fatores econômicos devem ser levados em conta ao se elaborar os custos de produção e, conseqüentemente, assumi-los (MILARÉ, 2005).

Quanto à diferença da aplicabilidade dos dois princípios, entendem-se diferentes, pois enquanto o primeiro impõe ao poluidor o dever de prevenir e reparar por eventuais danos, o segundo dá azo à cobrança pela utilização de recursos ambientais, não em caráter punitivo, mas, sim, pelo valor que o recurso natural representa de per si ou, ainda, em razão de sua função ecossistêmica (MILARÉ, 2005).

Ainda ao discorrer sobre a diferença entre os princípios do poluidor pagador e do usuário pagador, compreende-se que:

A expressão é diversa porque se todo poluidor é um usuário (direto ou indireto) do bem ambiental, nem todo usuário é poluidor. O primeiro tutela a qualidade do bem ambiental e o segundo, a sua quantidade. Na verdade, o usuário-pagador obriga a arcar com os custos do 'empréstimo' ambiental aquele que se beneficia do ambiente (econômica ou moralmente), mesmo que esse uso não cause qualquer degradação. Em havendo degradação, deve arcar também com a respectiva reparação. Nesta última hipótese, diz-se que o usuário foi poluidor. (RODRIGUES, 2005).

Portanto, conforme os entendimentos delineados, ambos os princípios têm como fundamento não apenas admitir a poluição mediante um preço/custo, nem se limitam apenas na possibilidade de compensação dos danos causados, sobretudo objetivam evitar que sejam causados mais danos ambientais.

Assim, no contexto das compras públicas sustentáveis, é possível a aplicação dos princípios ambientais do poluidor pagador e do usuário pagador, pois com a inserção de critérios ambientais nos editais são contempladas as responsabilidades de zelo ao meio ambiente, uma vez que atingem os agentes econômicos e os usuários dos recursos naturais. Incumbirá na obrigação de recuperar ou indenizar os danos causados pelas construções de rodovias, obras, atividades de grande degradação ao meio ambiente.

CONCLUSÃO

No decorrer deste estudo, ficou evidenciada a possibilidade de serem aplicados os princípios de direito ambiental da precaução, prevenção, poluidor pagador e usuário nos processos administrativos relativos às compras públicas sustentáveis.

Nesta perspectiva, a preservação do meio ambiente não é de responsabilidade apenas dos governos ou de determinado indivíduo. Pelo contrário. Este é um problema coletivo e, como tal, deve ser encarado e resolvido. Ademais, a própria Constituição Federal de 1998, no seu artigo 225, caput, impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Pontua-se, também, que apesar de termos uma legislação ambiental avançada, se comparada a outros países, e que assegura de modo satisfatório a preservação do meio ambiente, é necessário que a mesma seja aplicada, sob pena de se tornar inócua e figurativa em nosso ordenamento jurídico.

Assim, os processos administrativos de compras públicas, além de serem norteados pelos os princípios gerais insculpidos no art. 3º da Lei nº 8.666/1993, também considerarão os princípios de direito ambiental, que servem para amparar a realização dos processos licitatórios sustentáveis, uma vez que os preceitos se constituiriam, assim, em um meio preventivo de proteção ambiental (FREITAS, 2010).

Dessa forma, considerando a determinação expressa na Lei nº 8.666/1993 – Lei de Licitações e Contratos –, quanto às delimitações dos requisitos do Edital “acerca das questões ambientais, que comporta – conforme a doutrina – a admissão de normas, visando, sem desrespeitar os princípios licitatórios e contratuais, o investimento em produtos e serviços sustentáveis”. (FIGUEIREDO, 2006).

Ainda, constatou-se que é mais fácil introduzir requisitos ambientais e socioeconômicos nas etapas preliminares do processo de licitação, como no caso da definição do objeto do contrato, apesar de serem considerados em todas as etapas do processo. Contudo deve-se ter o cuidado com as especificações técnicas, incorporadas aos requisitos de sustentabilidade, para não discriminar algum licitante, haja vista a proibição legal de restrição ao caráter competitivo das licitações.

Nesse sentido os editais das licitações sustentáveis devem ser elaborados em observância as normas relativas à sustentabilidade orientadas pelos princípios constitucionais e ambientais como forma de garantir um meio ambiente de qualidade para a preservação das gerações futuras. Portanto, a interpretação das normas aplicadas nas licitações deve ser coerente

com os demais regulamentos pátrios, em especial a Lei nº 6.938/1981, que versa sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA).

A inserção do requisito de sustentabilidade ambiental na realização de licitações públicas promoverá importante mudança nas relações entre o Estado e o mercado produtor de bens e serviços. Essa inserção induzirá ações voltadas para defesa e preservação do meio ambiente, pois as licitações deixam, assim, de ser guiadas apenas pelos requisitos do melhor preço e da maior vantagem para a administração, passando a considerar, também, critérios de sustentabilidade ambiental.

Assim, segundo o Guia de Compras Sustentáveis para a Administração Federal, “é importante que haja clareza na exposição do critério ambiental”. O peso atribuído para critério especificado no edital “deve ser indicado e previamente calculado em relação aos demais critérios do produto/serviço, de forma que ele não se constitua em um critério eliminatório quando não for essencial à finalidade da contratação” (SANTOS; FORESTI; SANTOS NETO, 2010).

Como uma grande consumidora, a Administração Pública induz a produção e o mercado na inclusão de critérios sustentáveis nas suas contratações e, quando respeitados os princípios de direito ambiental, as compras públicas sustentáveis podem ser consideradas como um instituto proativo e eficiente da gestão pública e importantes instrumentos de incentivo a um novo padrão de consumo e produção.

No desenvolvimento da pesquisa bibliográfica, percebe-se que há divergência entre os doutrinadores quanto à definição dos princípios da prevenção e da precaução, no âmbito das licitações sustentáveis. Alguns doutrinadores adotam o princípio da prevenção, e outros preferem adotar o princípio da precaução e, ainda, há os que utilizam ambas as expressões, supondo ou não diferenças entre elas.

Assim, na administração pública atual, não se permite mais ao gestor buscar somente o menor preço nas compras públicas, mas sim a melhor compra, tendo como parâmetro os resultados como os critérios da sustentabilidade. Assim a luz dos princípios do poluidor pagador e usuário pagador, deverá ser levando em consideração que os possíveis custos adicionais das contratações serão compensados pelos benefícios que a licitação sustentável traz à economia, ao desenvolvimento da comunidade local e regional.

REFERÊNCIAS

ALVES, Wagner Antônio. **Princípios da precaução e da prevenção no direito ambiental brasileiro**. São Paulo: J. de Oliveira, 2005.

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito Ambiental – Esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Método, 2014.

ARAÚJO, Luis Cláudio Martins. **Princípios jurídicos do direito ambiental**. Revista Virtual da AGU. n° 106, nov/2010. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/2965218>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Ed. Universidade Estadual Paulista, 1997.

BERTOIGNA, Veridiana. **Princípios constitucionais ambientais aplicáveis às licitações sustentáveis: licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BIDERMAN, Rachel. (Org.) **Guia de compras públicas sustentáveis: uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

_____. **Decreto n. 7.746, de 5 de junho de 2012**. Regulamenta o art. 3º da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

_____. **Lei n. 12.349, de 15 de dezembro de 2010**. Altera as Leis n. 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei n. 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

_____. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

_____. **Lei nº 6.938/81, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Almedina, 2008.

CASA, Gabriela Mesa; ZANINI, Cristiane; VASCONCELLOS, Rodrigo da Costa. Os princípios do poluidor pagador e do usuário pagador aplicados à inovação tecnológica. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/8273-36399-1-sm.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

COLOMBO, S. R. B. Políticas públicas e aplicação do princípio da precaução. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VIII, n. 21, maio 2005. Disponível em: <http://www.ambitoridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_arigos_leitura&artigo_id=521>. Acesso em 3 ago. 2016.

DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Disponível em: <<http://http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. re. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3 ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Administrativo e Meio Ambiente**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

GEMELLI, Dagmar Albertina. O princípio da prevenção e precaução nas licitações sustentáveis. **Revista Controle** (Tribunal de Contas do Estado do Ceará), Fortaleza-CE, v. XII, n. 1, jun. 2015.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEUZINGER, Marcia Dieguez; CUREAU, Sandra. **Direito Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Ambiental: Parte Geral**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ROSSI, Fernando F. et al. Coord. **Aspectos controvertidos de direito ambiental** – tutela ambiental e tutela processual. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

SANTOS, Rogerio Santanna dos; FORESTI, Loreni Fracasso; SANTOS NETO, Ana Maria Vieira dos. **Guia de compras públicas sustentáveis para administração federal**. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2010. Disponível em: <<https://www.unila.edu.br/sites/default/files/files/cartilha-compras-sustentaveis.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

TRINDADE, Larissa de Lima; SCHEIBE, Luiz Fernando. A gestão de recursos hídricos a partir de uma análise das políticas públicas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas- Uniceub**. vol.2, n.2, jul-dez, 2014.