



FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

DANIEL LIN SANTOS

**MONETARIZAÇÃO DAS EXTERNALIDADES NEGATIVAS: A AVALIAÇÃO DO
CUSTO DO CICLO DE VIDA SOB OS PARADIGMAS DA ECONOMICIDADE E DA
SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS
EUROCOMUNITÁRIAS**

Lisboa
2020

UNIVERSIDADE DE LISBOA
Faculdade de Direito
Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas

**MONETARIZAÇÃO DAS EXTERNALIDADES NEGATIVAS: A AVALIAÇÃO DO
CUSTO DO CICLO DE VIDA SOB OS PARADIGMAS DA ECONOMICIDADE E DA
SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS
EUROCOMUNITÁRIAS**

Daniel Lin Santos

Dissertação de Mestrado em Direito, na área de especialização Ciências
Jurídico-Políticas, elaborada sob a orientação da Excelentíssima
Senhora Professora Doutora Maria João Estorninho.

Lisboa
2020

RESUMO

O presente trabalho busca abordar as principais questões jurídicas que se apresentam acerca de um instituto relativamente novo no contexto do processo de modernização do Direito Europeu dos Contratos Públicos. Trata-se da monetarização dos custos imputados às externalidades ambientais e sua incorporação ao cálculo do ciclo de vida para fins de apuração do custo total da contratação.

Inaugurado pela Diretiva n. 2014/24/UE, o novel instituto está inserido no âmbito de uma temática mais ampla, qual seja, o da avaliação da proposta economicamente mais vantajosa sob o paradigma das contratações públicas ecologicamente sustentáveis.

A discussão proposta tem como pano de fundo a disciplina normativa que é dedicada ao tema pelas duas últimas gerações de Diretivas Europeias sobre contratos públicos, notadamente as de n.º 2004/18/CE e n.º 2014/24/UE. Em conjunto com diretrizes de natureza ético-política (Amartya Sen e a teoria do desenvolvimento como liberdade), as referidas Diretivas fornecem o substrato que confere juridicidade à utilização dos contratos públicos como instrumento privilegiado de prossecução de políticas horizontais em prol do desenvolvimento sustentável. Este arcabouço normativo aponta para o desafio de se proceder à ponderação de valores, bem como à concordância prática entre as finalidades multidimensionais que norteiam o universo principiológico das contratações públicas sustentáveis. A incorporação do custo ambiental ao cálculo dos custos totais do ciclo de vida destaca-se como um potencial mecanismo em cujo âmago postulados dos paradigmas da ambientabilidade e da economicidade se harmonizam para a promoção de uma contratação pública mais sustentável.

A exposição problematiza diversos aspectos relacionados à aplicabilidade do instituto. Disserta-se sobre a arrojada pretensão de quantificação monetária (ou precificação) de fatores ambientais, os requisitos necessários à internalização dos custos decorrentes de externalidades, as metodologias de apuração, avaliação e mensuração econômica dessa nova espécie de custo, dentre outros aspectos e desafios que são dignos de debate para que o instituto seja implementado de forma juridicamente válida à luz do regime jurídico europeu dos contratos públicos.

Ao fim, agrega-se um componente prático às formulações predominantemente exegéticas e teóricas desenvolvidas anteriormente. Referimo-nos ao estudo de um exemplo concreto de metodologia de monetarização de custos de externalidades ambientais outrora prevista no domínio comunitário: a Diretiva n.º 2009/33/CE (com as alterações promovidas pela Diretiva n.º 2019/1161/UE). Busca-se extrair uma *ratio*, ou preceitos de vocação abstrativizadora a ela subjacentes, que tenham o condão de erigir, de modo prospectivo, a disciplina normativa ali estatuída em potencial modelo para o desenvolvimento de novas metodologias comuns de cálculo de custos ambientais ao longo do ciclo de vida a nível da União.

Palavras-chaves: Contratações públicas. Sustentabilidade. Políticas horizontais. Cálculo dos custos do ciclo de vida. Monetarização e internalização de externalidades ambientais.

ABSTRACT

The present work aims to address the main legal issues that arise about a relatively new institute in the context of the modernization process of European Public Procurement Law. This involves monetizing the costs attributed to environmental externalities and incorporating them into the calculation of the life cycle for purposes of calculating the total cost of contracting.

Inaugurated by Directive n. 2014/24/EU, the novel institute is inserted in the scope of a broader thematic, that is, the evaluation of the most economically advantageous tender under the paradigm of ecologically sustainable public procurement.

The proposed discussion has as a background the normative discipline that is dedicated to the theme by the last two generations of European Directives on public procurement, notably the n° 2004/18/EC and n° 2014/24/EU. Joining efforts with guidelines of an ethical-political nature (Amartya Sen and the theory of *development as freedom*), these Directives provide the substrate that gives legitimacy to the use of public contracts as a privileged instrument for pursuing horizontal policies in favor of sustainable development. This normative framework points to the challenge of proceeding with the harmonious combination of values and of a multidimensional purposes that guide the universe of principles involved in sustainable public procurement. The incorporation of environmental cost into the calculation of total life cycle costs stands out as a potential mechanism at the heart of which the requirements of the environmental and economic sustainability paradigms harmonize to promote more sustainable public procurement.

The exhibition discusses several aspects related to the applicability of the institute. It is discussed about the innovative intention of monetary quantification (or pricing) of environmental factors, the requirements necessary to internalize the costs imputed to environmental externalities, the methodologies for calculating, evaluating and economically measuring this new type of cost, among others aspects and challenges that are worthy of debate, so that the institute can be implemented in a legally valid way in the light of the European legal regime of public contracts.

Finally, a practical component is added to the predominantly exegetical and theoretical formulations previously developed. We refer to the study of an example of a cost-monetization methodology for environmental externalities previously envisaged at European level: Directive n. 2009/33/EC (with the changes promoted by Directive n. 2019/1161/EU). The objective is to identify a *ratio* behind it, or prescriptions with an abstracting vocation, that have the potential to make, in a prospective way, that normative discipline into a potential model for the development of new common methodologies for calculating environmental costs over the life cycle at Union level.

Keywords: Public procurement. Sustainability. Horizontal policies. Calculation of life cycle costs. Monetization of environmental externalities.

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO. A INCORPORAÇÃO DO CUSTO AMBIENTAL AO CÁLCULO DOS CUSTOS DO CICLO DE VIDA NO CONTEXTO DE UMA CONTRATAÇÃO PÚBLICA MAIS SUSTENTÁVEL. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

- 1.1. O contexto e a delimitação do objeto da investigação 1
- 1.2. Avançando na delimitação do objeto do estudo: o problema direcionador, a relevância da temática e os objetivos da investigação 2

2. O ENSAIO COMO FORMA LINGUÍSTICA ELEITA PARA EXPRESSAR E ESTRUTURAR AS IDEIAS DESENVOLVIDAS AO LONGO DA INVESTIGAÇÃO.

- 8

3. CONTRATAÇÕES PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS.

- 3.1. Definição e abrangência da expressão. Contratações públicas e desenvolvimento sustentável 11
- 3.2. A emergência de um novo paradigma: contratação pública como instrumento de prossecução de políticas horizontais 15
- 3.3. As Diretivas Comunitárias relativas aos contratos públicos e sua relação com a tutela do meio-ambiente 21
- 3.4. As dimensões ambiental e econômica da sustentabilidade: o desafio da concordância prática de princípios e da harmonização de finalidades multidimensionais 27
- 3.5. Por uma visão ética da Contratação Pública: o expressivo poder de compra do Estado e a teoria do “desenvolvimento como liberdade” (Amartya Sen) como diretrizes ético-políticas para a defesa das contratações públicas sustentáveis 37

4. A ANÁLISE DO CICLO DE VIDA DE PRODUTOS, SERVIÇOS E OBRAS: CONCEITO, ABRANGÊNCIA, CÁLCULO E ESPÉCIES DE CUSTOS ENGLOBALADOS.

- 4.1. Ciclo de vida e análise do ciclo de vida: conceito e abrangência 54
- 4.2. Custo do ciclo de vida e respectivo cálculo 58
 - 4.2.1. Noções gerais 58
 - 4.2.2. O custo do ciclo de vida a partir da exegese dos preceitos da Diretiva 2014/24/UE 61
 - 4.2.3. O cálculo do ciclo de vida no contexto da definição da proposta economicamente mais vantajosa. “Mais baixo preço”, “mais baixo custo”, “melhor relação qualidade/preço” e “qualidade”: afinal, quantos e quais são os critérios de adjudicação acolhidos nas Diretivas de 2014? 62

4.3. Dois pontos de vista: mais baixo preço a longo prazo ou disposição a pagar quanto a mais? Proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista financeiro X Proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista ecológico	69
4.4. Espécies de custos englobados: os custos do ciclo de vida suportados diretamente pela entidade adjudicante e os custos imputados às externalidades ambientais	71
4.4.1. Os custos diretos/internos	75
4.4.2. Os custos imputados às externalidades ambientais (custo do ciclo de vida ambiental ou <i>environmental life cycle costing</i>)	75
4.5. Requisitos para a inclusão dos custos decorrentes de externalidades ambientais no custo total da contratação	79
4.5.1. Partindo de uma delimitação negativa	79
4.5.1.1. <i>Prescindibilidade do custo ambiental ser suportado direta e exclusivamente pela entidade adjudicante</i>	79
4.5.1.2. <i>Prescindibilidade do custo ambiental configurar externalidade de consumo</i>	81
4.5.2. Ligação com o objeto do contrato	83
4.5.3. A monetarização como <i>conditio sine qua non</i> para valoração das externalidades ambientais como custo da contratação	85
4.5.3.1. O cálculo do custo do ciclo de vida ambiental como ponto de convergência entre os paradigmas da ambientalidade e da economicidade nas contratações públicas. A transmutação de critérios qualitativos em critérios de custos a partir da monetarização de externalidades ambientais	89
4.5.3.2. Perspectiva economicista de tutela do ambiente: a exigência de monetarização das externalidades ambientais representa um retrocesso ao entendimento firmado no Acórdão <i>Concordia Bus</i> ?	94
4.5.4. Existência prévia de metodologia de determinação e avaliação de custos	99

5. METODOLOGIAS PARA AVALIAÇÃO E APURAÇÃO DOS CUSTOS IMPUTADOS ÀS EXTERNALIDADES AMBIENTAIS.

5.1. Noções gerais a partir da exegese da Diretiva 2014/24/UE	102
5.2. Adentrando em campo prático. Um exemplo de metodologia comum de monetarização de externalidades ambientais em âmbito comunitário	106
5.2.1. Diretiva n.º 2009/33/CE: a paradigmática metodologia de quantificação monetária de externalidades ambientais no setor de veículos de transporte rodoviário	107
5.2.1.1. Notas preliminares sobre o advento da Diretiva n.º 2019/1161/UE, a supressão da metodologia de cálculo até então prevista na Diretiva n.º 2009/33/CE e a não prejudicialidade de sua abordagem do ponto de vista académico-investigativo	107
5.2.1.2. A metodologia de monetarização de externalidades ambientais prevista na Diretiva n.º 2009/33/CE. Precedentes e disciplina normativa	112

5.3. Apontamentos generalizantes extraídos a partir da metodologia analisada	120
5.3.1. Do processo de construção racional de modelos avaliativos que encerrem em si objetividade e coerência interna	120
5.3.2. Do desafio multidisciplinar de construção de modelos objetivamente verificáveis	124
5.3.3. Da competência e do instrumento legal adequado para elaboração de metodologias	130
5.3.4. Ainda sobre a competência para elaboração de metodologias de cálculo de custos ambientais ao longo do ciclo de vida: a adoção de abordagens europeias como incentivo adicional à utilização dos contratos públicos para apoiar o desenvolvimento sustentável	136
5.3.5. Perspectivas em torno do desenvolvimento da matéria no âmbito da União	145
CONCLUSÕES	148

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANEXO – Documentos e atos emanados das instâncias eurocomunitárias mencionados ao longo do trabalho.

1. Introdução. A incorporação do custo ambiental ao cálculo dos custos do ciclo de vida no contexto de uma contratação pública mais sustentável. Considerações iniciais.

1.1. Introdução. O contexto e a delimitação do objeto da investigação.

No âmbito de um processo de descoberta de soluções jurídica e cientificamente rigorosas, a esmerada delimitação do objeto da investigação e a compreensão do contexto no qual ele está inserido são passos fundamentais para a formulação de hipóteses, organização de ideias e problematização das questões sensíveis.

O título atribuído ao trabalho dá um primeiro passo na tentativa de nos desincumbirmos deste *munus* investigativo-metodológico. Dentro dos limites naturalmente impostos pelo número de seus caracteres, nossa pretensão foi a de que o referido título permitisse antever o caminho que pretendemos percorrer doravante, ao mesmo tempo em que fizesse as vezes de uma bússola a auxiliar a não nos desviarmos do percurso proposto.

O presente trabalho tem por objetivo analisar os principais aspectos e questões atinentes a um dos novéis institutos introduzidos no regime jurídico europeu pela geração de Diretivas de 2014 sobre contratos públicos. Trata-se da monetarização dos custos imputados às externalidades ambientais e sua incorporação ao cálculo dos custos do ciclo de vida de produtos, serviços e obras no contexto das contratações públicas sustentáveis.

Nesse sentido, a referência às “contratações públicas eurocomunitárias” indica que a investigação se concentra especificamente na disciplina normativa que é dedicada ao tema pela legislação geral da União Europeia, em particular a Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Não temos, por conseguinte, pretensão de debruçar sobre o regime jurídico interno de um Estado-membro em especial. Tal postura, contudo, se dá sem prejuízo de eventuais digressões às peculiaridades que o ordenamento jurídico de um ou outro país em particular apresenta sobre a temática, porém tão somente nos limites e na medida em que tal se revele necessário para melhor compreensão do sistema legislativo da União como um todo.

Do mesmo modo, a menção à expressão “externalidades negativas” procurou excluir do âmbito de abrangência da investigação científica a abordagem de outros tipos de custos – os denominados pela Diretiva 2014/24/UE como “custos internos”¹ – relativamente ao cálculo do ciclo de vida. Ademais, tendo em consideração que, nos termos expressamente consignados na

¹ Cfr. Considerando n. 96, segundo parágrafo, c/c art. 68º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE.

Diretiva 2014/24/UE, as ditas “externalidades” seriam aquelas de natureza ambiental (art. 68, n.º 1, letra ‘b’), reputamos conveniente limitar a análise do tema à perspectiva ecológica da sustentabilidade, o que afasta a abordagem das demais dimensões das contratações públicas sustentáveis (dentre elas, a dimensão social).

Por fim, ainda dentro do cunho delimitador do objeto da investigação a que se propõe o título do trabalho, acrescentamos que a menção aos termos “economicidade” (*best value for money*) e “sustentabilidade ambiental” teve por escopo apontar que a abordagem do tema ocorrerá à luz do aparente conflito e dos desafios da concordância prática entre estes dois paradigmas que norteiam o universo principiológico das contratações públicas: de um lado a busca por eficiência econômica em tempos de escassez de recursos públicos e crise financeira, de outro os imperativos da preservação ambiental em horizonte intra e intergeracional.

Pois bem. No presente tópico introdutório procuraremos dar continuidade ao desiderato, já iniciado pelo título do trabalho, de procedermos à esmerada delimitação do objeto da investigação. Agora, porém, de forma mais pormenorizada, trazendo um panorama geral acerca dos pontos que serão abordados ao longo do texto, os pressupostos da pesquisa, seus objetivos gerais e específicos, bem como os marcos teóricos que serviram de pano de fundo direcionador da problematização das questões levantadas.

É o que passamos a expor a seguir.

1.2. Avançando na delimitação do objeto do estudo: o problema direcionador, a relevância da temática e os objetivos da investigação.

A Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, inaugurou um inovador e arrojado instituto no contexto da avaliação da proposta economicamente mais vantajosa no âmbito dos processos de formação dos contratos públicos eurocomunitários.

Referimo-nos a um novo instrumento destinado a introduzir considerações de caráter ecológico na contratação pública: os custos decorrentes de externalidades ambientais produzidas ao longo do ciclo de vida do objeto da contratação foram erigidos em subfatores que, numa abordagem custo-eficácia, podem ser levados em consideração no cálculo dos custos totais da contratação, e, por conseguinte, na definição da proposta economicamente mais vantajosa.

Para tanto – e aqui é onde parece-nos presente o perfil arrojado do legislador da União –, um requisito foi previsto como pressuposto obrigatório a ser observado: somente poderão ser validamente introduzidos na abordagem assente no cálculo do ciclo de vida os custos das externalidades ambientais que, na dicção do Considerando n.º 96, parágrafo segundo, da Diretiva 2014/24/UE, “possam ser quantificados monetariamente e controlados”.

Utilizando-se de termos diversos porém sem alteração de sentido, o art. 68, n.º 1, “b”, da mesma Diretiva, impõe a necessidade de que “seja possível determinar e confirmar o seu (leia-se, dos custos das externalidades ambientais) valor monetário”.

Nesse contexto, o problema direcionador da investigação consistiu na tentativa de compreender melhor de que modo a pretensa quantificação monetária, ou monetarização, de fatores ambientais – os quais, via de regra, são insuscetíveis ou de difícil mensuração econômica² –, poderá ser implementada de forma juridicamente válida à luz do Direito Europeu dos Contratos Públicos. Isso porque, a par de inovador, o instituto encara notórias dificuldades práticas para sua concreta implementação, o que é em parte verificado pela inexistência de metodologias comuns a nível da União para o cálculo dos custos imputados a externalidades ambientais para a ampla gama de categorias de fornecimentos ou serviços.

Deveras, parece-nos ainda existir um considerável vácuo normativo no espaço que medeia a previsão abstrata do instituto nas Diretivas de 2014 e sua exequibilidade em concreto, o que tem dificultado a sua aplicação prática e suficientemente segura.

O trabalho procura refletir sobre possíveis soluções jurídicas para colmatar este vazio, dentre elas o estabelecimento de metodologias comuns em nível da União, de modo que a incorporação dos custos imputados às externalidades ambientais no cálculo do ciclo de vida seja aplicada de forma ampla, harmônica e juridicamente válida.

Além disso, sob certo ponto de vista, o novo instituto pode representar algum retrocesso quando confrontado com determinadas conquistas que foram progressivamente alcançadas ao longo do processo de consolidação histórica das contratações públicas sustentáveis europeias desde o Acórdão *Concordia Bus Finland*³, especificamente no que tange ao que foi

² Cfr. NUNO CUNHA RODRIGUES, “A utilização de critérios sociais no Código de Contratos Públicos”, in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão, Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 560-561.

³ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 17 de Setembro de 2002 (Processo n.º C-513/99). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CJ0513&from=EN>. Acesso em 23.05.2020.

firmado naquela ocasião no sentido da desnecessidade de que subcritérios de adjudicação confiram vantagem econômica direta à entidade adjudicante para que sejam levados em consideração quando da definição da proposta economicamente mais vantajosa.

A discussão ganha contornos adicionais de relevância na medida em que toda a abordagem do problema proposto é permeada ao longo do trabalho pela ótica da dicotomia e do desafio de se promover a concordância prática entre dois paradigmas que, aparentemente contrapostos, norteiam as compras públicas governamentais: a sustentabilidade ambiental (ambientalidade) e a sustentabilidade econômica (economicidade). Ora, o que o legislador europeu está a propor é que, a partir de sua precificação, ou monetarização, considerações atinentes à proteção do meio-ambiente ecológico sejam incorporadas ao aspecto financeiro dos procedimentos de contratação pública. O eventual êxito na efetivação dessa sistemática de monetarização de externalidades ambientais teria o condão de tornar o cálculo do custo de ciclo de vida um interessante exemplo de mecanismo em cujo âmago se poderia desenvolver um ambiente propício à harmonização entre os postulados da ambientalidade e da economicidade, assegurando-se, simultaneamente, a utilização mais eficiente dos fundos públicos e a proteção ambiental.

A pesquisa desenvolve-se a partir de certas premissas e marcos teóricos que vão sendo objeto de apontamentos e problematização ao longo do texto. São eles: a sustentabilidade ambiental como novel paradigma a orientar a leitura e a interpretação dos institutos ligados às contratações públicas eurocomunitárias; a economicidade, ou eficiência dos contratos públicos do ponto de vista financeiro, como (ainda) dominante paradigma na avaliação de propostas; o desafio da concordância prática entre ambientalidade e economicidade no seio da avaliação da proposta economicamente mais vantajosa.

A abordagem de tais premissas permeia a discussão do problema direcionador da investigação e confere o fio condutor necessário para, ao final, convergir às ideias que procuramos apresentar ao debate público: acaso superadas as dificuldades práticas de sua implementação, a monetarização dos custos imputados às externalidades ambientais e sua integração ao cálculo do custo global do ciclo de vida poderão ser concebidos como instrumentos vocacionados à afirmação das contratações públicas ecologicamente sustentáveis sob uma ótica financeira. Isto é, na medida em que propõe a introdução de preocupações ambientais a partir da análise de seus custos monetários, o novo instituto figuraria como um exemplo de denominador comum a congregar

harmoniosamente os imperativos da ambientalidade e da economicidade no seio da contratação pública.

A importância do estudo decorre de o tema tratado ser ainda relativamente recente, o que tem dado ensejo a um eixo de questões por esclarecer e de lacunas ainda a serem colmatadas. Formalmente inaugurado no sistema legislativo da União por meio da Diretiva 2014/24/UE, podemos afirmar que os estudos a respeito do instituto se encontram ainda em fase de maturação doutrinária, havendo ainda um caminho longo a ser percorrido na consolidação de entendimentos, notadamente em se considerando que o processo de transposição da aludida Diretiva no direito interno de alguns dos Estados-membros somente se encerrou há pouco tempo atrás. Por este motivo, a pesquisa bibliográfica se deparou com uma certa escassez de estudos específicos, o que foi suprida em parte pela abundância de trabalhos que tratam sobre os critérios de adjudicação na doutrina portuguesa, tema com o qual o objeto da pesquisa se relaciona intimamente.

A contribuição que se almeja com o trabalho – e que também representa seu objetivo geral – consiste na tentativa de apresentar de maneira sistematizada as principais questões e discussões jurídicas encetadas tanto em torno do objeto da pesquisa propriamente dito quanto no que toca a outros institutos que, por estarem relacionados a ele, circundam-no marginalmente, de modo que a abordagem destes últimos possa influir na melhor compreensão do primeiro e, quiçá, oferecer contributos para sua concreta e juridicamente válida implementação em concreto.

Consideramos como objetivos específicos da pesquisa a tentativa de melhor compreender o alcance deste novo instituto que se liga ao tema das contratações públicas sustentáveis, bem como o fomento do debate acadêmico em torno do mesmo. Como será adiante abordado, sua efetiva aplicação demandará a contribuição de diferentes setores do conhecimento, sob uma perspectiva mesmo multidisciplinar, para que o instituto cumpra seu propósito a contento e sem que, por outro lado, incorra em risco de restrição ao caráter competitivo dos certames adjudicatórios e aos demais princípios estruturantes da contratação pública (isonomia, transparência, não-discriminação e economicidade).

O texto está estruturado em cinco capítulos, após os quais se agrega um tópico final dedicado especificamente às conclusões. De forma sintética, apresentamos o conteúdo abordado em cada um deles a seguir.

Este primeiro capítulo, de cunho introdutório, procura delimitar o objeto da investigação, apresenta em linhas gerais o contexto no qual o tema da monetarização de custos

decorrentes de externalidades ambientais está inserido, o problema direcionador e os pressupostos da pesquisa, bem como os objetivos do estudo e seus marcos teóricos.

Ainda no intuito introdutório, o segundo capítulo prossegue abrindo um breve parêntese para tratar sobre uma questão de forma. Explicitamos ali as razões pelas quais a natureza eminentemente prospectiva do instituto objeto da investigação recomenda a utilização do “ensaio” enquanto forma linguística mais indicada a exprimir e estruturar as ideias desenvolvidas ao longo do trabalho.

O terceiro capítulo inicia a abordagem propriamente dita do tema da investigação, fazendo-o a partir da análise de uma temática mais ampla, em cujo bojo o objeto de estudo está inserido. Trata-se das contratações públicas sustentáveis. Abordamos o âmbito de abrangência da expressão, a relação entre contratações públicas, sustentabilidade (em suas diversas dimensões) e desenvolvimento sustentável.

O capítulo continua tratando de uma das ideias subjacentes ao conceito de contratações públicas sustentáveis: a sua vocação instrumental para a consecução de políticas públicas horizontais – dentre elas as de caráter ambiental –, no contexto do que se emergiu como um novo paradigma no Direito Europeu dos Contratos Públicos, principalmente após o advento das Diretivas Comunitárias de 2004 e 2014. Aborda-se os desafios da concordância prática e da necessidade de ponderação de valores que esta ressignificação paradigmática do conceito suscita à luz de dois princípios constitutivos da ideia de uma contratação pública sustentável: a economicidade e a ambientalidade. A par do aparente antagonismo, estas duas diferentes dimensões parecem encontrar no instituto do custo do ciclo de vida – nomeadamente quando em seu cálculo estiverem presentes os custos monetarizados das externalidades ambientais – um campo de potencial interação harmônica.

Por fim, o capítulo discorre sobre duas diretrizes de natureza ético-política que, em conjunto com o suporte jurídico fornecido pelo Direito Positivo comunitário, constituem os alicerces legitimadores das contratações públicas sustentáveis. Referimo-nos, de um lado, ao expressivo poder de compra que o Estado, por questões de escala, detém em suas mãos, a impor que seu exercício se perfaça de modo social e ambientalmente responsável; de outro, a teoria do “desenvolvimento como liberdade”, cunhada por Amartya Sen, a partir da qual erigimos a atividade contratual do Estado como uma espécie de liberdade substancial de importância estratégica para contribuir com o desenvolvimento sustentável.

No capítulo subsequente, quarto, analisamos o conceito legal e a abrangência da expressão “ciclo de vida”, com enfoque nas espécies de custos por ela englobados e sua respectiva internalização para fins de cálculo dos custos globais da contratação.

Discorreremos sobre como a abordagem “custo-eficácia” ali envolvida permite que entidades adjudicantes não se adstrinjam, no contexto do critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, à concepção reducionista e demasiadamente apegada a avaliações monetárias imediatas. Antes, perscrutem igualmente outros tipos de custos – como os de caráter ambiental –, sem prejuízo do alcance de eficiências (também) do ponto de vista econômico, ainda que em horizonte temporal dilatado. À vista dos custos imputados às externalidades ambientais constituírem uma das espécies de custos a serem internalizados no cálculo do ciclo de vida, o capítulo prossegue dissertando sobre o potencial do instituto erigir-se em fórmula em cujo seio os paradigmas da ambientalidade e da economicidade encontram terreno para harmonização de fins. E faz-o argumentativamente à luz do racional consequencialista e prospectivo da análise econômica do direito (AED) aplicada ao tema, bem como da ideia de que a partir da monetarização se verificaria a transmutação, relativamente aos fatores ambientais, de critério *qualitativo* em critério de *custos*.

Por fim, o capítulo analisa um a um os requisitos exigidos pela lei para a inclusão dos custos decorrentes de externalidades ambientais no custo total da contratação, dentre eles a sua monetarização (art. 68, n. 1, “b”, da Diretiva 2014/24/UE), sobre a qual levantamos algumas questões que em nosso entendimento são dignas de debate.

O capítulo seguinte, quinto, é dedicado a tratar das metodologias de avaliação e apuração dos custos imputados às externalidades ambientais. Para tanto, a par de procedermos à exegese dos dispositivos da Diretiva 2014/24/UE que tratam da matéria, adentramos em campo mais pragmático ao abordarmos um modelo de metodologia de monetarização de externalidades ambientais em âmbito comunitário, qual seja, aquele previsto na Diretiva n.º 2009/33/CE para o setor de veículos de transporte rodoviário. Não obstante referida metodologia ter sido revogada pela recente Diretiva n.º 2019/1161/UE, demonstra-se a importância do seu estudo do ponto de vista histórico e acadêmico-investigativo, ante, pensamos nós, os contornos de abstrativização que aquela disciplina normativa ganhou ao ser encampada pela Diretiva 2014/24/UE enquanto modelo de metodologia expressamente recepcionado no rol de atos jurídicos de utilização comum da União para a mensuração econômica de externalidades ambientais.

Ainda no capítulo quinto, adentramos na discussão de outras questões que julgamos pertinente para uma melhor compreensão dos parâmetros e limites norteadores da elaboração de metodologias de cálculo. Tratamos assim da imprescindibilidade de observância a um processo de construção racional e multidisciplinar de modelos avaliativos que encerrem em si objetividade e coerência interna; da competência e do instrumento legal adequado para elaboração de metodologias de cálculo de custos ambientais ao longo do ciclo de vida; e da adoção de abordagens europeias como incentivo adicional à utilização dos contratos públicos para apoiar o desenvolvimento sustentável.

O capítulo subsequente, derradeiro, conclui a pesquisa. Nele procuramos expor, em apertada síntese, uma organização sistematizada das principais premissas, conclusões e debates trabalhados ao longo do texto. Um tópico, enfim, dedicado à consolidação conclusiva dos principais pontos da pesquisa.

2. O ENSAIO COMO FORMA LINGUÍSTICA ELEITA PARA EXPRESSAR E ESTRUTURAR AS IDEIAS DESENVOLVIDAS AO LONGO DA INVESTIGAÇÃO.

Uma das características marcantes do instituto sobre o qual versa o presente estudo é o seu caráter eminentemente prospectivo. Queremos dizer, sua ampla e efetiva implementação ainda está a depender da existência, no porvir, do desenvolvimento de uma série de complexas estruturas de natureza técnica, política e normativa.

Explicamos.

A Diretiva 2014/24/UE condicionou à observância de um requisito em perspectiva a possibilidade de que custos decorrentes de externalidades ambientais sejam inseridos no cálculo do custo do ciclo de vida: trata-se da circunstância de que referidos custos ambientais tenham o seu valor monetário determinável. A dita monetarização, por sua vez, depende do desenvolvimento de complexas metodologias de apuração e cálculo de custos.

Este é o aspecto que nos parece marcado pelo traço da prospectividade. Embora previsto no atual arcabouço jurídico inaugurado pelas Diretivas de 2014 sobre contratações públicas, a pretensão de atribuir valor monetário a fatores ambientais por meio de metodologias especificamente elaboradas para tanto ainda depende da contingente reunião de condições e do desenvolvimento de estruturas acessórias sem as quais sua eficácia restará relegada à inocuidade.

Deveras, apesar da própria Diretiva 2014/24/UE asseverar que “a definição de metodologias comuns para o cálculo dos custos do ciclo de vida tem progredido significativamente”⁴, até agora não existe um sistema harmonizado de metodologias para a qualificação e a avaliação econômica de externalidades ambientais em âmbito comunitário. A aplicação em concreto do novel instituto ainda supõe, ou aguarda, o trabalhoso e complexo desenvolvimento desses sistemas que tenham o condão de viabilizar – como será melhor debatido

⁴ Cfr. Considerando n.º 95, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/24/UE.

adiante – a ampla transmutação de critérios *qualitativos* ambientais em critério de *custos* sem desvirtuamento dos tradicionais princípios da contratação pública.

Qualquer perspectiva que, no domínio das indagações que serão formuladas acerca do objeto da investigação, repouse sobre a esperança de respostas em horizonte de curto prazo não se coaduna com a complexidade da matéria, sua relativa novidade (posto que inaugurada, a rigor, pelas Diretivas de 2014 sobre Contratos Públicos) e a ainda incipiente experiência em termos de manejo de metodologias comuns de cálculo de ciclo de vida.⁵

Este traço de prospectividade que permeia as ideias desenvolvidas sobre o instituto recomenda a utilização, neste trabalho, de uma forma de expressão linguística que igualmente não almeje uma construção fechada e estanque. Ao contrário, que, antes, renuncie deliberadamente à certeza, permitindo maior fluidez estrutural do trabalho e da escrita, porém sem prejuízo do rigor na construção do pensamento.

O *ensaio*, como forma linguística autônoma, parece-nos o instrumento mais adequado a tanto.

Citando Gómez-Martinez, TERESA VILLAC define o ensaio como uma forma de pensar sem estrutura excessivamente rígida e que não pretende ser exaustivo em relação ao objeto de estudo. Um de seus elementos constitutivos e identificadores consistiria justamente na renúncia à certeza, isto é, “à construção de um texto que, em alguma medida, termine por fechar-se e finalizar”.⁶

A partir dos ensinamentos de Theodor W. Adorno, VILLAC bem observa que o modo de proceder de um ensaio apresenta “aspectos intrinsecamente antissistemáticos”, que “encadeia noções, ideias, conceitos e teorias preexistentes (referencial teórico) em uma rede-tecido, teia de

⁵ Nesse sentido: “It seems that it will take some time until the Life-Cycle Costing (LCC) methods and the technical strategies described in the general literature on this topic will become real concerns for contracting authorities in the Member States” (DACIAN C. DRAGOS; BOGDANA NEAMTU, “Life-cycle costing for sustainable public procurement in the European Union”, in Beate Sjaafjell; Anja Wiesbrock (Coord.), *Sustainable Public Procurement under EU Law: new perspectives on the State as stakeholder*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 126).

LUCA DE PAULI também destaca esse traço de prospectividade em se considerando a complexidade das considerações envolvidas no cálculo dos custos ambientais do ciclo de vida: “(...) ha la netta impressione di una previsione di tipo programmatico e proietatta nel futuro più o meno prossimo, senza immediati impatti sulle procedure di gara di imminente indizione” (LUCA DE PAULI, “I ‘costi del ciclo di vita’ nel nuovo codice degli appalti”, in *Urbanistica e appalti*, n. 6/2016, Wolters Kluwer, Milanofiori Assago MI, 2016, p. 630).

⁶ TERESA VILLAC, *Sustentabilidade e contratações públicas no Brasil: Direito, Ética Ambiental e Desenvolvimento*, Tese de doutoramento, Instituto de Energia e Ambiente da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 24.

pensamentos que se entrelaçam como num tapete”.⁷ O desafio do ensaísta seria encontrar o equilíbrio entre a “renúncia à certeza” e a solidez da construção do pensamento.

Nesse sentido, vale destacar o seguinte trecho da lição da autora:

“Essa forma de se trabalhar a fluidez do raciocínio traz um grande desafio ao ensaísta, que é o de atentar-se para que haja ‘densidade dessa tessitura’ (p. 30) sem, no entanto, recair no extremo oposto que é a busca da certeza. Assim, o primeiro ponto assente por Adorno é que a renúncia à certeza é um dos pilares do ensaio e essa relativização do tanto quanto ele apresenta e como o faz é inerente à sua própria forma (ADORNO, 2012).”⁸

A considerar o encadeamento do conteúdo abordado ao longo do trabalho, o ensaio pareceu-nos a técnica de expressão linguística mais apropriada para definir o modo como percorreremos o caminho proposto e também para caracterizar a forma de transmissão dos resultados da investigação científica em sua máxima compreensão e inteligibilidade.

Diante de um tema vasto e que enseja até mesmo uma multiplicidade de ponderações que vão além das estritamente jurídicas, não se pretende, nesta sede, encerrar soluções prontas ou estanques. Aliás, reconhecemos os limites da pesquisa e renunciamos deliberadamente à construção de um texto que se pretenda exauriente em si mesmo. Damo-nos por satisfeitos caso logremos êxito em apontar as principais discussões jurídicas que permeiam a aplicação do instituto, suscitando questões que lancem luzes sobre o mesmo, esclarecendo ideias e também desencadeando novas dúvidas, para assim contribuir com a maturação do tema.

A estrutura e as características próprias de um ensaio, como forma autônoma, nos deixam mais confortáveis em dar os primeiros passos no bojo de uma “formação acadêmica faseada” ou de uma “formação universitária progressiva”⁹ na tentativa de atingir algumas metas, ainda que parciais ou mediatas.

Nesta seara, entre o que já é materialmente palpável e aquilo que está porvir para a plena operabilidade do instituto há ainda um longo caminho a ser percorrido. Trabalha-se com o presente, mas, reconhecendo seus limites, busca-se enxergar o futuro.

⁷ VILLAC, “*Sustentabilidade e...*”, cit., p. 24.

⁸ VILLAC, “*Sustentabilidade e...*”, cit., p. 24.

⁹ HAMILTON COSTA, prefácio à 2ª edição portuguesa, in UMBERTO ECO, *Como se faz uma tese em ciências humanas*, tradução de Ana Falcão Bastos e Luís Leitão, 13.ª ed., Editorial Presença, Lisboa, 2007, p. 15.

3. CONTRATAÇÕES PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS.

3.1. Definição e abrangência da expressão. Contratações públicas e desenvolvimento sustentável.

O estudo dos aspectos atinentes à monetarização de externalidades ambientais e o cálculo do custo ciclo de vida (ACV) de obras, fornecimentos ou serviços perpassa necessariamente pela sua compreensão no âmbito de uma temática mais ampla, que é a das denominadas contratações públicas sustentáveis.

Nos termos utilizados pela própria Diretiva 2014/24/UE, o cálculo dos custos do ciclo de vida constitui-se em “incentivo adicional à utilização dos contratos públicos para apoiar o desenvolvimento sustentável” (Considerando nº 95, parágrafo terceiro). O normativo acrescenta ainda ser extremamente importante tirar o máximo proveito do potencial dos contratos públicos para cumprir os objetivos da Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo (Considerando nº 95, parágrafo primeiro).

Ao longo do texto normativo é possível visualizar ainda outras referências às expressões “crescimento e desenvolvimento sustentável”, como acontece com os Considerandos n.º 2, 91 e 123 da Diretiva em comento.

As diversas menções à promoção do desenvolvimento sustentável no bojo de uma Diretiva que trata especificamente sobre contratos públicos parecem revelar a existência de uma cláusula geral de índole axiológica que exprime um valor subjacente ao regime jurídico ali previsto. O compromisso de persecução do desenvolvimento sustentável através (também) da contratação pública torna-se parâmetro para orientar a interpretação das normas e conduzir as decisões das entidades adjudicantes quanto a necessidade de integração de parâmetros de sustentabilidade em seus procedimentos contratuais, sem prejuízo da busca pela obtenção da melhor relação qualidade/preço para os seus contratos.

A noção de contratações públicas sustentáveis está intimamente ligada à ideia de desenvolvimento sustentável, sendo as primeiras tidas como um instrumento – dos mais eficientes, ressalte-se – para contribuir à prossecução deste último.

Por esta razão, impõe-se uma breve digressão acerca do que se tem entendido por desenvolvimento e contratação pública sustentáveis, bem como sobre o protagonismo que a ideia de sustentabilidade vem exercendo na redefinição de uma nova concepção paradigmática a orientar

a leitura e a interpretação dos institutos envolvidos no processo de formação dos contratos públicos.

Pois bem. Não existe na legislação eurocomunitária uma definição legal das referidas expressões. A tarefa conceitual restou confiada à doutrina, bem como às instâncias intra-comunitárias e internacionais que cuidam do tema.

Quanto ao “desenvolvimento sustentável”, LEITÃO AMARO bem observa que trata-se de uma fórmula “que se tem prestado a grandes disputas conceptuais”, havendo estudiosos que relatam haver “encontrado mais de sessenta diferentes definições”¹⁰. Em meio à multiplicidade de conceitos, ganha destaque a proposta sugerida pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas em seu Relatório *Brundtland*.¹¹ Segundo o documento publicado em 1987, o desenvolvimento sustentável seria “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas necessidades”.¹²

A definição traz um nítido propósito de harmonização e compatibilização entre os ditames do crescimento econômico e os da preservação ambiental, em uma perspectiva intergeracional.¹³

Já no que se refere ao termo “contratação pública sustentável”, é interessante registrar o conceito proposto pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), que o insere na perspectiva de um processo com benefícios multidimensionais, notadamente ambientais, sociais e econômicos:

“Sustainable Procurement is a process whereby organisations meet their needs for goods, services, works and utilities in a way that achieves value for money on a whole life basis in terms of generating benefits not only to

¹⁰ANTÔNIO LEITÃO AMARO, “O princípio constitucional da sustentabilidade”, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 424.

¹¹ Trata-se do documento final resultante do ciclo de estudos promovido pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização da Nações Unidas, na década de 1980, para debater criticamente os impactos ambientais envolvidos no modelo de desenvolvimento adotado pelos países desenvolvidos e emergentes.

¹² A versão original e integral do documento está disponível em <https://ambiente.wordpress.com/2011/03/22/relatorio-brundtland-a-verso-original/>. Acesso em 12.09.2018.

¹³ “The Union institutions have defined sustainable development as the overarching long-term goal of the EU in which economic growth, social cohesion and environmental protection go hand in hand and are mutually supporting” (ANJA WIESBROCK; BEATE SJAFJELL, “Public procurement’s potential for sustainability”, in Beate Sjaafjell; Anja Wiesbrock (Coord.), *Sustainable Public Procurement under EU Law: new perspectives on the State as stakeholder*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 233).

the organisation, but also to society and the economy, whilst minimising damage to the environment.”¹⁴

No ano acadêmico de 2017/2018, quando da entrega do Relatório final dos seminários da disciplina de Direito Administrativo, ministrados pela eminente Professora Doutora Maria João Estorninho no âmbito do programa de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, propomos uma definição de contratação pública sustentável que, por oportuno, pedimos vênua para reproduzir:

“Consideram-se sustentáveis as contratações públicas que, a par de satisfazerem as necessidades da Administração por bens, serviços e obras, incorporam políticas de sustentabilidade por meio da introdução de considerações ambientais e sociais no curso dos procedimentos de contratação, ou durante a execução do contrato propriamente dito, tornando-o – a par de economicamente vantajoso –, ecologicamente responsável e socialmente justo”¹⁵

Em evolução conceitual, acrescentaríamos a essa proposta de definição dois outros aspectos que foram omitidos naquela ocasião: o primeiro, de natureza formal, diz respeito à necessidade de que o quanto ali aduzido se perfectibilize no contexto de um procedimento de seleção isonômico, probo, transparente e competitivo, cujos critérios de adjudicação sejam objetiva e previamente definidos no anúncio do concurso; o segundo, de ordem teleológica, relaciona-se às finalidades do procedimento, quais sejam, a escolha da proposta mais vantajosa para a entidade adjudicante e o estímulo à promoção do desenvolvimento sustentável.

Em apertada síntese, a definição procura reunir os principais elementos caracterizadores daquilo que foi erigido hodiernamente como um novo paradigma no contexto dos processos de formação dos contratos públicos, o paradigma da sustentabilidade.

A doutrina aponta que o paradigma da sustentabilidade se desdobra em diferentes dimensões ou pilares. Segundo o Professor GOMES CANOTILHO, “a sustentabilidade em sentido

¹⁴ Tradução livre: “Contratação sustentável é o processo por meio do qual as organizações atendem suas necessidades por bens, serviços, obras e utilidades de maneira a alcançar o melhor custo-benefício de longo prazo, em termos de geração de benefícios não só para as próprias organizações, mas também para a sociedade e a economia, enquanto minimiza os danos para o ambiente” (“Marrakech Task Force on Sustainable Public Procurement – MTF on SPP”). Disponível em <http://www.unep.fr/scp/procurement/docsres/ProjectInfo/MTF_Flyer_A4_Ansicht.pdf>. Acesso em 22.02.2020.

¹⁵ DANIEL LIN SANTOS, *Da afirmação das contratações públicas sustentáveis: um panorama da jurisprudência do Tribunal de Contas da União brasileiro à luz do processo de normatização de fonte jurisprudencial eurocomunitário*. Relatório final apresentado como requisito parcial de aprovação na disciplina de Direito Administrativo do programa de Mestrado em Ciências Jurídico-políticas do ano acadêmico 2017/2018. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, p. 3.

amplo procura captar os três pilares da sustentabilidade: (i) pilar I – a sustentabilidade ecológica; (ii) pilar II – a sustentabilidade económica; (iii) pilar III – a sustentabilidade social”.¹⁶

Essa multidimensionalidade densificadora do conceito de sustentabilidade também é destacada pela boa doutrina de MARIA JOÃO ESTORNINHO:

“O *Green Public Procurement* é apenas um dos vetores de uma contratação pública sustentável, já que a sustentabilidade da contratação pública não pode deixar de ser vista nas suas diversas dimensões, sustentabilidade financeira, sustentabilidade ecológica e sustentabilidade social, entre outras. A par do *best value for money*, pondera-se o *social best value*.”¹⁷

No Brasil, JUAREZ FREITAS é precursor da tese de que a sustentabilidade consiste em valor e princípio constitucional, características estas próprias de um “Estado sustentável” com preocupações em horizonte intergeracional. Por conseguinte, sugere uma perspectiva multidimensional da sustentabilidade ao acrescentar, ao lado do clássico tripé – ambiental, social e económico –, outras duas dimensões: a jurídico-política e a ética.¹⁸

Para os fins a que se propõe o presente estudo, interessa-nos em particular a abordagem da dimensão ambiental, ecológica ou de tutela do meio ambiente natural da sustentabilidade. Nesse sentido, vale trazer a definição de contratação pública ecológica trazida pela COM 2008 (400) Bruxelas – “Contratos Públicos para um ambiente melhor” –, de 16 de julho de 2008, que a concebe como:

“um processo mediante o qual as autoridades públicas procuram adquirir bens, serviços e obras com um impacto ambiental reduzido em todo o seu ciclo de vida quando comparado com bens, serviços e obras com a mesma função primária que seriam de outro modo adquiridos.”¹⁹

Como bem lembra CARLA AMADO GOMES, parte da doutrina distingue – como o faz CANOTILHO – entre “sustentabilidade ambiental” (sustentabilidade em sentido amplo) e

¹⁶ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “Sustentabilidade – Um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 88, Tomo I, Imprensa da Universidade, Coimbra, 2012, p. 6.

¹⁷ MARIA JOÃO ESTORNINHO, “Por uma visão ética da Contratação Pública”, in Marcelo Rebelo de Sousa, Eduardo Vera-Cruz Pinto (coord.), *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, vol. II, Almedina, Lisboa, 2016, p. 307.

¹⁸ JUAREZ FREITAS, *Sustentabilidade: direito ao futuro*, 3ª ed., Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 61-76.

¹⁹ COM(2008) 400 final. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Económico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões (Contratos públicos para um ambiente melhor), Bruxelas, 16.7.2008, p. 6. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0400&from=BG>. Acesso em 12.05.2019.

“sustentabilidade ecológica” (sustentabilidade em sentido estrito), a depender da perspectiva mais ou menos ecocêntrica que se confere ao conceito.²⁰ Não obstante, para os fins a que se destina o presente trabalho o referido desdobramento não importa tanto, pelo que trataremos as referidas expressões de forma indistinta, como se sinônimas fossem. Por vezes, inclusive, as designamos por uma terceira alcunha, a *ambientalidade*, de modo a distinguir a dimensão ambiental da sustentabilidade da sua dimensão econômica (economicidade).

Em verdade, a categorização que o respeitado Professor da Universidade de Coimbra sugere para distinguir os referidos conceitos – destacando a maior amplitude do primeiro e o traço ecocêntrico do segundo –, não interfere no tipo de abordagem que este trabalho se propõe a fazer sobre o objeto da investigação. No contexto das contratações públicas sustentáveis, ambas as expressões – sustentabilidade ambiental ou ecológica –, independentemente da perspectiva ou do enfoque que cada qual atribuiria à questão da preservação ambiental, apontam para uma mesma realidade: a concepção de uma contratação pública vocacionada à consecução de políticas públicas horizontais através da introdução de fatores que tenham por objetivo a tutela do meio ambiente natural no processo de formação dos contratos públicos. A este fenómeno a doutrina portuguesa designou de “*ambientalização do Direito dos Contratos Públicos*”²¹, ou *Green Public Procurement*²².

Sobre este novo paradigma e sua influência na instrumentalização dos contratos públicos como elemento estratégico de promoção do desenvolvimento sustentável, debruçaremos nos mais detidamente adiante.

3.2. A emergência de um novo paradigma: contratação pública como instrumento de prossecução de políticas horizontais.

²⁰ “A sustentabilidade ambiental é um conceito mais amplo — e mais vago — que traduz a perenidade do contexto vivencial natural subjacente à civilização moderna, numa lógica de aproveitamento de recursos naturais para geração de riqueza e bem-estar com condicionamentos crescentes, em ordem à manutenção do modelo civilizacional para o futuro. Já a sustentabilidade ecológica tende a autonomizar o interesse estritamente ecossistémico, apontando a sustentabilidade como um objectivo de gestão dos bens ambientais naturais enquanto grandezas autorreferenciadas e com valor intrínseco, independentemente do seu valor de uso ou de mercado” (CARLA AMADO GOMES, “Sustentabilidade ambiental: missão impossível?”, in Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2011, p. 4. Disponível em <https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/palmas-sustentabilidade.pdf>. Acesso em 23.05.2020).

²¹ CARLA AMADO GOMES e MARCOS CALDEIRA, “Contratação Pública Verde: uma evolução (eco)lógica”, in *Revista da AGU*, v. 16, n. 4, EAGU, Brasília, 2017, p. 48.

²² MARIA JOÃO ESTORNINHO, “Green Public Procurement – Por uma contratação pública sustentável”, Lisboa, 2012.

O acréscimo do vetor “sustentabilidade” ao conceito de contratação pública suscita uma nova orientação paradigmático-axiológica aos procedimentos de adjudicação e desafia a dessacralização da tradicional racionalidade puramente econômica que muitas vezes insiste em preponderar nesta seara.

Com o advento do novel paradigma, ao lado da persecução do *best value for money* e da eficiência financeira dos contratos públicos, procura-se valorizar a busca por regimes jurídicos que promovam políticas de sustentabilidade através da contratação pública. Esta é estrategicamente alçada à posição de instrumento privilegiado para a consecução de outros objetivos de política pública mediante a incorporação de considerações ambientais nos processos de formação dos contratos.

“Tal como Christopher Mccruden destaca, o paradigma do mercado livre e da concorrência a todo o custo pode estar em risco. O reconhecimento de que a contratação pública é mais do que a procura do ‘*best value for money*’ e que este objectivo deve ceder perante a prossecução de objectivos secundários, dependendo das circunstâncias, é fundamental para a desmistificação do paradigma em que até aqui assentou todo o regime da contratação pública.”²³

Segundo lições de GOMES e CALDEIRA, operou-se um “inequívoco incremento das preocupações ambientais das entidades adjudicantes”.²⁴ Ao tratar sobre este novo contexto paradigmático, ESTORNINHO chama atenção para o processo, aparentemente sem retorno, de penetração do direito do ambiente na contratação pública europeia:

“A evolução do quadro legal europeu em matéria de contratação pública, nas últimas décadas, permite-nos afirmar que existe um novo paradigma no Direito Europeu dos Contratos Públicos, no que diz respeito à efetiva promoção de uma contratação pública (financeira e ambientalmente) sustentável e socialmente responsável, num quadro de promoção da inovação e de proteção das pequenas e médias empresas (PMEs).”²⁵

²³ ANA CATARINA COIMBRA MATIAS, *Os princípios comunitários e a utilização da Contratação Pública enquanto instrumento de prossecução de políticas públicas: duas realidades opostas?*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2013, pp. 25-26.

²⁴ GOMES e CALDEIRA, “Contratação Pública Verde...”, *cit.*, p. 48.

²⁵ MARIA JOÃO ESTORNINHO, “Uma oportunidade perdida. Breve apreciação crítica do anteprojeto de agosto de 2016 de revisão do Código dos Contratos Públicos”, in Maria João Estorninho e Ana Gouveia Martins (coord.), *A revisão do Código dos Contratos Públicos - Atas da Conferência*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2016, p. 16.

Nessa transição de concepções, GOMES e CALDEIRA também destacam o potencial que as alterações promovidas no quadro normativo europeu possuem de se constituírem em um novo paradigma emergente:

“É recorrente, hoje, a ideia de que os contratos públicos devem ser sustentáveis, desde logo (mas não só) sob o ponto de vista ambiental, sendo esta sustentabilidade uma característica que se pretende ínsita a um novo paradigma emergente, o da utilização (não apenas imediatista, mas antes verdadeiramente) estratégica da contratação pública.”²⁶

A renovação do paradigma acarreta igualmente na renovação dos fins e preocupações da contratação pública. Fala-se, na dicção de RUI MEDEIROS, de “fins renovados de um *public procurement* instrumental”.²⁷ Esta circunstância desafia uma nova hermenêutica jurídica que passa a ditar a interpretação dos institutos vinculados ao universo dos contratos públicos. Consequentemente, os ajustes e os atos no domínio deles praticados, em qualquer de suas fases, devem observância àquela diretriz e aos postulados dela decorrentes.

Nesta perspectiva pró-sustentabilidade, um novo olhar, mais amplo, recai sobre a matéria do ponto de vista finalístico, a desafiar a ressignificação da contratação pública a partir de um prisma multifacetado: às até então denominadas finalidades imediatas, tradicionais ou primárias do contrato público – quais sejam, “aprovisionamento e satisfação das necessidades de funcionamento da máquina administrativa dos Estados”²⁸ –, somam-se novas preocupações e finalidades, doravante designadas “horizontais” (e não mais “secundárias” ou mediatas)²⁹, que consistem justamente na implementação de políticas públicas ambientais, sociais e de fomento à

²⁶ GOMES e CALDEIRA, “Contratação Pública Verde...”, *cit.*, p. 49.

²⁷ RUI MEDEIROS, “Alguns desafios em sede de reforma legal do regime instrumental de contratação pública português” (texto que serviu de base à intervenção oral do autor no dia 25 de Novembro de 2016 no XII Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo realizado em Lisboa), p. 208. Disponível em <http://actas.lis.ulusiada.pt/index.php/dat/article/viewFile/734/722>. Acesso em 13.05.2020.

²⁸ CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 32, citado por RITA BARROS, ANA RITA CARNEIRO e LUCIANA SOUSA SANTOS, “Contratação pública verde”, in Isabel Celeste M. Fonseca (coord.), *Actas do I Congresso sobre compras públicas: para uma contratação pública estratégica*, Elsa Uminho, Braga, 2015, p. 206.

²⁹ Dada a carga negativa que acompanha o termo “secundárias”, a doutrina portuguesa majoritária tem preferido utilizar a expressão “horizontais”, ou “transversais”, para designar as políticas ambientais e sociais encampadas como novos objetivos das contratações públicas. Nesse sentido, cite-se o seguinte comentário: “o percurso histórico das dimensões ambientais e sociais desenhou-se de forma ascendente, do qual é paradigmática a preponderância atual do uso do termo (política) horizontal, ao invés do termo (política) secundária” (CAROLINA FERREIRA DA SILVA, “Políticas horizontais ambientais e sociais e concorrência na contratação pública: uma leitura em face do caleidoscópio ambiental e social reforçado pela Diretiva 2014/24/UE e pelo Anteprojeto do Código dos Contratos Públicos”, in *Revista de Contratos Públicos*, nº 15, Almedina, Coimbra, 2014, p. 201).

inovação, bem como na indução de padrões racionais de comportamento de consumo e produção sustentáveis.

Diante dos seus múltiplos desígnios, está-se diante de uma “contratação pública multivalente”³⁰, a indicar que a contratação pública não constitui um fim em si mesmo, antes, um instrumento interventivo estatal vocacionado para alcançar diversos objetivos juridicamente tutelados via implementação de políticas públicas horizontais.

Recorremos uma vez mais às escorreitas lições da eminente Professora ESTORNINHO para destacar a incorporação de novos objetivos juridicamente tutelados ao âmbito de abrangência finalística dos contratos públicos:

“Às finalidades e preocupações tradicionais da contratação pública foram-se somando novas preocupações e novas finalidades. A contratação pública, a par dos seus objetivos imediatos, nomeadamente de aquisição de bens, construção de obras públicas ou aquisição de serviços, pode e deve servir como instrumento de realização de outras e variadas políticas públicas, designadamente ambientais e sociais, o que obriga a repensar a moldura legal da contratação pública”.³¹

A emergência do novo paradigma também importa numa transição entre o que a doutrina denomina de “compra burocrática” para a “compra estratégica”.³² A primeira se caracterizaria pela preocupação das normas jurídicas em disciplinar tão somente a forma, isto é, o “como comprar”. A segunda dá um passo adiante. Já não admite que a preocupação se limite a estabelecer regras procedimentais. Importa igualmente adentrar em aspectos atinentes ao objeto da contratação *per si*, ou ao “o que comprar”. Isso pode ocorrer, por exemplo, através da definição de requisitos ou critérios de cumprimento obrigatório no que respeita às características dos produtos ou serviços contratados.

A discricionariedade para a escolha dos objetos a serem contratados pelo Poder Público passa a se sujeitar a um grau maior de vinculação e regramento, devendo obrigatoriamente levar em conta os aspectos de sustentabilidade socioambiental.³³ É o que prevê o *Livro Verde* sobre

³⁰ CAROLINA FERREIRA DA SILVA, “Políticas horizontais...”, *cit.*, p. 174.

³¹ MARIA JOÃO ESTORNINHO, “Uma oportunidade perdida...”, *cit.*, p. 23.

³² Cfr. ISABEL CELESTE M. FONSECA, “O (novo) conceito de ‘proposta economicamente mais vantajosa’ e a adjudicação com base na melhor relação-qualidade-preço: desafios”, in Maria João Estorninho (coord.), *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2016, p. 55.

³³ Cfr. MURILLO GIORDAN SANTOS, “Poder Normativo nas licitações sustentáveis”, in Murillo Giordan Santos; Tereza Villac Pinheiro (Coord.), *Licitações e contratações públicas sustentáveis*, Forum, Belo Horizonte, 2015, pp. 160-161.

a modernização da política de contratos públicos da União Europeia, quando, exemplificativamente, menciona legislação sectorial específica que introduziu obrigação de as entidades adjudicantes exigirem determinado nível de eficiência energética em seus contratos públicos (Regulamento CE n.º 106/2008, JO L 39 de 13.2.2008 - Regulamento *Energy Star*).³⁴

Interessante notar que, sob certo ponto de vista, há neste conjunto de ideias uma relação de associação mútua, porém invertida, entre categorias conceituais que constituem alguns dos pilares da dogmática jurídica. São elas, de um lado, aquilo que a doutrina administrativista em geral designa como “interesse público primário” (interesse da coletividade) e “interesse público secundário” (interesse do ente estatal enquanto titular de direitos e obrigações), e, de outro lado, o que o direito dos contratos públicos em especial entende (ou entendia) como “finalidade primária” e “finalidade secundária” da contratação pública.³⁵ Deveras, a tomar como ponto de partida as diferentes concepções de interesse público, percebe-se que, no domínio da contratação pública sustentável, a satisfação do interesse público primário (aquele atinente ao interesse da coletividade) se realizaria justamente mediante a incorporação de objetivos de política pública, a qual, por sua vez, em uma visão anterior ao paradigma da sustentabilidade, era taxada como finalidade meramente instrumental ou periférica no âmbito dos contratos públicos. Por outro lado, o atendimento ao interesse público secundário das entidades adjudicantes – qual seja, a contratação de serviços, fornecimentos e obras –, este sim, era tido como seu objetivo primário.

Em outras palavras, enquanto a “finalidade secundária” da contratação pública apontava para a consecução do “interesse público primário” da coletividade, a sua “finalidade primária” estaria a serviço do “interesse público secundário” dito da entidade adjudicante.

³⁴ COM(2011) 15 final, de 27.1.2011, *Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE - Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa*, Bruxelas, p. . Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52011DC0015>. Acesso em 13.05.2020, p. 45.

³⁵ “Ainda é assente o entendimento de acordo com o qual o *interesse público primário* envolve a satisfação dos direitos fundamentais por meio de atividades administrativas prestadas à coletividade (serviços públicos, poder de polícia, fomento e intervenção na ordem econômica), ao passo que o *interesse público secundário* é o interesse do próprio Estado, enquanto sujeito de direitos e obrigações, ligando-se fundamentalmente à noção de interesse do Erário. Nesse sentido, entre outros: OSÓRIO, Fabio Medina. “Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro?”, in *Revista de Direito Administrativo - RDA*, 220: 69-107; BORGES, Alice Gonzalez Borges. “Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?”, in *Revista Interesse Público*, n. 37, p. 29-48; BARROSO, Luís Roberto. “O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público.” In: Prefácio ao livro *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005” (RAFAEL VÉRAS DE FREITAS, “Análise econômica das contratações públicas”, in *Revista de Contratos Públicos*, ano 7, n.º 14, Fórum, Belo Horizonte, 2019, pp. 128/129).

Nessa toada, sob o pano de fundo do paradigma da sustentabilidade, à necessidade da entidade adjudicante por bens, obras ou serviços para manutenção do funcionamento da sua estrutura administrativa (interesse público secundário), incorpora-se, horizontalmente – isto é, no mesmo patamar de relevância em que situados os tradicionais fatores puramente econômicos de ponderação –, a realização de políticas públicas (interesse público primário), por intermédio da incorporação de parâmetros de sustentabilidade na avaliação e escrutínio de propostas nos procedimentos de formação dos contratos públicos.

No mesmo sentido aqui exposto, vale trazer à colação a lição de VILLAC:

“Referimo-nos ao uso do poder de compra do Estado para finalidades que atendam também ao interesse público primário, e não apenas uma visão estrita e estritamente operacional do instrumento licitação, como mera sequência de atos para uma finalidade circunscrita e que se encerra com a aquisição de um bem, a contratação de um serviço ou uma obra. A Sustentabilidade rompeu com essa lógica, e esse rasgo está em consonância com o rompimento de antigos paradigmas de um modelo de desenvolvimento focado no crescimento do PIB. É um exemplo, efetivação no real, da crise epistemológica do paradigma dominante em transição para a constituição de um paradigma emergente, tal como assevera em contexto amplo Boaventura de Souza Santos (2009).”³⁶

Caminha-se, assim, para a superação de uma racionalidade maximizadora do elemento econômico nos processos de formação dos contratos públicos, que atribuía primazia aos critérios estritamente financeiros das propostas e oferecia resistência à incorporação de considerações que não fossem suscetíveis de gerar eficiências econômicas.

Nos termos da impressiva expressão popular, por vezes “o barato sai caro”. O “mais baixo preço” se distingue do “melhor preço”. A contratação pública deve se desvencilhar do apego excessivo à perspectiva reducionista do primeiro, sob pena de a boa prossecução do interesse público restar ameaçada.³⁷

O Estado é desafiado a (re)pensar a contratação pública a partir de uma perspectiva que aperfeiçoe-a enquanto mecanismo efetivamente comprometido com o estímulo do desenvolvimento sustentável, com o consumo responsável num horizonte intergeracional e com a redução dos impactos ambientais decorrentes das escolhas administrativas.

³⁶ VILLAC, “*Sustentabilidade e...*”, cit., p. 109.

³⁷ Cfr. JUAREZ FREITAS, “Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos”, in *Interesse Público*, ano 13, n. 70, Fórum, Belo Horizonte, 2011, s/n (versão digital).

A finalidade última é, ao fim e ao cabo, contribuir para um desenvolvimento sustentável e duradouro, em suas múltiplas dimensões (ambiental, social e econômica).

3.3. As Diretivas Comunitárias relativas aos contratos públicos e sua relação com a tutela do meio-ambiente.

No contexto do processo de modernização do Direito Europeu dos Contratos Públicos, as duas últimas gerações de Diretivas Comunitárias são marcos representativos da crescente importância que a União Europeia vem dedicando ao tema da sustentabilidade no âmbito de suas contratações públicas.³⁸

Referimo-nos nomeadamente à Diretiva nº 2004/18/CE, de 31 de março de 2004, e à Diretiva nº 2014/24/UE, de 26 de fevereiro de 2014, oriundas do Parlamento Europeu e do Conselho.³⁹ Embora a primeira tenha sido expressamente revogada pela segunda, o tratamento precursor dispensado por ela ao tema justifica sua abordagem como referência histórica e nos auxilia na compreensão dos progressos dados ulteriormente.

As referidas Diretivas traduzem parte relevante da estrutura normativa que confere abrigo e fundamento jurídico ao paradigma da sustentabilidade das contratações públicas no âmbito da União Europeia. Embora a preocupação do bloco com a proteção do meio ambiente seja antiga e perceptível a partir de inúmeros atos normativos comunitários elaborados sobre o assunto ao longo do tempo, foi somente a partir da Diretiva nº 2004/18/CE que a ligação entre esta antiga preocupação ambiental e as contratações públicas ficou mais clara, em uma verdadeira “sinergia entre o Direito dos Contratos Públicos e o Direito do Ambiente”.⁴⁰

³⁸ A propósito da evolução histórica do processo de introdução de critérios sociais e ambientais na contratação pública europeia, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006. RAQUEL CARVALHO também traz interessante panorama histórico da cobertura legislativa responsável pela gradativa introdução de considerações ambientais na Contratação Pública em âmbito europeu (RAQUEL CARVALHO, “Contratação Pública e ecoinovação”, in Paulo Otero, Carla Amado Gomes e Tiago Serrão (org.), *Estudos em Homenagem a Rui Machete*, Almedina, Coimbra, 2015).

³⁹ O presente tópico (assim como o trabalho em geral) coloca enfoque nas previsões contidas na nova Diretiva relativa aos contratos públicos n.º 2014/24/UE (doravante designada “a Diretiva”), deixando de lado os regimes especiais para contratos de concessão (Diretiva 2014/23/UE) e utilidades (Diretiva 2014/25/UE), embora diversas previsões sejam também aplicáveis a esses regimes.

⁴⁰ Cfr. ESTORNINHO, “Green Public Procurement...”, *cit.*, p. 5.

Desde então vem se configurando, nas bem colocadas palavras do Professor VASCO PEREIRA DA SILVA, “um aperfeiçoamento progressivo da técnica do contrato público no quadro da proteção do ambiente”.⁴¹

Uma breve digressão em passado não tão remoto mostra que, por ocasião da assinatura do Tratado de Maastricht, em 7 de fevereiro de 1992, a então recém-instituída União Europeia firmara, dentre outros compromissos, o de empenhar-se na promoção do desenvolvimento sustentável da Europa, bem como na preservação do elevado nível de proteção e de melhoramento da qualidade do ambiente (art. 3º). As exigências em matéria de proteção do ambiente passaram a ser integradas como objetivo e política comum nos processos de definição e execução das políticas e ações institucionais do bloco.

A revogada Diretiva nº 2004/18/CE, relativa aos contratos de empreitada de obras públicas, de fornecimento e de serviços, reportava-se expressamente aos referidos objetivos estabelecidos no Tratado de Maastricht, numa clara declaração de intenções de contribuir com a sua realização. E, resalte-se, de fazê-lo especificamente através da utilização da contratação pública.

Em verdade, o intuito da Diretiva foi redirecionar, de maneira inovadora, a atenção do expressivo e relevante universo dos contratos públicos para a consecução daqueles compromissos, tornando-o, quiçá, senão protagonista ao menos partícipe relevante neste processo de remodelagem de paradigma dentro do mercado europeu. Debruçou-se a Diretiva nº 2004/18/CE, então, em explanar de que forma as entidades adjudicantes – a considerar o poder de compra que, por questões de escala, detém o Estado –, poderiam contribuir com a proteção do ambiente e com a promoção do desenvolvimento sustentável, induzindo o setor privado à prática de padrões mais elevados de sustentabilidade sem prejuízo da obtenção da melhor relação qualidade/preço para os contratos públicos.⁴²

Foi a primeira vez que uma Diretiva Europeia permitiu aos Estados, de forma direta, lançar mão da contratação pública como instrumento de realização de políticas horizontais.⁴³ A título meramente ilustrativo, cite-se, dentre os dispositivos da Diretiva nº 2004/18/CE, alguns

⁴¹ VASCO PEREIRA DA SILVA, “Para um novo Código dos Contratos Públicos Ambientalmente Sustentável”, in Maria João Estorninho (coord.), *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2016, p. 47.

⁴² Cfr. Considerando n. 5, da Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004.

⁴³ Nesse sentido, vide DIOGO DUARTE DE CAMPOS, “A admissibilidade de políticas secundárias na contratação pública: a consideração de factores ambientais e sociais”, in *Estudos de Direito Público*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

exemplos que demonstram a preocupação do normativo em incluir interesses ecológicos no regime da contratação pública da União Europeia: previsão quanto a possibilidade de, quando da formulação de especificações técnicas, serem incluídas características ambientais nas exigências funcionais do objeto a ser adjudicado (art. 23.º, nº 3, letra “b”); possibilidade de que a observância das exigências ambientais possa ser comprovada pela apresentação de rótulos ecológicos (art. 23.º, nº 6); no que tange às condições de execução do contrato, abria-se a possibilidade de que as entidades adjudicantes fixassem regras especiais que visassem considerações de índole social e ambiental (art. 26.º).

Ao tratar das Diretivas de 2004, a Professora ESTORNINHO destaca o relevante papel por elas desempenhado na afirmação e consolidação de uma nova concepção da contratação pública:

“(...) tem subjacente uma nova filosofia, que procura compatibilizar o regime da contratação pública com as novas preocupações comunitárias, assumindo definitivamente que a contratação pública é um instrumento privilegiado de execução de políticas estruturais e sectoriais da União Europeia, nomeadamente políticas sociais e ambientais”.⁴⁴

A nova Diretiva nº 2014/24/UE, de 26 de fevereiro de 2014, revogou a anterior Diretiva nº 2004/18/CE. Porém, não provocou uma revolução legislativa ampla na disciplina do tema, nem mesmo introduziu nela alterações substanciais. Antes, destacou-se precipuamente por adotar “uma estratégia de inequívoca continuidade”⁴⁵, ao reforçar os ditames do paradigma da sustentabilidade e acentuar a concepção da contratação pública como um mecanismo de realização de políticas horizontais, nomeadamente em matéria ambiental, social e de fomento à inovação.⁴⁶

⁴⁴ ESTORNINHO, “*Direito Europeu dos Contratos Públicos...*”, cit., p. 53.

⁴⁵ PEDRO SANCHEZ, *Direito da Contratação Pública – Volume 1*, AAFDL, Lisboa, 2020, p. 32.

⁴⁶ Entendendo que a abertura do direito da União Europeia à designada utilização estratégica da contratação pública não constituiu novidade da reforma de 2014, mas sim um mero reforço dessa tendência que já havia sido inaugurada pela geração de Diretivas de 2004, vide RAQUEL CARVALHO, “Contratação pública e ecoinovação”, cit. A autora cita o pensamento de Rui Medeiros nesse mesmo sentido. Igualmente, vide GOMES e CALDEIRA, “Contratação Pública Verde...”, cit., p. 49.

Não por outra razão, a doutrina portuguesa entende ter havido um “aprofundamento de prescrições que já constavam da Diretiva 2004/18”⁴⁷, uma “mudança qualitativa”⁴⁸, ou um “claro reforço da aposta numa contratação pública ambientalmente (mais) sustentável”⁴⁹.

Nesse sentido, os “considerandos” iniciais da nova Diretiva dão o tom do perfil do quadro normativo que dali em diante se delineou: afirma-se que as entidades adjudicantes devem estar atentas aos “objetivos da sustentabilidade” e “à sustentabilidade do processo de produção das obras, fornecimentos e serviços” quando da definição das especificações técnicas (*Considerando 74*, primeiro parágrafo); no contexto da melhor relação qualidade/preço resta estabelecido uma lista não exaustiva de possíveis critérios de adjudicação que incluem aspectos ambientais e sociais (*Considerando 92*, primeiro parágrafo); como já foi afirmado anteriormente, os contratos públicos são erigidos a instrumento para a promoção dos objetivos da “*Europa 2020 – Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*” (*Considerando 95*, primeiro parágrafo), nomeadamente por meio da “integração das considerações sociais e ambientais na contratação pública” (*Considerando 97*, primeiro parágrafo).

Como se pode perceber, as Diretivas nº 2004/18/CE e nº 2014/24/UE demonstram “a abertura do direito da União Europeia à designada utilização estratégica da contratação pública”.⁵⁰ Através delas, as instâncias comunitárias instituíram um verdadeiro *jus commune* europeu que erigiu a sustentabilidade em objetivo e valor comunitários a serem perseguidos por meio dos contratos públicos de todos os países da União Europeia.⁵¹

Recorremos uma vez mais às elucidativas lições de ESTORNINHO acerca da revisão de 2014 do quadro regulatório europeu em matéria de contratação pública:

“(…) a transposição das Diretivas de 2014 abre aos ordenamentos jurídicos nacionais janelas de oportunidade para uma verdadeira mudança qualitativa nos regimes da contratação pública, ao impor/permitir, entre outras, medidas tendentes a (...) e) Fomentar a utilização estratégica da

⁴⁷ RAQUEL CARVALHO, “A contratação pública como instrumento de realização de políticas ambientais e sociais”, in Isabel Celeste M. Fonseca (coord.), *Actas do I Congresso sobre compras públicas: para uma contratação pública estratégica*, Elsa Uminho, Braga, 2015, p. 23.

⁴⁸ ESTORNINHO, “Uma oportunidade perdida...”, *cit.*, p. 16.

⁴⁹ GOMES e CALDEIRA, “Contratação Pública Verde...”, *cit.*, p. 55.

⁵⁰ PEDRO COSTA GONÇALVES, “Integração de preocupações ambientais na contratação pública”, in *Revista de Contratos Públicos*, Fórum, ano 6, n. 11, Belo Horizonte, 2017, p. 117.

⁵¹ Como será abordado em tópico posterior, em matéria de fixação de metodologias comuns de cálculo de custos ambientais, a existência de um *jus commune* em nível da União parece-nos aspecto chave para que o instituto não represente risco ao mercado interno europeu dos contratos públicos e seus consectários (os princípios da concorrência e da não-discriminação).

contratação pública para atingir objetivos sociais e ambientais; (...) g) Aumentar a transparência e combater a corrupção e os conflitos de interesses; h) Garantir a sustentabilidade (ambiental, social e financeira) não apenas na formação dos contratos públicos mas também durante a sua execução;”⁵²

Entretanto, como bem lembra MARTA REBELO, mesmo antes do advento da Diretiva nº 2004/18/CE, a Comissão, através da Comunicação sobre o Mercado Único e o Ambiente, de junho de 1999, já agasalhava a ideia de que a “inclusão da dimensão ambiental nos procedimentos de adjudicação de contratos, de forma consistente com a legislação comunitária, poderá constituir um importante estímulo para se chegar a padrões de consumo sustentáveis”.⁵³

Outros documentos produzidos pelas instâncias comunitárias também figuram como expoentes de uma progressiva transição para o novo paradigma. Dentre eles, compartilhando do objetivo comum de proporcionar orientações sobre o modo de reduzir o impacto ambiental decorrente do consumo do sector público e de utilizar os contratos público ecológicos para incentivar a inovação em tecnologias, produtos e serviços ambientais, ganham destaque em especial as seguintes Comunicações interpretativas da Comissão Europeia, citadas em ordem cronológica de edição: *COM(1998) 143 final*, acerca dos contratos públicos na União Europeia; *COM(2001) 274 final*, sobre o direito aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar considerações ambientais na contratação pública; *COM(2001) 566 final*, sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar aspetos sociais nesses contratos; *COM(2008) 400 final*, intitulado “Contratos públicos para um ambiente melhor”; *COM(2011) 15 final*, que trouxe o “Livro Verde” sobre a modernização da política de contratos públicos da União Europeia para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa; *COM (2011) 206 final*, através da qual a Comissão Europeia enumera doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua dentro do Mercado Único europeu, destacando, dentre elas a importância de um “quadro normativo no domínio dos contratos públicos revisto e modernizado, com o objetivo de obter uma política equilibrada que apoie a procura de bens, serviços e obras respeitadores do ambiente, socialmente responsáveis e inovadores”.

Cabe mencionar, ainda, a *COM (2010), 2020 final*, que trata da já mencionada Comunicação da Comissão Europeia denominada “*Europa 2020 - Estratégia para um crescimento*

⁵² ESTORNINHO, “Uma oportunidade perdida...”, *cit.*, p. 16.

⁵³ MARTA REBELO, “A dimensão ambiental das regras comunitárias de contratação pública: os critérios de adjudicação relativos à proteção do ambiente na jurisprudência do TJCE”, in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, nº 20, Almedina, Lisboa, 2003, p. 87.

inteligente, sustentável e inclusivo”. Como afirmado anteriormente, o Considerando nº 95 da Diretiva nº 2014/24/UE destaca o relevante papel exercido pela contratação pública no alcance das metas estabelecidas pela referida Estratégia Europa 2020: “*é extremamente importante tirar o máximo proveito do potencial dos contratos públicos para cumprir os objetivos da Estratégia Europa 2020*”, que se assentam em três prioridades: desenvolver uma economia baseada no conhecimento e na inovação (crescimento inteligente); promover uma economia mais eficiente em termos de utilização de recursos, mais ecológica e mais competitiva (crescimento sustentável); e fomentar uma economia com níveis elevados de emprego e que assegure a coesão social e territorial (crescimento inclusivo).

Não se pode olvidar igualmente dos contributos do labor pretoriano do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) na afirmação e consolidação dessa temática. Em verdade, a consagração legislativa, por meio das Diretivas comunitárias de 2004, da possibilidade de prossecução de políticas horizontais a partir da introdução de considerações ambientais no âmbito da contratação pública, foi precedida de um eloquente e prévio reconhecimento jurisprudencial. Dentre os *leading cases*, cite-se os casos *Concordia Bus Finland* (Processo nº C-513/99, de 17/09/2002), *EVN and Wienstrom* (Processo n.º C-448/01, de 04/12/2003) e *Comissão vs Alemanha* (Processos nº C-20/01 e C-28/01, de 10/04/2003). Tal influência jurisprudencial é, inclusive, expressamente registrada no primeiro “Considerando” da Diretiva 2004/18/CE.

Tem-se, em síntese, um perceptível reforço das considerações ambientais a denotar a alteração do paradigma concorrencial até então vigente. Um verdadeiro bloco de constitucionalidade está posto a amparar juridicamente um novo paradigma euronormativo pró-sustentabilidade dos contratos públicos.

Como bem recorda SUZANNE KINGSTON, tal paradigma pode ser associado ao que o Comissário Potocnik denominou de “new environmentalism”, por ocasião de seu mandato como comissário ambiental, no sentido de que no contexto da contratação pública fica claro que o equilíbrio de objetivos econômicos, ambientais e sociais foi considerado como um relevante fator no processo de modernização do regime de contratos públicos de 2014.⁵⁴

Sobre o equilíbrio e a integração de políticas ambientais e econômicas no seio da contratação pública, enquanto valores fundamentais da União para o alcance de uma economia de

⁵⁴ Cfr. SUZANNE KINGSTON, “The uneasy relationship between EU environmental and economic policies – The role of the Court of Justice”, in Beate Sjaffjell; Anja Wiesbrock (Coord.), *Sustainable Public Procurement under EU Law: new perspectives on the State as stakeholder*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 25.

mercado altamente competitiva e ao mesmo tempo com um alto nível de proteção ambiental, discorreremos mais detidamente no tópico seguinte.

3.4. As dimensões ambiental e econômica da sustentabilidade: o desafio da concordância prática de princípios e da harmonização de finalidades multidimensionais.

Um dos desafios do novo paradigma da sustentabilidade no âmbito da contratação pública é encontrar o ponto de justo equilíbrio entre os três pilares do desenvolvimento sustentável em potencial conflito: econômico, ambiental e social.

De acordo com ANJA WIESBROCK, isso significa que as decisões tomadas por entidades adjudicantes nos procedimentos de formação de contratos públicos devem ser guiadas pela combinação e balanceamento de fatores econômicos (tais como os custos de produtos e serviços), fatores ambientais (tais como emissões, alteração climática e biodiversidade) e fatores sociais (tais como justiça social, direitos humanos e condições de emprego).⁵⁵

Limitaremos nossa abordagem à relação travada entre as duas primeiras dimensões – economicidade e ambientalidade –, tendo em vista serem elas os vetores subjacentes à discussão sobre o tema da monetarização dos custos imputados às externalidades ambientais e sua respectiva internalização no cálculo do custo de ciclo de vida.

Pois bem. Ao apontar de maneira uníssona que a “proteção do ambiente é apenas um de entre diversos outros valores que a contratação pública visa salvaguardar”⁵⁶, a doutrina portuguesa chama atenção aos riscos que a implementação de políticas horizontais, ou transversais, pode provocar à concorrência, princípio este estruturante da contratação pública europeia e do qual a economicidade e a isonomia são corolários por excelência.

Do ponto de vista da sua dimensão econômica, o contrato público sustentável persegue a máxima eficiência da despesa pública e a salvaguarda do interesse público financeiro (“*best value for public money*”). Sob este viés, a contratação pública consiste em mecanismo de satisfação das necessidades das entidades adjudicantes através de meios que assegurem economicidade, isto é, o menor dispêndio possível na aplicação dos recursos públicos.

⁵⁵ Cfr. ANJA WIESBROCK, “Socially responsible public procurement: European value or national choice?”, in Beate Sjaafjell; Anja Wiesbrock (Coord.), *Sustainable Public Procurement under EU Law: new perspectives on the State as stakeholder*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 75. Tradução livre.

⁵⁶ GOMES e CALDEIRA, “Contratação Pública Verde...”, *cit.*, p. 55.

Concorrência, igualdade e economicidade são princípios que se entrelaçam neste contexto: o primeiro é uma derivação específica da “dimensão de igualdade no acesso à contratação pública”⁵⁷, e tem como um de seus objetivos a salvaguarda do interesse público financeiro.

A ideia de que o princípio da concorrência confere unidade de sentido às regras da contratação pública ou de que “*competition is the predominant external goal of public procurement*” está há muito glosada na doutrina.⁵⁸ Como bem destaca PEDRO COSTA GONÇALVES, “assegurar a concorrência efetiva já não constitui apenas um dever resultante de uma vinculação ao princípio da igualdade, mas também uma exigência vinculada ao princípio da economicidade, da procura da melhor proposta”.⁵⁹ Somente por meio da outorga de contratos em contexto de ampla liberdade concorrencial e igualdade de condições se pode alcançar a eficiência econômica:

“(...) a economicidade enquanto princípio e objetivo da contratação pública, que visa a proteção do interesse público financeiro, realiza-se, em primeira linha, através da outorga de contratos em concorrência (...) A concorrência surge, pois, como um ponto de partida para alcançar o ‘best value for money’ na contratação pública e um princípio inseparável da economicidade. (...) Estamos em condições de concluir que, na contratação pública, o valor da concorrência surge como instrumento de concretização de dois princípios: o da igualdade de chances e de tratamento dos agentes econômicos e o da economicidade na aplicação dos recursos públicos”.⁶⁰

Em contrapartida, conquanto o subprincípio da sustentabilidade econômica seja fundamental, ele não é o único que deve pautar a atuação da Administração Pública. Há uma outra dimensão constitutiva do princípio da sustentabilidade que precisa ser igualmente considerada. Do ponto de vista da sustentabilidade ambiental, sustenta-se, como visto anteriormente, a utilização dos contratos públicos como instrumento de realização de políticas públicas horizontais ou transversais, nomeadamente políticas ambientais.

Esses valores nucleares não se relacionam, em regra, com a eficiência econômica da entidade adjudicante nem lhe garante auferir benefícios financeiros diretos ou objetivamente mensuráveis. Antes, sugerem um ideal de desenvolvimento com foco nas liberdades humanas, no

⁵⁷ Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos – Uma concorrência ajustada ao interesse público*, AAFDL, Lisboa, 2013, p. 52.

⁵⁸ Cfr. RUI MEDEIROS, “Alguns desafios em sede de reforma...”, *cit.*, p. 209.

⁵⁹ PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos – Vol. 1*, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 349-350.

⁶⁰ PEDRO COSTA GONÇALVES, “Direito dos...”, *cit.*, pp. 349-350.

bem-estar intergeracional, na preservação ambiental, na redução das desigualdades sociais, entre outros valores fundamentais insuscetíveis de precificação imediata.

Portanto, está-se diante de duas diferentes dimensões instrumentais da sustentabilidade que são, ao mesmo tempo, constitutivas da ideia de uma contratação pública (econômica e ambientalmente) sustentável. Da economicidade e ambientalidade exsurtem valores igualmente dignos de proteção e caros ao Estado-adjudicante no quadro do direito da União Europeia.

GONÇALVES bem sintetiza o aparente conflito de interesses que estas duas dimensões da sustentabilidade podem suscitar, ao destacar a circunstância de que, em geral, bens, serviços e obras “amigas do ambiente” nem sempre serão aqueles que apresentam o menor preço imediato. Ao contrário, a inclusão de requisitos ambientais tende a provocar justamente o incremento nos preços de aquisição, o que ensejaria dúvidas quanto a sua eficiência econômica:

“(…) a consideração do elemento da proteção do ambiente nas compras públicas pode implicar distorções à concorrência e desvios à igualdade de oportunidades dos agentes econômicos, os quais, apesar de atuarem no mercado em conformidade com as regulamentações aplicáveis (“dentro da lei”), podem ser atirados para fora dos “mercados públicos”, por não adaptarem os seus métodos de gestão ou os seus processos de produção às dispendiosas e, por vezes, sofisticadas exigências em matéria ambiental. Assim, a preocupação com os efeitos na concorrência – quer por afastar operadores econômicos das compras públicas, quer por, em consequência disso, diminuir as possibilidades de escolha das entidades adjudicantes –, explica os cuidados do direito da União Europeia, não apenas na contenção dos casos de imposição do fator proteção do ambiente, como mesmo na delimitação dos termos de possibilidade das considerações ambientais (embora a evolução se venha pautando, de forma inequívoca, no sentido de uma abertura a essa possibilidade).”⁶¹

Com efeito, tem-se campo aberto a essa potencial tensão porque muitas vezes a opção economicamente mais racional para os operadores econômicos não coincidirá com a opção ecologicamente mais adequada.

Nessa mesma linha de pensamento, ao se referir às considerações de tutela ambiental por meio da contratação pública e seu conflito com os ditames da defesa da concorrência, MARTA REBELO assevera que:

“A proteção do ambiente, enquanto missão da Comunidade Europeia, a prosseguir, então, através da política comunitária prevista nos artigos 3.º,

⁶¹ PEDRO COSTA GONÇALVES, “Integração de preocupações...”, cit., p. 119.

n.º 1, alínea l), e 174º a 176º do Tratado de Roma, que institui a Comunidade Europeia (doravante TCE), interage e antagoniza de forma directa com políticas e medidas de carácter eminentemente económico, como seja o regime de concorrência, a livre circulação de mercadorias ou a política de emprego”⁶²

Se por um lado a introdução de critérios não estritamente económicos na avaliação de candidatos e propostas parece ser um caminho que deve ser trilhado pelas entidades-adjudicantes para a consecução de políticas públicas horizontais, por outro não se pode olvidar do potencial que esta medida possui, igualmente, de implicar em certa subjetivação do procedimento de contratação. Como bem observa FERREIRA DA SILVA, com a incorporação de critérios de preferência ambiental e social “cria-se o risco da utilização desviante destes critérios, no sentido de se favorecer, injustificadamente, determinados operadores”⁶³.

De fato, o risco de que sob o manto de critérios ambientais e sociais se esconda uma limitação velada ao acesso de concorrentes ao certame, direcionamento a determinada empresa, diminuição do seu grau de transparência ou atos de corrupção, não deve ser desprezado.

A par destas preocupações, a professora ESTORNINHO acrescenta a necessidade de que, por exemplo, “a introdução de critérios ambientais seja acompanhada de mecanismos de prevenção do desperdício e da corrupção”.⁶⁴⁻⁶⁵ Menciona, inclusive, a Parte 4 do “Livro Verde” em idêntico sentido, ao contrapor as potencialidades da contratação pública enquanto instrumento de realização de outras políticas públicas aos riscos dela decorrentes: “em simultâneo, acentua-se a necessidade de que tal não signifique uma menor eficácia dos contratos públicos, a assunção de encargos desproporcionados ou o falsear da concorrência nos mercados dos contratos públicos”.⁶⁶

Colocados dessa forma, os princípios da economicidade e da ambientalidade parecem de fato estar em relação de antagonismo direto. Deveras, o acréscimo do vetor “sustentabilidade ambiental” ao tradicional (e mais simplista) “mais baixo preço” se contrapõe às políticas de carácter estritamente económico.

⁶² MARTA REBELO, “A dimensão ambiental...”, *cit.*, p. 82.

⁶³ CAROLINA FERREIRA DA SILVA, “Políticas horizontais ambientais...”, *cit.*, p. 173.

⁶⁴ ESTORNINHO, “*Green Public Procurement...*”, *cit.*, p. 5.

⁶⁵ Sobre a limitação/regulação da ampla margem de discricionariedade administrativa – tão presente, diga-se, nas questões que envolvem a introdução de critérios ambientais nos processos de contratação pública –, como um genérico instrumento anticorrupção, vide PAULA BORDALO FAUSTINO, “Regulating discretion in public procurement: an anti-corruption tool?”, in Gabriella M. Racca e Christopher R. Yukins (coord.), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts – Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Editions Bruylant, Bruxelas, 2015, pp. 147-151.

⁶⁶ ESTORNINHO, “*Green Public Procurement...*”, *cit.*, p. 6.

Deve-se ressaltar, contudo, que a tensão entre os referidos pilares da sustentabilidade é apenas aparente. Enquanto princípios constitutivos desse novo paradigma, que resguardam interesses igualmente dignos de proteção no domínio da contratação pública, a ambientalidade e a economicidade impõem sejam os eventuais conflitos existentes entre si devidamente endereçados a partir da concordância prática dos valores em jogo, do dever de ponderação entre eles e da harmonização, na máxima medida possível, de suas finalidades públicas.

O pluralismo de bens e a transversalidade de interesses que circunscrevem a construção do bem comum não admite que a solução do conflito entre ambientalidade e economicidade perpassa pela exclusão ou esvaziamento total de um em benefício do outro, mas sim pela ideia de complementação e integração.

Como bem salientou o Professor PAULO OTERO ao discorrer brilhantemente sobre a “Constituição Administrativa” e a “Administração Pública humanizada e constitucionalizada”, em tempos de conflituosidade de interesses e de uma pluralidade de princípios – não sendo qualquer um apriorística e abstratamente superior aos demais –, é indispensável proceder à ponderação entre eles e os bens que visam resguardar.⁶⁷

Sob a perspectiva multidimensional do paradigma da sustentabilidade, a contratação pública reúne múltiplos objetivos que, isoladamente, não deve assumir uma dimensão absoluta ou estanque, antes requerem sejam considerados entrelaçadamente, como integrantes de um sistema orgânico e inter-relacional comprometido com postulados éticos, sociais, econômicos e ambientais.⁶⁸

Sem desconsiderar todos os pontos de conflito potencialmente existentes entre eles, fato é que economicidade e ambientalidade podem constituir dois subprincípios estruturantes do paradigma da sustentabilidade cujos objetivos são plenamente conciliáveis e até mesmo complementares.

CUNHA RODRIGUES bem ressalta que “a harmonização entre o princípio da não discriminação e a promoção de objetivos secundários ou horizontais constitui uma das áreas mais sensíveis na contratação pública”.⁶⁹ No mesmo sentido, ao comentar sobre a Diretiva 2014/24/UE e o então Anteprojeto do Código dos Contratos Públicos Português, FERREIRA DA SILVA aponta a

⁶⁷ PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo. Vol. 1*. Almedina, Lisboa, 2014, pp. 331, 350 e 432.

⁶⁸ Cfr. VILLAC, “*Sustentabilidade e...*”, cit., p. 35.

⁶⁹ NUNO CUNHA RODRIGUES, *A Contratação Pública como instrumento de Política Económica*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 205.

ponderação entre essas duas dimensões da sustentabilidade como um tema caro ao desenvolvimento do regime dos contratos públicos:

“A Diretiva, bem como o Anteprojeto do Código dos Contratos Públicos vêm tentar acatar esses desafios de forma mais ou menos coerente, no sentido de promover o necessário equilíbrio entre o reforço das considerações de sustentabilidade e a manutenção das preocupações concorrenciais no espaço da contratação pública. Este é o desafio que se impõe.”⁷⁰

Acerca desse desafio e necessidade de concordância prática entre princípios em aparente conflito, vale trazer também à colação a precisa lição de GOMES e CALDEIRA:

“Por esse motivo, os fins ambientais têm de ser compatibilizados com outros fins igualmente dignos de protecção e cuja prossecução deve ser assegurada através da contratação pública, sendo esse o motivo de alguns aspectos do regime das Directivas contrariarem ou, pelo menos, terem de ser compatibilizados com (por implicarem compressões sobre) as preocupações ecológicas (...).

(...) o objectivo da abertura à concorrência dos contratos públicos no espaço europeu, inerente à realização do mercado europeu, não pode ser dissociado de outros objetivos europeus, como são as políticas social e ambiental, também elas fundamentais. (...).

(...) os objectivos que as Directivas visam prosseguir são múltiplos e heterogéneos, sendo necessário proceder a uma concordância prática para dar a todos eles um nível adequado de satisfação mas sem poder dar primazia absoluta a um só (ou apenas alguns) deles em detrimento total dos restantes”.⁷¹

A coexistência dessas duas dimensões da sustentabilidade desafia uma visão multifacetada da matéria e a proposição de soluções que assegurem, na máxima medida possível, a realização concomitante e harmoniosa entre as finalidades protegidas, de maneira a se obter a concordância prática e o adequado equilíbrio entre os interesses de construção de uma economia aberta e concorrencial, porém a serviço de políticas horizontais.⁷²

Recorremos novamente à lição de PEDRO COSTA GONÇALVES acerca do tema:

“Num trajeto iniciado nos primeiros anos do milênio, a reforma de 2014 mantém e reforça a aposta numa contratação pública sustentável e amiga do ambiente. Sem pôr em causa a realização dos objetivos de eficiência

⁷⁰ CAROLINA FERREIRA DA SILVA, “Políticas horizontais...”, *cit.*, p. 170.

⁷¹ GOMES e CALDEIRA, “Contratação Pública Verde...”, *cit.*, pp. 55-57 e 61.

⁷² Cfr. RAQUEL CARVALHO, “Contratação Pública eecoinovação”, in Paulo Otero, Carla Amado Gomes e Tiago Serrão (coord.), *Estudos em Homenagem a Rui Machete*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 882.

econômica e da exigência de uma boa aplicação do dinheiro dos contribuintes, o objetivo de proteção do ambiente conduz a uma apologia das compras públicas ecológicas e a uma exigência de articulação entre as considerações econômicas e as considerações ambientais”⁷³

Nesse mesmo sentido, porém não sem apontar a essencialidade da concorrência para o fortalecimento do mercado interno e a conseqüente necessidade de precauções concorrenciais na introdução de novas considerações ambientais nas contratações públicas, FERREIRA DA SILVA também destaca a possibilidade de harmonização de interesses colidentes como resultado de uma discriminação positiva neste conflito:

“A sustentabilidade não assume, nesta Diretiva, um papel secundário em relação à concorrência: ambas as dimensões complementam-se e completam-se. Acresce-se que a concorrência não terá, necessariamente, de se afigurar como inimiga da ambientalidade e da sociedade; ao invés – ela será a aliada necessária à obtenção da compra ambiental e/ou social mais vantajosa.

(...)

A presente Diretiva, no contexto europeu e o Anteprojeto, no contexto nacional, alteraram o paradigma concorrencial: a concorrência já não funciona sobre as dimensões ambientais e sociais; a concorrência funciona com elas (se não em total harmonia, pelo menos, em paridade)”⁷⁴

A visão (ainda relativamente jovem) de promoção de políticas públicas horizontais por meio dos contratos públicos deve, sim, ser acompanhada de cautelas concorrenciais, não podendo acarretar na redução irrazoável da (tradicional) exigência de eficiência interna dos contratos públicos, na assunção de encargos desproporcionais ou em distorções das normas da imparcialidade e da igualdade entre os operadores econômicos do mercado.⁷⁵

A busca pela economicidade, por sua vez, não deve se traduzir em uma avaliação unidimensional centrada inteiramente no preço mais baixo em detrimento de responsabilidades de cariz ambiental e social. Deve, antes, preocupar-se igualmente em prevenir o que RUI MEDEIROS definiu, de forma perspicaz, como “abuso do recurso ao critério do mais baixo preço”⁷⁶, para então “incorporar, definitivamente, ao escrutínio das propostas, os incontornáveis critérios paramétricos

⁷³ PEDRO COSTA GONÇALVES, “Integração de preocupações ambientais...”, *cit.*, pp. 132-133.

⁷⁴ CAROLINA FERREIRA DA SILVA, “Políticas horizontais ambientais...”, *cit.*, pp. 200 e 202.

⁷⁵ Cfr. ESTORNINHO, “*Green Public Procurement...*”, *cit.*, p. 6.

⁷⁶ RUI MEDEIROS, “Alguns desafios em sede de...”, *cit.*, p. 227.

de sustentabilidade para ponderar os custos (diretos e indiretos) e os benefícios sociais, ambientais e econômicos”.⁷⁷

Nas bem lançadas palavras de WIESBROCK e SJAFJELL, este ponto de equilíbrio representaria “*the economic good sense of social and green public procurement*” (o bom senso econômico da contratação pública social e ambiental).⁷⁸ Arrematam as autoras aduzindo que:

“It is furthermore crucial to recognise that the economic, environmental and social objectives in public procurement are not necessarily contradictory, but may in fact be pursued simultaneously. For a long time there was perceived to be an inherent tension between the promotion and enforcement of high environmental and social standards and the objective to seek value for money by determining the most economically competitive tender. In recent years, it is increasingly recognised that the incorporation of environmental and social criteria in procurement processes is not necessarily contradictory to the pursuit of the primary objectives of securing value for money as well as competitive tendering throughout the EU. In its proposal to revise the procurement regime, the European Commission has pointed out that the two objectives of increasing the efficiency of public spending to ensure the best value for money and the use of public procurement to support non-economic goals are indeed complementary.”⁷⁹

Em muitos casos, ao contrário da ideia mais propagada de relação de antagonismo entre realidades aparentemente contrapostas, fato é que preceitos de sustentabilidade ambiental podem contribuir também para o alcance de resultados positivos do ponto de vista econômico, embora o transcenda.⁸⁰

Sem prejuízo de outras formas ou instrumentos que possam ter o condão de unir estas duas diretrizes em unidade de propósitos, destacamos em especial o instituto do custo do ciclo de vida, nomeadamente quando em seu cálculo estiverem inseridos os custos monetarizados das externalidades ambientais.

Conforme já adiantado no tópico introdutório – e que será adiante pormenorizadamente explanado –, a incorporação dos custos imputados a externalidades

⁷⁷ JUAREZ FREITAS, “Licitações e sustentabilidade...”, *cit.*, s/n (versão digital).

⁷⁸ ANJA WIESBROCK; BEATE SJAFJELL, “*Public procurement’s potential...*”, *cit.*, p. 235.

⁷⁹ ANJA WIESBROCK; BEATE SJAFJELL, “*Public procurement’s potential...*”, *cit.*, p. 236.

⁸⁰ “...contrary to common belief, environmentally sound procurement is no more expensive than conventional procurement. More efficient use of energy and natural resources, and strategies to cut the amount of waste generated, can in fact save the taxpayer money.” (CATHERINE DAY, “Buying Green: the crucial role of public authorities”, in *Local Environment - The International Journal of Justice and Sustainability*, vol. 10, n.º 2, Routledge, Londres, 2005, p. 202).

ambientais ao cálculo do custo do ciclo de vida de produtos, serviços e obras teria o condão de, acaso eficazmente implementado, unir a um só tempo a preservação da qualidade do meio-ambiente ecologicamente considerado com fatores ligados à economicidade, mediante a monetarização daqueles.⁸¹

Trata-se de um exemplo de instrumento estratégico de sustentabilidade que tem por objetivo a redução de custos – não de elevação de gastos –, através de medidas de tutela ambiental.⁸²

Em sentido contrário ao entendimento exposto até aqui, não se desconhece a existência de vozes abalizadas na doutrina que sustentam uma postura mais restritiva relativamente à prossecução de políticas horizontais. Para essa corrente, a promoção de políticas ambientais e sociais no seio da contratação pública não pode ser considerada (também) objetivo principal ou primário. Isso porque, em uma visão tradicional-clássica, a centralidade do elemento econômico, a transparência e a abertura dos contratos públicos à máxima concorrência sempre foram tidas como valores prioritários na condução dos procedimentos prévios à formação dos contratos públicos.⁸³

Deveras, historicamente, tais processos eram vistos como forma de perseguir as propostas que fossem mais vantajosas para as entidades adjudicantes a partir de um ponto de vista puramente financeiro ou orçamentário, que tomava por base o preço mais baixo imediatamente

⁸¹ Nesse mesmo sentido: “A consideração da proteção do ambiente pode articular-se bem com a preocupação econômica – sobretudo se se adota abordagem que atende aos custos do ciclo de vida...” (PEDRO COSTA GONÇALVES, “Integração de preocupações ambientais...”, *cit.*, p. 118).

⁸² “(...) LCC (*life-cycle costing*) can help to overcome one of the main barriers for the implementation of sustainable procurement highlighted in several surveys across Europe which suggest that greener products are perceived to be more expensive than non-green, conventional products (Adell et al, 2009). Hence, LCC can be a useful tool to support sustainable procurement as far as the costs savings that occur during the product/service lifetime compensate the price premiums linked to the sustainable alternatives (Perera and Morton, 2009). LCC can also help to unveil ‘hidden’ costs to the contracting department in order to make procurement decisions more cost-effective not only for the area but for the whole public administration (Adell et al., 2009). In an ideal case, the higher initial price of the greener product is more than compensated by the much lower usage and disposal costs” (HELENA ESTEVAN; BETTINA SCHAEFER, *Life Cycle Costing - State of the art report*, ICLEI – Local Governments for Sustainability, European Secretariat, 2017, p. 27. Disponível em https://spregions.eu/fileadmin/user_upload/Life_Cycle_Costing_SoA_Report.pdf, acesso em 12/07/2020).

⁸³ NUNO CUNHA RODRIGUES cita, por exemplo, a doutrina de Christopher McCrudden, o qual “resume em sete os argumentos contrários à utilização da contratação pública para afirmar políticas secundárias ou horizontais: i) falsificam a função principal da contratação pública, que deve ser animada por uma função comercial principal – adquirir mais por menos; ii) aumenta o custo da contratação e reduz o número de potencial concorrentes; iii) pode ser injusta para as empresas excluídas e respectivos trabalhadores, constituindo uma barreira à entrada; iv) a afirmação dessas políticas pode decorrer da captura do regulador; v) constitui uma forma insuficiente afirmar essas políticas através da contratação pública e não através da regulação directa; vi) aumentam a burocracia e vii) permitem escolhas discricionárias e até situações de abuso de poder.” (“*A Contratação Pública como...*”, *cit.*, p. 227).

considerado. Acerca deste paradigma de carga precipuamente economicista até então dominante, cite-se a observação de MARTA REBELO:

“Este peso econômico e o cariz eminentemente concorrencial que desde sempre procurou acentuar-se no regime dos contratos públicos, são elementos reveladores do potencial conflito entre estas regras e as políticas ambientais da Comunidade”.⁸⁴

Por todos, a advogar a tese de que a racionalidade econômica e a abertura dos contratos públicos à efetiva concorrência continuam sendo a pedra angular no âmbito da contratação pública, cite-se a doutrina de DIOGO DUARTE DE CAMPOS. Segundo o eminente autor, a implementação de políticas ambientais e sociais deve continuar sendo considerada finalidade secundária, posto que de incidência subordinada à realização daqueles objetivos primários e tão somente até o limite em que não implicar prejuízo à realização deles.⁸⁵⁻⁸⁶

É importante registrar este posicionamento desde logo, ainda que o mesmo represente apenas parcela minoritária da doutrina portuguesa. Isso porque os argumentos ali invocados para se defender a prevalência dos fatores econômicos e concorrenciais em detrimento de políticas horizontais de tutela do meio-ambiente reforçam a existência de uma tensão latente entre esses dois paradigmas quando confrontados no seio da contratação pública.

Portanto, antes de constituir-se em empecilho às ideias que serão desenvolvidas ao longo do trabalho, o referido entendimento minoritário – que não reconhece a realização de políticas públicas como (também) objetivo primário ou horizontal da contratação pública – externaliza uma preocupação em comum e é uma voz em defesa de modelos ou soluções que tenham o condão de – assim como o faz o instituto do cálculo dos custos do ciclo de vida e a

⁸⁴ MARTA REBELO, “A dimensão ambiental...”, *cit.*, p. 85.

⁸⁵ Assevera o autor – em momento anterior às Diretivas de 2014, importa registrar –, que: “(...) não nos parece que, em caso de litígio, o mesmo possa ser resolvido mediante uma concordância prática entre a realização do mercado comum e consideração de políticas secundárias em geral e ambientais em particular – a realização do mercado interno será sempre (ou pelo menos ainda) a política primária, no âmbito da contratação pública (europeia). (...) Pelo que, a realização de políticas secundárias apenas será admitida se e na medida em que não prejudiquem ou impeçam a realização do mercado interno” (DIOGO DUARTE DE CAMPOS, “A admissibilidade de políticas secundárias...”, *cit.*, p. 148).

⁸⁶ No mesmo sentido preconizado na nota anterior, vide: “A relação entre este princípio da concorrência e a implementação de considerações ambientais e sociais na contratação pública deverá, então, pautar-se pelo funcionamento da dimensão negativa da concorrência, na medida em que impõe que (todas) as regras da contratação pública sejam criadas e implementadas com o último e primordial objetivo de não criar distorções na concorrência. Isso significa que também as disposições destinadas à implementação das políticas ambientais e sociais devem encontrar o seu horizonte na não distorção da concorrência” (CAROLINA FERREIRA DA SILVA, “Políticas horizontais...”, *cit.*, p. 192).

monetização de custos imputados a externalidade ambientais – aliar sustentabilidade ambiental e econômica sob um prisma de complementaridade (e não exclusão) mútua.

3.5. Por uma visão ética da Contratação Pública: o expressivo poder de compra do Estado e a teoria do “desenvolvimento como liberdade” (Amartya Sen) como diretrizes ético-políticas para a defesa das contratações públicas sustentáveis.

A União Europeia constitui-se atualmente no “maior mercado de contratos públicos do mundo em termos monetários absolutos”.⁸⁷ Estima-se que o movimento de recursos envolvidos nas contratações públicas comunitárias atinja o montante de quase 20% do PIB de todo o bloco.⁸⁸

Esse percentual é deveras considerável. Na condição de consumidor, o Estado-adjudicante detém, por questões de escala, um poder de compra que não encontra paralelo entre os agentes econômicos do mercado.

Acerca da considerável representatividade das contratações públicas dentro dos mercados europeu e mundial, vale trazer à colação alguns dados fornecidos em estudo elaborado pela Comissão:

“Em termos econômicos, os contratos públicos representam uma parte substancial das trocas comerciais a nível mundial. As aquisições de bens e de serviços pelas autoridades públicas constituem cerca de 17% do PIB da UE. A adjudicação de contratos públicos envolve, pelo menos, 22 mercados-chave de bens e de serviços nos quais os clientes são exclusiva ou principalmente entidades públicas ou cujos grandes clientes são autoridades públicas. No total, o volume de negócios das empresas que operam nestes mercados poderá exceder 25% do PIB da UE e representar cerca de 31 milhões de postos de trabalho”.⁸⁹

⁸⁷ CUNHA RODRIGUES, “*A Contratação Pública como...*”, *cit.*, p. 193.

⁸⁸ Cfr. documento produzido pela Comissão Europeia e denominado “*Comprar Ecológico: Manual de contratos públicos ecológicos*”, Serviço das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2016, p. 5. Disponível em <http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_pt.pdf>, acesso em 04.07.2018. Percentual equivalente é apontado também por CUNHA RODRIGUES, “*A Contratação Pública como...*”, *cit.* p. 194. Mais recentemente, a Diretiva UE 2019/1161 apontou um percentual de 16%, com base em dados de 2018 (Cfr. Considerando n.º 8 da Diretiva (UE) 2019/1161, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019).

⁸⁹ Cfr. “Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão. Resumo da avaliação de impacto que acompanha o documento Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras relativas ao acesso de bens e serviços de países terceiros ao mercado interno de contratos públicos da União Europeia bem como os procedimentos de apoio às negociações sobre o acesso de bens e serviços da União Europeia aos mercados de contratos públicos dos países terceiros”, 2012, p. 1 (SWD/2012/0058 final - COD 2012/0060)”. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52012SC0058&from=EN>. Acesso em 20.02.2020.

Dessa realidade em que as entidades públicas se assumem como grandes consumidores de bens e serviços se extrai a influência que as contratações públicas exercem sobre o funcionamento do mercado interno europeu como um todo, seus efeitos sobre o nível de atividade, geração de emprego e renda, além do seu potencial de servir de instrumento de indução de comportamentos e de transformações estruturais em matéria de hábitos de produção, consumo e desfazimento de bens.

CATHERINE DAY cita o resultado de um interessante estudo promovido, a pedido da Comissão, pelo Conselho Internacional de Iniciativas Locais entre 2001 e 2003, e que confere lampejos sobre a dimensão da contribuição que o Poder Público pode oferecer, através das suas contratações, à proteção ambiental e ao desenvolvimento sustentável:

“(..) if all public authorities in the EU switched to green electricity, they would save more than 60 billion tonnes of CO₂, thus contributing 18% of the EU’s Kyoto target on reduced greenhouse gas emissions for 2012. If they all also used energy-efficient desktop computers – and the public sector buys a total of 2.8 million computers each year – another 830,000 tonnes of CO₂ would be avoided, which would bring us an additional 0.25% closer to our Kyoto goal. If all public administrations used water-saving toilet flushes and water taps, water consumption would be reduced by 200 million litres. And so on – the list of environmental gains is long and impressive.”⁹⁰

Uma procura significativa por produtos “mais ecológicos” tem o potencial de fomentar o desenvolvimento de mercados de produtos e serviços respeitadores do ambiente, além de figurar como fator de incentivo para que empresas desenvolvam tecnologias inovadoras do ponto de vista ambiental.⁹¹

Como bem destacam BARROS, CARNEIRO e SANTOS, “a entidade pública procura serviços e produtos mais inovadores e, por seu turno, a oferta responde a esse estímulo dinamizando o mercado”.⁹² Nesse mesmo sentido, FERRERINHA AROSO sustenta que:

“Esta situação confere aos contratos públicos o potencial para serem instrumento de desenvolvimento económico, regulação da atividade dos agentes económicos privados e influenciador do comportamento dos

⁹⁰ CATHERINE DAY, “Buying Green: the crucial...”, *cit.*, p. 202.

⁹¹ Cfr. COM(2008) 400 final, *Contratos públicos para um ambiente melhor*, Bruxelas, 16.7.2008.

⁹² CARNEIRO, SANTOS e BARROS, “Contratação pública verde”, *cit.*, p. 209.

consumidores, através da criação de sinergias entre o Direito do Ambiente e o Direito dos Contratos Públicos.”⁹³

O carácter instrumental da contratação pública fica mais uma vez evidente neste contexto como um meio eficaz de implementação de políticas públicas, fomento de iniciativas inovadoras e indução de comportamentos economicamente sustentáveis, com proscrição daqueles que impliquem em forte impacto ambiental.

A expressividade econômica e financeira de recursos públicos envolvidos nas aquisições públicas exige uma postura menos indiferente e mais “dirigente” por parte das entidades adjudicantes. Para além do atendimento de suas necessidades por bens, serviços e obras, ao Poder Público cumpre desempenhar o papel de indutor de políticas ambientalmente sustentáveis. A prossecução de interesses públicos primários deve ser incorporada ao processo de adjudicação.

Com singular perspicácia, ASSIS RAIMUNDO fala em “*contratação dirigida*”⁹⁴, e CUNHA RODRIGUES em “*função reguladora*”⁹⁵ (“*regulação indirecta*”)⁹⁶, ao se referirem à vocação instrumental do contrato público para a implementação de objetivos horizontais ou secundários em vista ao fomento de práticas sustentáveis.

Nesse mesmo sentido, MARIA JOÃO ESTORNINHO assevera que, diante da dimensão do universo da contratação pública, e, por conseguinte, da amplitude dos impactos (positivos ou negativos) que as escolhas tomadas neste domínio podem acarretar à sociedade como um todo, as entidades adjudicantes “têm a obrigação de exercer o seu poder de compra de modo social e ambientalmente responsável”.⁹⁷

Parece-nos, contudo, que esta obrigação, derivada do poder de compra que o Estado detém por questões de escala, de realização de contratações sustentáveis deve ser compreendida *cum grano salis*. A considerar o atual quadro normativo do Direito Europeu dos Contratos Públicos, tal obrigação não decorre de imposição legal em sentido estrito, ou de um dever geral cujo cumprimento é categoricamente exigido das entidades adjudicantes pelo Direito Positivo. Antes, advém, acima de tudo, da assunção de um compromisso ético-político de sustentabilidade intergeracional – ou, nas bem lançadas ideias desenvolvidas por LEITÃO AMARO, do alcance ético-

⁹³ ANTÔNIO MANUEL FERREIRINHA AROSO, *Direito do Ambiente e Contratação Pública: Na Busca por Propostas Ecologicamente Mais Vantajosas* (dissertação de Mestrado), Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2015, p. 23.

⁹⁴ ASSIS RAIMUNDO. *A formação dos contratos públicos...*, cit., p. 397.

⁹⁵ CUNHA RODRIGUES, “*A Contratação Pública como...*”, cit., p. 207.

⁹⁶ CUNHA RODRIGUES, “*A Contratação Pública como...*”, cit., p. 227.

⁹⁷ ESTORNINHO, “*Green Public...*”, cit., pp. 3-4.

jurídico de conformação do Direito ao princípio da sustentabilidade⁹⁸ –, enquanto postura a ser fomentada pelo Estado-consumidor, a começar pelo reconhecimento de suas próprias responsabilidades enquanto parte em relações jurídicas neste domínio.

Embora não decorra de imposição normativa categórica, esta postura pró-sustentabilidade encontra amplo suporte legal no âmbito do Direito Positivo da União Europeia – como, por exemplo, a partir dos diversos instrumentos normativos mencionados no tópico 3.3 deste trabalho –, a possibilitar que decisões de gestores que adotem essa postura de engajamento estejam revestidas de segurança jurídica.

Com efeito, o atual cenário do Direito comunitário está mais próximo de um regime de fomento e esforço supragovernamental à indução de movimentos voluntários de adesão à “consciência institucional do consumo sustentável”⁹⁹, bem como a uma cultura assente no ciclo de vida, do que propriamente de um regime de imposições e sanções taxativas em caso de descumprimento dessa diretriz.

As Diretivas visam facilitar, não exigir compras sustentáveis (vide Considerando n.º 91 da Diretiva 2014/24/EU).¹⁰⁰ A utilização de especificações ambientais ou sociais como subcritérios de adjudicação permanece no âmbito de ampla discricionariedade da autoridade adjudicante, isto é, na margem de seus poderes de conformação autônoma para mais adequadamente prosseguir o interesse público, “quer na enunciação e ordenação dos fatores e

⁹⁸ LEITÃO AMARO, “O princípio constitucional da sustentabilidade”, *cit.*

⁹⁹ EDUARDO FORTUNATO BIM, “Considerações sobre a Juridicidade e os Limites da Licitação Sustentável”, in Murillo Giordan Santos; Tereza Villac Pinheiro (Coord.), *Licitações e contratações públicas sustentáveis*, Forum, Belo Horizonte, 2015, p. 185.

Nesse mesmo sentido, publicação elaborada pelo *United Nations Environment Programme (UNEP)* cita a doutrina de Bas de Leeuw para destacar o advento da ideia de “life-cycle thinking”, afirmando que: “Consumers are increasingly interested in the world behind the product they buy. Life cycle thinking implies that everyone in the whole chain of a product’s life cycle, from cradle to grave, has a responsibility and a role to play, taking into account all the relevant external effects. The impacts of all life cycle stages need to be considered comprehensively when taking informed decisions on production and consumption patterns, policies and management strategies” (*Guidelines for social life cycle assessment of products*, UNEP/SETAC Life Cycle Initiative at UNEP, CIRAIG, FAQDD and the Belgium Federal Public Planning Service Sustainable Development, Nairobi, 2009, p. 28. Disponível em <http://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/7912>. Acesso em 17.07.2020).

¹⁰⁰ “(...) the 2014 Directive still leaves the choice to contracting authorities whether or not they wish to include environmental considerations in their public procurement procedures. (...) The Directives expressly declines to make green public procurement (GPP) mandatory (...)” (SUZANNE KINGSTON, “*The uneasy relationship...*”, *cit.* p. 32).

subfatores que irão determinar a proposta economicamente mais vantajosa, quer na ponderação que lhes for atribuída e mesmo na aplicação às propostas admitidas ao procedimento”¹⁰¹ ¹⁰² ¹⁰³

COSTA GONÇALVES afirma que desta autorização (não obrigação) legal deriva o “princípio do caráter voluntário das considerações ambientais na contratação pública”¹⁰⁴, e conclui que:

“Em síntese, podemos concluir que o direito da União Europeia, mesmo depois da reforma da regulamentação dos contratos públicos de 2014, continua a não impor aos Estados-membros um dever geral de consideração de fatores ambientais nos processos de compras públicas.
(...)

Sem prejuízo dessa linha de evolução e da disseminação sistemática pelas instituições da União Europeia de uma cultura ambiental na atuação do Estado contratante, deve, contudo, dizer-se que o Direito Positivo não impõe à Administração as compras públicas ecológicas. Estabelece esta possibilidade, mas não impõe. E compreende-se esta contenção regulatória: os objetivos de proteção do ambiente são certamente objetivos nobres das políticas públicas; contudo, não se deve assumir uma posição fundamentalista e taxativa, e deve aceitar-se que a proteção do ambiente não é necessariamente o objetivo decisivo dos processos de compras públicas. Há números outros objetivos (v.g., aquisição de produtos de qualidade a preço baixo, promoção de produtos manufaturados, proteção das pequenas empresas) que também justificam as decisões dos processos de compras e que, em muitos casos, podem ter primazia sobre considerações ambientais. Pois bem, a regulamentação deve continuar a confiar à entidade adjudicante o poder, em cada caso, de ponderar os objetivos e definir as considerações prioritárias, dentro de um quadro de escolhas de produtos e de serviços fornecidos e prestados nos termos da lei geral.”¹⁰⁵

¹⁰¹ GONÇALO GUERRA TAVARES, *Comentário ao Código dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 334.

¹⁰² Cfr. ABBY SEMPLE, “The link to the subject matter: a glass ceiling for suitable public contracts?”, in Beate Sjaafjell; Anja Wiesbrock (Coord.), *Sustainable Public Procurement under EU Law: new perspectives on the State as stakeholder*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 55-56 e 71.

¹⁰³ Na jurisprudência portuguesa, v. acórdão do STA de 2 de abril de 2009, processo nº 083/08 (Relator: João Belchior) reconhecendo que “(...) a Administração, nos concursos públicos, goze de uma ampla margem de livre ponderação e conformação na escolha de critérios de avaliação das propostas e na valoração dos respectivos factores, por se tratar de aspectos não vinculados do acto de adjudicação (...)”. Cite-se outro acórdão no mesmo sentido: STA de 4 de dezembro de 2012, processo nº 857/12 (Relator: Pires Esteves): “A Administração goza, embora com observância dos princípios que devem presidir ao desempenho das suas funções (designadamente, o princípio da transparência), de uma larga margem de discricionariedade, quer na enunciação e ordenação nos factores e subfactores que irão determinar a proposta economicamente mais vantajosa, quer na ponderação que lhes for atribuída e mesmo na sua aplicação às propostas admitidas ao procedimento.”

¹⁰⁴ PEDRO COSTA GONÇALVES, “Integração de preocupações...”, *cit.*, p. 118.

¹⁰⁵ PEDRO COSTA GONÇALVES, “Integração de preocupações...”, *cit.*, pp. 119 e 133. Tratando especificamente do custo do ciclo de vida como instrumento de consecução de contratações públicas ecologicamente mais sustentáveis, LUCA DE PAULI também ressalta a natureza facultativa de sua utilização, relegando-a ao âmbito da discricionariedade da entidade contratante: “Non si rinvencono, infatti, previsioni di natura immediatamente cogente o obbligatoria, anche

No mesmo sentido da não obrigatoriedade – ao menos do ponto de vista estritamente legal, ressalte-se – do uso instrumental da contratação pública para fins horizontais, registrem-se os posicionamentos de TERESA ALMEIDA e BARROS, CARNEIRO e SANTOS, respectivamente:

“De facto, se é certo que a Directiva visa potenciar o uso dos contratos públicos como instrumento de políticas horizontais, muitas das quais não se realizam sem a consideração de critérios para além do preço ou custo contratuais até agora considerados, a verdade é que o legislador optou por não tornar esse uso instrumental dos contratos públicos obrigatório para as entidades adjudicantes, deixando-lhes a possibilidade de, querendo, o fazerem.”¹⁰⁶

“No entanto, apesar dos ganhos que a adoção destes instrumentos acarreta para o nosso ambiente e também para a nossa economia e, pese embora abundem comunicações e recomendações da Comissão Europeia, os contratos públicos ecológicos não estão ainda suficientemente incrementados, constituindo um instrumento de carácter voluntário, não sendo imposta ao Estado a sua implementação no domínio da contratação pública”¹⁰⁷

Alguns autores, por outro lado, defendem que a promoção de contratações públicas sustentáveis seria uma obrigação imposta ao Estado-adjudicante por força de sua suposta responsabilidade constitucional de, na qualidade de entidade pública, promover a proteção do meio ambiente nas democracias modernas. Este é, por exemplo, o entendimento advogado por DIOGO DUARTE DE CAMPOS:

“... note-se que esta posição se encontra fundada na própria noção axiológica de entidade adjudicante. Com efeito, estas são geralmente entidades públicas, donde fará – em maior ou menor grau – parte das suas atribuições a defesa de um desenvolvimento sustentável, da qualidade de vida e, certamente, todas elas estarão vinculadas à defesa do interesse público, o qual, pelo menos de forma maioritária, imporá que sejam

alla luce della attuale mancanza di metodi predeterminati e omogenei di valutazione, che consentano – al di là del ristretto settore della promozione di veicoli a ridotto impatto ambientale e a basso consumo energetico nel trasporto su strada, ove invece è già operante l’obbligo – di arricchire le griglie di valutazione della offerta economicamente più vantaggiosa, in termini tali da tenere conto dell’effettivo e complessivo costo “nel ciclo di vita” di quanto le singole stazioni appaltanti andranno ad acquisire, all’esito delle procedure di scelta volta a volta dalle medesime indette” (LUCA DE PAULI, “I ‘costi del ciclo di vita’ nel...”, *cit.*, p. 630).

¹⁰⁶ TERESA ALMEIDA, “Critérios de adjudicação: o (novo) conceito de oferta economicamente mais vantajosa nas directivas europeias da contratação pública”, in *Revista de Contratos Públicos*, ano 5, n.º 9, Forum, Belo Horizonte, 2016, p. 144.

¹⁰⁷ CARNEIRO, SANTOS e BARROS, “Contratação pública verde”, *cit.*, p. 209.

tomados em consideração os problemas ambientais. Assim sendo, ao fazê-lo as entidades mais não estarão do que cumprir os seus próprios fins.”¹⁰⁸

Outros autores, por sua vez, como noticia FERREIRA DA SILVA, recorrem ao artigo 11º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – que determina que as exigências em matéria de proteção do ambiente devem ser integradas na definição e execução das políticas e ações da União – para defender que a introdução de considerações ambientais se assumiria, no âmbito da contratação pública, como atividade vinculada.¹⁰⁹

Data maxima venia em relação aos eminentes autores que pensam desta forma, não compartilhamos do mesmo entendimento.

Parece-nos que a obrigação constitucional, ou decorrente do TFUE, de proteção ambiental aplicada às contratações públicas é imposição, no sentido estrito do termo, dirigida ao Estado enquanto potestade pública, isto é, quando o mesmo atua no mundo jurídico na condição de regulador, exercendo o seu *jus imperium* através de função normativa ou poder de polícia. Não, porém, em relação ao Estado que age na condição de entidade adjudicante, partícipe do mercado como mero consumidor de produtos, serviços e obras.¹¹⁰

Não se deve confundir o Estado que regula (Estado-regulador), com o Estado que compra (Estado-adjudicante-contratante ou Estado-consumidor). São duas manifestações distintas do mesmo ente público. No contexto da tutela do meio ambiente por meio da contratação pública, uma coisa é o Poder Público, no contexto macropolítico, ditar normas cogentes, prescrever comportamentos e dessa forma intervir no funcionamento dos mercados; outra bem diferente é o Estado zelar por ser ele próprio um “agente de sustentabilidade”¹¹¹, “*leading by example*”¹¹² como um consumidor consciente quando da aquisição de bens, serviços e obras de que necessita, com a

¹⁰⁸ DIOGO DUARTE DE CAMPOS, “A admissibilidade de políticas secundárias...”, *cit.*, p. 143. No mesmo sentido, leciona PEDRO COSTA GONÇALVES: “Sem perder de vista o critério da boa aplicação dos dinheiros públicos, sabemos que o Estado tem responsabilidades legais e constitucionais, por exemplo, na proteção das pequenas e médias empresas, no estímulo à inovação, na criação de oportunidades para os mais desfavorecidos, mas também na proteção do ambiente ou dos direitos humanos” (PEDRO COSTA GONÇALVES, “*Direito dos Contratos...*”, *cit.*, p. 338).

¹⁰⁹ CAROLINA FERREIRA DA SILVA, “Políticas horizontais ambientais...”, *cit.*, p. 172.

¹¹⁰ Nesse sentido: “Notwithstanding its public character, public procurement is characterised by the fact that state acts as a private actor seeking supply on the market.” (ANNA BECKERS, “Using contracts to...”, *cit.*, p. 206).

¹¹¹ Cfr. LUCIANA STOCCHI BETIOL, “As compras públicas sustentáveis como política pública de Estado”, in *Jornal o Estado de São Paulo*, São Paulo, 2015. Versão eletrônica disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/gestao-politica-e-sociedade/as-compras-publicas-sustentaveis-como-politica-publica-de-estado/>. Acesso em 10.03.2020.

¹¹² Cfr. ANNA BECKERS, “Using contracts to further sustainability? A contract law perspective on sustainable public procurement”, in Beate Sjaafjell; Anja Wiesbrock (Coord.), *Sustainable Public Procurement under EU Law: new perspectives on the State as stakeholder*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 208.

finalidade de induzir – não impor – o setor privado à adoção de práticas e comportamentos voluntários em termos de contratação sustentável.

Como bem assevera ANNA BECKERS, as contratações públicas sustentáveis seriam tidas como um mecanismo que conduz operadores econômicos em direção a determinadas práticas com mote no poder brando de incentivos de mercado e pressão social, e não na lei.¹¹³

A corroborar a distinção que julgamos relevante realizar entre Estado-regulador e Estado-adjudicante nesta temática, vale citar a lição de JUSTEN FILHO acerca da “pluralidade dimensional da atividade interventiva do Estado” e seu potencial de servir como “instrumento de configuração do mercado e das atividades privadas”.¹¹⁴ Segundo o autor, os instrumentos interventivos estatais no domínio econômico são plurais e podem ocorrer de diferentes maneiras: seja através dos mecanismos tradicionais de regulação da atividade privada, seja por meio de mecanismos econômicos. Como exemplo deste último, o autor cita as contratações públicas, na medida em que a configuração adotada pelo Estado “orienta e delinea a estrutura e o funcionamento da iniciativa privada”.¹¹⁵

No mesmo sentido, BLIACHERIS recorda que esta diferenciação também se encontra no âmago das ideias subjacentes às expressões “políticas de comando e controle” e “políticas que agem sobre os mecanismos do mercado”. Referidas expressões foram cunhadas por KAWAICHI e MIRANDA para distinguir as diferentes maneiras de intervenção do Estado na implementação de políticas públicas ambientais. O autor assevera, então, serem as contratações públicas sustentáveis uma espécie deste segundo tipo de intervenção (instrumento econômico indutor – não impositivo – de comportamentos):

“Neste sentido, as licitações sustentáveis incorporam claros elementos de incentivo, ao abrir um mercado significativo às empresas que produzem de um modo mais limpo e de menor impacto ambiental. O Estado passa a ter um papel indutor, ao criar mercado para tais produtos (...) Porém, há outra dimensão na interferência estatal na alteração dos padrões de produção e consumo que são as regras estabelecendo as exigências ambientais para os agentes econômicos produtores de bens e serviços. Neste sentido, há clara ação de comando e controle que levará à introdução

¹¹³ ANNA BECKERS, “Using contracts to...”, *cit.*, p. 208.

¹¹⁴ MARÇAL JUSTEN FILHO, “Desenvolvimento nacional sustentado – Contratações administrativas e o regime introduzido pela lei nº 12.349/2010”, p. 2. Versão eletrônica disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1788209/mod_resource/content/1/mar%C3%A7al%20justen%20filho%20-%20desenvolvimento%20nacional%20sustentado%20%20.....pdf. Acesso em 15.05.2020.

¹¹⁵ JUSTEN FILHO, “Desenvolvimento nacional sustentado...”, *cit.*, p. 2.

de critérios obrigatórios de sustentabilidade ambiental nas contratações públicas bem como na atividade econômica privada”.¹¹⁶

A forma de atuação estatal em um e outro caso não deve ser confundida. No primeiro (Estado-regulador), tem-se o “traditional top-down regulation”¹¹⁷, um tipo de intervenção mais incisivo e intencionalmente dirigido a moldar o funcionamento dos mercados através da definição de normas de caráter mandatório que impõem limites à livre iniciativa, respeitando-se os limites constitucionais. O intuito é de implementar uma política pública de observância obrigatória no âmbito de um determinado mercado relevante, podendo, não raro, lançar-se mão de cominações de caráter repressivo – inerente ao poder de polícia estatal – para atingir os fins colimados.

No segundo caso (Estado-consumidor), ao contrário, a intervenção é indireta, por indução, na medida em que, ao assumir o papel de consumidor sustentável, o Estado-adjudicante utiliza o peso de sua participação nos mercados como instrumento de fomento, restrição ou desestímulo a certas práticas.

O descumprimento dos comandos emanados do Estado-regulador pode ensejar diferentes tipos de sanção a depender das normas de regência. Diferentemente, a inobservância das exigências ditadas pelo Estado-adjudicante terá como consequência apenas a impossibilidade do operador econômico obter a adjudicação do objeto do certame em uma dada concorrência pública. Por serem meramente indicativas para o setor privado, se um determinado concorrente não atende aos eventuais critérios ambientais exigidos nas peças do procedimento sofrerá como única consequência a impossibilidade de participação no certame ou a desclassificação de sua proposta. Se um operador econômico não desejar engajar-se na produção de produtos ou prestação de serviços ecologicamente eficientes demandados por entidades adjudicantes, poderá continuar, não obstante, oferecendo seus produtos no amplo mercado privado.

Fato é que, ao incluírem critérios de sustentabilidade ambiental no quadro de uma utilização estratégica das compras públicas, as entidades adjudicantes acabam, nas palavras de COSTA GONÇALVES, por “articular as funções de compra e de regulação”.¹¹⁸ Com efeito, no âmbito da prática de contratações sustentáveis, as figuras do Estado-regulador e do Estado-consumidor se aproximam bastante e encontram um certo denominador comum. Os Estados, ao prosseguirem

¹¹⁶ MARCOS WEISS BLIACHERIS, “Licitações Sustentáveis: Política Pública”, in Murillo Giordan Santos; Tereza Villac Pinheiro (Coord.), *Licitações e contratações públicas sustentáveis*, Forum, Belo Horizonte, 2015, p. 147.

¹¹⁷ ANNA BECKERS, “Using contracts to...”, *cit.*, p. 210.

¹¹⁸ PEDRO COSTA GONÇALVES, “Integração de preocupações...”, *cit.*, p. 118.

objetivos secundários ou horizontais, se desviam da sua função principal como adquirentes, de bens e serviços, assumindo igualmente uma função reguladora.¹¹⁹ Vide a lição do autor sobre o tema:

“Não constitui novidade da reforma de 2014 a abertura do direito da União Europeia à designada utilização estratégica da contratação pública: a fórmula refere-se precisamente ao potencial regulatório dos contratos públicos e chama a atenção para o fato de a adjudicação de contratos públicos constituir ferramenta para a realização de objetivos públicos que ultrapassam a realização da compra; a ideia é de que a realização de compras públicas se traduz numa participação no mercado “*but regulating it at the same time*”.¹²⁰

Acerca da utilização estratégica da contratação pública por meio da conjugação entre as funções de compra e de regulação, transcrevemos o entendimento em sentido similar de CUNHA RODRIGUES:

“(…) por via da ‘regulação através da contratação’, permite-se tornar efectiva uma determinada política secundária ou horizontal, sem recurso a instrumentos inerentes ao exercício do *jus imperii*. Na verdade, a contratação pública constitui, em algumas áreas, um instrumento mais dissuasor, tendo em vista o cumprimento da lei, do que outras alternativas – como a aplicação de sanções criminais ou administrativas”.¹²¹

Ao utilizar-se de suas contratações como instrumento de execução de políticas públicas para incentivar a produção de bens, serviços e obras sustentáveis, o Estado participa dos esforços preservacionistas tanto como regulador quanto como consumidor.¹²²

Porém, na linha do que temos defendido ao longo deste trabalho, essa articulação entre as funções de compra e de regulação no seio da atividade contratual do Estado ocorre não em razão de uma suposta imposição legal ou constitucional fundamentada no dever genérico estatal de proteção do meio-ambiente, mas sim, frisamos, por força da necessária assunção, por parte das entidades adjudicantes, do compromisso e responsabilidade ético-política, de horizonte intergeracional, decorrente da cláusula geral de sustentabilidade.

¹¹⁹ NUNO CUNHA RODRIGUES, “A Contratação Pública como...”, *cit.*, p. 207.

¹²⁰ PEDRO COSTA GONÇALVES, “Integração de preocupações...”, *cit.*, p. 117.

¹²¹ NUNO CUNHA RODRIGUES, “A Contratação Pública como...”, *cit.*, p. 228.

¹²² Cfr. JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR; MARINÊS RESTELATTO DOTTI, *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*, Fórum, Belo Horizonte, 2017, p. 43.

Neste caso, o interesse público secundário (que por tradição doutrinária diz respeito estritamente à entidade adjudicante) se entrelaça ocasionalmente ao interesse público primário (que diz respeito ao Estado-regulador) a partir de um imperativo ético de proteção ambiental aplicado às contratações públicas. Conforme leciona FORTUNATO BIM, “consumir com responsabilidade ambiental, ou seja, levando em conta os impactos ambientais, atende ao interesse público primário”.¹²³

A atividade de regulação presente no seio dos processos de formação dos contratos públicos opera-se em bases jurídicas diferentes da regulação promovida pelo Estado no exercício do *jus imperium*. Neste último, tem-se regulação por imposição de condutas e, por vezes, sob pena de cominação de sanção; naqueloutro tem-se, diferentemente, uma forma de regulação por indução e fomento de práticas preservacionistas.

Através das contratações públicas que incorporam políticas de sustentabilidade em seu processo de formação, o Estado-adjudicante se desvencilha da posição redutora de mero adquirente de bens e serviços para levar a efeito, concomitantemente, uma atribuição de regulação, ainda que mitigada ou atenuada. Dizemos “mitigada” em razão desse tipo de regulação não se exprimir por meio da imposição mandatória e coercitiva de condutas, mas sim sob um prisma indutor de comportamentos voluntariamente sustentáveis a partir da perspectiva contratual.¹²⁴

Em outras palavras, quando as entidades adjudicantes contratam, elas contratam; quando, porém, contratam sustentavelmente, elas contratam e regulam ao mesmo tempo. Tem-se, pois, nas bem lançadas palavras de ABBY SEMPLE, “*procurement as a form of (quasi) regulation*”¹²⁵, ou, nos termos usados por CUNHA RODRIGUES, “entidades com funções para-reguladoras”¹²⁶.

Se, no sentido estrito do termo, obrigação legal há, de utilização da contratação pública para atingimento de objetivos horizontais, em decorrência de comando, oriundo de fonte

¹²³ EDUARDO FORTUNATO BIM, “Considerações sobre...”, *cit.*, p. 201.

¹²⁴ ANNA BECKERS lança interessante olhar sobre a questão ao erigir a figura do instrumento contratual justamente como fator de distinção entre a tradicional função de regulação exercida pelo Estado e aquela promovida pelo mesmo enquanto consumidor: “(...) procurement contracts become instruments by which the state continues to act as a regulator or public enforcer of the law, the only difference to traditional regulation being the use of a legal tool that is available to private actors: the contract. The legally binding contract then obtains a double meaning: it remains the legal basis for a bilateral and mutual exchange of goods, performance of a service or work on the market. On top of that, it becomes a means to regulate the contractual partner with a view to a specific policy objective, in this case making businesses act suitably” (ANNA BECKERS, “Using contracts to...”, *cit.*, p. 209).

¹²⁵ ABBY SEMPLE, “The link to the subject matter...”, *cit.*, p. 72.

¹²⁶ CUNHA RODRIGUES, “A Contratação Pública como...”, *cit.*, p. 231.

constitucional ou do direito da União, de tutela do meio-ambiente, tal comando mandatório parece-nos juridicamente direcionado e vinculativo para os Estados-membros, e não propriamente às entidades adjudicantes.

Quanto a este ponto, vale transcrever a elucidativa lição de ANJA WIESBROCK, ao distinguir as figuras do Estado-membro e da entidade adjudicante à luz das prescrições da Diretiva 2014/24/UE:

“... even though being in principle legally binding, article 18(2) is formulated vaguely, depending essentially on national implementing measures in order to be applied and enforced effectively. The provision does not impose any obligation upon contracting authorities, but it is directed at the Member States. Even though it is stated in Recital 37 of the Preamble that Member States *and* contracting authorities are required to take measures to ensure that economic operators comply with applicable social and labor law provision, it follows from the legislative history of Article 18(2) that the legislator intentionally placed this responsibility in the hands of the Member States, so as to avoid imposing an excessive burden upon contracting authorities”¹²⁷

Os efeitos práticos desse entendimento ficarão mais claros quando tratarmos, em tópico próprio, das entidades competentes – ou, ao menos, mais indicadas – para conduzir a elaboração de metodologias comuns de cálculo de custos de ciclo de vida ambiental em âmbito comunitário.

Em síntese, somos do entendimento de que inexistente imposição legal categórica, direcionada diretamente às entidades adjudicantes, de promoção de contratações sustentáveis. E o dever genérico de tutela ambiental atribuído aos Estados-membros por força de normas constitucionais e comunitárias não se prestariam a defender o contrário.

Não nos parece, contudo, que este nosso entendimento tenha o condão de fragilizar ou prejudicar a utilização instrumental dos contratos públicos em favor da prossecução de políticas horizontais. A força normativa do princípio da sustentabilidade aplicada à contratação pública continua operante, a impor a ponderação de considerações ambientais no seio dos processos de adjudicação. E isso se dá por força do que entendemos tratar-se de obrigação decorrente do compromisso ético-político de horizontes intra e intergeracional da atividade contratual do Estado-consumidor.

¹²⁷ ANJA WIESBROCK, “Socially responsible public procurement...”, *cit.*, p. 80.

Para melhor explanação deste ponto, recorreremos ao pensamento de AMARTYA KUMAR SEN e sua construção teórica do desenvolvimento como liberdade (“*Development as freedom*”).¹²⁸ As formulações teóricas de SEN conferem fundamento de cunho ético à promoção de contratações mais sustentáveis sob a ótica da necessidade de salvaguarda de liberdades humanas por meio da assunção de compromissos em benefício de presentes e futuras gerações.

Para o eminente professor das Universidades de Cambridge, Oxford e Harvard, o desenvolvimento deve ser compreendido, a um só tempo, como, de um lado, a *expansão* de *liberdades humanas* de diferentes tipos, e, de outro, um processo de eliminação de fontes de *restrição* dessas mesmas liberdades.¹²⁹

AMARTYA SEN sugere uma mudança de enfoque na apreciação do grau de desenvolvimento de uma nação: do prisma até então prevalecente, em que o desenvolvimento é reduzido à aferição do avanço de indicadores econômicos isoladamente considerados (crescimento do Produto Nacional Bruto e da industrialização de um país, por exemplo), para outro cujo aspecto nuclear e fundacional recaia sobre a promoção das liberdades humanas.

Ao referir-se às tradicionais análises de política econômica, SEN afirma que “a disciplina da economia tendeu a afastar-se do enfoque sobre o valor das liberdades em favor do valor das utilidades, rendas e riqueza”.¹³⁰ O autor propõe então uma nova perspectiva de desenvolvimento, menos centralizada em fatores econômicos convencionais e com a tônica voltada para outras variáveis não estritamente econômicas. O foco de atenção passa a recair na dimensão humana do desenvolvimento e no incremento da qualidade de vida das pessoas, em um processo de eliminação de privações e expansão de liberdades.

Vejamos as palavras do próprio autor:

“A expansão da liberdade é vista, por essa abordagem, como o principal fim e o principal meio do desenvolvimento. O desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer preponderantemente sua condição

¹²⁸ AMARTYA SEN, *Desenvolvimento como liberdade*, Companhia das Letras, São Paulo, 2010. Por oportuno, registramos, para fins de verificação das referências, que o exemplar da obra consultada está em formato digital (*e-book*). Outra relevante obra do autor acerca do tema é o “Desenvolvimento como expansão de capacidades” (SEN, Amartya. “O desenvolvimento como expansão de capacidades”, in *Lua Nova: Revista de cultura e política*, n. 28- 29, São Paulo, 1993. p. 313-334. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451993000100016&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 09.03.2020.

¹²⁹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, *cit.*, p. 6.

¹³⁰ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, *cit.*, p. 26.

de agente. A eliminação de privações de liberdades substanciais, argumenta-se aqui, é constitutiva do desenvolvimento.

(...)

Na visão do desenvolvimento como liberdade, as liberdades instrumentais ligam-se umas às outras e contribuem com o aumento da liberdade humana em geral.

(...)

As liberdades não são apenas os fins primordiais do desenvolvimento, mas também os meios principais. Além de reconhecer, fundamentalmente, a importância *avaliatória* da liberdade, precisamos entender a notável relação empírica que vincula, umas às outras, liberdades diferentes. Liberdades políticas (na forma de liberdade de expressão e eleições livres) ajudam a promover a segurança econômica. Oportunidades sociais (na forma de serviços de educação e saúde) facilitam a participação econômica. Facilidades econômicas (na forma de oportunidades de participação no comércio e na produção) podem ajudar a gerar a abundância individual, além de recursos públicos para os serviços sociais. Liberdades de diferentes tipos podem fortalecer umas às outras”.¹³¹

Na visão de SEN, o processo de desenvolvimento envolve, sim, a maximização da renda ou da riqueza e deve ser investigado a partir da integração de considerações econômicas. Porém, vai além delas. A compreensão mais plena do processo de desenvolvimento abrangeria igualmente aspectos sociais e políticos que juntos tenham o condão de ampliar *liberdades* e melhorar a vida que as pessoas podem levar: “o papel da renda e da riqueza – ainda que seja importantíssimo, juntamente com outras influências – tem de ser integrado a um quadro mais amplo e completo de êxito e privação”.¹³²

Embora o leque dessas liberdades relevantes possa ser bastante amplo, SEN cita alguns exemplos, desde as liberdades mais elementares – como ter condições de alimentar-se e de morar adequadamente, evitar a morbidade ou mortalidade precoce, receber educação básica –, até outras consideradas mais complexas – como desenvolver o auto-respeito, tomar parte na vida política e nas discussões da comunidade, apresentar-se em público sem se envergonhar etc.¹³³ Por outro lado, quanto aos exemplos de privação de liberdade, esta poderia “surgir em razão de processos inadequados (como a violação do direito ao voto ou de outros direitos políticos ou civis), ou de oportunidades inadequadas que algumas pessoas têm para realizar o mínimo do que gostariam”.¹³⁴

¹³¹ AMARTYA SEN. *Desenvolvimento como liberdade, cit.*, pp. 1-2 e 12-13.

¹³² AMARTYA SEN. *Desenvolvimento como liberdade, cit.*, p. 20.

¹³³ AMARTYA SEN. *Desenvolvimento como liberdade, cit.*, p. 2.

¹³⁴ AMARTYA SEN. *Desenvolvimento como liberdade, cit.*, pp. 6 e 17.

Esta perspectiva inovadora do processo de desenvolvimento viria, posteriormente, influenciar a base informacional utilizada por SEN na construção de sua própria teoria da justiça.¹³⁵

É, à luz dessa perspectiva do desenvolvimento como expansão de liberdades e eliminação de privações, que visualizamos as contratações públicas sustentáveis se destacando como uma relevante espécie de liberdade humana substantiva e também encerrando em si um papel instrumental ao funcionar como meio privilegiado de expansão de diversas outras liberdades, em especial aquelas dependentes de um ambiente ecologicamente equilibrado.

A relação que o pensamento de SEN sugere entre as ideias de desenvolvimento, liberdades humanas e justiça social, configura um fundamento de caráter ético-político e filosófico em reforço da defesa da inclusão de outras variáveis ou critérios que não os de ordem puramente econômicos no regime jurídico das contratações públicas, ante o potencial que estas detêm de, como visto anteriormente, servir de indução a comportamentos ambientalmente mais sustentáveis por parte dos agentes econômicos.

A teoria de SEN dialoga e traz uma diretriz valorativa e principiológica à regra positivada nas Diretivas de 2014 que, como visto, erige o desenvolvimento sustentável como um dos objetivos a serem perseguidos por meio das contratações públicas. A par de encontrar assento no direito positivo, o dever de promoção do desenvolvimento sustentável por meio das contratações públicas ganha reforço jusfilosófico a partir da teoria de Amartya Sen.

Diante de sua vocação de servir de instrumento privilegiado de implementação de políticas públicas ambientais, uma contratação pública que não perscrute meios de promover o desenvolvimento sustentável é, antes de tudo, antijurídica (por afronta às Diretivas comunitárias que impõem esta obrigação de ponderação). A par de antijurídica, a eventual omissão de entidades adjudicantes em envidar esforços nesse sentido será também eticamente reprovável, em razão de, na linha teórica preconizada por SEN, constituir-se em forma de restrição de liberdades humanas fundamentais de presentes e futuras gerações.

Recorremos à boa doutrina de VARELLA, que sintetiza essa íntima relação de fortalecimento mútuo entre as ideias de liberdades humanas, preservação do meio-ambiente, crescimento econômico, desenvolvimento e sustentabilidade:

¹³⁵ AMARTYA SEN. *A ideia de justiça*, Tradução de Ricardo Doninelli Mendes e Denise Bottmann, Editora Schwarcz, São Paulo, 2009.

“A proteção do meio ambiente tornou-se elemento fundamental deste processo de desenvolvimento. Considera-se que toda forma de crescimento não-sustentável contribui para a redução das liberdades das gerações futuras e, portanto, é naturalmente oposto ao conceito de desenvolvimento, que prevê a expansão destas liberdades. Segundo este conceito, não pode haver desenvolvimento que seja não-sustentável e, assim, nenhuma forma de crescimento não-sustentável pode ser considerada desenvolvimento”.¹³⁶

Afirmar que a atividade contratual das entidades adjudicantes deve perseguir o desenvolvimento sustentável é o mesmo que, na perspectiva de SEN, afirmar que a expansão de liberdades humanas e a eliminação de restrições são uma das finalidades das contratações públicas sustentáveis. É nesse sentido, portanto, que ousamos dizer que a formulação teórica de desenvolvimento defendida por Amartya Sen, reforça, em termos ético-políticos, a utilização das contratações públicas como instrumento de prossecução de políticas ambientais e sociais com a finalidade de promoção do desenvolvimento sustentável.

No mesmo sentido do quanto propomos aqui, valemo-nos da lucidez do argumento ético-relacional desenvolvido por LEITÃO AMARO ao tratar da insustentabilidade como problema de justiça intertemporal, a demandar o dever jurídico de que as presentes gerações incluam como medida de ação e de ponderação os interesses das gerações futuras:

“(…) a insustentabilidade é inaceitável porque coloca em causa o princípio democrático e *restringe a liberdade política para o futuro*. A progressiva diminuição quantitativa ou qualitativa líquida do capital natural ou financeiro disponível resultante de opções e atuações no presente vai cristalizar tais opções do presente e reduzir as opções de escolha e as possibilidades de autodeterminação no futuro. A insustentabilidade cria uma ‘ditadura’ do presente, condiciona a democracia do futuro e impede a realização para posteridade desses valores constitucionais fundamentais da liberdade e da autonomia humana. A cláusula de revisibilidade do Direito impõe à ordem jurídica e ao presente a garantia – que tem de ser substantiva – de que as gerações futuras não terão a sua liberdade política reduzida a zero, seja por vinculações jurídicas, seja pelo desaparecimento de condições materiais efetivas para escolherem”.¹³⁷

Portanto, embora no atual contexto normativo europeu ainda não vislumbremos a existência de um comando legal em sentido estrito – isto é, que imponha uma obrigação de sustentabilidade rigidamente delimitada e cujo descumprimento enseje responsabilização do

¹³⁶ MARCELO DIAS VARELLA, *Direito internacional econômico ambiental*, Del Rey, Belo Horizonte, 2003, p. 43.

¹³⁷ ANTÔNIO LEITÃO AMARO, “O princípio constitucional da...”, *cit.*, pp. 414-415.

adquirente e gestores públicos –, pensamos que a promoção de contratações sustentáveis resta resguardada do ponto de vista ético-político, e, acrescente-se, com amparo legal à indução da sua prática.

Sob o comando decorrente do compromisso ético-político de sustentabilidade intra e intergeracional, é até possível vislumbrar, sob alguma perspectiva, certa dose de vinculação administrativa em prol desse desiderato. Porém tão somente no sentido e nos limites sugeridos por PEREIRA DA SILVA, quando defende o dever da entidade adjudicante proceder à efetiva “ponderação dos bens e valores ambientais em contratos públicos suscetíveis de terem impacto ambiental”.¹³⁸

De fato, este dever jurídico de proceder ao menos à ponderação de como critérios de política horizontal podem ser validamente introduzidos no processo de formação dos contratos públicos deixa de ser mera faculdade submetida ao juízo discricionário da Administração Pública para se tornar uma “discricionariedade administrativa plenamente vinculada à sustentabilidade”.¹³⁹ Digamos, o dever de ponderação de critérios ambientais é elemento vinculante da discricionariedade que geralmente reveste as decisões administrativas em matéria de contratação pública sustentável. Não se admite, por conseguinte, que o Estado-adjudicante exerça seu poder de compra de maneira totalmente desvinculada de seu dever ético-ambiental de ponderação de valores.

Também dando enfoque ao prisma ético da sustentabilidade, interessante perspectiva traz o Professor Juarez Freitas ao afirmar que “a sustentabilidade, em consórcio indissolúvel com os demais princípios, vincula, com eficácia negativa, a discricionariedade”, e acrescenta que, “no limite, a obra ineficiente, o serviço nefasto e o produto nocivo compõem o quadro de condutas ilícitas, uma vez que violadoras do princípio”.¹⁴⁰

Haverá vinculação, igualmente, quando existirem normas de direito da União Europeia impondo que critérios ambientais sejam considerados em domínios específicos da contratação pública. Era o que ocorria com a Diretiva n.º 2009/33/CE – relativa à promoção de veículos de transporte rodoviário não poluentes e energeticamente eficientes –, pelo menos até o advento da Diretiva n.º 2019/1161/UE, sobre a qual falaremos em momento oportuno.

¹³⁸ VASCO PEREIRA DA SILVA, “Para um novo Código...”, *cit.*, p. 47.

¹³⁹ JUAREZ FREITAS, “Licitações e sustentabilidade...”, *cit.*, s/n (versão digital).

¹⁴⁰ JUAREZ FREITAS, “Sustentabilidade dos contratos administrativos”, in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 13, n. 52, Fórum, Belo Horizonte, 2013, s/n (versão digital).

Esta nos parece ser a interpretação mais consentânea a ser extraída do atual arcabouço normativo comunitário em termos de legitimação jurídica das contratações públicas sustentáveis: especificamente na condição de agente consumidor, o Estado-adjudicante deve, dado seu expressivo poder de compra, valer-se do amparo normativo provisionado pelas Diretivas de 2014 para se desincumbir da sua responsabilidade ético-política de contribuir para a promoção do desenvolvimento sustentável e para a expansão de liberdades humanas de presentes e futuras gerações através de sua atividade contratual.

4. A ANÁLISE DO CICLO DE VIDA DE PRODUTOS, SERVIÇOS E OBRAS: CONCEITO, ABRANGÊNCIA, CÁLCULO E ESPÉCIES DE CUSTOS ENGLOBADOS.

4.1. Ciclo de vida e análise do ciclo de vida: conceito e abrangência.

A definição de ciclo de vida encontra-se no art. 2º, nº 20, da Diretiva 2014/24/UE, nos seguintes termos, *in verbis*:

“Ciclo de vida: todas as etapas consecutivas e/ou interligadas, incluindo a investigação e desenvolvimento a efetuar, a produção, comercialização e respectivas condições, transporte, utilização e manutenção, ao longo da existência de um produto, de uma obra ou da prestação de um serviço, desde a aquisição das matérias-primas ou da geração de recursos até à eliminação, neutralização e fim do serviço ou utilização.”

A mesma definição é reproduzida no art. 2º, nº 16, da Diretiva 2014/25/UE.

A conceituação veiculada pelas Diretivas transmite uma noção bastante abrangente da ideia de ciclo de vida. Ela compreenderia todas as etapas da vida de um produto, das empreitadas de obras ou da prestação de um serviço, desde aspectos ligados à extração de matérias-primas até a fase da eliminação do produto, incluindo fatores relacionados com o processo específico de produção, fornecimento ou negociação e respectivas condições, ou um processo específico numa fase posterior do seu ciclo de vida.

A teor dos dispositivos da Diretiva 2014/25/UE, tais fatores são abrangidos pelo conceito de ciclo de vida mesmo que não façam parte da substância material do objeto da contratação.¹⁴¹

¹⁴¹ Cfr. Considerando n.º 97; art. 42º, n.º 1; art. 67º, n.º 3, b.

A expressão de fato encerra em si uma amplitude bastante abrangente, abarcando todas as etapas da vida do objeto, *from the cradle to the grave*.¹⁴²

Interessante notar que, nos termos do Considerando n. 97 da Diretiva 2014/24/UE, a amplitude do conceito tem por finalidade justamente proporcionar mais espaços para a veiculação de considerações de sustentabilidade social e ambiental na contratação pública. Na medida em que alarga o âmbito de aplicação da fórmula, confere-se mais oportunidades para que as autoridades adjudicantes utilizem critérios de adjudicação ou condições de execução sustentáveis que pressuponham ligação a uma das etapas do ciclo de vida.

Já quanto ao conceito de análise, ou avaliação, do ciclo de vida (ACV), FILHO, JÚNIOR e LUEDEMANN, ao tratar das etapas de construção de uma ACV, seu potencial de aplicação em diferentes setores da economia e as condicionantes para seu uso em políticas públicas no Brasil, define-a da seguinte forma:

“A avaliação do ciclo de vida (ACV) é uma ferramenta de gestão criada para computar entradas e saídas de um sistema de produção, com o objetivo de avaliar o desempenho ambiental dos produtos durante as diversas etapas do seu ciclo de vida. Também conhecida como *cradle-to-grave analysis* (análise do berço à sepultura), pode ser efetuada conforme o recorte analisado: *gate to gate*, *gate to grave*, *grave to cradle* (de porta a porta, de porta ao túmulo ou do túmulo ao berço). A ACV é utilizada para identificar quais destes trajetos do ciclo de vida são mais impactantes ao meio ambiente e avalia o custo das mudanças e o correspondente impacto das alterações em um ambiente computacional de simulação.”¹⁴³

A análise do ciclo de vida (ACV) tem sido bastante utilizada para orientar ações de melhoria de desempenho e inovação em sistemas de produção e consumo, visando à eficiência no uso de matérias-primas e à melhoria do desempenho ambiental.

“Os principais objetivos da ACV são melhorar o desempenho ambiental dos processos produtivos e auxiliar na criação de produtos sustentáveis (*ecodesign*). Nas políticas públicas, a ACV contribui para a formação de critérios e requisitos de sustentabilidade, além de fornecer base científica para a implementação de normas e regulações ambientais.”¹⁴⁴

¹⁴² Cfr. GOMES e CALDEIRA, “Contratação Pública Verde...”, *cit.*, p. 72.

¹⁴³ OSMAR COELHO FILHO, NILO LUIZ SACCARO JÚNIOR, GUSTAVO LUEDEMANN, *A avaliação de ciclo de vida como ferramenta para a formulação de políticas públicas no Brasil*, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, 2016, p. 7. Disponível em http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6685/1/td_2205.pdf. Acesso em 10.04.2020.

¹⁴⁴ FILHO, JÚNIOR e LUEDEMANN, “*A avaliação de ciclo de vida como...*”, *cit.*, p. 8.

No âmbito da contratação pública não é diferente. A contratação que implique em reduzidos impactos ambientais em todo o ciclo de vida do objeto do ajuste também é uma vertente da contratação pública sustentável. BLIACHERIS sugere uma perspectiva do ciclo de vida de um produto como uma medida de sua sustentabilidade:

“A avaliação de todo o ciclo de vida dos produtos é uma característica que perpassa toda a política pública de licitações sustentáveis. A maioria dos instrumentos existentes para fazer opção por produtos mais sustentáveis sob o ponto de vista ambiental está baseada no conceito de ciclo de vida, um conceito holístico para avaliar a ação ambiental de um produto. A ação do ciclo de vida leva em conta o impacto ambiental do produto em todos os seus estágios, desde o nascimento, ou berço (extração do material/matéria-prima), até o túmulo (disposição final), com o propósito de minimizar ao máximo o dano ambiental.”¹⁴⁵

A contratação pública não “se deve apenas confinar a avaliações monetárias imediatas”¹⁴⁶, adstritas à visão míope do curto prazo. Antes, deve sujeitar-se a um horizonte temporal mais alargado, que se insere no escrutínio do ciclo de vida dos produtos, serviços e obras.

O ciclo de vida se erige, assim, como uma interessante via colocada à disposição das entidades para que os critérios de adjudicação se desvinculem do apego excessivo ao critério do “mais baixo preço” imediato. Sem, contudo, permitir que isso implique em relativização ou sacrifício desproporcional do princípio da economicidade. Ao contrário, pressupõe-no, pois o que está em jogo é o atingimento de eficiências também do ponto de vista econômico-financeiro, entretanto num horizonte temporal alargado, por meio da internalização de custos não abrangidos, em regra, pelos custos diretos ou preço aquisitivo inicial.

Em termos de benefícios de longo prazo, o custo do ciclo de vida passa a figurar como um (melhor) indicador do próprio “best value for money”, quando em comparação com os custos iniciais de aquisição puramente.¹⁴⁷ Nesse diapasão, vale trazer à colação a lição de Rui Medeiros:

“... uma boa gestão da coisa pública não deve centrar-se apenas no comprar barato no momento aquisitivo inicial. A própria importância que a reforma europeia de 2014 atribui ao *life cycle costing* traduz a mesma preocupação em evitar a tentação do imediatismo e de compras públicas exclusivamente centradas no impacto orçamental de curto prazo.”¹⁴⁸

¹⁴⁵ MARCOS WEISS BLIACHERIS, “Licitações Sustentáveis...”, *cit.*, p. 153.

¹⁴⁶ CAROLINA FERREIRA DA SILVA, “Políticas horizontais...”, *cit.*, p. 181.

¹⁴⁷ Cfr. DACIAN C. DRAGOS; BOGDANA NEAMTU, “*Life-cycle costing for...*”, *cit.*, p. 117.

¹⁴⁸ RUI MEDEIROS, “Alguns desafios em sede de reforma...”, *cit.*, p. 228.

São diversas as referências ao ciclo de vida na Diretiva 2014/24/UE. *Exempli gratia*, registra-se ali a importância do desenvolvimento de metodologias comuns para o cálculo dos custos do ciclo de vida e menciona-se os “custos ao longo do ciclo de vida como incentivo adicional à utilização dos contratos públicos para apoiar o desenvolvimento sustentável” (Considerando 95).

O Considerando n. 74, por sua vez, impõe que, quando da definição das especificações técnicas, as entidades adjudicantes devem atentar-se por fazê-lo de modo a viabilizar a apresentação de propostas que reflitam a diversidade das especificações técnicas existentes no mercado, incluindo as definidas com base em critérios de desempenho ligados ao ciclo de vida do processo de produção das obras, fornecimentos e serviços.

Nesse sentido, o art. 42º admite expressamente que sejam incluídas, dentre as características exigidas para o objeto do contrato, uma referência ao processo ou método específico de produção ou execução, ou a um processo específico para outra fase do seu ciclo de vida, desde que estejam ligados ao objeto do contrato e sejam proporcionais ao seu valor e aos seus objetivos.

Disposições semelhantes também constam da Diretiva 2014/25/UE, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

Não obstante seu considerável âmbito de abrangência e amplitude, a análise do ciclo de vida não se estende aos aspectos relativos à política empresarial geral dos concorrentes. Isso porque os mesmos não podem ser considerados fatores característicos de processo específico de produção ou fornecimento das obras, produtos ou serviços a serem contratados. Por conseguinte, esta ausência de ligação com o objeto do futuro contrato impede que as entidades adjudicantes exijam que os proponentes possuam determinadas políticas de responsabilidade social ou ambiental no âmbito de sua atividade empresarial como um todo.¹⁴⁹

A vedação de que estes aspectos relacionados à política empresarial geral dos agentes econômicos sejam abrangidos pela análise do ciclo de vida tem o propósito de mitigar o risco de que a realização de políticas horizontais por meio da contratação pública abra margem a uma excessiva intervenção estatal nas questões *interna corporis* do contratante.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Cfr. Considerando n. 97 da Diretiva 2014/24/UE.

¹⁵⁰ Cfr. ASSIS RAIMUNDO. *A formação dos contratos públicos...*, cit., p. 401.

4.2. Custo do ciclo de vida e respectivo cálculo.

4.2.1. Noções gerais.

Para Teresa Almeida, o “custo do ciclo de vida” é uma das formas de cálculo ou metodologia que, sob uma abordagem custo-eficácia, tem por finalidade determinar os custos originados em todas as fases do ciclo de vida de produtos, serviços e obras.¹⁵¹

Com o custo do ciclo de vida, os adquirentes públicos têm ao seu dispor um “mecanismo de adjudicação”¹⁵² que lhes confere condições para irem além do critério do mais baixo preço quando da definição da proposta economicamente mais vantajosa. Para além do valor diretamente ofertado, leva-se em conta os custos totais produzidos ao longo do ciclo de vida do objeto contratual, os quais, somados ao preço inicial, são inseridos aos componentes financeiros da proposta para aferição do seu custo total efetivo.

“O CCV é uma ferramenta que demonstra que a economicidade da decisão deve ser medida em relação aos custos de todo o ciclo de vida do produto, e não apenas em relação ao preço de compra. O que tem implícito que a ideia de alocação eficiente de recursos (nomeadamente fundos públicos) deve partir de uma consideração do valor total ao longo da vida dos bens, e não apenas da referência de valor que são os preços de mercado”.¹⁵³

O custo do ciclo de vida se destaca dentre as demais ferramentas de cálculo existentes em razão de ter sido expressamente citado como exemplo de abordagem custo-eficácia pelas Diretivas de 2014 (vide Considerando n.º 92, parágrafo terceiro, da Diretiva 2014/24/UE). Mas o texto legal parece deixar claro que as entidades adjudicantes podem legitimamente utilizar outros métodos de aferição “custo-eficácia” para determinar a proposta economicamente mais vantajosa,

¹⁵¹ TERESA ALMEIDA, “Critérios de adjudicação: o (novo) conceito...”, *cit.*, pp. 145 e 148.

¹⁵² RAQUEL CARVALHO, “Life-cycle costing in the Member States – Does the tool meet its goals?”, in Marta Andhov, Roberto Caranta e Anja Wiesbrock (coord.), *Cost and EU Public Procurement Law. Life-cycle costing for sustainability*, Routledge, Londres, 2019, p. 36.

¹⁵³ TERESA ALMEIDA, “A proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista ambiental: internalização de externalidades ambientais pelos critérios de adjudicação”, in Luís Pedro Cunha, José Manuel Quelhas, Teresa Almeida (Coord.), *Boletim de Ciências Económicas – Homenagem ao Professor Doutor José António José Avelãs Nunes*, v. LVII, Tomo I, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 156.

o que reforça a ideia de que o custo do ciclo de vida seria somente uma das possíveis hipóteses.¹⁵⁴⁻
155

O custo do ciclo de vida representa um verdadeiro esforço no sentido do desenvolvimento de uma contratação pública mais sustentável. Ao possibilitar que o espectro de avaliação das propostas vá além de um simples juízo de natureza monetária imediata, acaba por valorizar as propostas com impacto ambiental reduzido e que tragam benefícios (econômicos, inclusive) em horizonte temporal mais alargado:

“Nessa prospecção, o gestor público responsável não pode mais realizar juízos adstritos ao imediato ou à pressão empobrecedora do curto prazo, típico comportamento daqueles que não apenas desprezam os princípios como se alienam a interesses secundários. Deve vencer todo e qualquer traço de indolência acomodatória que o impede de fazer o melhor para todas as gerações: o seu horizonte haverá de ser o horizonte do Estado Sustentável, no qual o ciclo de vida dos produtos e serviços passa a ser escrutinado, com rigor crítico, preferencialmente de modo cauteloso e antecipatório, oferecendo respostas adequadas, no teste da sustentabilidade (...)”¹⁵⁶

Ao tratar das contratações públicas no Brasil, LUCIANA BETIOL assevera que a prevalência que se observa de uma abordagem economicista do critério do mais baixo preço acaba por desprezar a ideia de “custo total de propriedade” dos bens adquiridos em seus aspectos sociais, ambientais, éticos e humanos:

“Ou seja, há que se ter preocupação na definição de objetivos ambientais, sociais e econômicos em cada etapa do processo de aquisição ou contratação, caso se esteja buscando a melhor aquisição para a administração pública e, conseqüentemente, para a sociedade. O custo, nesse caso, não é apenas o econômico, mas engloba o social, o ambiental, ou seja, o custo para as futuras gerações.

(...)

Não há mais como se contentar com o olhar do menor preço imediato, a não ser que a análise esteja partindo de dois ou mais fornecedores de

¹⁵⁴ Cfr. TERESA ALMEIDA, “A proposta economicamente mais vantajosa...”, *cit.*, p. 152. PEDRO SANCHEZ também assevera tratar-se – o custo do ciclo de vida – de um método de cálculo de utilização facultativa, subordinado ao juízo de conveniência de entidades adjudicantes (PEDRO SANCHEZ, *Direito da Contratação Pública – Volume 2*, AAFDL, Lisboa, 2020, p. 324).

¹⁵⁵ DRAGOS e NEAMTU destacam a diferença entre os conceitos de “avaliação do ciclo de vida” e “custos do ciclo de vida”: “LCA and LCC are as a starting point quite different methods. LCA assesses environmental (also social) impacts while LCC focuses on the costs, both direct and generated by externalities, associated with a product. The only connection in traditional approaches is the fact that both are based on a life-cycle approach to the product considered” (DACIAN C. DRAGOS; BOGDANA NEAMTU, “Life-cycle costing for...”, *cit.*, p. 125).

¹⁵⁶ JUAREZ FREITAS, “Licitações e sustentabilidade...”, *cit.*, s/n (versão digital).

produtos, serviços ou obras que já integrem atributos ambientais e sociais semelhantes de sustentabilidade. Ou seja, afastar um produto que possua essas características, para colocar outro que não as tem, a fim de atender preferencialmente ao critério de eficiência financeira de curto prazo não pode ser uma opção. Isso porque a economicidade possui uma conceituação mais ampla que a de menor preço. (BETIOL, 2013, pp. 15 e 150)¹⁵⁷

A ideia de custo total de propriedade se assemelha ao racional subjacente ao custo total ao longo do ciclo de vida e provoca, nas palavras de VILLAC, “uma mudança paradigmática em transição no direito administrativo”, sendo que “o menor preço, que traduz a busca estrita pela vantagem econômica, é substituído”.¹⁵⁸

Deveras, o ciclo de vida – e o cálculo de seus respectivos custos – é um instrumento de sustentabilidade que desafia o abandono da concepção reducionista e demasiadamente apegada ao preço mais baixo do ponto de vista imediato, em favor do atingimento do “melhor preço”. O foco passa do imediatismo à prospecção dos efeitos intertemporais das escolhas administrativas.¹⁵⁹

Considerando que dentre os custos a serem internalizados no cálculo do ciclo de vida encontram-se aqueles imputados às externalidades ambientais negativas, a abordagem custo-eficácia do ciclo de vida pode ser considerada um importante instrumento de afirmação de uma contratação pública ambiental e economicamente mais sustentável.

Não por outra razão é que DRAGOS e NEAMTU declaram que o custo do ciclo de vida é visto como uma novidade, um dos desafios fundamentais da modernização e um dos específicos instrumentos a ser utilizado para avançar sobre os objetivos das contratações públicas sustentáveis.¹⁶⁰

Sob a abordagem do custo do ciclo de vida, economicidade e ambientalidade se agregam em um denominador comum, aliando-se mutuamente numa perspectiva em que o mais baixo preço se desvencilha de uma grandeza numérica imediata e passa a ser aferido a partir do custo global da contratação em horizonte de longo prazo.

¹⁵⁷ Cfr. LUCIANA STOCO BETIOL, *Contratações públicas como indutoras de sustentabilidade: a perspectiva do consumo sustentável. Avanços e desafios no cenário jurídico brasileiro*, Tese de doutoramento, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, pp. 15 e 150, citado por TERESA VILLAC, “*Sustentabilidade e contratações públicas no Brasil...*”, *cit.*, pp. 107-108.

¹⁵⁸ TERESA VILLAC, “*Sustentabilidade e contratações públicas no Brasil...*”, *cit.*, p. 108.

¹⁵⁹ Cfr. JUAREZ FREITAS, “*Sustentabilidade dos contratos...*”, *cit.*, s/n (versão digital).

¹⁶⁰ DACIAN C. DRAGOS; BOGDANA NEAMTU, “*Life-cycle costing for...*”, *cit.*, p. 116.

4.2.2. O custo do ciclo de vida a partir da exegese dos preceitos da Diretiva 2014/24/UE.

Para darmos os primeiros passos em direção à compreensão sistemática do instituto, a exegese das disposições da Diretiva 2014/24/UE mostra-se imprescindível. Neste desiderato, figuram como importantes auxiliares hermenêuticos os seus “Considerandos”. Estes, embora não sejam por si só mandatórios, conferem diretrizes para a interpretação das previsões propriamente ditas do corpo normativo da Diretiva.

Em primeiro lugar, observa-se que a Diretiva veda que critérios diferentes dos *custos* – os denominados “critérios *qualitativos*” – sejam os únicos a serem levados em consideração quando da identificação da proposta economicamente mais vantajosa. A *contrario sensu*, permite-se que o sejam desde que acompanhados de um dos ditos “critérios de custos” (Considerando 92 da Diretiva 2014/24/UE).

Nos termos da Diretiva, os “critérios de *custos*” abrangem o preço ou uma abordagem custo-eficácia. O exemplo mais eloquente deste último é justamente o cálculo dos custos do ciclo de vida.

Aqui, portanto, uma premissa que nos parece importante destacar desde logo e que será fundamental para o raciocínio que será desenvolvido mais adiante. Ao menos no que tange à estrutura normativa apresentada pela Diretiva de 2014, a análise do ciclo de vida e o cálculo dos seus respectivos custos enquadram-se entre os critérios de *custos*, e não entre os critérios *qualitativos*. Isso ocorre mesmo quando os custos internalizados no cálculo dos custos totais digam respeito àqueles imputados às externalidades ambientais.

O conceito de cálculo dos custos do ciclo de vida inclui todos os custos ao longo do ciclo de vida das obras, fornecimentos ou serviços. Tal implica tanto os *custos internos* (suportados pela autoridade adjudicante ou outros utilizadores do serviço contratado, por exemplo), como os *custos imputáveis a externalidades ambientais* (suportados, em geral, por toda a coletividade). Neste último caso, exige a lei que, para tanto, devam as externalidades serem quantificadas monetariamente e controladas (Considerando n. 96).

Além disso, a Diretiva menciona movimentos em incentivo ao desenvolvimento de metodologias comuns a nível da União para o cálculo dos custos do ciclo de vida de determinadas categorias de fornecimentos ou serviços. Sempre que sejam desenvolvidas metodologias comuns deste tipo, a sua utilização será obrigatória (Considerandos n. 95 e 96).

4.2.3. O cálculo do ciclo de vida no contexto da definição da proposta economicamente mais vantajosa. “Mais baixo preço”, “mais baixo custo”, “melhor relação qualidade/preço” e “qualidade”: afinal, quantos e quais são os critérios de adjudicação acolhidos nas Diretivas de 2014?

Tem-se entendido que o critério de adjudicação é o domínio mais adequado ou menos problemático para contemplar aspectos ambientais na contratação pública.¹⁶¹ E é justamente neste domínio que a temática do cálculo dos custos do ciclo de vida está inserida.

De fato, a Diretiva de 2014/24/UE introduz o tema do custo do ciclo de vida no âmbito dos critérios de adjudicação, e, em particular, como ferramenta de auxílio na valoração dos elementos a serem levados em consideração na identificação da proposta economicamente mais vantajosa.

O art. 67, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE, afirma que, sem prejuízo das disposições nacionais relativas ao preço de certos fornecimentos ou à remuneração de determinados serviços, as autoridades adjudicantes devem adjudicar os contratos públicos com base no critério da “proposta economicamente mais vantajosa”.

À primeira vista, pode parecer que a Diretiva 2014/24 tenha abandonado o “mais baixo preço” como critério de adjudicação, já que – diferentemente do que se passava com as Diretivas anteriores –, agora apenas a “proposta economicamente mais vantajosa” é mencionada expressamente como critério de adjudicação.

Uma leitura mais atenta do texto legal, contudo, conduz a conclusão diversa.

Embora a doutrina portuguesa já tenha divergido sobre este tema em passado recente, hoje parece pacificado que, sim, o “mais baixo preço” subsiste também como critério de adjudicação nas Diretivas de 2014. Entretanto, sob um novo invólucro: passa a ser apenas uma das modalidades, ou formas, assumidas pelo (obrigatório) critério da proposta economicamente mais vantajosa.¹⁶²

Senão vejamos.

¹⁶¹ RAQUEL CARVALHO, “Contratação Pública eecoinovação”, *cit.*, p. 895.

¹⁶² Cfr. TERESA ALMEIDA, “A relação qualidade ambiental-preço (ou custo) enquanto critério de adjudicação nos contratos públicos”, in *Boletim de Ciências Económicas*, v. LVIII, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 280.

A partir do teor do Considerando n. 89 da Diretiva 2014/24/UE, infere-se que a expressão “proposta economicamente mais vantajosa” é alçada a conceito-chave para a compreensão do regime ali instituído relativamente aos critérios de adjudicação. Trata-se de uma espécie de macroconceito que designa, de forma genérica e abrangente, todas as propostas vencedoras que, consoante o que a autoridade adjudicante considera ser a melhor solução de entre as apresentadas, tiveram que passar obrigatoriamente pelo crivo de avaliação de um fator económico (preço ou custo), e, adicional e facultativamente, por um elemento de avaliação qualitativo (relação qualidade-preço).

Melhor explicando. O novo conceito de proposta economicamente mais vantajosa é constituído por dois elementos ou níveis, sendo um de natureza financeira – cuja presença é obrigatória –, e o outro de carácter qualitativo e de presença facultativa.¹⁶³

Os primeiros podem ser identificados como “critérios de custos”, enquanto os segundos como “critérios qualitativos”. Tais conceitos e distinção entre tipos de critérios de custos serão importantes no debate de uma interessante questão atinente ao processo de monetarização de externalidades ambientais, abordado mais adiante.

Pois bem. Na identificação da proposta economicamente mais vantajosa, as Diretivas impõem que os critérios qualitativos, quando e se previstos, sejam sempre acompanhados de um critério de *custos*. Daí falar-se na obrigatoriedade da presença deste elemento – combinado ou não com um fator *qualitativo* –, e na prescindibilidade daquele outro.¹⁶⁴

Isto é, mesmo nas hipóteses em que as entidades adjudicantes possam ter em consideração questões qualitativas, as mesmas devem estar associadas a um aspecto económico-financeiro (um ou mais dos critérios de custos). Isso demonstra o quanto a dimensão económica (*value for money*) e a abertura do contrato público à concorrência continuam ainda hoje a figurar como foco de especial atenção a nível comunitário, não obstante os avanços dados em direção ao reforço da integração de políticas horizontais na contratação pública.

De acordo com o que se extrai do parágrafo terceiro do Considerando n.º 92 da Diretiva 2014/24/UE, os “critérios de custos” são subdivididos em “preço” e “abordagem custo-eficácia”.

¹⁶³ Nesse sentido, vide TERESA ALMEIDA, “A proposta economicamente mais vantajosa...”, *cit.*.

¹⁶⁴ Cfr. Considerandos 90 e 92 da Diretiva 2014/24/UE.

No âmbito deste último, por sua vez, encontra-se o cálculo dos custos do ciclo de vida como um exemplo de forma ou metodologia de cálculo de custo-eficácia.

É em face deste contexto que compartilhamos da opinião daqueles que entendem ter sido a “proposta economicamente mais vantajosa” objeto de uma “densificação conceitual maximizadora”¹⁶⁵ a partir das novas Diretivas. Nesse sentido, destacamos a precisa lição de Teresa de Almeida:

“De facto, o conceito de oferta economicamente mais vantajosa é agora densificado por dois elementos, um *obrigatório* e um *facultativo*: o primeiro elemento, obrigatório, diz respeito ao preço ou custo das propostas; o outro elemento, facultativo, é a chamada relação qualidade-preço, na qual as entidades adjudicantes tomarão em consideração, para a avaliação das propostas, (outros) critérios qualitativos.

Relativamente ao elemento obrigatório é ainda deixada alguma liberdade de escolha às entidades adjudicantes. Estas podem escolher entre avaliar as propostas apenas com base no *preço* ou, em alternativa, com base no *custo* (que incluirá, naturalmente, o preço como parte do custo total), utilizando para tal uma abordagem custo-eficácia. É no quadro desta última hipótese que surge uma das mais relevantes alterações em matéria de critérios de adjudicação: a consideração, para efeitos de custo, do chamado “custo do ciclo de vida”, disciplinado no artigo 68º da Directiva 2014/24.

A relação qualidade-preço é, então, um elemento facultativo do conceito de oferta economicamente mais vantajosa, que será utilizado adicionalmente ao elemento preço ou custo e que corresponde, sensivelmente, ao anterior conceito de oferta economicamente mais vantajosa.”¹⁶⁶

Vale ressaltar que embora o fator ambiental seja geralmente lembrado como o principal exemplo de componente qualitativo, nada impede que as entidades adjudicantes definam, dentre estes, outros critérios para além dos ambientais.¹⁶⁷

Para os fins específicos que o presente trabalho pretende atingir – nomeadamente no que tange à necessidade de identificar o contexto no qual a discussão acerca da monetarização das externalidades ambientais está inserido –, compreendemos que as Diretivas de 2014 acolheram, ao menos do ponto de vista da “nomenclatura”¹⁶⁸, um único critério de adjudicação, qual seja, o

¹⁶⁵ TERESA ALMEIDA, “Critérios de adjudicação: o (novo) conceito...”, *cit.*, p. 148.

¹⁶⁶ TERESA ALMEIDA, “Critérios de adjudicação: o (novo) conceito...”, *cit.*, p. 152.

¹⁶⁷ Cfr. TERESA ALMEIDA, “A relação qualidade ambiental...”, *cit.*, p. 281.

¹⁶⁸ Cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos – Regime da Contratação Pública*, Sérvulo & Associados – Sociedade de Advogados, Lisboa, 2016, p. 51.

da proposta economicamente mais vantajosa. Entretanto, havendo esta expressão sofrido uma densificação conceitual, passou a assumir quatro modalidades, as quais, como espécies, se desdobram a partir daquele gênero macroconceitual. São elas: o “mais baixo preço”, o “mais baixo custo” (abordagem custo-eficácia), a “melhor relação qualidade/preço” (antiga proposta economicamente mais vantajosa das Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE) e a “melhor qualidade”.¹⁶⁹

Em apertada síntese, tem-se que:

1) pela modalidade do “**mais baixo preço**”, a decisão de adjudicação orienta-se por aspectos puramente financeiros. O adquirente público baseia sua decisão no preço apresentado na proposta, isto é, o custo inicial da contratação, o valor correspondente “à transferência patrimonial que a entidade adjudicante (ou até um terceiro) realizará em benefício do adjudicatário”¹⁷⁰;

2) pela modalidade do “**mais baixo custo**”, acrescenta-se ao preço outros custos ligados ao ciclo de vida do objeto do contrato e nele “não internalizados já”¹⁷¹, tais como os *custos internos* e os *custos das externalidades ambientais*, os quais, somados ao preço original, dão origem ao custo total ou “preço ajustado”.¹⁷² Neste caso, portanto, o preço é apenas parte do custo total;¹⁷³

3) por sua vez, a “**melhor relação qualidade/preço**” é, hoje, aquilo que anteriormente as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE denominavam de “proposta economicamente mais vantajosa”¹⁷⁴. Nele há uma ponderação entre múltiplos fatores, com a combinação de elementos econômicos e qualitativos, em que ambos são submetidos à concorrência e avaliação na definição

¹⁶⁹ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, “Integração de preocupações ambientais...”, *cit.*, p. 126.

¹⁷⁰ Cfr. PEDRO SANCHEZ, “*Direito da Contratação Pública – Volume 2*”, *cit.*, p. 323.

¹⁷¹ Cfr. TERESA ALMEIDA, “Critérios de adjudicação: o (novo) conceito...”, *cit.*, p. 158.

¹⁷² Cfr. TERESA ALMEIDA, “Critérios de adjudicação: o (novo) conceito...”, *cit.*, p. 144.

¹⁷³ “When you buy a product, service or work, you always pay a price. Purchase price, however, is just one of the cost elements in the whole process of procuring, owning and disposing. Life-cycle costing (LCC) means considering all the costs that will be incurred during the lifetime of the product, work or service” (*Buying green! A handbook on green public procurement*, 3rd Edition, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2016, p. 57. Disponível em <https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/Buying-Green-Handbook-3rd-Edition.pdf>. Acesso em 18.07.2020).

Acerca da diferença entre “preço” e “custo”, Ricardo Pedro sustenta que “a distinção do conceito (funcional) de *preço* face ao conceito de *custo* resulta, sobretudo, do facto de o preço corresponder ao custo de *compra/aquisição* ou *custo único*, enquanto o custo surge associado a uma ideia de custo que implica uma dimensão *temporal mais lata* ou *global*, em regra, por referência ao *ciclo de vida* do produto, serviço ou obra” (citado por RAQUEL CARVALHO, *Direito da Contratação Pública*, Universidade Católica Editora, Porto, 2019, p. 233).

Nesse sentido, PEDRO SANCHEZ chama atenção para esta distinção a partir da perspectiva que envolve cada um dos conceitos: o *preço* é apreciado sob a perspectiva de quem o auferirá (adjudicatário); já o *custo* é suportado pela entidade adjudicante (ou algum terceiro), que arcará com as despesas resultantes do inteiro ciclo de vida (Cfr. PEDRO SANCHEZ, “*Direito da...*”, *cit.*, p. 323).

¹⁷⁴ Cfr. Considerando n. 89 da Diretiva 2014/24/UE.

da proposta mais vantajosa. Dentre os elementos qualitativos estão incluídos os atributos ambientais do bem;

4) por fim, decorrente de inovação introduzida pelas Diretivas de 2014, tem-se a modalidade “**melhor qualidade**” – denominado por Teresa de Almeida como “concursos de beleza”¹⁷⁵ –, que são modelos de avaliação de propostas nos quais apenas atributos qualitativos são submetidos à concorrência. Neste caso, diante da já referida vedação de que critérios qualitativos sejam os únicos a serem levados em consideração quando da identificação da proposta economicamente mais vantajosa (Considerando 92 da Diretiva 2014/24/UE), o preço (espécie de critério de custo) nesse caso é elemento fixo e prefixado.

Sugerimos o mapa abaixo para ilustrar de forma esquematizada as noções descritas nos parágrafos anteriores:

CRITÉRIO DE ADJUDICAÇÃO NA DIRETIVA N. 2014/24/UE				
PROPOSTA ECONOMICAMENTE MAIS VANTAJOSA				
Modalidades/formas de avaliação de propostas	Mais baixo preço	Mais baixo custo	Melhor relação qualidade/preço	Melhor qualidade
Crítérios levados em consideração na identificação da proposta mais vantajosa	Critério de custos (preço)	Critério de custos (custo-eficácia)	Critério de custos + Critério qualitativo	Critério de custos + Critério qualitativo
Fatores avaliados e submetidos à concorrência¹⁷⁶	Preço (Monofator)	Custos (Monofator)	Preço + Fator(es) qualitativo(s) (Multifator)	Fator(es) qualitativo(s) (Multifator)
Perspectiva de utilidade¹⁷⁷	Preço	Qualidade-preço	Qualidade-preço	Qualidade-preço

¹⁷⁵ Cfr. TERESA ALMEIDA, “Crítérios de adjudicação: o (novo) conceito...”, *cit.*, p. 144.

¹⁷⁶ PEDRO SÁNCHEZ subdivide o critério da proposta economicamente mais vantajosa em duas modalidades – monofator e multifator –, a depender da quantidade de fatores submetidos à concorrência. A primeira modalidade – monofator – consiste na avaliação de um único fator, que, na maioria dos casos, corresponderá a um elemento financeiro (o *preço* a pagar ao adjudicatário ou o *custo* a ser suportado pela entidade adjudicante), ao passo que na modalidade multifator haverá a ponderação e a avaliação de múltiplos fatores (em regra, elementos ligados à qualidade da proposta e elementos de natureza financeira). Tanto em um quanto em outro caso estar-se-á diante da proposta economicamente mais vantajosa (Cfr. PEDRO SANCHEZ, “*Direito da...*”, *cit.*, p. 318). No mesmo sentido, PEDRO COSTA GONÇALVES, “*Direito dos...*”, *cit.*, p. 853.

¹⁷⁷ “Este modelo (*melhor qualidade*) de avaliação de propostas, ao contrário do que parece indicar, visa igualmente a maximização da utilidade da entidade adjudicante ou, posto de outra forma, a maximização da eficiência do contrato numa *perspectiva qualidade-preço*” (Cfr. TERESA ALMEIDA, “Crítérios de adjudicação: o (novo) conceito...”, *cit.*, p. 153).

A exegese da própria Diretiva corrobora o entendimento de que, a par da não extinção da modalidade do “mais baixo preço”, outros três foram albergados pela Diretivas de 2014, sendo que um deles – a “melhor relação qualidade-preço” – teve somente sua nomenclatura alterada.

Com efeito, o Considerando n. 90, por exemplo, deixa claro a coexistência das três primeiras modalidades. Menciona expressamente que a proposta economicamente mais vantajosa “deverá ser avaliada com base na melhor relação *qualidade/preço*”, podendo igualmente “ser efetuada apenas com base no *preço* ou na eficácia em termos de *custos*”. Os “concursos de beleza”, por sua vez, encontram fundamento jurídico no art. 67º, o qual prescreve que o fator custo pode assumir a forma de um preço ou custo fixo com base no qual os operadores económicos concorrem exclusivamente em termos de critérios de *qualidade*.

O art. 67º, n. 5, pondera ser possível que a proposta economicamente mais vantajosa seja identificada apenas com base no *preço*. Ademais, ao permitir que os Estados-Membros prevejam que as autoridades adjudicantes não possam utilizar o preço como único critério de adjudicação, o art. 67º da Diretiva 2014/24/UE, a *contrario sensu*, está a confirmar que a identificação da proposta economicamente mais vantajosa com base exclusivamente no preço é, sim, em princípio, possível, podendo, contudo, ser afastada em determinados casos pela legislação interna de cada país.

Por fim, o art. 35º, n. 3, da Diretiva 2014/24/UE afasta qualquer dúvida eventualmente remanescente. Prescreve que o leilão eletrônico pode ser baseado “unicamente nos preços, quando o contrato for adjudicado de acordo com o critério do preço mais baixo”.

Portanto, não obstante o aparente silêncio das novas Diretivas de 2014 no tópico que trata da adjudicação do contrato e dos seus critérios, “a solução final continua a permitir que as entidades adjudicantes optem por adjudicar o contrato à proposta que apresente o preço mais baixo”.^{178_179}

Não custa enfatizar que os atributos de sustentabilidade ambiental integram, em princípio, a componente *qualitativa* das fórmulas acima. Dizemos “em princípio” porque, como será oportunamente explanado em tópico específico, as considerações ambientais transmudam-se

¹⁷⁸ Cfr. TERESA ALMEIDA, “Critérios de adjudicação: o (novo) conceito...”, *cit.*, p. 154.

¹⁷⁹ Nesse mesmo sentido: “Com efeito, contrariamente à ideia popularmente propalada, as Directivas de 2014 (e, em consequência, o CCP) continuam a admitir que a adjudicação de propostas possa continuar a ser efectuada com base unicamente no mais baixo preço” (GOMES e CALDEIRA, “Contratação Pública Verde...”, *cit.*, p. 67).

de critério *qualitativo* em critério de *custos* quando as externalidades negativas delas decorrente são submetidas à monetarização prevista no art. 68º, 1, “b”, da Diretiva 2014/24/UE.

Pois bem. Ainda dentro desta temática, vale registrar que tem prevalecido o entendimento doutrinário segundo o qual a integração de considerações de política horizontal somente é possível, no domínio dos critérios de adjudicação, quando, para além do preço, outros aspectos também sejam submetidos à concorrência. Deveras, diz-se, dada a sua objetividade, o critério do mais baixo preço não proporcionaria à entidade adjudicante a margem de discricionariedade necessária à inclusão de considerações de índole secundária como critério ou fator de avaliação das propostas.¹⁸⁰

Entretanto, isso não significa que quando as entidades adjudicantes optam pela adoção do critério de adjudicação do preço mais baixo não seja possível integrar critérios de sustentabilidade ambiental no respectivo processo de formação do contrato público. Ora, é plenamente possível que estes interesses sejam devidamente acautelados em outras searas do *iter* processual, como por exemplo nas peças do procedimento – seja nas especificações técnicas, caderno de encargos ou nas condições de execução, por exemplo –, de modo que o contrato seja adjudicado à proposta que, atendendo às exigências de caráter ambiental neles estipuladas, tenha apresentado o preço mais baixo.^{181_182}

Nesse sentido, lecionam GOMES e CALDEIRA:

“Assim, ao contrário do que poderia pensar-se, não é apenas o critério da proposta economicamente mais vantajosa na modalidade da melhor relação qualidade/preço que permite às entidades adjudicantes promoverem uma contratação pública (mais) sustentável. Na verdade, quando o caderno de encargos acolhe satisfatoriamente as preocupações de salvaguarda ambiental tidas em vista pela entidade adjudicante, nesse caso a proposta com o preço mais baixo será também a “mais vantajosa” do ponto de vista ambiental, na medida em que é aquela que permite dar cabal cumprimento às exigências ambientais fixadas nas peças procedimentais, implicando o menor dispêndio para a entidade adjudicante. Nestes termos, se o caderno de encargos já permite assegurar

¹⁸⁰ Nesse sentido, ainda à luz do que dispunha o art. 53 da Diretiva 2004/18, vide DIOGO DUARTE DE CAMPOS, “A admissibilidade de políticas secundárias...”, *cit.*, pp. 140 e 153.

¹⁸¹ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, “Integração de preocupações...”, *cit.*, p. 127.

¹⁸² Citando um exemplo prático RAQUEL CARVALHO bem destaca que, embora a Diretiva de 2014 tenha concebido a análise do custo do ciclo de vida no contexto dos critérios de adjudicação, ele também pode ser levado em conta para projetar opções ambientalmente preferíveis nas especificações técnicas do concurso: “*Germany for instance, used the lowest price criterion in the construction of the Berlin Institute for Medical Systems Biology, but it included the use of recycled concrete in its technical specifications. Experience show that this material creates a more circular lifecycle for buildings*” (RAQUEL CARVALHO, “Life-cycle costing in the...”, *cit.*, p. 46).

que qualquer contrato que venha a ser celebrado naquele procedimento, desde que respeite as determinações procedimentais e apenas por isso (pois só assim as propostas poderão ser admitidas e avaliadas), já será satisfatório do ponto de vista ambiental, nesse caso não será merecedor de censura que a avaliação das propostas incida unicamente sobre o preço, isto é, que os factores ambientais, já tão impregnados no caderno de encargos, não sejam mobilizados também para diferenciar as propostas entre si”.¹⁸³

Ademais, é possível vislumbrar uma interessante hipótese em que o resultado da técnica da monetarização dos custos de externalidades ambientais pode conduzir a entidade adjudicante a optar pela modalidade do “mais baixo preço” ao invés do “mais baixo custo”, como forma de avaliação de propostas. Referimo-nos à situação em que a entidade adjudicante encampa os resultados alcançados por determinado modelo de avaliação e cálculo de custo de ciclo de vida ambiental para, então, tomando por fundamento a referida análise, transpor para as especificações técnicas exatamente as características dos tipos de produtos, serviços e obras que apresentaram o mais baixo custo na referida metodologia. Ao exigir desde logo, nas especificações técnicas, os níveis de qualidade e desempenho ambientais cujo valor monetário seria futuramente ponderado para fins de aferição do mais baixo custo, na prática a entidade adjudicante faz com que concorram entre si apenas as propostas que já apresentam tais características, vindo a adjudicação a recair sobre a proposta do “mais baixo preço”.

As breves considerações feitas até aqui acerca dos critérios de adjudicação nas Diretivas de 2014 cumprem o propósito de situar o objeto da pesquisa no contexto em que está inserido: é no âmbito daquela segunda modalidade – o “mais baixo custo” – que se estabelece a discussão acerca das metodologias de análise custo-eficácia, dentre as quais destaca-se os custos ao longo do ciclo de vida. Por sua vez, é nesta metodologia de cálculo de custos que se internalizam, após sua monetarização, os custos derivados das externalidades ambientais.

Sobre estes últimos nos debruçaremos mais detidamente em tópico específico.

4.3. Dois pontos de vista: mais baixo preço a longo prazo ou disposição a pagar quanto a mais? Proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista financeiro X Proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista ecológico.

¹⁸³ GOMES e CALDEIRA, “Contratação Pública Verde...”, *cit.*, p. 69.

Interessante notar como a ponderação de atributos ambientais na análise e definição da proposta economicamente mais vantajosa pode ocorrer de diferentes maneiras e com distintas repercussões a depender da modalidade de avaliação de propostas eleita.

Exemplificativamente, na hipótese da entidade adjudicante adotar o critério do “mais baixo custo”, tem-se que o contrato será adjudicado à proposta que apresente o preço ajustado mais baixo, entendido este como o preço de face do produto, serviço ou obra, acrescido dos custos internos e dos custos decorrentes das externalidades ambientais, desde que estes últimos já tenham sido submetidos à prévia monetarização ou precificação. Pensemos na hipótese de duas propostas em concorrência, sendo a primeira de preço mais baixo que a segunda, porém com “custos extras” derivados de externalidades ambientais que, quando agregados ao seu preço inicial “de face”, torna-a economicamente mais onerosa do que a segunda. Em favor desta última seria adjudicado o contrato com base no “mais baixo custo” ou preço ajustado ao longo do ciclo de vida, embora o preço de face da primeira proposta fosse mais baixo.

Neste caso, a monetarização dos custos das externalidades ambientais e sua incorporação ao custo financeiro total da contratação comporiam o substrato necessário a legitimar, sob a ótica econômica, a não adjudicação em favor da proposta de preço (imediate) mais baixo.

Por outro lado, na hipótese da entidade adjudicante adotar o critério do “preço-qualidade” – em que não ocorre a análise de custos ambientais ao longo do ciclo de vida –, e vindo adjudicar o contrato em favor da proposta que não apresentou o mais baixo preço (o que pode acontecer, mas não obrigatoriamente), ter-se-á que o atributo qualitativo ambiental justificou, sob uma ótica não econômica, a adjudicação por preço mais elevado do que o da proposta de mais baixo preço. A entidade adjudicante estaria assumindo um custo financeiro maior para obter “mais uma unidade de qualidade ambiental”.¹⁸⁴⁻¹⁸⁵

¹⁸⁴ Cfr. TERESA ALMEIDA, “A proposta economicamente mais vantajosa...”, *cit.*, p. 153.

¹⁸⁵ ANDREA APPOLLONI, ALESSIO D’AMATO e CHENG WENJUAN citam interessantes dados relativos à introdução de critérios ambientais nos procedimentos de compras públicas em certos países nórdicos. Os autores chamam atenção para o fato de que um operador econômico que responde adequadamente por critérios ambientais pode cobrar, em média, um preço 3,3% maior que um outro que não o faça: “An evaluation of the relevance of awarding criteria in environmentally related public procurement procedures can be found in Kippo-Edlund et al. (2005). Using data collected in spring 2003, the authors conclude that 58% of the Swedish tender calls included some kind of environmental criteria, but only 36% included environmental award criteria. Environmental aspects were considered also in selection criteria (36% of tender calls), technical specifications (39%), and contract clauses (12%). Another contribution, more focused on the role played by environmental considerations in MEAT, is the one by Parikka-Alhola et al. (2006); using data collected in the period 21 July – 29 September, 2005 in three Nordic Countries (Denmark,

No primeiro caso, de maneira objetiva, prevaleceu a adjudicação pelo mais baixo preço em um horizonte alargado, sob a perspectiva do mais baixo custo ao longo de todo o ciclo de vida do bem ou serviço. Ter-se-ia, por assim dizer, a adjudicação em favor da proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista *financeiro*.

Por sua vez, no segundo caso nota-se uma carga maior de subjetividade, o que demandaria maiores cautelas. Fornecimentos, serviços ou obras sustentáveis não podem representar custos exorbitantes ou desarrazoados. Eventual dissonância desproporcional entre os elementos econômicos reclamaria da entidade adjudicante uma justificativa mais robusta no intuito de demonstrar que a relação custo-benefício permanece favorável para a Administração com base em outros parâmetros. Em sendo o caso, ter-se-á a proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista *ecológico*.

4.4. Espécies de custos englobados: os custos do ciclo de vida suportados diretamente pela entidade adjudicante e os custos imputados às externalidades ambientais.

Uma dúvida que permeia o tema é saber o que deve ser considerado como custo da contratação. As Diretivas falam em “custos do ciclo de vida”, o que nos leva a indagar quais seriam os custos abrangidos por essa expressão.

Embora o legislador comunitário tenha feito menção expressa a algumas fases do ciclo de vida em específico (art. 2º, nº 20, da Diretiva 2014/24/UE) – quais sejam, investigação e desenvolvimento a efetuar, produção, comercialização e respetivas condições, transporte, utilização, manutenção, eliminação, neutralização e fim do serviço ou utilização –, a doutrina portuguesa defende o caráter exemplificativo do referido rol e, conseqüentemente, também do

Finland and Sweden), the authors found that the total price of the purchase accounts (on average) for 50% of the awarding scores whereas quality accounts for 37% of the scores. In addition, delivery and contractual terms are worth 7% of scores and environment is weighted on average 3.3% of the scores. This suggests the interesting result that a bidder that accounts properly for environmental criteria can on average charge a price that is 3.3% larger than a bidder that does not achieve good environmental scores. This is a relevant information, as it suggests that some (though limited) gain from making a greener bid can be obtained by firms.” (APPOLLONI, Andrea; D’AMATO Alessio; WENJUAN, Cheng. “Is Public Procurement Going Green? Experiences and Open Issues”, SSRN, Rochester, 2011, pp. 22-23. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=1970583> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1970583>. Acesso em 23.05.2020.

elenco de custos que podem ser considerados no âmbito do ciclo de vida de um produto/serviço/obra.¹⁸⁶

Vimos anteriormente também que, nos termos do Considerando n. 97 da Diretiva 2014/24/UE, a amplitude conferida pelo legislador europeu ao conceito de ciclo de vida teve por objetivo justamente possibilitar que entidades adjudicantes tivessem mais espaços suscetíveis de inclusão de considerações de sustentabilidade ambiental.

Sob o argumento de que o legislador expressamente admite outros métodos para além do custo do ciclo de vida, TERESA ALMEIDA assevera que as entidades adjudicantes podem tomar em consideração como custos sociais apenas parte das externalidades totais de um produto.¹⁸⁷ Entretanto, acrescenta a autora, as entidades adjudicantes devem estar atentas para evitar o fenómeno do *burden shifting*, que consiste na transferência de vulnerabilidade, isto é, quando a busca pela promoção da sustentabilidade em um ponto específico do ciclo de vida acaba por produzir impactos ambientais maiores em outra região do mesmo ciclo.¹⁸⁸⁻¹⁸⁹ Ao final a autora alerta que:

“(…) a avaliação ambiental deve ser o (*sic*) mais completa possível, de modo a evitar decisões que, reduzindo determinados impactes negativos, promovam soluções que levem a um impacte global ainda maior (o que acontecerá se, por exemplo, a entidade adjudicante assumir como externalidades a considerar as menos relevantes de um ponto de vista global)”.¹⁹⁰

¹⁸⁶ Cfr. PEDRO SANTOS AZEVEDO, “Apontamentos sobre os custos do ciclo de vida no novo Código dos Contratos Públicos”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 16, Almedina, Coimbra, 2018, p. 81. O autor cita a doutrina de Ricardo Pedro no mesmo sentido: “(…) *nem o legislador europeu, nem o legislador nacional apresentam uma definição de CCCV, optando por seguir a técnica do elenco, a título não taxativo, dos custos que podem ser considerados no âmbito do ciclo de vida de um produto/serviço/obra*” (“Critérios de adjudicação no Código dos Contratos Públicos”, in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão e Marco Caldeira, *Comentários à revisão do Código...*, cit., p. 507).

¹⁸⁷ Cfr. TERESA ALMEIDA, “A proposta economicamente mais vantajosa...”, cit., p. 161. Lembrado que a expressão “custos sociais” é utilizado pela autora não para se referir às denominadas externalidades sociais em contraposição às externalidades ambientais, mas sim para designar os custos suportados por toda a sociedade, em oposição aos custos ditos privados, suportados pela própria adquirente.

¹⁸⁸ “Upstream and downstream consequences of decisions must be taken into account to help avoid the shifting of burdens from one impact category to another, from one country to another, or from one stage to another in a product’s life cycle from the cradle to the grave” (EUROPEAN COMMISSION-JOINT RESEARCH CENTRE-INSTITUTE FOR ENVIRONMENT AND SUSTAINABILITY, *International Reference Life Cycle Data System (ILCD) Handbook-Recommendations for Life Cycle Impact Assessment in the European context*, Publications Office of the European Union, Luxemburg, 2011, p. 1).

¹⁸⁹ Cfr. FILHO, JÚNIOR e LUEDEMANN, “A avaliação de ciclo de vida como...”, cit., pp. 11 e 16.

¹⁹⁰ Cfr. TERESA ALMEIDA, “A proposta economicamente mais vantajosa...”, cit., p. 162.

De fato, mais relevante do que imiscuir-se em todo e qualquer tipo de repercussão ambiental que o ciclo de produção e consumo de produtos, serviços e obras pode provocar – o que, aliás, parece-nos uma pretensão exagerada e de execução praticamente impossível –, a análise do ciclo de vida deve concentrar-se em determinados pontos críticos de maior vulnerabilidade ambiental apresentado ao longo do ciclo.

Quanto a este aspecto, TERESA ALMEIDA assevera que:

“... devem ser identificados os impactes mais significativos do produto, sendo admissível a sua definição em função de objectivos ambientais específicos que a entidade adjudicante defina. Não será, todavia, correcta uma definição dos atributos que inclua impactes menos relevantes, ignorando outros mais significativos.”¹⁹¹

Nesse sentido, a Comunicação da Comissão Europeia COM 2008 (400) Bruxelas – “Contratos Públicos para um ambiente melhor” –, de 16 de julho de 2008, faz distinção entre critérios “essenciais” e critérios “globais”. Os critérios essenciais seriam destinados a permitir uma implementação mais facilitada dos contratos públicos ecológicos, incidindo nas áreas-chave do desempenho ambiental de um produto. Já os critérios “globais” teriam em conta um maior número de aspectos ou níveis mais elevados de desempenho ambiental, para utilização pelas autoridades que desejem ir mais longe no apoio aos objetivos ambientais e de inovação.

Nesse mesmo sentido, o próprio art. 68º, n. 1, da Diretiva 2014/24/UE assevera que o cálculo dos custos do ciclo de vida abrange “partes”, ou a “totalidade dos custos relevantes”, ao longo do ciclo de vida.

Ora, a monetarização de custos ambientais e as metodologias de cálculo desses custos não devem ser tomados como mecanismos cuja aplicabilidade dependa da identificação de toda e qualquer externalidade ambiental produzida ao longo do ciclo de vida de um determinado bem. A par de afrontar disposição expressa da Diretiva 2014/24/UE, condicionar a aplicação do instituto a este requisito de identificação exauriente de todas os possíveis custos decorrentes de externalidades ambientais significaria, dada a impossibilidade de fazê-lo, ferir de morte a ideia de monetarização e inclusão de custos ambientais no cálculo dos custos totais de ciclo de vida.

¹⁹¹ TERESA ALMEIDA, “A relação qualidade ambiental-preço (ou custo)...”, *cit.*, p. 306.

Reitere-se uma vez mais: a Diretiva menciona que o cálculo do ciclo de vida pode abranger apenas “partes” dos custos, e mesmo quando, em seguida, fala em “totalidade”, o faz referindo-se tão somente aos “custos relevantes”.

Isto é, mapeia-se as áreas ambientalmente mais sensíveis do ciclo de vida de determinado bem para então indicar os momentos apropriados a serem aferidos por indicadores de sustentabilidade. As avaliações ambientais são estrategicamente concebidas à luz das principais etapas do ciclo de vida e de acordo com as diferentes realidades do objeto da contratação.

Incorporando ao presente contexto uma frase atribuída a Einstein, DRAGOS e NEAMTU asseveram que “not everything that can be counted counts and not everything that counts can be counted”¹⁹², ao apontarem os desafios quanto a definição dos custos relevantes a serem considerados em meio a tantos existentes e as dificuldades de se atribuir valor monetário para a internalização de externalidades ambientais:

“There are numerous costs associated with a product throughout its life cycle but contracting authorities need to include into their LCC analyses only those costs which are relevant. (...) Monetising all costs of environmental and social externalities are difficult, but that does not mean that they should not be part of the tendering offer. A purely monetary offer does not encompass all the costs of a product or service”¹⁹³

Portanto, as Diretivas de 2014 conferem amparo a que o cálculo abranja apenas partes dos custos do ciclo de vida, e quando se menciona “totalidade”, o faz apenas em referência aos “custos relevantes” (e não a todo e qualquer tipo de custo).

O art. 68º da Diretiva 2014/24/UE divide estes custos em dois grandes grupos: de um lado, os denominados *custos internos*, que são “suportados pela autoridade adjudicante ou outros utilizadores”; de outro, os *custos imputados às externalidades ambientais* ligadas ao objeto do contrato.

Vejamos cada um desses grupos mais pormenorizadamente a seguir.

¹⁹² DACIAN C. DRAGOS; BOGDANA NEAMTU, “*Life-cycle costing for...*”, *cit.*, p. 136. Nesse mesmo sentido, RAQUEL CARVALHO assevera que: “However, not all environmental information may be converted into data, measured or quantified, just like not all environmental issues may be monetized, meaning that some may be left out in the process” (RAQUEL CARVALHO, “*Life-cycle costing in...*”, *cit.*, p. 51).

¹⁹³ DACIAN C. DRAGOS; BOGDANA NEAMTU, “*Life-cycle costing for...*”, *cit.*, p. 136.

4.4.1. Os custos diretos/internos.

Os custos diretos são identificados a partir de um rol exemplificativo previsto na Diretiva 2014/24/UE. São eles os custos relacionados com a aquisição; custos de utilização, tais como consumo de energia e de outros recursos; custos de manutenção; custos de fim de vida, tais como custos de recolha e reciclagem (art. 68, 1, “a”).

Tratam-se dos custos suportados pela autoridade adjudicante ou outros utilizadores (art. 68, 1, “a”), sob o ponto de vista puramente financeiro.

Embora o cálculo dos custos do ciclo de vida não estivesse expressamente previsto na geração de Diretivas sobre contratação pública de 2004, era já unânime a sua admissibilidade no que tange aos hoje denominados custos internos. Com efeito, as entidades adjudicantes sempre puderam incluir, entre os subcritérios de adjudicação, considerações sobre os custos ou gastos pecuniários diretos a serem por ela suportados com o consumo, operação, manutenção e eventual disposição final dos bens e serviços objeto do contrato.¹⁹⁴

Um exemplo paradigmático de custo direto e interno citado pela doutrina é a aquisição de lâmpadas eficientes, as quais, embora geralmente apresentem um preço de aquisição mais elevado, proporcionam redução do consumo energéticos e maior durabilidade, diminuindo desta forma as despesas da entidade adjudicante ao longo do ciclo de vida.¹⁹⁵

O texto da Diretiva prevê que os custos internos possam ser suportados por outros utilizadores, o que, como bem observou FERREIRA DA SILVA, “alarga o âmbito de aplicação da fórmula e estimula a veiculação de considerações de sustentabilidade”.¹⁹⁶

4.4.2. Os custos imputados às externalidades ambientais (custo do ciclo de vida ambiental ou *environmental life cycle costing*)

Aqui uma genuína novidade inaugurada pelas Diretivas de 2014: a previsão expressa quanto a possibilidade de que os custos derivados de externalidades ambientais ligadas ao objeto

¹⁹⁴ Nesse sentido, vide: NUNO CUNHA RODRIGUES, “Breves tópicos sobre os critérios de adjudicação no anteprojeto de Código dos Contratos Públicos (Artigos 74º e 75º)”, in Maria João Estorninho, Ana Gouveia Martins (Coord.), *A revisão do Código dos Contratos Públicos*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2016, p. 205; TERESA ALMEIDA, “A proposta economicamente mais vantajosa...”, *cit.*, p. 150.

¹⁹⁵ Exemplo dado por CUNHA RODRIGUES, “*A Contratação Pública como...*”, *cit.*, p. 203.

¹⁹⁶ CAROLINA FERREIRA DA SILVA, “Políticas horizontais...”, *cit.*, p. 182.

do contrato sejam integrados aos aspectos financeiros das propostas enquanto custo contratual, dando origem a uma adjudicação pelo preço ajustado mais baixo.

Antes do advento da nova geração de Diretivas de 2014, a Comunicação da Comissão Europeia COM 2008 (400) Bruxelas – “Contratos Públicos para um ambiente melhor” –, de 16 de julho de 2008, aduzia estarem abrangidos pelos custos do ciclo de vida tanto o preço da aquisição quanto os custos internos, sejam eles os associados (entrega, instalação, colocação em serviço...), os de funcionamento (incluindo energia, peças sobressalentes e manutenção) e os relativos ao fim de vida útil (como a desativação, remoção e eliminação). Nada mencionava acerca dos custos decorrentes das externalidades ambientais.

Assim, diferentemente do que acontecia com os custos internos – cuja ponderação já era possível e se verificava, como subcritérios de adjudicação, desde antes das Diretivas de 2014 –, os custos das externalidades ambientais não eram levados em conta como custo contratual na abordagem custo-eficácia da contratação.

Conforme observou TERESA ALMEIDA, a grande novidade da reforma de 2014 está justamente naquilo que, “sendo integrável no custo do ciclo de vida, é admitido como custo que as entidades adjudicantes podem considerar: as externalidades ambientais negativas, desde que a sua monetarização seja possível”.¹⁹⁷

A eminente autora bem recorda que esta metodologia ou abordagem custo-eficácia que inclui as externalidades ambientais também é identificada como “environmental life cycle costing” – o custo do ciclo de vida ambiental. Segundo ela, essa diferenciação revela-se importante para distinguir o “environmental life cycle costing” dos outros tradicionais métodos de cálculo do custo do ciclo de vida que já eram admitidos pelas Diretivas de 2004 e que apenas incluíam os custos diretamente suportados pela entidade adjudicante (ou por esta e pelo utilizador do bem/serviço).¹⁹⁸

“Estamos aqui perante um conceito mais alargado do custo do ciclo de vida, que tradicionalmente abrangia apenas os custos com a operação, manutenção e eventual destruição dos produtos, sendo agora contabilizados igualmente os custos derivados das externalidades ambientais negativas geradas pelos produtos durante todo o seu ciclo de vida – daí que muitas vezes se fale no ‘custo do ciclo de vida ambiental’ dos produtos.”¹⁹⁹

¹⁹⁷ Cfr. TERESA ALMEIDA, “A proposta economicamente mais vantajosa...”, *cit.*, p. 150.

¹⁹⁸ TERESA ALMEIDA, “Critérios de adjudicação: o (novo) conceito...”, *cit.*, p. 159.

¹⁹⁹ TERESA ALMEIDA, “A proposta economicamente mais vantajosa...”, *cit.*, pp. 150-151.

Uma das razões comumente alegadas para não se admitir o cômputo dos custos decorrentes de externalidades ambientais era de que este tipo de custo não seria suportado pelas entidades adjudicantes – ao menos não somente por elas –, mas sim pela sociedade como um todo.

De forma inovadora, o cenário normativo que antes suscitava dúvidas foi alterado pelas Diretivas de 2014. A nova *ratio* subjacente ao tema aponta que existem custos ambientais envolvidos nas aquisições públicas que não podem ser negligenciados pela entidade adjudicante mesmo que não seja ela a única a suportá-los.

GOMES e CALDEIRA bem sintetizam este novo contexto:

“O que aqui é inovador, portanto, não é a possibilidade de consideração do custo do ciclo de vida, mas sim o facto de, neste cômputo, poderem ser integrados os custos imputados a externalidades ambientais ligadas ao bem, serviço ou obra, como sejam o custo das emissões de gases com efeito de estufa e de outras emissões poluentes, assim como outros custos de atenuação das alterações climáticas. Isto é: custos que, rigorosamente, são suportados por terceiros e não pela entidade adjudicante – ou, pelo menos, que não são suportados unicamente por esta (na formulação da lei, ‘custos suportados ou não pela própria entidade adjudicante’).”²⁰⁰

Da mesma forma que o faz em relação aos custos internos, as Diretivas de 2014 não trazem uma definição da expressão “externalidades ambientais”. Optou-se, ao contrário, pela enumeração de um rol exemplificativo dos fenômenos que estariam abrangidos pela locução – tais como as emissões de gases com efeito de estufa e outras emissões poluentes, assim como as alterações climáticas (art. 68º, 1, “b”) –, legando à doutrina a tarefa da conceituação.

Nesse senda, a Comunicação Interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de neles integrar considerações ambientais – COM(2001) 274 final – define *externalidades* como sendo:

“Os custos e benefícios que surgem quando as actividades sociais ou económicas de um grupo de pessoas têm impacto noutra grupo e quando o primeiro grupo não assume a responsabilidade pelo respectivo impacto”.

Na mesma linha, FERNANDO ARAÚJO propõe a seguinte definição:

“Toda a situação em que a conduta de uma pessoa afecta o bem-estar de outra por vias extramercado – seja prejudicando-o sem ter de pagar, seja beneficiando-o sem ter possibilidade de fazer-se pagar por isso, em ambos

²⁰⁰ GOMES e CALDEIRA, “Contratação Pública Verde...”, *cit.*, pp. 72-73.

os casos por ausência de um mecanismo espontâneo de contrapartida, de ‘internalização’ de custos ou de benefícios.”²⁰¹

A concepção de externalidades ambientais no contexto específico dos critérios de adjudicação de contratos públicos parece colocar em cheque alguns dos pressupostos das conceituações acima transcritas.

Em primeiro lugar, questiona-se se a suposta impossibilidade de assunção de responsabilidade por parte da pessoa a quem é atribuída a ocorrência do impacto ambiental seria elemento essencial na definição de externalidades. Parece-nos que não. E a disciplina dedicada ao tema pela Diretiva 2014/24/UE, ao prever a internalização dos custos ambientais no cálculo do ciclo de vida, aponta justamente no sentido da prescindibilidade desse requisito.

Através da monetarização das externalidades e sua conseqüente consideração como custo financeiro da contratação, o Estado-adjudicante está de fato assumindo responsabilidades pelas suas decisões de consumo, seja ao se dispor a pagar um preço mais alto por uma proposta que oferece uma solução de mais baixo impacto ambiental, seja, sob outra perspectiva, pelo desestímulo que promove em detrimento de ofertas que apresentem elevados custos ambientais.²⁰²

Em segundo lugar, o elemento “ausência de um mecanismo de internalização de custos ou de benefícios”, como sugere a definição do Professor ARAÚJO, também parece estar parcialmente superado no que tange às externalidades ambientais no contexto dos critérios de adjudicação. Ao menos do ponto de vista teórico, as Diretivas de 2014 já preveem o cálculo do ciclo de vida como uma espécie de abordagem custo-eficácia que teria aptidão para promover a internalização dos custos das externalidades ambientais, ressaltando inclusive os avanços na definição de metodologias comuns para tanto no âmbito da contratação pública eurocomunitária (Considerando n. 95 da Diretiva 2014/24/UE).

Portanto, as externalidades ambientais negativas podem ser internalizadas nos custos da contratação para fins de cálculo dos custos totais e definição da proposta economicamente mais vantajosa na modalidade “mais baixo custo”. Se, para tanto, a metodologia custo-eficácia utilizada

²⁰¹ FERNANDO ARAÚJO, *Introdução à Economia*, 3.^a edição, Almedina, Coimbra, 2005, p. 56.

²⁰² “A growing focus on the polluter pays principle from the 1990s onwards has given rise to the discussion of internalising the negative externalities, based on the goal that anyone causing a negative environmental impact should pay. In this context, LCC can be a vehicle for making visible and internalising such costs” (DACIAN C. DRAGOS; BOGDANA NEAMTU, “*Life-cycle costing for...*”, *cit.*, p. 123).

pela entidade adjudicante for o custo do ciclo de vida, referidos impactos ambientais deverão – como falaremos melhor em tópico a seguir – ser monetarizados.

4.5. Requisitos para a inclusão dos custos decorrentes de externalidades ambientais no custo total da contratação.

Como será exposto em seguida, são basicamente dois os requisitos a serem observados para que os custos imputados às externalidades ambientais possam ser levados em consideração no cálculo do custo do ciclo de vida para fins de definição da proposta economicamente mais vantajosa.

São eles a necessária ligação das externalidades ambientais com o objeto do contrato e a possibilidade de que sejam quantificados monetariamente.

Antes, porém, de tratarmos de cada um desses requisitos em particular, reputamos importante partir de uma dimensão ou conceito negativo nesta temática. Isto é, abordaremos em breves linhas algumas questões que, embora já tenham outrora suscitado controvérsias, definitivamente não mais constituem requisitos para que as externalidades ambientais sejam computadas no custo da contratação.

Esta abordagem inicial negativa, com exclusão desde logo de fatores que não constituem requisitos, contribuirá para uma melhor compreensão dos dois requisitos propriamente ditos.

4.5.1. Partindo de uma delimitação negativa.

4.5.1.1. Prescindibilidade do custo ambiental ser suportado direta e exclusivamente pela entidade adjudicante.

Em primeiro lugar, cumpre afastar a ideia de que somente os custos diretamente suportados pela entidade adjudicante, ou eventuais fatores que proporcionem a ela alguma vantagem econômica direta, poderiam ser levados em conta no cálculo do ciclo de vida. Este

entendimento foi defendido pela Comissão por ocasião do Acórdão *Concordia Bus*²⁰³ e também na COM(2001) 274 final.

O art. 75º, n. 7, do Código dos Contratos Públicos Português (CCP) afirma que na hipótese do custo ser calculado com base no ciclo de vida, o modelo de avaliação das propostas pode abranger custos suportados ou não pela própria entidade adjudicante. Referido dispositivo enumera, em seguida, um rol exemplificativo de custos, dentre os quais encontram-se os custos ambientais (ou custos imputados a externalidades ambientais). Trata-se do resultado da incorporação, no Estado Português, do regime contemplado pelo artigo 68.º da Directiva 2014/24/UE.

Diferentemente do CCP, as Diretivas de 2014 não afirmam de forma expressa que o cálculo do ciclo de vida pode abranger os custos ambientais não suportados pela própria entidade adjudicante. Na verdade, elas são silentes quanto a esta questão. Não obstante, filiamo-nos ao entendimento exprimido por DUARTE DE CAMPOS e TERESA ALMEIDA quando, de forma perspicaz, os eminentes autores afirmam que a exigência de que a própria entidade adjudicante seja aquela a suportar diretamente o custo das externalidades é contrária à própria definição de externalidades.²⁰⁴ Ora, tratam-se de custos cujos efeitos são difusos, amplos e gerais, sendo portanto suportados e sentidos por toda a sociedade e não pela entidade adjudicante (ou, pelo menos, não unicamente por esta).

Melhor explicando. As externalidades negativas geradas pelo consumo ou produção de bens, serviços ou obras acarretam um custo ambiental suportado, em geral, por toda a coletividade. Este custo ambiental, quando levado em consideração pela entidade adjudicante em seus processos de formação de contratos públicos, tem o condão de gerar uma vantagem ambiental, não diretamente à própria entidade contratante, mas sim, da mesma forma que os custos, à coletividade.

Nesse sentido, DUARTE DE CAMPOS bem destaca que, quando da disciplina dos critérios de adjudicação, a opção da Directiva – que restou explicitada pela opção redacional

²⁰³ Conforme consta do item 52 do Acórdão *Concordia Bus*, *cit.*, a Comissão considerava que os critérios de adjudicação do contrato que podem ser tomados em consideração para apreciar a proposta economicamente mais vantajosa deveriam preencher quatro condições: i) estes critérios devem ser objetivos; ii) aplicáveis a todas as propostas; iii) estritamente ligados ao objecto do contrato em causa; e iv) proporcionar uma vantagem econômica em benefício directo da entidade adjudicante (Acórdão do Tribunal de Justiça, de 17 de setembro de 2002, Processo nº C-513/99).

²⁰⁴ Cfr. DIOGO DUARTE DE CAMPOS, “A admissibilidade de políticas secundárias...”, *cit.*, p. 143. TERESA ALMEIDA, “Critérios de adjudicação: o (novo) conceito...”, *cit.*, pp. 157-158.

adotada no art. 67º, n. 2 –, foi o da “proposta economicamente mais vantajosa *do ponto de vista* da entidade adjudicante”, e não a “proposta economicamente mais vantajosa *para* a entidade adjudicante”. Embora a diferença pareça sutil em uma primeira leitura, ela vem justamente corroborar a prescindibilidade de que critérios ou subcritérios adotados para a definição da proposta economicamente mais vantajosa tenham que representar uma vantagem para a entidade adjudicante:

“Aliás, estamos mesmo em crer que estas duas formulações são substancialmente diversas. Efectivamente, não é, manifestamente, impossível que uma determinada proposta seja, do ponto de vista da entidade adjudicante, a economicamente mais vantajosa, embora não directamente para ela. Como já se referiu, a entidade adjudicante pode querer ter em consideração outras vantagens – económicas – que se não reflectem directamente na sua esfera. Não será descabido que a entidade adjudicante pretenda ter em consideração externalidades que, do seu ponto de vista, tornam a proposta economicamente mais vantajosa, até porque, muitas das entidades adjudicantes serão autoridades públicas que se encontram adstritas à promoção de elevados padrões ambientais. Visto de outro prisma, também é razoável que uma entidade adjudicante possa ter em consideração, na aferição da proposta economicamente mais vantajosa, o facto de uma determinada proposta, pese embora não tenha uma vantagem económica directa para a entidade adjudicante, possa minimizar outros encargos que também são da sua responsabilidade”.²⁰⁵

Não custa registrar que o entendimento anteriormente exposto torna igualmente prescindível imiscuir-se na natureza da vantagem. Ora, se esta não necessita acarretar um benefício directo à entidade pública contratante para que seja levada em consideração na decisão de adjudicação, pouco importa tratar-se de vantagem de cunho económico ou não.

Desta feita, sejam ou não custos suportados exclusivamente pelas entidades adjudicantes, de natureza económica ou não, os custos das externalidades ambientais são admitidos no cálculo do ciclo de vida desde que monetizáveis.

4.5.1.2. Prescindibilidade do custo ambiental configurar externalidade de consumo.

Da primeira conclusão a que chegamos no tópico anterior segue-se uma segunda: pouco importa se os custos ambientais em referência decorrem de externalidades de consumo ou

²⁰⁵ DIOGO DUARTE DE CAMPOS, “A admissibilidade de políticas secundárias...”, *cit.*, p. 154.

de produção. Uns e outros parecem ser admitidos no âmbito do cálculo dos custos do ciclo de vida à luz das Diretivas de 2014.

Em verdade, a distinção feita entre externalidades de consumo e externalidades de produção somente se justificava antes do que restou decidido no Acórdão *Concordia Bus*. Com efeito, em momento anterior à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia neste acórdão paradigma, admitia-se apenas que as externalidades de consumo pudessem influir nos critérios de adjudicação. Isso porque somente as externalidades dessa natureza seriam suportadas economicamente pela entidade adjudicante consumidora.

Ora, se em matéria de externalidades ambientais não se justifica a distinção entre custos suportados pela entidade adjudicante e custos suportados pela generalidade da sociedade, ambos os tipos – externalidades de consumo e de produção – são plenamente admitidos no cálculo do custo de ciclo de vida. É o que acabou por ser consagrado nos Considerando n. 96, 97 e 98; art. 2º, n. 1, item 20; art. 67º, n. 3, “a”, da Diretiva 2014/24/UE, ao incluírem, dentre os custos internos ao longo do ciclo de vida, os que dizem respeito “à produção” e também “à utilização” das obras, fornecimentos ou serviços.

Nesse sentido, vale trazer à colação a precisa lição de CARNEIRO, SANTOS e BARROS:

“Parece que serão admissíveis critérios ecológicos de adjudicação relativos ao processo de produção de bens ou serviços, na medida em que estes também salvaguardam o interesse público e conferem uma proteção mais ampla aos bens jurídico-ambientais, desde que respeitem os outros requisitos *Concordia*, o que, inclusivamente, resulta da própria leitura do aresto, uma vez que o TJCE não distinguiu entre características do bem ou serviço e características dos processos de produção.”²⁰⁶

A *ratio* subjacente ao argumento acima transcrito pode também ser invocada para justificar a ausência de distinção entre externalidades de produção e externalidades de consumo para efeito de cálculo do custo de ciclo de vida à luz das Diretivas de 2014: estas últimas, do mesmo modo que o TJCE, não distinguiu entre aquelas duas modalidades de externalidades, de modo que as externalidades negativas ambientais poderão ser incluídas no conceito de custo quer advenham da utilização do bem/serviço, quer estejam nele incorporadas por terem sido geradas durante o seu processo de produção.

²⁰⁶ CARNEIRO, SANTOS e BARROS, “Contratação pública verde”, *cit.*, p. 227.

Pois bem. Afastados os fatores que outrora foram reputados como requisitos para a valoração das externalidades ambientais no custo da contratação, passamos adiante àqueles cuja observância é hodiernamente condição *sine qua non* para a aplicação do instituto.

4.5.2. Ligação com o objeto do contrato.

A exigência de que as externalidades ambientais estejam ligadas ao objeto do contrato durante o seu ciclo de vida para que seus respectivos custos possam ser validamente internalizados ao valor da contratação decorre do que dispõem o art. 67, n.º 3, c/c o art. 68, n.º 1, “b”, da Diretiva 2014/24/UE.

Referidos dispositivos legais devem ser lidos em conjunto com o Considerando n.º 97 da mesma Diretiva, que prescreve:

“(…) a condição de uma ligação com o objeto do contrato exclui os critérios e condições relativos à política empresarial geral, que não podem ser considerados fatores característicos do processo específico de produção ou fornecimento das obras, produtos ou serviços adquiridos. Por conseguinte, as autoridades adjudicantes não deverão poder exigir aos proponentes que possuam determinadas políticas de responsabilidade social ou ambiental.”

Por ocasião da elaboração da COM (2011) 15 final – “Livro Verde” –, a Comissão reafirma que no atual quadro jurídico da UE em matéria de contratos públicos, a ligação ao objeto do contrato é elemento central a ter em conta quando são introduzidas considerações relacionadas com outras políticas no processo de contratação pública.

Ali consta algumas razões pelas quais o requisito em comento foi incluído nas Diretivas de 2014, dentre elas a necessidade de afastar o risco de distanciamento entre a aplicação das regras da UE sobre contratos públicos e a aplicação das regras sobre auxílios estatais, bem como de evitar que alguns operadores económicos de determinados países pudessem eventualmente ser favorecidos em detrimento dos operadores de outros Estados-Membros.

Nesse mesmo sentido, o pressuposto da ligação ao objeto do contrato é também mencionado por CUNHA RODRIGUES como fator cuja presença distingue, na linha do que foi dito em tópico anterior, as figuras do Estado-consumidor e do Estado-regulador quando um e outro atuam na execução de políticas públicas:

“À luz do acórdão *Concordia Bus*, a discricionariedade dos Estados será tolerada quando limitada à concretização de políticas horizontais ou secundárias relacionadas com o objecto do contrato (governo como adquirente), ao contrário do que sucede com políticas secundárias ou horizontais que não estão relacionadas com o objecto do contrato (governo como regulador) que, aparentemente, não são admitidas”.²⁰⁷

A COM (2011) 15 final assevera, ainda, que a necessária ligação com objeto do contrato visaria igualmente oferecer segurança e previsibilidade às empresas, tendo em vista que, não fosse essa exigência, os operadores económicos poderiam ser chamados a satisfazer requisitos diferentes conforme o contrato ou a entidade adjudicante. Por fim, regista que o requisito contribui para o fomento da inovação uma vez que impede que a concorrência entre empresas ocorra em bases de política empresarial geral ao invés de se assentar no desenvolvimento do melhor produto ou serviço (eventualmente inovador).²⁰⁸⁻²⁰⁹

Deveras, busca-se enfatizar que o requisito da ligação ao objeto do contrato visa afastar o risco de ingerência estatal nas políticas corporativas gerais de responsabilidade social ou ambiental dos concorrentes, na medida em que elas cuidam, via de regra, de questões que vão além das necessidades específicas da entidade adjudicante pelo bem, serviço ou obra contratados.

A possibilidade de que custos ambientais sejam internalizados no custo total da contratação não pode significar irrestritas liberdades de escolha por parte das entidades adjudicantes, nem permitir favoritismos em benefício de alguns operadores económicos em detrimento de outros. Nesse sentido, citamos a lição de Cunha Rodrigues:

“A exigência de ligação ao objecto do contrato, além de garantir segurança e certeza jurídica, permite assegurar que a aquisição em si mesmo considerada persiste como um elemento central da realização eficiente da despesa pública e ainda que o fornecedor não beneficia, de forma indirecta, de um auxílio de Estado o que poderia suceder caso inexistisse a ligação ao objecto do contrato”.²¹⁰

A necessidade em si de observância deste requisito não é alvo de grandes controvérsias. Na verdade, o que tem sido objeto de maior discussão é a abrangência daquilo que pode ser considerado como ligado ao objeto do contrato. Isto é, a extensão do requisito.

²⁰⁷ CUNHA RODRIGUES, “*A Contratação Pública como...*”, *cit.*, p. 236.

²⁰⁸ Cfr. COM (2011) 15 final, p. 42-44.

²⁰⁹ ABBY SEMPLE faz contundentes críticas às razões declinadas pela Comissão. Para aprofundamento desta questão, vide: “The link to the subject matter...”, *cit.*

²¹⁰ NUNO CUNHA RODRIGUES, “*A Contratação Pública como...*”, *cit.*, p. 207.

O art. 75º, n.º 4, do CCP de Portugal, prescreve que “os fatores e subfatores consideram-se ligados ao objeto do contrato quando estiverem relacionados com as obras, bens ou serviços a executar ou fornecer ao abrigo desse contrato, sob qualquer aspeto e em qualquer fase do ciclo de vida”. Em seguida, o n.º 5 do mesmo artigo complementa que “ainda que não façam parte da sua substância material, consideram-se relacionados com o objeto do contrato os fatores envolvidos no processo específico de produção ou fornecimento das obras, bens ou serviços ou num processo específico em relação a outra fase do seu ciclo de vida”.

Para FERREIRA DA SILVA houve uma amplificação do conceito de ligação ao objeto do contrato pelas Diretivas de 2014.²¹¹ ABBY SEMPLE assevera, por sua vez, que, se interpretado de forma demasiadamente estrita, o requisito da ligação com o objeto do contrato pode ser prejudicial tanto para a inclusão de considerações ambientais e sociais nos processos adjudicatórios, quanto no atingimento do objetivo de fazer com que o mercado entregue propostas com aqueles tipos de atributos.²¹²

Concordamos com a última autora quando afirma que as Diretivas de 2014 não confinaram a expressão numa espécie de camisa de força. Ao contrário, sua definição foi apenas parcialmente provida através do art. 67(3) da Diretiva 2014/24/UE, comportando diferentes interpretações desde que compatíveis com os princípios e as liberdades de circulação do mercado interno e com os parâmetros definidos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia nos precedentes paradigmas.²¹³

4.5.3. A monetarização como *conditio sine qua non* para valoração das externalidades ambientais como custo da contratação.

Um segundo requisito previsto pela Diretiva 2014/24/UE para que os custos das externalidades ambientais possam ser internalizados no valor da contratação consiste na sua “monetarização”, isto é, na possibilidade de se determinar e confirmar o seu valor monetário.

Tal como a necessidade de ligação ao objeto contratual, a exigência decorre da própria redação do art. 68, n. 1, “b”, da Diretiva 2014/24/UE.

²¹¹ Cfr. CAROLINA FERREIRA DA SILVA, “Políticas horizontais...”, *cit.*, p. 201. TERESA ALMEIDA, “Critérios de adjudicação: o (novo) conceito...”, *cit.*, p. 169.

²¹² ABBY SEMPLE, “The link to the subject matter...”, *cit.* p. 66.

²¹³ Cfr. ABBY SEMPLE, “The link to the subject matter...”, *cit.* pp. 73-74.

Por monetarização entende-se o processo de atribuição de um valor pecuniário a uma externalidade ambiental através da adoção de uma determinada metodologia, a fim de que, no bojo do cálculo dos custos do ciclo de vida, o custo derivado daquela externalidade seja incluído ao preço da proposta como custo financeiro, operando-se, assim, a internalização da dita externalidade.

Como salientamos anteriormente, esse processo implica na transmutação de um critério *qualitativo* em um critério de *custo*.

Recorremos às elucidativas palavras de TERESA ALMEIDA para nos auxiliar na compreensão do que se deve entender por monetarização de externalidades ambientais:

“O custo do ciclo de vida, ou, de outra forma, o custo do ciclo de vida ambiental, é muitas vezes descrito como um meio de avaliação financeira de uma opção mais sustentável. O que se pretende é identificar os impactos ambientais que um produto tem sobre o ambiente, durante todo o seu processo de produção, uso e reciclagem (todo o seu ciclo de vida ou ‘cradle to grave’). Identificados os impactos, identificam-se os potenciais custos ambientais, custos esses expressos em termos monetários. Estes custos monetários reflectem, no fundo, as externalidades negativas geradas por esse produto. Ao preço de mercado do produto deve ser acrescido esse adicional, esse ‘adder’, procurando, assim, internalizar as externalidades identificadas.”²¹⁴

FERREIRA DA SILVA relaciona o requisito em comento à necessidade de garantir algum grau de objetividade na abordagem do custo do ciclo de vida ambiental. Os riscos de fragilização que a introdução de considerações ambientais no cálculo do ciclo de vida poderia ensejar em detrimento dos princípios da concorrência e isonomia reclamariam a inclusão de um elemento de cunho objetivo à análise das propostas.

A exigência de um prévio processo de monetarização dos custos ambientais teria o condão de cumprir esse papel. Isto é, conferiria menos subjetividade aos parâmetros de comparação de propostas, a evitar a abertura de espaços de fragilização de princípios caros às contratações públicas, além de afastar os riscos de adjudicação de contratos de forma arbitrária. Nesse sentido, destaca a autora:

“Para que o CCV possa assumir-se como um instrumento relevante na área da sustentabilidade ambiental, haverá que internalizar as externalidades e dar-lhes um valor monetário dado que, de outro modo, seria impossível

²¹⁴ TERESA ALMEIDA, “Critérios de adjudicação: o (novo) conceito...”, *cit.*, p. 159.

criar a objetividade necessária à comparabilidade das propostas (...). Com efeito, a consideração de externalidades ambientais constitui uma arrojada aposta na veiculação da sustentabilidade no âmbito da contratação. Este particular arrojo necessita, então, de se revestir das maiores cautelas concorrenciais; sem a previsão da imposição de determinação e confirmação do valor monetários, estar-se-ia a abrir portas a uma perigosa subjetividade que colocaria em causa a imparcial avaliação das propostas.”²¹⁵

Tratar-se-ia de uma espécie de cautela concorrencial de salvaguarda da economicidade ante um audacioso (e ainda balbuciante) instrumento de realização da ambientalidade nas contratações públicas.

Diz-se “audaciosa”, ou, nas palavras de FERREIRA DA SILVA e TERESA ALMEIDA, “arrojada” e “ambiciosa”²¹⁶, tendo em vista a significativa complexidade das questões práticas e teóricas que circundam a monetarização dos custos de externalidades ambientais. A pretensão de precificar ou atribuir um valor monetário aos “males ambientais”²¹⁷ que, por sua natureza, são insuscetíveis ou de difícil avaliação econômica, não é tarefa simples. Via de regra, está-se na presença de fatores que, “na maior parte dos casos, não estão imediatamente relacionados com a eficiência econômica da entidade adjudicante mas antes com a prossecução de um interesse público específico que se incorpora na adjudicação”.²¹⁸

Deveras, o custo da prossecução de políticas horizontais, mormente as de natureza ambiental, não é de fácil quantificação. Sobre o instituto pairam fundadas dúvidas acerca da sua exequibilidade, as vantagens a ele associadas e de sua aptidão para proporcionar eficiência econômica ao contrato público.

Conforme bem registrou FERREIRA DA SILVA, a monetarização dos custos das externalidades ambientais desafia uma reformulação da disciplina da regulação da contratação pública comunitária e do sistema de avaliação de custos:

“É precisamente neste parâmetro do CCV – as externalidades ambientais – que se faz sentir com particular acuidade a necessidade imposta pelo legislador europeu de se pensar ‘outside the price box’, alterando-se o paradigma de que a contratação se deve apenas confinar a avaliações monetárias imediatas, permitindo-se, expressamente, a avaliação dos custos ambientais durante o ciclo de vida do produto, obra ou serviço, por

²¹⁵ CAROLINA FERREIRA DA SILVA, “Políticas horizontais ambientais...”, *cit.*, pp. 194/195.

²¹⁶ Cfr. TERESA ALMEIDA, “A proposta economicamente mais vantajosa...”, *cit.*, p. 153.

²¹⁷ Cfr. TERESA ALMEIDA, “Critérios de adjudicação: o (novo) conceito...”, *cit.*, p. 158.

²¹⁸ NUNO CUNHA RODRIGUES, “A Contratação Pública como...”, *cit.*, p. 202.

recurso ao fator do custo, atentando-se a uma perspectiva de análise ‘nascimento-morte’²¹⁹.

São grandes os desafios à efetiva implementação do instituto. O enfrentamento e a superação gradual dessas dificuldades, contudo, poderão conduzir ao aprimoramento de uma importante ferramenta de promoção da sustentabilidade nos contratos públicos. A internalização dos custos imputados às externalidades ambientais negativas no cálculo do custo do ciclo de vida constitui-se, sob uma nova perspectiva *econômico-ecológica*, um potencial fator de obtenção do justo equilíbrio entre as imbrincadas exigências da economia e da ecologia.

Tal processo de monetarização deve ser perfectibilizado por meio da observância de uma metodologia de cálculo previamente definida e tem por finalidade a identificação da proposta economicamente mais vantajosa quando a entidade adjudicante adotar a modalidade “mais baixo custo”. Em verdade, chegar-se-á ao “preço ajustado mais baixo”²²⁰, expressão cunhada por Teresa de Almeida para designar o resultado da soma do preço de face com os custos imputados às externalidades ambientais negativas após sua monetarização.

Essas questões suscitam diversas dúvidas que não têm passado despercebidas pela doutrina portuguesa. Cite-se, por todos, algumas delas mencionadas por GOMES e CALDEIRA, que sintetizam com maestria os principais pontos dignos de atenção:

“Desde logo, a adoção desta abordagem só é legalmente possível quando ‘seja possível determinar e confirmar o seu valor monetário’, o que se reveste de apreciável complexidade e implica respostas que não são evidentes a questões fulcrais, como as de saber: (i) quais os impactos a considerar (âmbito de abrangência); (ii) qual a relação entre as fontes e os danos provocados; bem como (iii) qual o valor monetário desses danos, sendo que, neste último campo, se torna ainda necessário saber como tratar as denominadas taxas de desconto do futuro e do tratamento económico da incerteza da imprevisibilidade. Perguntas cuja resolução implica informação que muitas vezes não estará disponível e escolhas que, por esse motivo, encerram uma larga margem de erro, sendo que ‘a forma como se determina o trade-off a realizar’ é ‘o passo mais importante de todo o processo’, qualquer que seja o método escolhido pela entidade adjudicante”²²¹.

Cumprе ressaltar que, tratando-se de um requisito erigido pela Diretiva de 2014 como imprescindível à própria realização da internalização de custos ambientais nos custos totais da

²¹⁹ CAROLINA FERREIRA DA SILVA, “Políticas horizontais...”, *cit.*, p. 181.

²²⁰ Cfr. TERESA ALMEIDA, “A relação qualidade ambiental...”, *cit.*, p. 320.

²²¹ GOMES e CALDEIRA, “Contratação Pública Verde...”, *cit.*, p. 73.

contratação, a monetarização acabará por ser relegada à mera previsão legal, um protocolo de boas intenções porém sem efetividade, caso não haja um esforço no esclarecimento dessas questões fulcrais e na consolidação de entendimentos que confirmem segurança jurídica e previsibilidade à aplicação do instituto.

As Diretivas não dão muitas pistas acerca de como solucionar essas questões. O novo Código de Contratos Públicos de Portugal também não, já que, neste tema, seu art. 75º limitou-se a reproduzir as disposições já constantes da Diretiva 2014/24/UE.

Voltaremos a discutir de maneira mais aprofundada, em tópicos próprios, sobre os possíveis formatos de operacionalização dessa desafiante previsão de monetarização de externalidades ambientais, quando tratarmos das metodologias para avaliação e apuração dos custos.

Antes, contudo, nos próximos dois tópicos, sugerimos algumas questões cuja discussão permeia a abordagem do tema da imprescindibilidade da monetarização como condição para que externalidades ambientais tenham seus custos internalizados no custo total da contratação para fins de apuração da proposta economicamente mais vantajosa.

4.5.3.1. O cálculo do custo do ciclo de vida ambiental como ponto de convergência entre os paradigmas da ambientabilidade e da economicidade nas contratações públicas. A transmutação de critérios qualitativos em critérios de custos a partir da monetarização de externalidades ambientais.

Não obstante todos os avanços dados em direção a uma contratação pública ambientalmente mais sustentável e menos apegada ao reducionismo da análise puramente economicista do preço mais baixo, não se pode negar que o *value for money* continua sendo uma diretriz de expressiva força a reger os mercados públicos europeus.

Como foi enfatizado em tópicos anteriores, isso decorre precipuamente em função da constante preocupação que paira sobre as instâncias da União Europeia quanto a preservação do ambiente concorrencial, do princípio da não-discriminação e da igualdade de tratamento entre candidatos no âmbito da contratação pública do bloco, considerando a influência e a importância dos contratos públicos no regular funcionamento do mercado interno.

Fato é que o expressivo reconhecimento da prossecução de políticas públicas como finalidade horizontal da contratação pública não pode se desvincular totalmente de fatores econômico-financeiros objetivamente mensuráveis. Não por outra razão é que as Diretivas de 2014 determinam que, se presentes, critérios qualitativos devem estar sempre acompanhados de um critério de custos para a definição da proposta economicamente mais vantajosa.²²²

Daí falar-se, como foi mais detalhadamente explanado no tópico 3.4 do presente trabalho, da necessária busca por ponderação, harmonização ou concordância prática entre princípios fundamentais igualmente caros no universo da contratação pública.

A monetarização dos custos imputados às externalidades ambientais negativas e sua consequente internalização no cálculo do custo do ciclo de vida parece-nos um interessante instrumento em favor do alcance de um justo equilíbrio entre os concomitantes anseios por eficiências ambientais e econômicas.

Recorremos ao racional consequencialista e prospectivo da análise econômica do direito (AED) para nos auxiliar nesse processo argumentativo. Nas palavras de VÉRAS DE FREITAS, “a Análise Econômica do Direito se utiliza de métodos da teoria microeconômica para orientar, por intermédio de uma análise de custo-benefício, a decisão dos agentes econômicos, em ambientes de recursos escassos”.²²³ Segundo o mesmo autor, “ela tem por objetivo racionalizar as escolhas dos agentes para que sejam tomadas decisões que produzam eficiência”.²²⁴

Também denominado de *Law and Economics*²²⁵, este campo de estudo utiliza-se da aplicação sistemática de técnicas de teorias econômicas “para examinar as leis, instituições legais e políticas públicas e, nesse sentido, pode ser utilizada como ferramenta para o estudo de instrumentos jurídicos como mecanismos de desenvolvimento econômico”.²²⁶

²²² Cfr. Considerando n. 92 da Diretiva 2014/24/UE.

²²³ RAFAEL VÉRAS DE FREITAS, “Análise econômica das contratações públicas...”, *cit.*, p. 132.

²²⁴ RAFAEL VÉRAS DE FREITAS, “Análise econômica das contratações públicas...”, *cit.*, p. 132.

²²⁵ RICHARD A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 8. ed., Aspen Publishers, Nova Iorque, 2011.

²²⁶ MARIA TEREZA FONSECA DIAS, “Os problemas da contratação pública brasileira sob a Análise Econômica do Direito (Law and Economics): em busca de propostas legislativas para sua superação”, in *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, n. 57, Forum, Belo Horizonte, 2017, p. 87.

Como lembra NOVAIS E SILVA, “a AED é um instrumento valioso para a definição de políticas públicas”²²⁷, pois, dentre outros contributos, auxilia na definição de “como desenhar políticas, leis, instituições que gerem os incentivos ‘corretos’ aos agentes econômicos”.²²⁸

Em tempos de crise financeira como a que diversos países da União Europeia vivenciam, em que a cobrança por mais resultados com o menor nível de dispêndio de dinheiro público possível, a interação entre as diversas dimensões da contratação pública enseja novos e difíceis desafios.

“É inegável que a implementação da fórmula CCV se bate com um sem número de obstáculos. Podemos identificar, desde logo, o facto de todos os países pertencentes à União Europeia, incluindo Portugal, se encontrarem em tempos de crise financeira – crise que os submergiu noutras crises (v.g. social, ideológica, política, ambiental), tal qual efeito dominó. Isto indica que existe alguma resistência à implementação de políticas que signifiquem pagar mais no início – as benedições do CCV fazem-se notar a longo prazo –, o que exigirá uma paciência contabilística muitas vezes não conciliáveis com a necessidade de apresentar ao público resultado no curto prazo”²²⁹

É nesta conjuntura de crise econômico-financeira e restrições orçamentárias, associada ao imperativo de proteção dos ecossistemas naturais, que o instituto da monetarização das externalidades ambientais erige-se, sob a ótica da análise econômica do direito aplicada às contratações públicas, como ferramenta útil a conciliar os imperativos do “*best value for money*” (eficiência e racionalidade da despesa pública) com os de realização de políticas horizontais (proteção ambiental), otimizando-os a partir de uma perspectiva qualidade-preço em que o fator “qualidade” é aferido pelos benefícios ambientais monetarizados.

O que se objetiva é a maximização de eficiências econômicas a partir da indução de comportamentos ambientalmente responsáveis. Ou, em outras palavras, a economia de recursos públicos associada diretamente à preservação ambiental.

O fenômeno da “monetarização” figura como um aspecto-chave neste contexto. A partir da sua ocorrência, opera-se uma verdadeira transmutação de conceitos, onde o que até então

²²⁷ LEANDRO NOVAIS E SILVA, “A análise econômica do direito e a vertente welfarista: a teoria, seu uso na regulação econômica, seus limites e deficiências”, in *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, n. 23, Forum, Belo Horizonte, 2008, s/n (versão digital). Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pidCntd=54857>>. Acesso em: 23 maio 2020.

²²⁸ FONSECA DIAS, “Os problemas da contratação pública brasileira...”, *cit.*, p. 88.

²²⁹ CAROLINA FERREIRA DA SILVA, “Políticas horizontais ambientais...”, *cit.*, p. 185.

era tido como critério *qualitativo* é vertido em critério de *custos*. As considerações de natureza ambiental (critério qualitativo) passam a compor o preço final do objeto da contratação (critério de custo) após a monetarização das externalidades negativas.

A visão hiperbólica monocular do critério do mais baixo preço na adjudicação incorre no risco de negligenciar relevantes custos indiretos da contratação. A AED aplicada às contratações públicas não se coaduna com esta realidade. Antes, recomenda sejam tais custos – de natureza ambiental, social ou econômica – devidamente ponderados para se estimar os impactos sistêmicos de longo prazo das escolhas administrativas.

Nesse sentido é que se pode afirmar que a integração de considerações ambientais através da monetarização dos custos das externalidades enquanto subfator de concretização do critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa é uma fórmula em cujo seio harmonizam-se os paradigmas da ambientabilidade e da economicidade. A adjudicação ocorrerá em favor da proposta do custo mais baixo ao longo do ciclo de vida – ou, em outros termos, do preço ajustado mais baixo –, que tem como origem, primeiramente, um objetivo de tutela ambiental, e que só posteriormente é vertido em critério econômico, ou de custo, mediante sua monetarização.

A redução de custos e a eficiência da despesa pública se dariam por meio da implementação de padrões de proteção ambiental, isto é, “conciliando políticas secundárias”.²³⁰

Cabe registrar que, em sentido semelhante ao exposto até aqui, o custo do ciclo de vida tem sido reconhecido pelas instâncias eurocomunitárias como instrumento apto a realizar a concordância prática entre esses interesses e objetivos aparentemente conflitantes.

Por ocasião da edição do “*Livro Verde - sobre a modernização da política de contratos públicos da UE – para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa*” – COM(2011) 15 final –, a Comissão asseverou que a promoção de políticas públicas horizontais “pode também contribuir para alcançar a primeira meta de uma maior eficiência da despesa pública

²³⁰ Cfr. CUNHA RODRIGUES, “*A Contratação Pública como...*”, *cit.*, p. 201. E complementa o autor: “Em alguns casos, políticas dirigidas a objectivos sociais ou ambientais podem mesmo permitir aumentar o ‘value for money’ da aquisição de bens e serviços sendo, por isso, objectivos conciliáveis” (p. 203). Nesse mesmo sentido, RAQUEL CARVALHO, cita exemplo apresentado por CLEMENT: “For instance, the UK Wakefield Council using whole life costing principles, determined that a product called Durakerb offered better value for money than comparable cheaper traditional products, despite a 235% higher purchase price” (RAQUEL CARVALHO, “Life-cycle costing in...”, *cit.*, p. 53).

a longo prazo, por exemplo, substituindo o critério do preço inicial mais baixo pelo critério do custo mais baixo ao longo do ciclo de vida”.²³¹

Conforme lembra FILIPE BRITO BASTOS, mesmo antes do advento da Diretiva 2014/24/UE, a Comissão já pregava a precificação de custos ambientais como ponto de convergência entre ambientalidade e economicidade:

“Contudo, como demonstrou a Comissão Europeia em 1999 com a Comunicação sobre o Mercado Único e o ambiente, é perfeitamente possível uma interação positiva entre os dois vectores da missão da União – a protecção do mercado interno e do ambiente, simultaneamente. Por exemplo, através do princípio do poluidor-pagador e das políticas legislativas que por ele se orientem, as empresas são levadas a converter em termos financeiros os custos ambientais das suas actividades, tornando-se por isso mais racional a utilização de técnicas e meios menos poluentes”.²³²

O que acaba por ser alcançado mediante a modalidade de adjudicação do “mais baixo custo” é a proposta de “melhor preço”, que não se confunde com o “mais baixo preço”. O “melhor preço” deve ser compreendido como aquele que, sob a abordagem custo-eficácia do ciclo de vida, “implica os menores impactos e externalidades negativas e, concomitantemente, os maiores benefícios globais”²³³ para a entidade adjudicante e a sociedade a longo prazo. Há o desprendimento da variável “preço”, ao menos em sua perspectiva imediatista.

Eis, portanto, uma forma potencialmente inovadora e desafiadora pensada pelas instâncias comunitárias de convergência de interesses aparentemente conflitantes sem prejuízo da preservação da essencialidade ou do conteúdo mínimo de cada qual: por meio da monetização das externalidades ambientais e a internalização desses custos no cálculo dos custos totais do ciclo de vida, tutela-se o meio-ambiente sem comprometimento da eficiência interna dos contratos públicos, fazendo das políticas ambientais um fator de densificação do “best value for money”.²³⁴

²³¹ COM(2011) 15 final, *cit.*, p. 5.

²³² FILIPE BRITO BASTOS, “A escolha de critérios ambientais de adjudicação de contratos públicos: reflexões de Direito Administrativo nacional e europeu”, in Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2011, s/n de página (versão digital). Disponível em <https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/escolhacriteriosambientaisadjudicacaocp.pdf>. Acesso em 23.05.2020.

²³³ JUAREZ FREITAS, “Licitações e sustentabilidade...”, *cit.*, s/n (versão digital).

²³⁴ WIESBROCK e SJAFJELL citam um estudo no bojo do qual verificou-se que a utilização da técnica do custo do ciclo de vida é instrumento apto à promoção de proteção ambiental sem comprometimento do value for money: “A study carried out in 2009 in seven Member States most active in green procurement showed that when taking life-cycle costing and the total amount spent on all green goods into account, green procurement contributed to a slight overall decrease in cost” (ANJA WIESBROCK; BEATE SJAFJELL, “Public procurement’s potential...”, *cit.*, p. 237).

Ora, se um dos grandes receios em se admitir a introdução de critérios ambientais no processo de formação dos contratos públicos é o risco que o incremento de subjetividade pode provocar aos princípios da concorrência e da não-discriminação, a monetarização dos custos das externalidades ambientais tem o condão de contribuir para superar essa barreira, ao revestir os aspectos ambientais com atributos de objetividade, transmutando-os em elementos de custos.

Está-se diante, quiçá, de um novo paradigma econômico-ecológico com potencial de reorientar o regime jurídico comunitário quanto a análise de propostas. O “princípio positivo da sustentabilidade multidimensional”²³⁵ abre espaço para que eficiências econômico-financeiras sejam alcançadas por meio de eficiências ambientais, e vice-versa. Ou, nas palavras de CUNHA RODRIGUES, permite-se ao Estado “desenvolver a política econômica nacional por via da realização de políticas secundárias ou horizontais, nos contratos públicos”.²³⁶

4.5.3.2. Perspectiva economicista de tutela do ambiente: a exigência de monetarização das externalidades ambientais representa um retrocesso ao entendimento firmado no Acórdão *Concordia Bus*?

Diversos são os *leading cases*, oriundos do labor jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia, considerados paradigmáticos no processo de reconhecimento e consolidação da juridicidade da utilização da contratação pública como instrumento de consecução de políticas horizontais. O caso *Concordia Bus Finland* (Processo nº C-513/99, de 17/09/2002) é certamente um dos mais representativo deles.

Na ocasião, uma questão de reenvio prejudicial de interpretação de norma²³⁷, suscitada no âmbito de controvérsia sobre concurso público referente à prestação de serviços de transportes urbanos por autocarro, foi conduzida à apreciação do então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE).²³⁸ O tribunal finlandês de origem buscava dirimir a dúvida sobre se subcritérios de natureza não econômica, ou que não proporcionassem vantagem dessa natureza à entidade

²³⁵ JUAREZ FREITAS, “Licitações e sustentabilidade: ponderação...”, *cit.*, s/n (versão digital).

²³⁶ Cfr. CUNHA RODRIGUES, “A Contratação Pública como...”, *cit.*, p. 203.

²³⁷ No caso tratava-se do artigo 2º, nº 1, 2 e nº 3, da Diretiva 93/38/CEE; artigo 34º, nº 1, da Diretiva 93/38/CEE; artigo 36º, nº 1, da Diretiva 92/50/CEE.

²³⁸ Até o advento do Tratado de Lisboa (assinado em 13 de dezembro de 2007), o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) era denominado Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE). A propósito, vide <http://europa.eu/rapid/press-release_CJE-09-104_pt.htm>, acesso em 06.07.2018.

adjudicante, poderiam ser levados em consideração na definição da proposta economicamente mais vantajosa.²³⁹

A partir de uma leitura ecológica dos critérios de adjudicação de contratos públicos, o TJCE respondeu afirmativamente à questão suscitada. Desde que alguns requisitos fossem observados²⁴⁰, era, sim, possível que critérios de natureza não estritamente econômica – no caso do *Concordia Bus*, critérios ambientais consistentes nas externalidades de consumo “emissão de gás” e “ruídos” – fossem integradas como fator de concretização do critério de adjudicação da proposta mais vantajosa, independentemente de serem suscetíveis ou não de avaliação econômica.

É importante enfatizarmos este ponto. Diferentemente do que entendia a Comissão – que advogava a tese da necessidade de os critérios levados em consideração na definição da proposta mais vantajosa terem de proporcionar uma vantagem econômica direta em benefício da entidade adjudicante –, o TJCE decidiu ser prescindível que cada um dos referidos critérios tomados em consideração tenha que ser necessariamente de natureza econômica.

Trata-se de um dos maiores avanços jurisprudenciais no âmbito da contratação pública ecológica. A possibilidade de serem fixados critérios que não proporcionem uma vantagem econômica direta para a entidade adjudicante abre uma janela de oportunidades para o desenvolvimento de políticas públicas através da realização de políticas horizontais nos contratos públicos.²⁴¹ O TJCE foi além do que até então era reconhecido pela Comissão como critérios ambientais passíveis de serem ponderados no âmbito dos critérios de adjudicação.

A desnecessidade de que houvesse apropriação de vantagem econômica por parte da entidade adjudicante para que subcritérios fossem levados em consideração na identificação da

²³⁹ A questão prejudicial foi submetida ao TJCE nos seguintes termos: “*Deve a regulamentação comunitária relativa aos contratos de direito público, em especial, o artigo 36º, nº 1, da Directiva 92/50/CEE ou a disposição similar (artigo 34º, nº 1, da Directiva 93/38/CEE), ser interpretada no sentido de que o município que organiza, na qualidade de entidade adjudicante, um concurso para a exploração de um serviço de autocarros urbanos, pode, para além do preço proposto, do programa ecológico e da qualidade do explorador e de várias outras características do material, incluir nos critérios para a adjudicação com base na proposta economicamente mais vantajosa a redução das emissões de óxido de azoto ou do nível sonoro, em termos descritos no concurso, de uma forma pela qual poderão ser atribuídos pontos suplementares no confronto das propostas, se as emissões de óxido de azoto ou o nível sonoro de determinados veículos forem inferiores a um determinado limite?*”

²⁴⁰ Pelo que se extrai do Acórdão, a Corte estabeleceu quatro condicionantes ou requisitos a serem necessariamente observados pela entidade adjudicante para que a introdução de critérios ambientais na adjudicação de contratos públicos fosse juridicamente admitida: 1) que esses critérios estejam relacionados com o objeto do concurso; 2) que não confirmem à entidade adjudicante uma liberdade de escolha incondicional; 3) que estejam expressamente mencionados no caderno de encargos ou no anúncio de concurso; 4) que respeitem os princípios fundamentais do direito comunitário, designadamente o princípio da não discriminação.

²⁴¹ Cfr. CUNHA RODRIGUES, “*A Contratação Pública como...*”, cit., p. 203.

proposta mais vantajosa também foi destacada pelo então Advogado-Geral Jean Mischo. Na mesma linha do que entendera o TJCE, vale trazer à colação trecho de suas conclusões:

“105. Por outro lado, pelo menos a partir dos debates sobre o protocolo de Quioto, estamos todos conscientes que a proteção do ambiente é um desafio considerável que diz respeito a todo o planeta. Não me parece, portanto, justificado apenas admitir um critério de ordem ecológica se este apresentar uma vantagem económica para a entidade adjudicante em causa. Esse critério justifica-se também se apresentar uma vantagem para outros que não a entidade adjudicante, ou para o ambiente em geral”.²⁴²

A decisão do TJCE foi reputada como um notório avanço no domínio da realização de políticas horizontais por meio dos contratos públicos. Até então, duas condições eram impostas aos fatores subjacentes à proposta economicamente mais vantajosa: a necessidade que eles tivessem ligação com o objeto do contrato e que proporcionassem uma vantagem econômica para a entidade adjudicante. A partir do Acórdão *Concordia Bus* esta última condição foi deixada de lado, e assim permaneceu também após o advento das Diretivas de 2004.

Fato é que a possibilidade de fixação de subcritérios de adjudicação não estritamente econômicos – e que, por conseguinte, não proporcionam uma vantagem dessa natureza para a entidade adjudicante – confere uma margem maior de discricionariedade para que as contratações públicas possam desenvolver políticas públicas horizontais.

Feita essa breve digressão histórica jurisprudencial, é de se indagar, se o novel instituto da monetarização dos custos das externalidades ambientais não representaria um retrocesso face ao que decidira o TJCE no ponto assinalado. Ora, não se estaria a promover o afunilamento das possibilidades de ponderação dos aspectos ambientais na determinação da proposta economicamente mais vantajosa na medida em que somente as externalidades passíveis de monetarização e controle seriam elegíveis para tanto?

Na medida em que as Diretivas condicionam a integração dos referidos custos ambientais no cálculo dos custos do ciclo de vida à circunstância de que os mesmos sejam passíveis

²⁴² Item 105 das conclusões. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt>>. Acesso em 1º.03.2020. Embora seja relevante destacar este trecho da manifestação do Advogado-Geral do ponto de vista argumentativo, impende registrar, contudo, como bem observou DUARTE DE CAMPOS, que “o TJC, ao contrário do Advogado-Geral Mischo, não tomou posição definitiva sobre a necessidade de essa vantagem – que claramente não tem que ser susceptível de avaliação econômica – ter que ser apropriada directamente pela entidade adjudicante” (DIOGO DUARTE DE CAMPOS, “A admissibilidade de políticas secundárias na contratação pública: a consideração de factores ambientais e sociais”, in *Estudos de Direito Público*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011., p. 146).

de monetarização, isto é, de avaliação por uma perspectiva econômica, estar-se-ia retrocedendo a uma condicionante que o Acórdão *Concordia Bus* admiravelmente buscou dissipar?

Este apelo à eficiência econômica dos custos ambientais (independentemente de terem que ser ou não diretamente suportados pela entidade adjudicante) enseja reflexões.

Ao ser erigida a *conditio sine qua non* para que as externalidades ambientais negativas possam ser inseridas no cálculo do custo do ciclo de vida, não estaria a monetarização fazendo prevalecer em demasia uma visão economicista da tutela do meio-ambiente? Sendo sua preservação condicionada a uma prévia precificação, ao fim e ao cabo somente seria digna de ser levada a efeito caso implicasse em benefícios econômicos, ainda que em um horizonte de longo prazo?

Nesse sentido, teriam as Diretivas, no intuito de desvencilhar a contratação pública de uma visão maximizadora da eficiência econômica, incorrido agora em outro extremo, o da “mercantilização da natureza”, da “precificação de comportamentos” ou do “colonialismo ecológico”?²⁴³ O recurso ao custo ambiental do ciclo de vida estaria a conduzir as autoridades contratantes a uma simplificação demasiada dos problemas ambientais, reduzindo-os a uma dimensão monetária?

Pensamos que não.

A exigência em questão não fragiliza ou representa um retrocesso ao entendimento firmado pelo TJUE através do Acórdão *Concordia Bus*.

O fato de uma externalidade ambiental negativa não ser suscetível de determinação pelo seu valor monetário ou passível de controle não a subtrai da possibilidade de ser tomada em consideração no processo de adjudicação ou na execução do contrato propriamente dito. É certo que não será possível abordá-la sob a perspectiva do cálculo dos custos do ciclo de vida, dada a

²⁴³ Essas expressões foram utilizadas pela eminente Professora Carla Amado Gomes para apontar algumas das críticas direcionadas a um outro instituto, o do “pagamento de serviços ambientais”, o qual, segundo a autora, consiste na ideia de “recompensar pessoas ou populações que, por razões pessoais ou de destino se encontram numa posição de controlo da qualidade de determinados bens ambientais (situadas na nascente de um curso de água; detentoras de terras em áreas florestais ou em zonas de biodiversidade protegida) pela promoção da qualidade ecossistêmica desses bens ou por abdicarem de toda ou parte da capacidade de aproveitamento em prol de comunidades mais vastas ou do próprio ecossistema por si só” (CARLA AMADO GOMES, “Sustentabilidade ambiental: missão...”, *cit.*, p. 10). Embora a crítica tenha sido direcionada originalmente a outro instituto, parece-nos que a *ratio* subjacente aos argumentos seria aplicável também à monetarização dos custos das externalidades ambientais. Tanto em um quanto em outro caso, a tentativa de submeter a tutela ambiental a um componente pecuniário parece confrontar com a sustentabilidade ecológica enquanto valor imensurável.

ausência de monetarização, porém, nada impede que os interesses a serem tutelados pela mesma sejam devidamente acautelados enquanto fator de adjudicação sob as modalidades “qualidade-preço” e “qualidade”, ou mesmo nas peças do procedimento, seja nas especificações técnicas, cadernos de encargos ou nas condições de execução.

Aqui cumpre-nos chamar atenção a um aspecto relevante percebido e apontado por Teresa de Almeida. O fato da exigência de monetarização ter sido prevista no art. 68º – que trata especificamente do cálculo dos custos do ciclo de vida –, e não no art. 67º – que trata dos critérios de adjudicação –, reforça a ideia de que o “custo do ciclo de vida” é apenas uma das metodologias admitidas para operacionalização da abordagem custo-eficácia, e somente para os fins dela é que seria exigível a prévia monetarização das externalidades ambientais.²⁴⁴ Vejamos as palavras utilizadas pela eminente autora:

“... quando não seja possível essa monetarização, o próprio artigo 67º identifica a metodologia a seguir: a agora designada “relação qualidade-preço”. Por uma questão de lógica do próprio processo de avaliação de propostas, parece resultar mais claro que todos os atributos que tenham um preço ou cujo valor monetário possa ser determinado sejam incluídos no elemento custo, sendo os atributos de difícil ou impossível monetarização considerados por um modelo de avaliação de propostas com base numa análise multicritério”.²⁴⁵

Referido entendimento é reiterado pela autora em outra ocasião:

“Uma primeira nota é necessária, no entanto: quando falamos neste contexto de qualidades ambientais, referimo-nos àquelas de difícil monetarização; de facto, e com o novo quadro regulatório de 2014, todas as qualidades (ou defeitos) facilmente monetarizáveis podem, nos termos do n.º 2 do artigo 67.º e do artigo 68.º da Directiva de 2014 (...), relativos ao designado “custo do ciclo de vida”, entrar directamente no custo quer como custo directo para a entidade adjudicante quer como internalização de externalidades ambientais. De qualquer forma, e dada a dificuldade numa definição do que é facilmente monetarizável, na prática estas são duas alternativas abertas às entidades adjudicantes: a introdução dos custos ambientais dos bens/serviços a adquirir nos custos, adjudicando o contrato à proposta com menores custos, ou a consideração de características ambientais enquanto atributos submetidos à concorrência, sendo, neste caso, a adjudicação feita com base na melhor relação qualidade-preço.”²⁴⁶

²⁴⁴ Cfr. TERESA ALMEIDA, “Critérios de adjudicação: o (novo) conceito...”, *cit.*, p. 156.

²⁴⁵ Cfr. TERESA ALMEIDA, “Critérios de adjudicação: o (novo) conceito...”, *cit.*, p. 156.

²⁴⁶ TERESA ALMEIDA, “A relação qualidade ambiental-preço (ou custo)...”, *cit.*, pp. 281-282.

Abrem-se, portanto, duas alternativas ambientalmente sustentáveis às entidades adjudicantes, a depender da possibilidade ou não da monetarização dos fatores ambientais que se pretende tutelar: quando suscetíveis de monetarização, podem os custos ambientais serem computados no cálculo do custo do ciclo de vida, adjudicando-se o contrato à proposta economicamente mais vantajosa em sua modalidade “mais baixo custo”; por outro lado, não sendo os fatores ambientais passíveis de monetarização, tal circunstância de modo algum deve representar prejuízo ao interesse ambiental que eles buscam amparar. Sua incorporação ao processo adjudicatório poderá dar-se com base na forma da melhor relação “qualidade-preço” ou “qualidade”, em que os atributos ambientais em jogo serão submetidos à concorrência, sem prejuízo dos interesses ambientais serem resguardados igualmente em outras fases do procedimento.²⁴⁷

4.5.4. Existência prévia de metodologia de determinação e avaliação de custos.

Há ainda um terceiro requisito para que a inclusão dos custos decorrentes das externalidades ambientais ao custo total da contratação possa ocorrer de modo juridicamente válido à luz das Diretivas.

O art. 68º, n.º 2, da Diretiva 2014/24/UE, determina que caso as autoridades adjudicantes avaliem os custos com base numa abordagem assente no cálculo dos custos do ciclo de vida, deverão incluir nos documentos do concurso a metodologia que será utilizada para determinar e avaliar os custos a serem levados em consideração.

Em sentido semelhante, o art. 75º, n. 8, do CCP de Portugal assevera que quando o caderno de encargos submeter à concorrência os custos do ciclo de vida do objeto do contrato a

²⁴⁷ Ao tratar sobre o art. 74, nº 3, do CCP, PEDRO SANCHEZ bem aponta a precipitação que conduz ao equívoco de se “supor que o método mais eficiente de proteger interesses sociais, ambientais ou laborais consiste na sua integração no critério de adjudicação”, equívoco este que “originou uma cruzada contra o critério do mais baixo preço”, como se neste não fosse possível interagir fatores qualitativos, até mesmo com mais vigor e rigor, diga-se – via inclusão de cláusulas imperativas no caderno de encargos, como aponta o autor –, se comparado à integração das mesmas preocupações no critério de adjudicação. Segundo o autor, incumbe à entidade adjudicante “verificar se o grau de exigência que pretende implementar quanto a cada aspecto contratual deve ser mais elevado, protegendo-o através de uma cláusula de exclusão no caderno de encargos, ou se deve ser menos restritivo, deixando-o simplesmente submetido à concorrência (...) Quando um interesse público fica integrado no critério de adjudicação, tal apenas significa que ficará mais ou menos correctamente prosseguido consoante a concorrência resposta melhor ou pior do que a entidade adjudicante esperava. Se, pelo contrário, a entidade adjudicante pretende realmente blindar um dado interesse público, só o pode fazer através da sua integração no caderno de encargos, deixando-o protegido através de uma cláusula de exclusão. (...) Em suma, é pela integração no caderno de encargos, e não no critério de adjudicação, que um decisor público verdadeiramente protege um aspecto contratual relevante para a colectividade” (PEDRO SANCHEZ, “Direito da...”, *cit.*, pp. 312-313).

celebrar, o programa do procedimento ou convite deve indicar a metodologia que será utilizada para os calcular.

A existência de prévia metodologia é, portanto, um terceiro requisito para que os custos previstos no art. 68º, n. 1, da Diretiva 2014/24/UE sejam computados no cálculo do custo do ciclo de vida.

A subdivisão feita pela Diretiva entre custos internos (art. 68º, n. 1, a) e custos imputados às externalidades ambientais (art. 68º, n. 1, b) sugere, dada a notória diferença de natureza jurídica destes custos, hajam metodologias diferentes de apuração e cálculo para cada um deles. A corroborar esta premissa, a Diretiva enumera em seu art. 68º, n. 2, por exemplo, algumas condições que devem ser observadas especificamente pelas metodologias concebidas para a avaliação dos custos das externalidades ambientais. São elas:

a) devem basear-se em critérios objetivamente verificáveis e não discriminatórios. Designadamente, se não tiver sido estabelecida com vista a uma aplicação repetida ou continuada, não pode favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos;

b) deve estar acessível a todas as partes interessadas;

c) os dados necessários podem ser fornecidos, mediante esforço razoável, por operadores económicos normalmente diligentes, incluindo operadores económicos de países terceiros que sejam partes no GPA ou noutros acordos internacionais que vinculam a União.

No que tange especificamente às externalidades ambientais e sua respectiva apuração pecuniária – que são o objeto propriamente dito do nosso estudo –, é interessante destacar duas razões que entendemos estarem subjacentes à exigência legal de definição de metodologias de apuração e cálculo como pressuposto para a inclusão das referidas externalidades ao custo financeiro da contratação.

Em primeiro lugar, trata-se de um consectário natural decorrente de um outro requisito já anteriormente analisado, o da monetarização. Ora, se a monetarização dos custos das externalidades ambientais configura um requisito para que os mesmos sejam inseridos no cálculo do ciclo de vida, tem-se, por conseguinte, a imprescindibilidade dos concorrentes conhecerem de antemão a forma como esses custos terão seu valor monetário apurado no âmbito da concorrência. E isso somente ocorre por meio de uma metodologia que atenda aos pressupostos de generalidade, objetividade e transparência estipulados pelas Diretivas.

Em segundo lugar, não se pode olvidar que as considerações relativas aos custos das externalidades ambientais negativas no cálculo do custo do ciclo de vida é uma das formas de concretização da sustentabilidade ambiental na contratação pública. Aliás, como ressaltamos em tópico precedente, trata-se de um modelo em que critérios qualitativos de natureza ambiental – portanto, em princípio, de carácter não-económico –, se transmutam em critérios de custos após se sujeitarem a um procedimento de monetarização.

Nessa condição, até que seu valor monetário seja efetivamente apurado, o critério ambiental a ser levado em conta na definição da proposta economicamente mais vantajosa mantém sua natureza de critério qualitativo, isto é, de natureza não-económica. Como tal, não pode afastar-se da necessária observância dos quatro requisitos originalmente definidos pelo Acórdão *Concordia Bus* e posteriormente encampados pela legislação, doutrina e jurisprudência europeias, para que seja juridicamente admitido.

A título de recordação, o Acórdão *Concordia Bus* assentou o entendimento de que, para que subcritérios ambientais possam ser validamente integrados como fatores de concretização do critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, devem atender aos seguintes requisitos: a) ligação com o objeto do contrato; b) não conferir à entidade adjudicante uma liberdade de escolha incondicional; c) previsão no caderno de encargos ou anúncio do concurso; d) observância dos princípios fundamentais do direito comunitário, designadamente o da não discriminação.

À luz do que dispõe a Diretiva 2014/24/UE, entendemos que não haveria outra maneira das externalidades negativas, como subcritérios ambientais de adjudicação que são, lograrem êxito no cumprimento escorreito das condicionantes do caso *Concordia Bus* senão mediante a necessária submissão a metodologias de apuração que indiquem, pormenorizadamente – mas também na medida do possível –, quais os impactos ambientais e respectivos custos a serem considerados, a forma de apuração do seu valor monetário, sua internalização ao cálculo do custo de ciclo de vida, dentre outros fatores.

Deveras, somente uma metodologia de cálculo de custos prévia e rigorosamente formulada teria o condão de contemplar a um só tempo: a) disposições quanto a definição das externalidades ambientais que possam, de acordo com o setor ou mercado relevante correspondente ao objeto da contratação, ser consideradas a este *ligadas*; b) disposições que assegurem que as externalidades ambientais levadas em consideração como subcritérios de

adjudicação não venham outorgar à entidade adjudicante uma liberdade de escolha incondicional; c) disposições que assegurem regras claras com aptidão para conferir o grau de transparência necessário ao cumprimento da exigência de previsão no caderno de encargos ou anúncio do concurso; d) disposições que não acarretem inobservância dos princípios fundamentais do direito comunitário, designadamente o da não discriminação e da concorrência efetiva.

Diante deste terceiro requisito – ao qual a inclusão dos custos decorrentes das externalidades ambientais ao custo total da contratação está subordinado –, parece-nos que o sucesso da implementação do CCV passará, em grande parte, pela definição de metodologias claras.²⁴⁸

Sobre tais metodologias de cálculo nos debruçaremos mais detidamente no tópico que se segue.

5. Metodologias para avaliação e apuração dos custos imputados às externalidades ambientais.

5.1. Noções gerais a partir da exegese da Diretiva 2014/24/UE.

Quando o caderno de encargos submeter à concorrência os custos do ciclo de vida do objeto do contrato a celebrar, o programa do procedimento ou convite deve indicar a metodologia que será utilizada para os calcular. Deveras, é inadmissível que “os interessados em contratar não sejam informados, desde o primeiro dia em que preparam as suas propostas, acerca das regras que presidirão à avaliação e pontuação de suas propostas”.²⁴⁹

E, na hipótese de ser aplicada para o cálculo dos custos imputados a externalidades ambientais, tal metodologia deverá basear-se em regras objetivamente verificáveis e não discriminatórias, permitindo que os dados a fornecer pelos concorrentes sejam por estes obtidos mediante esforço razoável. É o que prescreve o art. 75º, n.º 8 e 9, do CCP Português.

O estudo sobre as metodologias de apuração e cálculo de custos de externalidades ambientais é um dos aspectos mais sensíveis e desafiadores dentro da análise do ciclo de vida de produtos, serviços e obras.

²⁴⁸ Cfr. CAROLINA FERREIRA DA SILVA, “Políticas horizontais...”, *cit.*, pp. 185-186.

²⁴⁹ Cfr. PEDRO SANCHEZ, “*Direito da Contratação Pública – Volume 2*”, *cit.*, p. 325.

As barreiras práticas e teóricas com que as entidades adjudicantes se deparam quando da pretensão de introduzir custos ambientais na cadeia de elementos a considerar não são poucas e nem de fácil superação. Vão desde a complexidade de traduzir em pecúnia realidades que por sua natureza resistem à precificação, ou que não são, à primeira vista, objetivamente mensuráveis, até a tarefa não menos intrincada de identificação dos danos ambientais e os respectivos custos abrangidos, passando pela concepção de métodos que sejam capazes de abarcar as nuances do ciclo de vida de uma ampla gama de produtos, serviços e obras em realidades extremamente diversas.

Nesse sentido, observa TERESA ALMEIDA:

“Não entrando em detalhes sobre a questão, não podemos, no entanto, deixar de salientar as maiores dificuldades que qualquer método que pretenda avaliar o valor económico de bens (ou melhor, males) ambientais encontrará inevitavelmente.”²⁵⁰

FERREIRA DA SILVA também aponta algumas dessas dificuldades práticas decorrentes da complexidade da matéria:

“Outros escolhos se atravessam no trilho da exequibilidade do CCV, como a complexidade em avaliar e determinar os custos ambientais (e sociais), ou a problemática elaboração de metodologias comuns ao espaço europeu que se revelem, para além de claras, tecnicamente fidedignas, ou a falta de conhecimentos das entidades adjudicantes para a elaboração de metodologias, quando a elas lhe caiba essa competência”.²⁵¹

As metodologias esbarram no desafio de reduzir em pecúnia realidades que, em geral, são alheias aos estreitos cálculos de ganhos e perdas orçamentárias contabilizados pelo setor económico privado. Com efeito, a larga maioria das externalidades dizem respeito a interesses difusos e coletivos, aspectos intangíveis que, não tendo mercado, também não ostentam um preço.

Nesse sentido é que, exemplificativamente, ao tratar dos problemas do aquecimento global – que é, sem dúvida, um claro exemplo de externalidade ambiental –, PEARCE destaca que *“everyone is familiar with the scientific uncertainties in warming studies. To those uncertainties we must add economic valuation uncertainties”*.²⁵²

²⁵⁰ TERESA ALMEIDA, “Critérios de adjudicação: o (novo) conceito...”, *cit.*, p. 159.

²⁵¹ CAROLINA FERREIRA DA SILVA, “Políticas horizontais ambientais...”, *cit.*, p. 185.

²⁵² DAVID PEARCE, *Energy Policies and Externalities: an Overview*, Relatório preparado para a Agência de Energia Nuclear da OCDE no seguimento de um workshop sobre Energy policy and Externalities: the Life Cycle Analysis Approach, Paris, 2001, p. 9.

A produção jurídico-acadêmica sobre o tema ainda parece bastante incipiente e pouco estruturada, o que mostra que sua evolução possui algumas lacunas a serem colmatadas. Em meio a essas circunstâncias é que a exegese dos dispositivos legais das Diretivas de 2014 nos presta relevante socorro nos primeiros passos para a compreensão sistemática da matéria.

Como salientamos anteriormente, a Diretiva 2014/24/UE sugere a elaboração de diferentes metodologias de cálculo a depender do tipo de custo que será objeto de avaliação, se custos *internos* ou custos imputados a *externalidades ambientais*. O presente trabalho concentra-se nesta última espécie de custos, os quais, para serem incluídos no cálculo do custo do ciclo de vida dependem de prévia monetarização.

Também registramos anteriormente no tópico 4.5.3 deste trabalho que a monetarização pode ser concebida como sendo um amplo procedimento cujo objetivo é a apuração dos custos financeiros de externalidades ambientais mediante a aplicação de uma metodologia de cálculo pré-definida. Já por “externalidades” tratamos indistintamente os impactos ou danos ambientais provocados pelo objeto da contratação ao longo do seu ciclo de vida.

Pois bem. O procedimento de monetarização envolve diferentes etapas. Vai desde a definição e avaliação das externalidades ambientais a serem consideradas no âmbito do ciclo de vida de determinado produto, serviço ou obra, até a determinação dos seus respectivos custos financeiros. Estes últimos, por sua vez, são resultantes da aplicação de uma metodologia de cálculo.

Em outras palavras, o valor pecuniário alcançado ao final do procedimento de monetarização é resultante da submissão de certas externalidades ambientais a uma metodologia de avaliação e cálculo de custos. Ao final deste procedimento, ter-se-á alcançado o valor monetarizado de externalidades ambientais, tornando-as aptas a comporem o cálculo do custo global do ciclo de vida de um determinado bem, serviço ou obra.

De acordo com a Diretiva 2014/24/UE, as metodologias de cálculo devem se revestir dos atributos da generalidade, isonomia, objetividade e publicidade (Considerando n.º 96). Como já foi anteriormente registrado, o art. 68º, n. 2, estabelece certos requisitos formais a serem observados pelas metodologias de cálculo de custos. Segundo consta, tais requisitos impõem que os métodos utilizados: a) sejam baseados em critérios objetivamente verificáveis e não

Disponível em http://www.ucl.ac.uk/cserge/NEA%20_%20Energy%20Policy%20and%20Externalities.pdf. Acesso em 24.03.2020.

discriminatórios; b) sejam acessíveis a todas as partes interessadas; c) tomem por base dados que possam ser fornecidos sem grande esforço por operadores económicos normalmente diligentes, incluindo operadores económicos de países terceiros que sejam partes no GPA²⁵³ ou noutros acordos internacionais que vinculam a União. Tais requisitos também são expressamente reproduzidos no art. 75.º, n.º 9, do CCP português.

No intuito de evitar distorções de concorrência, a Diretiva determina ainda que as metodologias devem conservar um carácter geral, no sentido de que não deverão ser concebidas para disciplinar a avaliação de custos de um único e específico procedimento de contratação pública.²⁵⁴ Não obstante essa vedação, a Diretiva dá a entender que seria admissível que uma metodologia seja formulada para ser aplicada a uma quantidade limitada de contratos públicos. São as denominadas metodologias “*tailor-made*”²⁵⁵, ou, nas palavras de TERESA ALMEIDA, “metodologias *ad hoc*”.²⁵⁶ Nesses casos em que a metodologia não é estabelecida com vista a uma aplicação repetida ou continuada, a Diretiva apenas reforça a necessidade de que os critérios nela previstos sejam objetivamente verificáveis e não discriminatórios, de modo a evitar riscos de favorecimento indevido de determinados operadores económicos (art. 68º, n. 2, “a”, da Diretiva 2014/24/UE).

A exigência de publicidade obriga que autoridades adjudicantes incluam nos documentos do concurso os dados que os proponentes devem apresentar para determinação dos custos do ciclo de vida (art. 68º, n. 2, da Diretiva 2014/24/UE). Tal publicitação do modelo de avaliação é relevante porque leva ao conhecimento dos operadores económicos – participantes ou não do certame – a matriz sustentável que o Estado-adjudicante pretende adotar em suas contratações.

O Poder Público deve ter o cuidado, portanto, de não criar metodologias de avaliação que conduzam a preferências ou a discriminações dissimuladas entre operadores económicos, mas, antes, que sejam baseados em critérios objetivamente verificáveis, sejam acessíveis a todas as

²⁵³ Trata-se do Acordo sobre Contratos Públicos da Organização Mundial do Comércio.

²⁵⁴ Cfr. Considerando n. 96 da Diretiva 2014/24/UE.

²⁵⁵ Cfr. DACIAN C. DRAGOS; BOGDANA NEAMTU, “*Life-cycle costing for...*”, *cit.*, p. 132.

²⁵⁶ TERESA ALMEIDA, “Critérios de adjudicação: o (novo) conceito...”, *cit.*, p. 161. A autora lembra ainda que “a possibilidade de utilização de metodologias *ad hoc* foi introduzida por pressão do Parlamento Europeu, que entendia que as entidades adjudicantes podiam escolher uma metodologia própria para um determinado concurso, contra o entendimento da Comissão que, na proposta inicial, impunha que fossem apenas utilizados métodos concebidos para uma utilização repetida ou continuada, impossibilitando, assim, o uso de metodologias ‘feitas à medida’”.

partes interessadas e detenham um conteúdo genericamente apto a abranger um número considerável (ainda que limitado) de procedimentos de contratação.

Do ponto de vista material, uma leitura conjunta dos dispositivos da Diretiva 2014/24/UE aponta, ainda, que tais metodologias devem contemplar em sua fórmula a disciplina dos seguintes conteúdos: *determinação* dos custos (art. 68º, n. 2); *avaliação* dos custos (art. 68º, n. 2); *cálculo* dos custos (Considerandos n. 95, 96 e 129; art. 68º, n. 3).

Estes métodos poderão ser estabelecidos a nível nacional, regional ou local (conforme Considerando n. 96). Do que se pode extrair que, se disser respeito a produto, serviço ou obras característicos de uma localidade, região ou nação, a metodologia poderá ser definida em âmbito local, regional ou nacional, respectivamente.

A Diretiva impõe que deverão ser desenvolvidas metodologias comuns no âmbito do espaço europeu para o cálculo dos custos do ciclo de vida de determinadas categorias de fornecimentos ou serviços. E sempre que essas metodologias comuns sejam desenvolvidas, a sua utilização por parte das autoridades nacionais será obrigatória para avaliar os custos do ciclo de vida.²⁵⁷

A *contrario sensu*, somente serão admitidas metodologias locais, regionais e nacionais se não existir qualquer critério europeu de aplicação geral. Nesse sentido, ensina TERESA ALMEIDA acerca do Considerando 95:

“A solução passou, assim, a manter, em geral, essa liberdade conferida às entidades adjudicantes (ou aos Estados Membros, caso queiram impor eles próprios metodologias obrigatórias), restringindo-a apenas em casos específicos em que seja considerado necessária (e possível) uma maior harmonização a nível europeu”.²⁵⁸

5.2. Adentrando em campo prático. Um exemplo de metodologia comum de monetarização de externalidades ambientais em âmbito comunitário.

A mera exegese dos dispositivos das Diretivas de 2014 que tratam sobre as metodologias de aferição dos custos do ciclo de vida parece-nos insuficiente para, isoladamente,

²⁵⁷ Cfr. Considerando 96 c/c art. 68º, n. 3, da Diretiva 2014/24/UE.

²⁵⁸ TERESA ALMEIDA, “Critérios de adjudicação: o (novo) conceito...”, *cit.*, p. 162.

conduzir a conclusões de maior profundidade acerca das complexas questões que permeiam o instituto da monetarização das externalidades ambientais.

Desse modo, uma alternativa que se apresenta como auxílio nesta tentativa de busca por soluções juridicamente válidas é trazer à colação um contributo empírico ao presente estudo, isto é, um exemplo concreto de metodologia que já foi desenvolvida para alcançar objetivos específicos no setor de veículos de transporte rodoviário.

Referimo-nos especificamente à Diretiva 2009/33/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, que dispõe sobre a promoção de veículos de transporte rodoviário não poluentes a favor da mobilidade com nível baixo de emissões.

Deveras, uma investigação que se propõe a abordar o tópico da monetarização de custos ambientais e o desenvolvimento de suas respectivas metodologias de cálculo não poderia olvidar da análise do único diploma normativo que consta do Anexo XIII da Diretiva 2014/24/UE, o qual reuniria a lista dos atos jurídicos da União que impõem a utilização de uma metodologia comum para o cálculo dos custos do ciclo de vida.

O objetivo consiste em tentar agregar às formulações exegéticas e predominantemente teórico-conceituais desenvolvidas até aqui um componente prático que tenha o potencial de identificar uma *ratio* subjacente ao modelo já outrora desenvolvido. Com efeito, é no nível prático que a intrínseca complexidade do cálculo do ciclo de vida ambiental começa a ser melhor elucidada. Dessa forma, concomitantemente às disposições normativas e abstratas previstas na Diretiva 2014/24/UE, ter-se-á mais subsídio para formulação de conclusões em concreto.

5.2.1. Diretiva n.º 2009/33/CE: a paradigmática metodologia de quantificação monetária de externalidades ambientais no setor de veículos de transporte rodoviário.

5.2.1.1. Notas preliminares sobre o advento da Diretiva n.º 2019/1161/UE, a supressão da metodologia de cálculo até então prevista na Diretiva n.º 2009/33/CE e a não prejudicialidade de sua abordagem do ponto de vista acadêmico-investigativo.

A Diretiva 2009/33/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, merece especial atenção daqueles que se propõem a estudar o tema da monetarização de externalidades ambientais. O fato de ter sido o único ato normativo instituidor de uma metodologia

comum de cálculo de custos de ciclo de vida expressamente previsto como de observância obrigatória pela Diretiva que inaugurou o instituto do ponto de vista formal no sistema legislativo da União (2014/24/UE), demonstra o seu grau de importância nesta seara.²⁵⁹

Pois bem. Em seu art. 6º, a referida Diretiva *previa* métodos de cálculo e quantificação monetária dos custos operacionais relativos aos impactos energético e ambiental durante o tempo de vida de veículos de transporte rodoviário. Tais métodos *estabeleciam* diversos parâmetros objetivamente definidos – tais como unidades de consumo de energia por quilômetro, fatores de conversão, emissões de poluentes em gramas por quilômetro etc –, com base em procedimentos comunitários de ensaio normalizados. Tais parâmetros *compunham* o conjunto de elementos e dados a serem utilizados nas operações de cálculo dos custos das externalidades ambientais no âmbito das contratações públicas envolvendo a aquisição de veículos de transporte rodoviário.

No parágrafo anterior, fizemos referência proposital ao passado dos verbos “prever”, “estabelecer” e “compor”, tendo em vista que em 20 de junho de 2019 adveio a novel Diretiva 2019/1161/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, que alterou substancialmente a Diretiva 2009/33/CE. Dentre as alterações promovidas pelo novo diploma legal, destaca-se justamente a supressão da metodologia de cálculo e monetarização de externalidades ambientais previstas até então no art. 6º da Diretiva 2009/33/CE, aspecto-chave na investigação que empreendemos neste trabalho.²⁶⁰

Sob o argumento de que o impacto provocado pela Diretiva 2009/33/CE teria tido um efeito reduzido e insuficiente no estímulo à promoção de veículos não poluentes e energeticamente mais eficientes no mercado, a nova Diretiva 2019/1161/UE sugeriu uma abordagem diferente da até então adotada para se ter em consideração aspectos ambientais no âmbito da contratação pública no setor de transportes. Abandonou-se a proposta até então vigente de internalização dos custos externos no conjunto das decisões de contratação. Em seu lugar, adotou-se o estabelecimento de objetivos/requisitos mínimos de desempenho que confirmam flexibilidade às entidades adjudicantes na escolha das tecnologias a utilizar.²⁶¹

²⁵⁹ RAQUEL CARVALHO bem recorda que, além da Diretiva 2009/33/CE, outra metodologia prevista como obrigatória no Direito da União Europeia consta no Regulamento (EC) nº 1370/2007, de 23 de outubro de 2007, relativa a transportes públicos de passageiros (RAQUEL CARVALHO, *Direito da Contratação Pública*, cit., p. 232).

²⁶⁰ Cfr. art. 1º, n.º 7, da Diretiva 2019/1161/UE.

²⁶¹ Cfr. art. 1º, n.º 6, da Diretiva 2019/1161/UE.

Portanto, desde o advento da Diretiva 2019/1161/UE, a metodologia de quantificação monetária de externalidades ambientais para a inclusão do valor pecuniário dela resultante ao cálculo dos custos do ciclo de vida deixou de existir para as contratações públicas no setor de veículos de transporte rodoviário.

Poder-se-ia indagar, então: qual a razão ou importância de abordar uma metodologia de cálculo que não mais subsiste no sistema legislativo da União?

Não obstante sua revogação, a metodologia de cálculo dos custos de ciclo de vida prevista na Diretiva 2009/33/CE parece-nos ainda de fundamental importância para auxiliar na compreensão do instituto da monetarização de externalidades ambientais como um todo. Isso decorre não somente em razão da sua relevância do ponto de vista histórico, mas também do ponto de vista jurídico-interpretativo, pelo fato de haver integrado, em sua redação original, o arcabouço normativo da Diretiva 2014/24/UE.

Explicamos. O fato da Diretiva 2014/24/UE haver expressamente elencado a Diretiva 2009/33/CE como ato jurídico de observância obrigatória no âmbito da União para o setor de transporte rodoviário parece-nos transmitir uma mensagem bastante eloquente do ponto de vista hermenêutico. Tal referência reforça a tese de que as disposições puramente abstratas acerca das metodologias de cálculo de custos de ciclo de vida constantes no corpo da Diretiva 2014/24/UE – *jus in thesi* – encontraram, na Diretiva 2009/33/CE – *jus in hypothesis* –, uma integração normativa de ordem pragmática e, quiçá, um modelo representativo e balizador do que deveria ser observado na ulterior elaboração de metodologias de cálculo de aplicação obrigatória em outros setores da economia.

Esta, digamos, encampação remissiva engendrada pela Diretiva 2014/24/UE à disciplina complementar da Diretiva 2009/33/CE evidencia a importância de debruçarmos sobre as disposições desta última, na tentativa de extrair dali uma *ratio* que eventualmente lance luzes a contribuir para uma melhor compreensão da institucionalização da monetarização das externalidades ambientais e sua inclusão nos custos do ciclo de vida no direito comunitário.

Contudo, embora não prejudique a análise da metodologia prevista na Diretiva 2009/33/CE, o advento da recente modificação legislativa impõe algumas observações preliminares, em especial com a finalidade de mais robustamente justificar a decisão que fazemos de abordar uma metodologia de cálculo que na prática não mais subsiste no direito comunitário.

Em primeiro lugar, não se pode negar que a extinção da referida metodologia comum para o cálculo dos custos do ciclo de vida representa, à primeira vista, uma aparente fragilização do instituto da monetarização das externalidades ambientais. Entretanto, uma análise mais cuidadosa do quadro normativo europeu sobre a temática dá conta de que o instituto da monetarização permanece em pleno vigor, senão com todas as suas forças, ao menos em estado latente.

De fato, ao revogar a metodologia prevista na Diretiva 2009/33/CE, o Parlamento Europeu e o Conselho fizeram-no tão somente em relação à metodologia ali constante, elaborada especificamente para o setor de veículos de transporte rodoviário. Mantiveram incólumes, por outro lado, as disposições da Diretiva 2014/24/UE acerca do tema em geral, as quais constituem, de modo incontroverso, a fonte primária de criação e o substrato de legitimidade originário do instituto da monetarização de externalidades ambientais e da possibilidade de sua integração ao cálculo do custo do ciclo de vida.

Ademais, verifica-se que, ao decidir pela revogação do tipo de metodologia de cálculo proposto na Diretiva 2009/33/CE, o Parlamento Europeu e o Conselho fizeram-no acolhendo a *opinio* manifestada em parecer exarado pelo Comitê Económico e Social Europeu.²⁶² Em síntese, segundo o referido documento, “a metodologia de quantificação monetária descrita na diretiva raramente foi utilizada pelas entidades públicas porque é demasiado complexa”.²⁶³ Aqui – impende destacar uma vez mais –, a relativa complexidade dos métodos previstos é que ensejaram o afastamento do modelo proposto pela Diretiva 2009/33/CE. Não se constatou, por parte das instâncias comunitárias competentes, qualquer pretensão revogadora ou nota desqualificadora em detrimento da monetarização de externalidades ambientais ou de sua integração aos custos ao longo do ciclo de vida enquanto institutos jurídicos em si, ou enquanto formas autônomas de ponderação de aspectos ambientais no processo de adjudicação. Antes, o Comitê Económico e Social limitou-se apenas a apontar uma crítica direcionada especificamente à metodologia desenvolvida para o setor de transporte rodoviário, que, segundo o Comité, seria (a referida metodologia) demasiadamente complexa e suscitaria incertezas junto às partes interessadas.

²⁶² COM(2017) 653 final, Parecer do Comitê Económico e Social Europeu sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 2009/33/CE – JO C 262 de 25.7.2018, pp. 58 e seguintes. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2018:262:SOM:PT:HTML>. Acesso em 24.04.2020.

²⁶³ “COM(2017) 653 final...”, *cit.*, p. 60.

Em síntese, pensamos que, embora possa parecer constitua hodiernamente apenas um mero registro histórico, a abandonada metodologia prevista na Diretiva 2009/33/CE figura como elemento importante na compreensão do que o legislador comunitário teve em mente em termos de operacionalização prática ao instituir, por ocasião da Diretiva 2014/24/UE, a possibilidade de externalidades ambientais quantificadas monetariamente serem levadas em conta no cálculo dos custos do ciclo de vida.

A Diretiva 2014/24/UE permanece inalterada na parte em que instituiu de forma inovadora a inclusão das externalidades ambientais monetarizadas ao cálculo dos custos do ciclo de vida. E, ao fazê-lo, entendemos haver erigido, sob uma ótica prospectiva, a metodologia comum até então prevista na Diretiva 2009/33/CE em paradigma potencial para o desenvolvimento de ulteriores metodologias.

Embora revogada e não mais aplicável ao setor para o qual foi pensada, a metodologia oriunda da Diretiva 2009/33/CE ganhou contornos de abstrativização ao integrar originariamente o rol de atos jurídicos de utilização comum da Diretiva 2014/24/UE, enquanto modelo de metodologia expressamente recepcionado por este último diploma para a mensuração econômica de externalidades ambientais.

Em sentido semelhante ao entendimento exposto acima, o Considerando n.º 10 da Diretiva 2019/1161/UE reconhece o viés integrativo e complementar da Diretiva 2009/33/CE, ao aduzir que ela:

“(…) complementa a legislação horizontal da União em matéria de contratos públicos, acrescentando-lhe critérios de sustentabilidade, com o objetivo de estimular o mercado de veículos de transporte rodoviário não poluentes e energeticamente eficientes.”

Por essas razões, entendemos que o fato da metodologia da Diretiva 2009/33/CE ter sido suprimida pela Diretiva 2019/1161/UE em nada prejudica nossa pretensão acadêmico-investigativa de invocar suas disposições para jungir, às concepções meramente teóricas desenvolvidas até aqui, outras de cunho mais pragmático, a servir de paradigma para subsidiar a elaboração de ulteriores metodologias. Inclusive, diga-se, sob certo ponto de vista, para evitar a incursão na mesma pecha de complexidade que ensejou a inaplicabilidade prática da referida metodologia.

Feitas essas considerações preliminares, de cunho meramente justificador da decisão de debruçarmos sobre uma metodologia de cálculo que não mais subsiste, passemos à sua análise propriamente dita, valendo-nos em especial das disposições da Diretiva 2009/33/CE que regem a matéria.

5.2.1.2. A metodologia de monetização de externalidades ambientais prevista na Diretiva n.º 2009/33/CE. Precedentes e disciplina normativa.

Alguns atos comunitários que precederam a Diretiva 2009/33/CE foram responsáveis por lançar as bases para sua ulterior edição. *Exempli gratia*, cite-se o Livro Branco da Comissão “A política Europeia de transportes no horizonte 2010: a hora das opções” – COM (2001) 370; a revisão intercalar “Manter a Europa em movimento - Mobilidade sustentável para o nosso continente” – COM (2006) 314; o Livro Verde “Eficiência energética ou ‘Fazer mais com menos’” – COM (2005) 265; e o “Plano de Ação para a Eficiência Energética: Realizar o Potencial” – COM (2006) 545, dentre outros.

Mais adiante, a Comissão anunciaria, no Livro Verde sobre Transportes Urbanos “Por uma nova cultura de mobilidade urbana” – COM(2007) 551 –, a apresentação de uma proposta revista sobre contratos públicos ecológicos para veículos de transporte rodoviário. Referido documento já propunha a internalização de custos decorrentes de externalidades como medida a ser fomentada no âmbito do setor:

“(…) uma das abordagens possíveis seria baseada na internalização dos custos externos utilizando como critério de adjudicação os custos do consumo de energia durante o tempo de vida do veículo, as emissões de CO₂ e as emissões poluentes relacionadas com o funcionamento do veículo, para além do preço de compra. Além disso, os concursos públicos poderiam dar preferência às novas normas Euro. Utilizando mais cedo veículos menos poluentes seria igualmente possível melhorar a qualidade do ar nas zonas urbanas.”²⁶⁴

No mesmo sentido, cite-se o relatório de 27 de fevereiro de 2007 do Grupo de Alto Nível sobre Competitividade, Energia e Ambiente, o qual àquela época já recomendara que os concursos públicos e privados deveriam ter em consideração todos os custos durante o tempo de

²⁶⁴ COM(2007) 551 final – Livro Verde. Por uma nova cultura de mobilidade urbana, Bruxelas, 25.9.2007. Disponível em <http://publications.europa.eu/resource/ellar/343c0af6-e5a9-4a4a-8299-9556756d95fa.0010.02/DOC_1>. Sem paginação. Acesso em 14.04.2020.

vida do veículo, com ênfase na eficiência energética. Os Estados-Membros e a Comunidade deveriam desenvolver e publicar orientações sobre contratos públicos, explicando como ir além da adjudicação pelo preço mais baixo, preferindo-lhe a aquisição de bens intermédios mais sustentáveis, em sintonia com as diretivas relativas a contratos públicos.²⁶⁵

A internalização dos custos externos relativos ao consumo de combustível e às emissões poluentes e de CO2 no preço de aquisição dos veículos nos processos de adjudicação também havia ganhado destaque ao ser considerada pela Comissão como uma eficaz abordagem econômica da matéria:

“Os custos operacionais com o consumo de energia, as emissões de CO2 e as emissões poluentes durante o tempo de vida dos veículos serão incluídos como critérios em todas as aquisições de veículos para transporte rodoviário das autoridades públicas ou dos operadores que prestem serviços sob contrato com autoridades públicas e também em todas as aquisições de veículos de transporte rodoviário destinados à prestação de serviços públicos de transporte de passageiros sob licença ou autorização concedida por autoridades públicas. Por custos operacionais durante o tempo de vida do veículo entendem-se os valores quantificados monetariamente relativos ao consumo de energia, às emissões de CO2 e às emissões poluentes ligados ao funcionamento dos veículos a adquirir, calculados em conformidade com a metodologia estabelecida na presente directiva”.²⁶⁶

Em conjunto, tais precedentes, ora rememorados como atos comunitários antecedentes da Diretiva 2009/33/CE, demonstram o empenho da União num sistema energético sustentável, competitivo, seguro e descarbonizado. Ressaltam ainda a necessidade premente de adoção de medidas de combate às emissões de gases com efeito estufa provenientes dos meios de transporte rodoviário, de modo a melhorar a segurança energética da União, assim como a sua competitividade e sustentabilidade.

Deveras, as instâncias comunitárias perceberam a importância do incentivo às inovações ecológicas no setor e ao desenvolvimento de um mercado para veículos menos

²⁶⁵ Cfr. Considerando nº 10 da Diretiva 2009/33/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009. Disponível em < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0033&from=MT>>. Acesso em 14.04.2020.

²⁶⁶ Comissão das Comunidades Europeias, COM (2007) 817 final, *Proposta revista de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à promoção de veículos de transporte rodoviário não poluentes e energeticamente eficientes*, 2005/0283 (COD), Bruxelas, 19.12.2007 (sem numeração de página). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52007PC0817&from=lv>. Acesso em 24.05.2020.

poluentes e mais eficientes em termos energéticos. Em especial, perceberam a relevância de fazê-lo através da celebração de contratos públicos, mais especificamente a partir do estabelecimento de uma metodologia harmonizada para o cálculo dos custos associados às emissões poluentes e ao consumo de combustível enquanto elementos a subsidiar a tomada de decisões de adjudicação.

Em sua redação original, a Diretiva 2009/33/CE trilhou esse mesmo caminho. Em seu Considerando n.º 11 e art. 1º, declara desde logo o objetivo que se propõe alcançar: promover e estimular o mercado de veículos não poluentes e energeticamente eficientes, garantindo uma procura que seja suficientemente elevada para encorajar os fabricantes e a indústria a investirem no desenvolvimento de veículos com baixo consumo da energia e fracas emissões de CO₂ e de outros poluentes atmosféricos deles provenientes.

Os veículos não poluentes e energeticamente eficientes são, em geral, inicialmente mais caros do que os veículos convencionais.²⁶⁷ Contudo, a criação de condições que estimulem um maior interesse do mercado por esse tipo de veículo teria o condão de assegurar economias de escala e redução de custos, e, conseqüentemente, possibilitar que o setor de transportes contribua de forma mais significativa para as políticas eurocomunitárias nos domínios do ambiente, do clima e da energia.

Além disso, os proprietários de veículos, autoridades adjudicantes e outros utilizadores seriam beneficiados diretamente das economias do consumo de energia a longo prazo – as quais compensariam largamente o preço de face eventualmente mais elevado dos veículos ecologicamente sustentáveis –, ao passo que a redução das emissões poluentes e de CO₂ encerrariam um benefício adicional para a sociedade.

A Diretiva 2009/33/CE veio ao encontro dessas finalidades, e o fez, em sua redação original, a partir da regulamentação da ambiciosa iniciativa de quantificação monetária e internalização dos custos externos das emissões de poluentes no processo de adjudicação, dentre outras propostas. Assim foi que erigiu a inclusão dos custos decorrentes do consumo de energia, das emissões de CO₂ e das emissões de poluentes produzidos durante o tempo de vida dos veículos como medida com potencial de provocar impacto no mercado e conduzir à obtenção da melhor relação custo/benefício, quando estabelecidos como subcritérios de adjudicação.

²⁶⁷ Cfr. Considerando n. 13 da Diretiva 2009/33/CE.

Em verdade, determinava-se que entidades adjudicantes tivessem em conta os impactos energético e ambiental quando da aquisição de veículos para serviços de transporte rodoviário. Para tanto, tornava obrigatória a inclusão de pelo menos três tipos de custos produzidos durante o tempo de vida do veículo dentre os critérios a serem ponderados no processo de adjudicação. Eram eles:

- a) os custos decorrentes do consumo de energia;
- b) os custos decorrentes das emissões de CO₂;
- c) os custos decorrentes das emissões de poluentes (NO_x, NMHC e partículas).

Antes de prosseguirmos, impõe-se abrir um parêntese para destacar duas observações intermediárias à luz do que foi declinado até aqui.

Em primeiro lugar, verifica-se que, relativamente ao cálculo dos custos do ciclo de vida, as disposições da Diretiva 2009/33/CE abrangiam, em geral, tanto os denominados *custos internos* quanto os *custos imputados a externalidades ambientais*. Lembrando que, por “custos internos” e “custos imputados a externalidades ambientais”, entendemos a definição que se extrai da leitura conjunta do Considerando n. 96 (segundo parágrafo) c/c o art. 68º da Diretiva 2014/24/UE, mormente no ponto em que tais dispositivos fazem referência não exaustiva a exemplos de tipos de custos abrangidos por cada uma daquelas categorias.

A tal conclusão chegamos a partir do que previa o art. 3º da Diretiva 2009/33/CE. Com efeito, referido dispositivo citava três exemplos de impactos energético e ambiental a serem levados em consideração nos processos de adjudicação no setor de transporte rodoviário. A expressão “incluem pelo menos”, ali constante, dava conta de que o rol formado por aqueles três exemplos – os já citados (a) *consumo de energia*, (b) *emissões de CO₂* e (c) *emissões de poluentes* – era meramente *numerus apertus*. Ocorre que, como visto, dentre os exemplos citados está incluído um tipo de custo interno (no caso, o consumo de energia), enquanto os outros dois são exemplos de custos imputados a externalidades ambientais (emissões de CO₂ e outros poluentes). Havendo eles sido arrolados a título meramente exemplificativo, conclui-se que a Diretiva 2009/33/CE realmente pretendeu ter essas duas espécies de custos abrangidos por suas disposições legais.

Recorremos uma vez mais à Diretiva 2014/24/UE para insistir em um aspecto que nos parece relevante manter em mente. Embora a Diretiva 2009/33/CE tenha colocado o “consumo de energia” lado a lado com as “emissões de CO₂” e “emissões de poluentes” – sob o rótulo de

“impactos energético e ambiental” a se ponderar nos processos de adjudicação –, tais custos pertencem a categorias diferentes. É a conclusão que se chega, frise-se, da leitura do Considerando n. 96 (segundo parágrafo) e do art. 68º da Diretiva 2014/24/UE. O consumo de energia é ali classificado como *custo interno* de utilização, e, ainda que produza externalidades ambientais, tal circunstância não o transmuda à categoria de *custos imputados a externalidades ambientais*.

A opção política adotada pelo legislador comunitário parece clara: o consumo de energia é reputado como espécie de custo interno (de utilização), e assim deve ser integrado ao custo final do produto, serviço ou obra, independentemente dos resultados que provoca em termos de externalidades ambientais. Já os custos decorrentes das “emissões de CO2” e das “emissões de poluentes”, estes sim, estão incluídos indubitavelmente na categoria de custos imputáveis a externalidades ambientais, de acordo com o que está previsto no art. 68º, n. 1, alínea “b”, da Diretiva 2014/24/UE.

Há ainda uma segunda observação a se fazer. Diz respeito às “opções sustentáveis” que a Diretiva 2009/33/CE disponibilizava às entidades adjudicantes para que essas últimas daquelas lançassem mão no intuito de se desincumbirem da obrigação que lhes havia sido imposta de ter em conta os impactos energético e ambiental durante o tempo de vida dos veículos de transporte rodoviário envolvidos na contratação pública.

Assim, nos termos do art. 5º, n. 3, poderiam as entidades adjudicantes fazê-lo de 3 (três) modos diferentes:

- a) Fixar especificações técnicas para o desempenho energético e ambiental na documentação de compra de veículos de transporte rodoviário relativas a cada um dos impactos considerados, bem como a quaisquer outros impactos ambientais; ou
- b) Ter em consideração os impactos energético e ambiental na decisão de compra, sendo que:
 - nos casos em que é aplicado um processo de concurso público, se utilizam os referidos impactos como critérios de adjudicação, e
 - nos casos em que os referidos impactos são quantificados monetariamente para serem tidos em conta na decisão de aquisição, se utiliza o método previsto no artigo 6º.

Da leitura do supratranscrito dispositivo legal, é possível concluir que a monetarização das externalidades ambientais constituía apenas uma alternativa, ao lado de outras duas, que se abria para que entidades adjudicantes sopesassem os impactos energético e ambiental na sua decisão de compra de veículos de transporte rodoviário. Com efeito, o supratranscrito art. 5º, n. 3,

da Diretiva 2009/33/CE, admitia que a obrigação de ponderação dos impactos energético e ambiental pudesse ser veiculada através de três modos diversos:

1) formulação de exigências quando da definição de especificações técnicas nas peças do procedimento concorrencial (alínea ‘a’);

2) submissão dos impactos – eles mesmos, enquanto critérios de adjudicação – à concorrência (alínea ‘b’, primeiro travessão);

3) ou, por fim, submissão dos impactos à quantificação monetária para fins de cálculo dos custos do ciclo de vida e apuração da proposta de mais baixo custo (alínea ‘b’, segundo travessão).²⁶⁸

Em síntese, ao adquirirem veículos de transporte rodoviário – diretamente ou por ocasião da contratação de serviços, aluguer, locação financeira ou locação-venda –, as entidades adjudicantes deveriam, por imposição da Diretiva 2009/33/CE, ter em conta os impactos operacionais energético e ambiental – cujo rol exemplificativo constava do art. 5º, n. 2 –, produzidos ao longo do ciclo de vida dos veículos. Para tanto deveriam proceder na forma de uma das três opções que eram, entre si, facultativamente colocadas no art. 5º, n. 3.

Feitas essas duas observações, impõe-se um recorte delimitador apenas para rememorar o que interessa à presente investigação: sendo os custos decorrentes das *externalidades* ambientais e sua respectiva monetarização o objeto de estudo sobre o qual nos debruçamos, não adentraremos nos aspectos da Diretiva 2009/33/CE que cuidavam da metodologia de cálculo de *custos internos* (dentre os quais, como destacado anteriormente, está incluído o “consumo de energia”); igualmente, não nos interessa no âmbito do presente trabalho tratar das outras duas opções que a Diretiva 2009/33/CE conferia às entidades adjudicantes para cumprimento da obrigação imposta, senão aquela que envolve a quantificação monetária das externalidades ambientais e sua internalização ao custo total do bem.

É justamente este último aspecto – o método de cálculo dos custos operacionais durante o tempo de vida dos veículos de transporte rodoviário –, em especial aqueles atinentes às

²⁶⁸ Interessante registrar que a COM (2007) 817 final, de 19.12.2007 – que cuidou da exposição de motivos da proposta apresentada pela Comissão que viria a se converter posteriormente na Diretiva 2009/33/CE – não contemplava originalmente as duas primeiras opções. Ali constava tão somente a inclusão obrigatória dos custos externos quantificados monetariamente nos critérios de adjudicação em todas as decisões de aquisição no setor disciplinado.

externalidades ambientais, que nos interessa mais profundamente. E sobre essa matéria é que a Diretiva 2009/33/CE tratava a partir do seu art. 6º.

Apontava-se ali, de forma expressa, as espécies de emissões, ou externalidades ambientais, relacionadas ao funcionamento dos veículos de transporte rodoviário que deveriam ser objeto de quantificação monetária: CO₂, NO_x, NMHC e partículas.²⁶⁹

Por sua vez, a monetarização e cálculo dos custos operacionais decorrentes das referidas emissões poluentes deveriam operar-se mediante a utilização dos métodos estabelecidos nas alíneas ‘b’ e ‘c’, do art. 6º, nº 1. Eram eles os abaixo descritos, *in verbis*:

“b) O custo de exploração das emissões de CO₂ geradas por um veículo durante o seu tempo de vida é calculado multiplicando a quilometragem durante o seu tempo de vida, se for caso disso, tendo em conta a quilometragem já realizada, de acordo com o estabelecido no n. 3, pelas emissões de CO₂ em quilogramas por quilómetro, de acordo com o estabelecido no n. 2, e pelo custo por quilograma indicado no quadro 2 do anexo;

c) O custo de exploração, indicado no quadro 2 do anexo, das emissões poluentes geradas por um veículo durante o seu tempo de vida é calculado somando os custos de exploração das emissões de NO_x, de NMHC e de partículas. O custo de exploração de cada poluente durante o tempo de vida de um veículo é calculado multiplicando a quilometragem durante o seu tempo de vida, se for caso disso, tendo em conta a quilometragem já realizada, de acordo com o estabelecido no n. 3, pelas emissões em gramas por quilómetro, de acordo com o estabelecido no n. 2, e pelo respectivo custo por grama. O custo é obtido a partir dos valores da média comunitária indicada no quadro 2 do anexo.”

Como se pode observar, os métodos apresentados para monetarização e cálculo dos custos operacionais decorrentes das emissões de poluentes tomava como ponto de partida alguns pressupostos fáticos e normativos, além de envolver a associação de parâmetros técnicos e objetivos – alguns deles de notória complexidade –, e que foram ao final consolidados conjuntamente no texto da Diretiva 2009/33/CE.

Com efeito, em primeiro lugar identificou-se uma circunstância fática e normativa pressuposta, além de um problema ambiental a ela relacionado: entre os recursos naturais cuja utilização prudente e racional é exigida pelo n.º 1 do artigo 174º do Tratado, conta-se o petróleo,

²⁶⁹ Cfr. “Quadro 2: Custo das emissões no transporte rodoviário (a preços de 2007)”, do Anexo da Diretiva 2009/33/CE.

que é a principal fonte de energia da União Europeia mas que é também uma importante fonte de emissões poluentes.²⁷⁰

Em segundo lugar, identificou-se um setor específico com potencial para influir na mitigação do problema ambiental identificado inicialmente e sobre o qual recairiam os estudos acerca da análise de ciclo de vida, qual seja, o setor de transportes rodoviários.²⁷¹ Suponhamos ter-se chegado à conclusão do considerável potencial que a incidência de medidas orientadas para áreas com um grau relativamente elevado de poluição atmosférica neste domínio poderiam ter no sentido de contribuir para a melhoria da qualidade do ar ambiente, da proteção dos ecossistemas como um todo, da saúde humana, além da mobilidade ecologicamente sustentável e energeticamente eficientes em zonas urbanas.²⁷²

Sistemas de transporte eficientes e sustentáveis são de fundamental importância para a competitividade económica da União Europeia, bem como para sua coesão social e territorial. Custos operacionais e de manutenção mais baixos conduzem a um custo total de propriedade competitivo. A redução prevista dos preços de aquisição tem o condão de reduzir ainda mais os obstáculos à disponibilização e à penetração no mercado de veículos não poluentes no futuro.²⁷³

Nesse sentido, o objetivo da Diretiva também foi bem delineado: aproveitar-se da contratação pública para promover veículos não poluentes e energeticamente eficientes no mercado, contribuindo assim para a redução do consumo de combustível, poupança de energia e emissões de poluentes, bem como para integrar os objetivos em matéria de alterações climáticas nas políticas de transporte a eficiência energética no setor de transportes.

Em seguida, partiu-se para um terceiro passo, a identificação das grandezas ou parâmetros a serem levados em conta na metodologia de cálculo. Referimo-nos à definição das

²⁷⁰ Cfr. Considerando n. 1 da Diretiva 2009/33/CE.

²⁷¹ Segundo consta da COM (2017) 653 final, em 2015 o setor de transportes era responsável por quase 24% das emissões de gases com efeito de estufa da Europa, a denotar a premência de medidas urgentes para sua descarbonização (“COM(2017) 653 final...”, *cit.*, p. 59).

²⁷² A COM (2007) 817 final, de 19.12.2007, traz dados que dão conta da expressividade do setor de transportes rodoviários na União Europeia. Estima-se que “o volume total anual dos contratos celebrados por autoridades públicas seja da ordem dos 110 000 automóveis de passageiros, 110 000 veículos comerciais ligeiros, 35 000 caminhões e 17 000 autocarros” (*cit.*, p. 10). Nesse mesmo sentido, a COM (2001) 264 final, da Comissão, de 15 de maio de 2001, intitulada “Desenvolvimento sustentável na Europa para um mundo melhor: Estratégia da União Europeia em favor do desenvolvimento sustentável”, identificou as emissões de gases com efeito de estufa e a poluição causada pelos transportes como um dos principais obstáculos ao desenvolvimento sustentável. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0264&from=EN>. Acesso em 22.04.2020.

²⁷³ Cfr. Considerando n.º 6 da Diretiva (UE) 2019/1161, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019.

externalidades ambientais que seriam objeto de quantificação monetária (CO₂, NO_x, NMHC e partículas) e seus respectivos custos de consumo, no caso, definidos a partir de unidade de massa (0,03-0,04 EUR/kg, 0,0044 EUR/g, 0,001 EUR/g e 0,087 EUR/g); a definição das categorias de veículos abrangidos pela Diretiva (automóveis de passageiros, veículos comerciais ligeiros, veículos pesados de mercadorias e autocarros) e respectiva estimativa da média de quilometragem percorrida durante o tempo de vida de cada um deles (200.000 km, 250.000 km, 1.000.000 km e 800.000 km).

Nos termos art. 6º, n. 2, da Diretiva 2009/33/CE, tais parâmetros haviam sido determinados com base em procedimentos comunitários de ensaio normalizados aplicáveis aos veículos para os quais esses procedimentos estavam definidos na legislação da Comunidade relativa à homologação de veículos.

Por fim, constava do art. 6º, nº 1, a descrição pormenorizada dos métodos de cálculo dos custos operacionais decorrentes das referidas emissões poluentes, os quais incluem em seu bojo operações que envolvem os referidos elementos técnicos objetivamente definidos pela Diretiva.

Como destacado pela Diretiva, a inclusão desses custos nos critérios de adjudicação não impunha custos totais mais elevados, limitando-se apenas a tomar antecipadamente em consideração os custos de exploração a assumir ao longo da vida do veículo na decisão de aquisição.²⁷⁴ Em outras palavras, tendo em conta a metodologia de cálculo prevista na Diretiva 2009/33/CE, propunha-se a ponderação, no momento da adjudicação, dos custos futuros relativos aos impactos energético e ambiental do veículo a ser adquirido, antecipando-os para fins de definição da proposta economicamente mais vantajosa e adjudicando o contrato à proposta que apresentasse o custo mais baixo ao longo do ciclo de vida.

5.3. Apontamentos generalizantes extraídos a partir da metodologia analisada.

5.3.1. Do processo de construção racional de modelos avaliativos que encerrem em si objetividade e coerência interna.

²⁷⁴ Cfr. Considerando n. 20 da Diretiva 2009/33/CE.

A análise da metodologia de cálculo de ciclo de vida exemplificativamente mencionada no tópico anterior confirma o consenso doutrinário acerca da complexidade da tarefa de avaliar e determinar os custos ambientais para a implementação da fórmula CCV.

RAQUEL CARVALHO cita alguns desafios e dificuldades para a implementação prática de metodologias de cálculo do custo do ciclo de vida: coleta, disponibilidade, precisão e confiabilidade da diversidade de dados relevantes a depender do tipo de produto, serviço ou obra; falta de padronização, incompletude e incompatibilidade dos dados registrados em diferentes sistemas por diferentes entidades; ausência de critérios uniformes na apresentação dos dados; instabilidade dos custos de matéria-prima. Tudo isso, ressalta a autora, se agrava ainda mais quando se está diante de contratações transfronteiriças, ante a incompatibilidade entre bancos de dados dos diferentes países, seus diversos sistemas fiscais e estruturas tributárias.²⁷⁵

Nesse mesmo sentido, ESTEVAN e SCHAEFER citam a doutrina de GLUNCH e BAUMANN fornecendo em quatro pontos um resumo das dificuldades e fragilidades derivadas da inclusão de considerações ambientais e sua monetarização no âmbito do cálculo dos custos do ciclo de vida:

- “- It fails to handle decisions under uncertainty. Environmental decisions are characterized by considerable uncertainty at all stages of the decision-making process, such as the problem definition (issues not considered as a problem today may well be in the future an environmental problem) and possible outcomes (the effects of the climate change are nowadays still unpredictable).
- It over-simplifies environmental problems into a monetary dimension. LCC aims at translating environmental problems into one-dimensional monetary unit. But in the environmental field, it is not possible to translate all the items to price. Thus, the proposed solution is always an oversimplification of the reality.
- The poor availability and reliability of data, already found in general LCC, is even more pronounced in the case of environmental standards and data.
- Other elements such as the irreversible consequences of environmental conditions, the underrating future environmental costs, or the difficulties of dealing with items without owner, such as air or water, are added to these difficulties.”²⁷⁶

²⁷⁵ RAQUEL CARVALHO, “Life-cycle costing...”, *cit.*, pp. 47-52: “lack of properly structured data makes it difficult to track the real costs of procurement and leads to a situation in which procurers are encouraged to buy the cheapest product without considering the life-cycle costs, as purchase price is what is most closely monitored.” (p. 49).

²⁷⁶ HELENA ESTEVAN; BETTINA SCHAEFER, “*Life Cycle Costing - State of...*”, *cit.*, pp. 25-26.

É certo que estes e outros entraves demonstram como o resultado do cálculo do custo de ciclo de vida é ainda cercado por um alto grau de incertezas.²⁷⁷

Entretanto, à luz da metodologia outrora prevista no Diretiva 2009/33/CE, é possível também extrair certos parâmetros que podem servir como diretrizes balizadoras para se pensar o desenvolvimento de outras metodologias de monetarização de externalidades ambientais. Deveras, como asseveram LINDHOLM e SUOMALA, “it could be more reasonable to accept some inaccuracies in the life cycle cost calculations than not try to evaluate life cycle cost at all”.²⁷⁸

Antes de mais nada é preciso descartar desde logo qualquer pretensão que condicione a aplicação do instituto à existência de metodologias que sejam exaurientes em termos de identificação, avaliação e cálculo de todas as potenciais externalidades ambientais e respectivos custos financeiros que um bem, serviço ou obra é capaz de provocar ao longo do seu ciclo de vida. Uma tarefa como essa seria deveras impossível de concretizar, colocando em cheque a própria exequibilidade do instituto.

Daí filiarmos ao entendimento preconizado por TERESA ALMEIDA quando ensina que, mais do que uma pretensão de conseguir identificar e traduzir em pecúnia, de forma ampla e irrestrita, todas as potenciais externalidades ambientais passíveis de ocorrerem ao longo do ciclo de vida de um bem, a questão deve ser vista sob uma perspectiva da objetividade desse processo de monetarização e de garantia de coerência do modelo adotado.²⁷⁹

Segundo a eminente autora:

“Esta segunda tarefa, a de ‘monetarização’ do valor dos bens, é, neste sentido, um trabalho de verdadeira construção – a construção, através de vários modelos e metodologias de análise, de um valor monetário que transmita o chamado valor económico total do bem”²⁸⁰

Ao destacar as dificuldades que modelos avaliativos poderão encontrar de alinhar-se, mormente diante de realidades tão distintas a depender do objeto da contratação, do setor econômico no qual o mesmo esteja inserido, das externalidades ambientais envolvidas, dentre outros, SANTOS AZEVEDO aduz, no mesmo sentido, que:

²⁷⁷ Cfr. HELENA ESTEVAN; BETTINA SCHAEFER, “*Life Cycle Costing - State of...*”, *cit.*, p. 24.

²⁷⁸ LINDHOLM A.; SUOMALA P., *Present and future of life cycle costing: reflections from Finnish companies*, The Finnish Journal of Business Economics 2: 282-291 (2005), citado por HELENA ESTEVAN; BETTINA SCHAEFER, “*Life Cycle Costing - State of...*”, *cit.*, p. 25.

²⁷⁹ TERESA ALMEIDA, “A relação qualidade ambiental-preço (ou custo)...”, *cit.*, p. 282.

²⁸⁰ TERESA ALMEIDA, “A proposta economicamente mais vantajosa...”, *cit.* p. 167.

“(...) face à igualdade, perante os operadores econômicos, de modelos de avaliação, poderemos ter, sempre, pelo menos, o objetivo de alcançar uma coerência interna, se não conseguirmos atingir uma coerência externa, garantindo, pelo menos procedimento a procedimento, a concorrência e a igualdade”.²⁸¹

Do ponto de vista estritamente jurídico, a exequibilidade e a eficácia do instituto estão condicionadas à prévia construção de um modelo de análise assentado em bases objetivamente verificáveis, que tenha por finalidade disciplinar com rigor, ainda que nos estritos limites autoimpostos pelo respectivo modelo, a tarefa de identificação, seleção e avaliação de externalidades ambientais e seus custos correspondentes.

Não há que se falar – por impossibilidade fática – em imprescindibilidade de definição exauriente de todas as externalidades ambientais passíveis de ocorrência ao longo de todo o ciclo de vida de determinado produto, serviço ou obra. A implementação do cálculo do custo do ciclo de vida ambiental não deve estar vinculada à existência de uma utópica solução que se arvore na condição de identificar e traduzir em pecúnia toda e qualquer externalidade ambiental.

A garantia de manutenção de uma coerência interna e de observância às bases de objetividade de uma metodologia de monetarização de custos ambientais pressupõe, antes, que as externalidades eventualmente “eleitas” tenham sua expressão pecuniária resultante de processos racionais cujos critérios sejam objetivos, transparentes, acessíveis a todos os operadores econômicos e previamente fixados.

A existência de fórmulas cujos parâmetros avaliativos apresentem um rigor metodológico de apuração de custos é premente. O *environmental life cycle costing* deve ser reputado apto a operar seus efeitos no domínio do ciclo de vida de um determinado produto, serviço ou obra desde que amparado por metodologias de análise que se revelem, “para além de claras, tecnicamente fidedignas”.²⁸²

“Naturalmente, para intensificar a boa resposta a tais desafios complexos do desenvolvimento incluyente, urge investir num sistema digno e sério de avaliação dos custos, que migre para parâmetros confiáveis de avaliação dos custos indiretos, sociais, ambientais e econômicos, de maneira a caracterizar a governança eticamente responsável e prospectiva. Deveras, as licitações sustentáveis demandam a observância cabal de critérios que incluam projeções inteligíveis dos custos de longo espectro dos produtos e serviços, de ordem a atentar para a avaliação contínua do ciclo de vida dos

²⁸¹ PEDRO SANTOS AZEVEDO, “Apontamentos sobre os custos do...”, *cit.* p. 92.

²⁸² CAROLINA FERREIRA DA SILVA, “Políticas horizontais...”, *cit.*, p. 185.

bens, contemplado o impacto, efetivo ou potencial, em todos os momentos, do início até a destinação final”²⁸³

5.3.2. Do desafio multidisciplinar de construção de modelos objetivamente verificáveis.

Do que se aduziu no tópico anterior, extrai-se que o eficaz manejo do instituto demanda a contribuição de diferentes setores do conhecimento, sob uma perspectiva tecnicamente abrangente e multidisciplinar.

De modo bastante sintético e simplista, apenas com o propósito de traçar uma proposta teórico-abstrata e sem desconsiderar as múltiplas nuances envolvidas em cada etapa do ciclo de vida em concreto, poder-se-ia imaginar um início de *iter* procedimental hipotético: a partir do mapeamento dos potenciais pontos de vulnerabilidade ambiental mais críticos do ciclo de vida de determinado produto, serviço ou obra, elege-se-iam certas externalidades geradas nas cadeias produtivas e de consumo correspondentes.

Referimo-nos nomeadamente ao desenvolvimento de maneiras de identificação de grupos de produtos e serviços que figuram como os principais gastos estatais em geral, e, dentre eles, aqueles que apresentem cadeias produtivas e de consumo com maior histórico de acidentes e impactos ambientais. Alguns poderiam ser erigidos como prioritários para implementação das metodologias de cálculo e execução de projetos-piloto.

Experiência semelhante ocorreu com a Comunicação da Comissão Europeia COM 2008 (400) Bruxelas – “Contratos Públicos para um ambiente melhor” –, de 16 de julho de 2008, que desenvolveu critérios para grupos de produtos e serviços em dez setores considerados como os mais adequados para a implementação de contratos ecológicos. Os setores foram selecionados com base na importância que representavam em termos de margem para melhoria ambiental, despesas públicas, potencial impacto no lado da oferta, possibilidade de dar o exemplo para os

²⁸³ JUAREZ FREITAS, “Licitações e sustentabilidade: ponderação...”, *cit.*, s/n (versão digital). Nesse mesmo sentido, RAQUEL CARVALHO cita a lição de PERERA E MARTINER-FAY: “in advocating the use of LCC, it is important that we acknowledge that the science of LCC is far from perfect. Its findings will be skewed based on how future costs are perceived and forecasted, the reliability of the data used, what discounting rates are applied and what stages of asset life cycle are included in the analysis. (...) Forecasting such costs and benefits with an acceptable degree of certainty is very challenging” (RAQUEL CARVALHO, “Life-cycle costing in...”, *cit.*, p. 52).

consumidores privados ou empresariais, sensibilidade política, existência de critérios relevantes e de fácil utilização, disponibilidade no mercado e eficiência económica.²⁸⁴⁻²⁸⁵

Em seguida, identificar-se-ia as externalidades ambientais relevantes produzidas ao longo de seus respectivos ciclos de vida. Exemplificativamente, RAQUEL CARVALHO cita o setor de construção, no qual os principais impactos ambientais estão relacionados ao consumo de energia, utilização de recursos naturais, emissões de gás, geração de resíduos durante a preparação do local, construção, uso e demolição do edifício, qualidade do ar e consumo de água durante a obra.²⁸⁶

Sem olvidar das limitações do alcance da proposta, ter-se-ia um repositório de dados com a reunião de informações sobre as externalidades produzidos ao longo do ciclo de vida de determinados bens, produtos e obras.²⁸⁷

Nesse sentido, recorreremos novamente à doutrina de TERESA ALMEIDA:

“... para saber quais os custos a considerar, é necessário identificar em primeiro lugar quais os principais impactes ambientais dos diversos produtos. Ora essa é uma análise anterior a qualquer metodologia de CCV, mas cujos resultados influenciarão decisivamente esta última”.²⁸⁸

Prossegue a autora ainda sugerindo que, a par da metodologia de monetização de custos ambientais, também se pense na adoção de métodos específicos para auxiliar na

²⁸⁴ Os sectores prioritários seleccionados foram os seguintes: construção; serviços de alimentação e de fornecimento de refeições; transportes e serviços de transporte; energia; máquinas de escritório e computadores; vestuários, uniformes e outros têxteis; papel e serviços de impressão; mobiliário; produtos e serviços de limpeza; equipamentos utilizados no setor da saúde. Ainda quanto a esta questão, vale citar o estudo denominado “*Life Cycle Costing State of the art report*”, que, dentre diversos exemplos, destaca a construção civil, a aquisição de veículos e computadores, a tecnologia da informação e a energia elétrica como os setores em que as metodologias se mostram mais desenvolvidas (HELENA ESTEVAN e BETTINE SCHAEFER, “*Life Cycle Costing - State of...*”, cit.)

²⁸⁵ “The nature of life-cycle costs also depends on the specific product group. Depending on the product group an type, different costs elements can be taken into account. Also, depending on the perspective taken in an LCCA, the costs of the different stages can be calculated more or less detailed” (DACIAN C. DRAGOS; BOGDANA NEAMTU, “*Life-cycle costing for...*”, cit., p. 124). Nesse mesmo sentido, WIESBROCK e SJAFJELL citam lição do Professor Roberto Caranta, ao afirmar que “there is certainly room for improvement here, in particular in terms of establishing common, science-based methodologies for the calculation of life-cycle costs for specific categories of supplies or services at EU level” (ANJA WIESBROCK; BEATE SJAFJELL, “*Public procurement’s potential...*”, cit., p. 238). É importante ressaltar também que, como destaca Raquel Carvalho, nem todos os bens, produtos e serviços podem ser avaliados utilizando metodologias de custo do ciclo de vida, de modo que a primeira premissa é determinar o alcance dos aspectos que podem ser submetidos a esse tipo de avaliação (RAQUEL CARVALHO, “*Life-cycle costing...*”, cit., p. 41).

²⁸⁶ RAQUEL CARVALHO, “*Life-cycle costing in...*”, cit., p. 50.

²⁸⁷ *Exempli gratia*, quando em vigor a metodologia (hoje revogada) prevista na Diretiva 2009/33/CE, a Comissão disponibilizava, no intuito de apoiar o cumprimento da obrigação decorrente daquela Diretiva, um portal dos veículos não poluentes, que fornecia diversas informações necessárias para calcular o custo ao longo da vida útil.

²⁸⁸ TERESA ALMEIDA, “A proposta economicamente mais vantajosa...”, cit. p. 157.

identificação dos principais impactos ambientais. Tem-se, nesse sentido, o *impact pathway approach*, o qual, no âmbito de uma análise do ciclo de vida (ACV), forneceria a estimativa dos impactes ambientais acumulados de um determinado bem durante o seu ciclo de vida:

“Em primeiro lugar, há que definir quais os impactos dos produtos que serão considerados. Na base dessa escolha estará, no entanto, necessariamente uma Análise do Ciclo de Vida, uma metodologia que fornece os principais impactos ambientais acumulados de um determinado bem durante o seu ciclo de vida.

O seu resultado será uma ‘lista de indicadores’ que resultará da aplicação de modelos de impacto (modelos que estabelecem os efeitos de cada uma das emissões/consumos analisadas sobre as categorias de impacto consideradas, tendo em vista três áreas de protecção: a saúde humana, o ambiente e a eficiente utilização de recursos) a cada uma das emissões/consumos identificados. Serão esses indicadores que terão que ser objecto de monetarização”²⁸⁹

Como tudo que envolve a monetarização de custos ambientais, a definição dos impactos ou externalidades a serem considerados não é tarefa simples. FILHO, JÚNIOR e LUEDEMANN trazem interessantes exemplos de estudos envolvendo duas situações que demonstram a complexidade desse tipo de análise. Chamam a atenção para a circunstância de que nem sempre o que parece ser a melhor solução do ponto de vista de política pública ambiental é a alternativa mais sustentável quando se analisa mais detidamente as diferentes repercussões de uma determinada escolha no contexto global na qual a mesma está inserida:

“O caso da proibição do uso de sacolas plásticas descartáveis na cidade de Austin exemplifica essas dificuldades. Os estudos de ACV deveriam ter sido utilizados para comparar o ciclo de vida de sacolas plásticas e suas alternativas (sacolas de plástico rígido e de pano) em diferentes escopos (*cradle to gate, gate to gate, gate to grave e grave to cradle*) e em diferentes dimensões (emissão de carbono, reciclabilidade, ecotoxicidade e pegada hídrica). Uma vez implementada a política, impactos desconhecidos (*unknown unknowns*) começaram a ser notados. Com a proibição, a população de Austin passou a adquirir sacolas plásticas de material mais durável, porém com uma pegada energética maior. Com o tempo, estas sacolas passaram a ser igualmente descartadas, com grande impacto para as máquinas de reciclagem nos centros de coleta. As sacolas deste tipo, que não foram descartadas, geraram uma pegada hídrica considerável, pois passaram a ser limpas depois do uso (Minter, 2015)”²⁹⁰

²⁸⁹ TERESA ALMEIDA, “Critérios de adjudicação: o (novo) conceito...”, *cit.*, p. 159.

²⁹⁰ Cfr. FILHO, JÚNIOR e LUEDEMANN, “A avaliação de ciclo de vida como...”, *cit.*, pp. 15-16.

“Batista (2004) relata o caso típico de comparação entre laranjas e maçãs (*oranges to apples*) representado pelas indústrias de fraldas descartáveis e as de fraldas de pano ao utilizarem a ACV para comparar seus produtos. O escopo de estudo de comparação centrou-se na pegada hídrica, aspecto vulnerável para as fraldas de pano, e no final da vida útil, a deposição em aterros, aspecto vulnerável das fraldas descartáveis. A ACV das fraldas de pano mostrou que as fraldas de pano diminuam a quantidade de resíduo sólido direcionado aos aterros (2,1% dos resíduos direcionados aos aterros norte-americanos), mas podiam criar problemas em regiões com escassez hídrica. Por sua vez, a ACV das fraldas descartáveis mostrou uma pegada hídrica mais favorável, embora com o acréscimo de fluxos de materiais que diminuem o tempo de vida útil dos aterros sanitários.”²⁹¹

Os dois exemplos acima citados pelos autores dão conta da intrincada e complexa tarefa que é a definição de externalidades a serem consideradas no âmbito de um determinado ciclo de vida.

Tal atividade depende da integração e do diálogo entre diferentes entidades que detenham experiência e conhecimentos técnicos necessários, oriundos dos setores público e privado, participantes das cadeias produtiva e consumerista, associações empresariais, academia, peritos e outras entidades que detenham *expertise* a depender dos setores aos quais vinculado o objeto da contratação.²⁹² De fato, existem dados que somente são detidos por fornecedores, por exemplo. Institutos de educação e inovação também deveriam ser convidados a participar deste processo de construção multidimensional, para a formação de um verdadeiro painel de especialistas em atuação.

Nesta fase, a integração de competências especializadas em diferentes domínios científicos é salutar. Deveras, no espaço que medeia o berço e o túmulo, exsurge intrincadas cadeias de informações, etapas e impactos que devem ser analisados. Não raro, pode-se vislumbrar a hipótese de cada trecho do ciclo de vida demandar uma área de conhecimento técnico especializado.²⁹³

²⁹¹ Cfr. FILHO, JÚNIOR e LUEDEMANN, “*A avaliação de ciclo de vida como...*”, *cit.*, p. 17.

²⁹² Nesse sentido, vide. CAROLINA FERREIRA DA SILVA, “*Políticas horizontais...*”, *cit.*, p. 184.

²⁹³ Como asseveram FILHO, JÚNIOR e LUEDEMANN, no Brasil “algumas instituições têm se especializado em determinadas áreas. De acordo com as publicações e teses/dissertações defendidas, vê-se que a Universidade de São Paulo (USP) tem um núcleo de concentração em ACV e energia; a Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e a Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), por sua vez, têm núcleos de produção científica em construção civil; a Universidade de Brasília (UnB) se dedica aos estudos agrícolas; e a Universidade Federal da Bahia (UFBA), à relação entre ACV e políticas públicas” (*A avaliação de ciclo de vida como...*”, *cit.*, pp. 13-14).

Os estudos realizados proporcionariam uma análise qualitativa e quantitativa desses impactos, resultando no denominado “life cycle inventory (LCI)”²⁹⁴, que consiste em um verdadeiro banco de dados composto por informações sobre insumos e resíduos da produção, seus fluxos de massa e energia, seus impactos ambientais, dentre outros elementos a subsidiar o desenvolvimento de metodologias de monetarização.²⁹⁵

A própria Comunicação da Comissão Europeia COM 2008 (400) Final, – “*Contratos Públicos para um ambiente melhor*” –, de 16 de julho de 2008, já alertava para a importância de que ações relativas aos contratos públicos ecológicos – dentre as quais se incluem o desenvolvimento de metodologias – sejam permeadas por ampla abertura de rodadas de debates entre as partes interessadas:

“A Comissão propõe a formalização deste processo de consulta com o objectivo de promover mais e melhores CPE baseados em critérios comuns CPE e num método de aferição comum, com base em princípios do método aberto de coordenação. Por conseguinte, os Estados-Membros serão convidados a aprovar formalmente os critérios CPE já desenvolvidos, após a sua aprovação pelos serviços da Comissão e na sequência de uma ronda final de consultas com os Estados-Membros e com as partes interessadas da indústria e da sociedade civil, realizada em conformidade com as regras mínimas de consulta. A aprovação formal pelos Estados-Membros implicaria que os critérios comuns CPE seriam incluídos nas orientações e planos de acção nacionais sobre contratos públicos ecológicos que os Estados-Membros elaboraram ou estão em vias de elaborar no contexto da Comunicação sobre Política Integrada de Produtos de 2003. Este processo será repetido no futuro e a Comissão continuará a orientar os trabalhos do grupo de peritos nacionais sobre CPE e a desenvolver e apresentar novos projectos de critérios CPE para um maior número de grupos de produtos e serviços. Os projectos de critérios serão igualmente debatidos com as partes interessadas da indústria e da sociedade civil. A aprovação dos critérios estará sujeita a regras de consulta rigorosas. (...)”²⁹⁶

²⁹⁴ “In a Life Cycle Assessment, the emissions and resources consumed linked to a specific product are compiled and documented in a Life Cycle Inventory - LCI. An impact assessment is then performed, generally considering three areas of protection: human health, natural environment, and issues related to natural resource use. Impact categories considered in the so-called Life Cycle Impact Assessment (LCIA) include climate change, ozone depletion, eutrophication, acidification, human toxicity (cancer and non-cancer related), respiratory inorganics, ionizing radiation, ecotoxicity, photochemical ozone formation, land use, and resource depletion. The emissions and resources derived from LCI are assigned to each of these impact categories. They are then converted into indicators using factors calculated by impact assessment models. These factors reflect pressures per unit emission or resource consumed in the context of each impact category. Emissions and resources consumed, as well as different product options, can then be cross-compared in terms of the indicators” (Cfr. EUROPEAN COMMISSION-JOINT RESEARCH CENTRE-INSTITUTE FOR ENVIRONMENT AND SUSTAINABILITY, *International Reference...*, cit., p. IV).

²⁹⁵ Cfr. FILHO, JÚNIOR e LUEDEMANN, “*A avaliação de ciclo de vida como...*”, cit., p. 8.

²⁹⁶ COM (2008) 400 final, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões - *Contratos públicos para um ambiente melhor*, Bruxelas, 16.7.2008, p. 7.

Conforme lembra o Considerando n.º 22 da Diretiva 2009/33/CE, no âmbito europeu são exemplos desse tipo de trabalho de definição de externalidades o “Estudo ExternE”, o “Programa da Comissão Ar Limpo para a Europa (CAFE)” e o “Estudo HEATCO”, que viriam a fornecer informações sobre emissões poluentes para subsidiar a elaboração de metodologia de cálculo dos custos de externalidades ambientais para o setor de transportes. Foi a partir dos dados levantados por ocasião dos referidos estudos que as externalidades ambientais a serem objeto de quantificação monetária no setor foram definidas, quais sejam: as emissões de CO₂, NO_x, NMHC e partículas, como registramos anteriormente.

Prosseguindo neste *iter*, não menos intrincada é a tarefa dos economistas. À luz do quanto indicado na etapa anterior – definição/eleição e avaliação das externalidades a serem consideradas –, compete-lhes a *determinação*, a *avaliação* e o *cálculo* dos custos decorrentes dessas externalidades, isto é, a sua monetarização propriamente dita com base em parâmetros e indicadores de impactos ambientais objetivamente definidos.

Como bem aduziu TERESA ALMEIDA “se o primeiro passo (a determinação dos danos) é uma tarefa hercúlea (com a convocação necessária de diferentes fontes de saber), este segundo (a sua monetarização) representa um desafio para os economistas”.²⁹⁷

Recorremos ao que o Superior Tribunal de Justiça brasileiro cunhou de “princípio da deferência técnico-administrativa”²⁹⁸ para denominar a natureza dessas fases do *iter* procedimental. Embora ventilado em contexto não totalmente idêntico, tal construção serve-nos para apontar a existência de verdadeiros espaços de reserva técnica nesta seara.

Por sua vez, aos juristas e operadores do direito competiriam o permanente controle de legalidade e a submissão das metodologias desenvolvidas ao crivo do bloco de constitucionalidade, a evitar que as eventuais metodologias desenvolvidas provoquem restrições indevidas aos princípios regentes da contratação pública em geral, e, em específico, àqueles que devem, nos termos do já mencionado Considerando n.º 96 e art. 68º, n. 2, da Diretiva 2014/24/UE,

Disponível em <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2008/PT/1-2008-400-PT-F1-1.Pdf>. Acesso em 30.05.2020.

²⁹⁷ TERESA ALMEIDA, “A proposta economicamente mais vantajosa...”, *cit.* p. 167.

²⁹⁸ “Em matéria eminentemente técnica, que envolve aspectos multidisciplinares (telecomunicações, concorrência, direito de usuários de serviços públicos), convém que o Judiciário atue com a maior cautela possível — cautela que não se confunde com insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo” (STJ; REsp nº 1.171.688/DF, 2ª T., v.u. Rel. Min.Mauro Campbell Marques. Julg. 1º.6.2010.DJe, 23 jun. 2010).

nortear a elaboração de metodologias de monetarização de custos ambientais (generalidade, isonomia, objetividade e publicidade).

5.3.3. Da competência e do instrumento legal adequado para elaboração de metodologias.

Uma outra questão que merece ser objeto de especial atenção diz respeito à forma, isto é, o instrumento legal que, à luz das Diretivas de 2014, seria juridicamente adequado para veicular metodologias de cálculo de custos das externalidades ambientais. E, por conseguinte, perscrutar acerca de qual órgão, entidade ou organismo teria sido atribuída a competência de fazê-lo.

As Diretivas não dispõem de maneira categórica quanto a esses aspectos. DRAGOS e NEAMTU lembram que na proposta de diretiva inicialmente apresentada pela Comissão havia a previsão de que aos operadores econômicos seria permitido submeter suas próprias metodologias, quando uma tal não fosse disponibilizada pela autoridade contratante. O texto final da nova Diretiva, contudo, removeu esta possibilidade.²⁹⁹

Parte da doutrina portuguesa entende que as metodologias não devem ser rigidamente fixadas em lei. Sustenta-se que sua aplicação seria demasiadamente casuística e seu conteúdo deveras variável para serem definidos pelo legislador.³⁰⁰

Com efeito, como bem lembra FERREIRA DA SILVA, “as entidades adjudicantes têm sempre mais conhecimento de causa nos concretos contratos públicos que pretendam adjudicar”, sendo certo que “casos haverá, até, em que os contratos a adjudicar se revelam tão específicos, que podem não ser harmonizáveis com a metodologia comum, convindo a adaptação do procedimento a cada necessidade, de cada entidade adjudicante”.³⁰¹

São múltiplas e variáveis as necessidades de cada entidade adjudicante. Igualmente, são inúmeras as diferenças entre setores e entre mercados. Cada qual apresenta variáveis e especificidades cujo dinamismo é incompatível com o caráter estático e perene próprios da lei. Sob pena de engessamento da disciplina da matéria – que requer uma ponderação casuisticamente

²⁹⁹ Cfr. DACIAN C. DRAGOS; BOGDANA NEAMTU, “*Life-cycle costing for...*”, *cit.*, p. 131.

³⁰⁰ Cfr. GOMES e CALDEIRA, “*Contratação Pública Verde...*”, *cit.*, p. 74. No mesmo sentido: “... a escolha deve ser pautada por uma ponderação casuisticamente cuidada...” (CAROLINA FERREIRA DA SILVA, “*Políticas horizontais...*”, *cit.*, p. 184).

³⁰¹ CAROLINA FERREIRA DA SILVA, “*Políticas horizontais...*”, *cit.*, p. 184.

cuidada –, não seria adequado relegar a tarefa de elaboração de metodologias de cálculo à via legislativa em sentido estrito.

Exemplificativamente, adotando uma *ratio* semelhante porém em contexto diverso, o Supremo Tribunal Federal brasileiro decidiu, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.059-MC, que a lei não poderia antecipar uma avaliação administrativa concreta ou empírica, criando preferência legal atemporal para determinado tipo de produto.³⁰²

Se por um lado certo consenso doutrinário desaconselha que à lei em sentido estrito seja reconhecida a tarefa de elaboração de metodologias, por outro, não nos parece igualmente indicado que tal competência seja relegada à esfera de atribuições das entidades adjudicantes.³⁰³

Dois são os aspectos principais que, em nossa compreensão, fazem-nos ter uma perspectiva um tanto quanto cética e que sugerem que entidades adjudicantes não devam figurar como protagonistas no processo de criação de metodologias de cálculo de externalidades ambientais.

Em primeiro lugar, diante da já mencionada complexidade que norteia o desenvolvimento dessas metodologias, é de se indagar até que ponto as entidades adjudicantes – em sua maioria já assoberbadas com uma multiplicidade de funções e parcas disponibilidades financeiras e humanas –, deteriam tempo, recursos, capacidade técnica e *expertise* necessários para se debruçar em tão árdua tarefa.

GOMES e CALDEIRA bem destacam a problemática em torno da questão de saber se as entidades adjudicantes teriam capacidade suficiente para manejar de forma satisfatória estes instrumentos e metodologias para uma imensa gama de produtos, serviços e obras:

“Mesmo reconhecendo que se trata de problemas que não cabia ao legislador resolver (até por se tratar de metodologias que não devem ficar rigidamente fixadas na lei e porque, em qualquer caso, a sua aplicação tem necessariamente de ser valorativa e casuística), não pode deixar de se alertar para a delicadeza da tarefa a levar a cabo pelas entidades adjudicantes quando pretendam avaliar uma proposta utilizando o conceito

³⁰² STF; Ação Direta de Inconstitucionalidade (Medida Liminar) n.º 3059, Brasil. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3059&processo=3059>. Acesso em 25.05.2020.

³⁰³ Em sentido contrário: “O legislador comunitário optou por deixar uma larga margem de liberdade às entidades adjudicantes na definição, quer dos impactes a considerar, quer do valor dos mesmos” (TERESA ALMEIDA, “A proposta economicamente mais vantajosa...”, *cit.*, p. 187).

do custo do ciclo de vida das obras, bens ou serviços a adquirir através de um contrato público.”³⁰⁴

Os autores citam a doutrina de Pedro Cerqueira Gomes, que também manifesta sua preocupação quanto a falta de preparação e a ausência em geral de “*political will*” por parte das entidades adjudicantes. Tais fatores constituírem, segundo o autor, obstáculos à plena utilização de características relacionadas com o ciclo de vida no âmbito dos procedimentos de contratação pública.³⁰⁵

Afinal, indaga-se: teriam as autoridades e entidades adjudicantes, no bojo de seus procedimentos adjudicatórios, habilidades suficientes para lidar autonomamente com questões tão dispendiosas e complexas como aquelas relativas à monetarização das externalidades ambientais? Ou, será que se aventurariam a deixar de lado o simplista e confortável critério do mais baixo preço, para imiscuir-se – com insegurança e sérios riscos de responsabilização por eventualmente minarem os princípios da concorrência e da não-discriminação –, nas complexidades envolvidas no cálculo do custo de ciclo de vida ambientais sem que haja uma disciplina harmonizada, mais clara, abrangente e geral ao nível da UE?

Agregar à simples pretensão de promover a contratação de um produto ou serviço – que, ressalte-se, pode até constituir para a entidade adjudicante uma aquisição esporádica ou eventual – a incumbência do peso e sofisticação que a elaboração de uma metodologia de cálculo representa, resultaria em duas consequências dramáticas para o instituto da monetarização de externalidades ambientais: ou sobrecarregaria desproporcionalmente a autoridade adjudicante que se dispusesse a fazê-lo, ou – e esta é o que nos parece a consequência mais provável – tornaria o instituto ineficaz, uma mera letra de lei e declaração de intenções sem efeitos práticos, dada a ausência de entidades adjudicantes dispostas a desincumbir-se desse “fardo”.³⁰⁶⁻³⁰⁷

³⁰⁴ GOMES e CALDEIRA, “Contratação Pública Verde...”, *cit.*, p. 48.

³⁰⁵ PEDRO CERQUEIRA GOMES, “Políticas estratégicas na nova Diretiva 2014/24/UE – objetivos sociais e ambientais”, *in* Revista de Contratos Públicos, n.º 11, 2016, p. 100, citado por GOMES e CALDEIRA, “Contratação Pública Verde...”, *cit.*, p. 74.

³⁰⁶ O termo “fardo” foi utilizado de forma bastante oportuna por CAROLINA FERREIRA DA SILVA (*in* “Políticas horizontais ambientais...”, *cit.*, p. 183). PERERA E MARTINER-FAY, citado por RAQUEL CARVALHO, também o fazem, ao se debruçarem sobre a mesma questão: “the burden of responsibility for conducting LCC and getting it right would then be moved higher up the government hierarchy where allocating funds for modelling and research might be somewhat easier. Government may also make efficiency gains, as individual organizations will not need to devote resources and replicate efforts in conducting LCC analyses on their own” (RAQUEL CARVALHO, “Life-cycle costing in...”, *cit.*, p. 54).

³⁰⁷ RAQUEL CARVALHO cita um exemplo concreto vivenciado pela Municipalidade de Olhão, Portugal, para apontar o problema da carência de conhecimento e experiência entre as autoridades contratantes na realização da análise do CCV, e como isso se reflete na implementação de suas descobertas na decisão de aquisição: “This difficulty was

Embora tão presente no âmbito das escolhas dos critérios de avaliação de propostas e na valoração dos respectivos fatores, a discricionariedade administrativa aqui deve sofrer limites mais rígidos em razão da necessidade de reforço das garantias procedimentais, associada ao comumente reduzido grau de conhecimento e qualificações técnicas das entidades adjudicantes.³⁰⁸

Em segundo lugar, não se pode desconsiderar os potenciais efeitos danosos à concorrência e segurança jurídica. A fragmentariedade resultante da coexistência de múltiplas metodologias sobre os mesmos tipos de produtos, serviços ou obras, pode causar sérias distorções concorrenciais diante da falta de previsibilidade quanto ao que esperar da avaliação das entidades adjudicantes. Pensamos, por exemplo, na hipótese em que operadores econômicos se vejam em desvantagem no âmbito de uma determinada concorrência em que a metodologia adotada de acordo com a conveniência da entidade adjudicante é diversa daquela cujos padrões os mesmos se pautaram no desenvolvimento e conformação do bem ofertado na proposta, que pode, inclusive, ter sido a metodologia utilizada por outra entidade adjudicante. O risco desse tipo de pulverização metodológica difusa fragilizar a credibilidade do instrumento da monetarização é considerável.

DRAGOS e NEAMTU lembram ainda de um outro ponto sensível, que pode conduzir a abusos, ao se conceder às autoridades adjudicantes um amplo espectro de flexibilidade na definição de metodologias: é tênue a linha que separa uma situação em que determinada metodologia é invocada como necessária para atender às especificidades de um dado procedimento e aquela em que se usa desse subterfúgio para favorecer um concorrente.³⁰⁹

O fato do art. 68, n.º 2, da Diretiva 2014/24/UE haver determinado que entidades adjudicantes incluam nos documentos do concurso a metodologia que utilizará para determinar os custos do ciclo de vida, de modo algum quer significar que a elas mesmas (entidades adjudicantes) tenha sido dado o poder propriamente dito de *elaborar* a metodologia indicada. Ora, da exigência

acknowledged, in Portugal, by the Municipality of Olhão in the above-mentioned project, recognizing that it required support to procure using whole life costing as it did not possess the skills and knowledge within its own team to make such decisions without external help. (...) Concepts such as internal rate of return, financial value, technical features of products or even the very particular concepts within the LCC tool, such as lifespan, can make the use of this methodology hard” (RAQUEL CARVALHO, “Life-cycle costing in...”, *cit.*, pp. 51-52).

Reconhecendo a mesma dificuldade, sem porém erigi-la a motivo para subtrair das entidades adjudicantes a tarefa de definições no âmbito das metodologias de cálculo de ciclo de vida ambiental, TERESA ALMEIDA assevera que: “Por um lado, a entidade adjudicante é livre para definir quais os custos que quer considerar; esta liberdade tem, todavia, um custo acrescido, na medida em que essa definição não é fácil.” (TERESA ALMEIDA, “A proposta economicamente mais vantajosa...”, *cit.*, p. 161).

³⁰⁸ Cfr. CUNHA RODRIGUES, “A Contratação Pública como...”, *cit.*, p. 204.

³⁰⁹ Cfr. DACIAN C. DRAGOS; BOGDANA NEAMTU, “Life-cycle costing for...”, *cit.*, p. 132.

de *indicação* da metodologia a ser utilizada no concurso não se segue a conclusão de ter sido à entidade adjudicante atribuída a responsabilidade da sua *elaboração*.

Portanto, não consta da Diretiva 2014/24/UE outorga expressa da competência de elaboração de metodologias às entidades adjudicantes. Por outro lado, é de se reconhecer também que a Diretiva não impediu as mesmas de fazê-lo.

Entre, de um lado, a casuística e a maleabilidade de conteúdo que recomendam o afastamento da disciplina da matéria da atividade legiferante em sentido estrito, e, de outro, a generalidade e a tecnicidade que sugerem o distanciamento deste ônus da entidade-adjudicante, parece-nos que a assunção da responsabilidade pela definição de metodologias de cálculo de custos de externalidades ambientais deve ser assumida pelo Estado via edição de ato regulamentador de conteúdo normativo.

Daí a importância de haveremos destacado, em tópico precedente, quando da abordagem da pluralidade dimensional da atividade interventiva do Estado, a diferenciação entre o Estado que compra (Estado-consumidor ou Estado-adjudicante-contratante) e o Estado que regula (Estado-regulador).

O Estado – especificamente quando no exercício do *jus imperium* – deve exercer protagonismo na coordenação e liderança desses processos e iniciativas que demandam a integração de uma multiplicidade de esforços, conhecimentos técnicos e até certa dose de imparcialidade (diante dos interesses econômicos expressivos que podem estar por detrás do desenvolvimento de metodologias de cálculos), para que as finalidades últimas de preservação do meio-ambiente natural sejam eficazmente atingida.

Poder-se-ia aventar a possibilidade de que, à semelhança do que ocorre nos casos de outorga de rótulos ecológicos, a elaboração de metodologias também fosse reconhecida a entidades privadas. Esta solução, contudo, parece confrontar com as Diretivas de 2014, mormente na parte em que as mesmas asseveram que sempre que metodologias comuns sejam desenvolvidas, a sua utilização deverá ser tornada obrigatória para avaliar os custos do ciclo de vida.³¹⁰⁻³¹¹

³¹⁰ Cfr. Considerando 96 c/c art. 68º, n. 3, da Diretiva 2014/24/UE.

³¹¹ Outrossim, a par do risco de metodologias serem potencialmente desenvolvidas em conflito de interesses caso esta atribuição seja deixada a cargo do setor privado, FILHO, JÚNIOR e LUEDEMANN chamam atenção, referindo-se ao contexto do mercado brasileiro, para a falta de interesse em geral demonstrada pela iniciativa privada em assumir este ônus. Ao que tudo indica, se a elaboração de metodologias para cálculos de custos ambientais estiver a depender da iniciativa privada para que a abordagem de ciclo de vida seja incorporada em seus processos de decisão e modelos de negócio, as perspectivas também não são animadoras: “(...) as grandes empresas, em especial do campo da química,

A assunção por parte do Poder Público da responsabilidade de indicar ao mercado os melhores equipamentos e tecnologias sustentáveis a partir da definição de metodologias de cálculo de custos de externalidades ambientais cumpre um propósito de cunho uniformizador, com maior grau de segurança jurídica e previsibilidade. Nesta seara, o exercício do poder normativo do Estado-regulador teria o condão de conferir, tal como os típicos atos regulamentares, efetiva aplicabilidade às disposições da Diretiva sobre o tema, possibilitando a aplicação desse conjunto de princípios e servindo de ponte entre sua previsão abstrata e sua efetivação concreta.

Estar-se-á por utilizar do poder normativo para veicular práticas de sustentabilidade nas contratações públicas.³¹² Lança-se mão da prerrogativa regulamentar do Estado-regulador de editar atos gerais complementares às leis para se estabelecer determinados parâmetros vinculantes e delimitadores da discricionariedade do Estado-adjudicante no momento da introdução de considerações ambientais como subcritérios de definição da proposta economicamente mais vantajosa.³¹³

O poder de compra do Estado-adjudicante é central para estimular a adesão voluntária aos esforços de sustentabilidade implementados pela normatização dirigente do Estado-regulador. Trata-se de um exemplo em que “o poder normativo delimita o poder discricionário do administrador para a definição de objetos específicos a serem licitados, fazendo-o com vista a um consumo sustentável”.³¹⁴

Não se está a referir a uma estrutura normativa verticalizada – no sentido de regulações compulsórias governamentais –, mesmo porque eventual descumprimento de regulamentos neste âmbito teria apenas o condão de inviabilizar a adjudicação de propostas nos procedimentos de contratação pública, mas não exclui-las do mercado em que estão inseridas ou sujeita-las a sanções. Em verdade, o grau de complexidade e importância dessas metodologias de cálculo sugere, como

*ainda resistem à adoção da avaliação do ciclo de vida. Os setores que detêm propriedade intelectual sobre processos também resistem à ACV. Os setores da construção civil e eletrodomésticos estão mais abertos. O setor da construção civil, segundo um stakeholder das associações, mesmo tendo grande emissões, recebeu um prêmio internacional pela menor emissão de gases em relação ao cimento Portland. Contudo, outros grandes emissores de GEEs seriam refratários à ACV. A diferença entre a construção e outros setores que lidam com commodities está na inserção internacional dos materiais de construção com maior valor agregado” (“A avaliação de ciclo de vida como...”, *cit.*, p. 34).*

³¹² Cfr. MURILLO GIORDAN SANTOS, “Poder Normativo nas licitações sustentáveis”, *cit.*, p. 175.

³¹³ “... a discricionariedade para a escolha dos objetos a serem contratados pelo Poder Público deve obrigatoriamente levar em conta os aspectos de sustentabilidade socioambiental” (MURILLO GIORDAN SANTOS, “Poder Normativo nas licitações sustentáveis”, *cit.*, p. 161).

³¹⁴ MURILLO GIORDAN SANTOS, “Poder Normativo nas licitações sustentáveis”, *cit.*, p. 175.

mencionamos anteriormente, que sua construção seja precedida de ampla abertura a diálogo com os diferentes atores envolvidos, tanto oriundos do setor público quanto do privado.

Em síntese, parece-nos que a natureza múltipla das necessidades e dos objetivos da Administração Pública recomenda que a avaliação quanto a oportunidade e conveniência de fixação de metodologias não sejam, também diante dos inúmeros fatores circunstanciais que este trabalho envolve, matérias a serem valoradas e disciplinadas pelo Poder Legislativo de forma geral e abstrata. Por outro lado, requerem um grau de *expertise* cujas exigências o anúncio de um concurso público ou seu caderno de encargos não comportariam em seus estritos termos, nem em geral estariam as entidades adjudicantes plenamente capacitadas a desenvolver de outro modo.

Eis em nosso entendimento uma primeira premissa a ter em mente no que tange à competência para a definição de metodologias. Parece-nos que os atos decorrentes do exercício do poder normativo-regulador do Estado é o instrumento com maior aptidão e legitimidade para promover a ponderação entre ambientalidade e economicidade no domínio específico das metodologias de cálculo de custos ambientais, fornecendo a disciplina e a segurança jurídica adequadas para que os operadores econômicos tenham conhecimento dos parâmetros aos quais suas propostas se sujeitarão quando submetidas ao cálculo do custo do ciclo de vida ambiental.

5.3.4. Ainda sobre a competência para elaboração de metodologias de cálculo de custos ambientais ao longo do ciclo de vida: a adoção de abordagens europeias como incentivo adicional à utilização dos contratos públicos para apoiar o desenvolvimento sustentável.

Da primeira premissa declinada nos parágrafos anteriores exsurge uma segunda, que ainda diz respeito à competência para a elaboração de métodos de cálculo.

No presente tópico procuraremos apontar algumas circunstâncias que, em nosso entendimento, aconselham que as instâncias normativas comunitárias envidem esforços em direção ao desenvolvimento de metodologias comuns de cálculo do ciclo de vida ambiental em nível da União.

Como já tivemos oportunidade de destacar ao longo do presente trabalho, não obstante o direito europeu dos contratos públicos venha se pautando inequivocamente em favor de uma contratação pública mais sustentável, sua permanente preocupação com os efeitos desse novo paradigma na esfera dos princípios da concorrência e da não-discriminação dentro do mercado

único – quer pelo risco de “afastar operadores econômicos das compras públicas, quer por, em consequência disso, diminuir as possibilidades de escolha das entidades adjudicantes”³¹⁵ –, parece indicar que o sistema legislativo da União sugere sejam a sistemática do cálculo dos custos das externalidades ambientais e suas metodologias submetidas ao crivo e ao controle permanente das instâncias comunitárias.

Embora a Diretiva 2014/24/UE tenha acolhido a possibilidade de que os métodos para avaliar os custos imputados a externalidades ambientais sejam estabelecidos a nível *nacional*, *regional* ou *local* (vide Considerando n.º 96, parágrafo segundo), pensamos que foi em direção ao desenvolvimento de metodologias comuns a nível da União que o legislador europeu parece ter apontado o foco dos maiores esforços comunitários vindouros. E, ousando ir além, a considerar o teor das menções dedicadas à temática na Diretiva 2014/24/UE, parece-nos que a própria subsistência e consolidação do novel instrumento da monetarização de custos ambientais está a depender em grande parte da concretização das perspectivas depositadas no eventual êxito das experiências de elaboração de metodologias comuns (nesse sentido, vide Considerando n.º 95, parágrafos segundo e terceiro; Considerando n.º 96, parágrafo terceiro; art. 68º, n.º 3).

A centralização das decisões no domínio dos contratos públicos ecológicos e a adoção de requisitos harmonizados a nível da União Europeia tem a virtude de evitar a fragmentação das políticas de contratação no mercado interno europeu, aumentando a previsibilidade em benefício dos operadores econômicos.

FERREIRA DA SILVA sustenta que com a definição de uma metodologia comum de âmbito europeu reveste-se o procedimento de “maior objetividade e transparência”, de modo que “as entidades adjudicantes estarão na posse dos instrumentos necessários para ultrapassar, com maior facilidade, as suas dúvidas nesta matéria”.³¹⁶

Nessa toada, GOMES e CALDEIRA destacam o propósito externado pelo legislador europeu à luz da exigência de uma maior uniformidade de procedimentos e de atuação entre as entidades adjudicantes dos diversos Estados-Membros:

“Assinale-se, em qualquer caso, que o legislador comunitário anunciou expressamente o seu propósito de alargar o número de metodologias comuns obrigatórias — cf. o Considerando (95), terceiro parágrafo, da

³¹⁵ PEDRO COSTA GONÇALVES, “Integração de preocupações...”, *cit.*, p. 119.

³¹⁶ CAROLINA FERREIRA DA SILVA, “Políticas horizontais ambientais...”, *cit.*, pp. 183-184.

Directiva 2014/24/UE —, pelo que é provável que a liberdade de escolha das entidades adjudicantes venha a ser diminuída a prazo”.³¹⁷

O desenvolvimento de critérios e abordagens de natureza supranacional teria o condão de evitar distorções à concorrência dentro do mercado único e de racionalizar os esforços de entidades adjudicantes na elaboração de metodologias. Vide sobre o assunto o ponto de vista de WIESBROCK e SJAFJELL:

“Clear EU guidelines on life-cycle costing methodologies and labels or certificates based on them would certainly contribute to both sustainability and internal market objectives by facilitating the uptake of sustainable public procurement, whilst at the same time making sure that this does not translate into distortions of competition in the internal market”³¹⁸

A própria Comunicação da Comissão Europeia COM 2008 (400) Bruxelas – “*Contratos Públicos para um ambiente melhor*” –, de 16 de julho de 2008, já alertava para a importância de que ações relativas aos contratos públicos ecológicos (CPE) ocorressem em bases comuns em nível europeu:

“(…) dado que a utilização dos CPE está a aumentar, os critérios utilizados pelos Estados-Membros deveriam ser compatíveis a fim de evitar distorções no mercado único e uma redução da concorrência a nível da UE. A definição de um conjunto único de critérios reduziria consideravelmente a carga administrativa para os operadores económicos e para as administrações públicas que adjudiquem CPE. A existência de critérios comuns CPE beneficiaria especialmente as empresas que desenvolvem actividades em mais de um Estado-Membro, bem como as PME (cuja capacidade para gerir procedimentos de aquisição diferentes é limitada).
(…)

A Comissão propõe que os Estados-Membros, o Parlamento Europeu e o Conselho:

- aprovem a abordagem e o método propostos para a definição de critérios comuns em matéria de contratos públicos ecológicos, bem como o objectivo político e as ferramentas recomendadas que visam a adjudicação de mais e melhores contratos públicos ecológicos;
- procedam à respectiva implementação através de estratégias nacionais em matéria de contratos públicos ecológicos e de uma maior cooperação, em particular ao aplicar mecanismos de financiamento da UE;

³¹⁷ GOMES e CALDEIRA, “Contratação Pública Verde...”, *cit.*, p. 75.

³¹⁸ ANJA WIESBROCK; BEATE SJAFJELL, “*Public procurement’s potential...*”, *cit.*, p. 238.

- apoiem os trabalhos em curso destinados a propor medidas complementares com vista a assegurar o desenvolvimento harmonizado de objectivos e critérios CPE e a maximizar o apoio político aos CPE”.³¹⁹

A adoção de uma multiplicidade de abordagens nacionais na matéria acabaria por gerar entraves para a concorrência nos processos de adjudicação, dificultaria a desejada integração do mercado único em matéria de contratação pública e, ao que nos parece, poderia representar um desserviço à promoção das contratações sustentáveis pela via específica da avaliação dos custos ambientais do ciclo de vida. Vendo-se obrigados a terem de se adaptar a diferentes enquadramentos normativos a depender dos Estados-membros nos quais pretendam desenvolver suas atividades, fornecedores se sentiriam pouco inclinados a se sujeitarem a tal diversidade de condições, ou, quando, ao contrário, decidissem fazê-lo, acabariam tendo seus custos de produção e/ou comercialização elevados, o que acabaria por refletir no preço das propostas. Essas circunstâncias não devem ser menosprezadas, dado o seu potencial de fragilizar o desenvolvimento de produtos e serviços ecológicos.

O tratamento uniformemente comunitário neste domínio, ao contrário, poderia incentivar a inovação e o desenvolvimento de soluções mais inteligentes. Via de regra, a introdução generalizada no mercado de tecnologias com melhor desempenho ambiental é frequentemente prejudicada pelo custo inicial mais elevado e, por conseguinte, por uma procura insuficiente. Se, por um lado, é improvável que os fabricantes produzam séries especiais de produtos em resposta a incentivos meramente locais ou regionais com vista, por exemplo, a melhorar a eficiência energética ou a reduzir as emissões poluentes, por outro, em se tratando de ação a nível comunitário, o entrave às iniciativas inovadoras por parte de operadores econômicos parece se dissipar. Essa circunstância teria o condão de fomentar o desenvolvimento de mercados com dimensão suficiente e economias de escala necessárias para compensar os investimentos no alargamento da produção de soluções ambientalmente mais sustentáveis.³²⁰

³¹⁹ COM (2008) 400 final, *cit.*, pp. 4 e 13. Cite-se, ainda, alguns exemplos práticos de ações em nível comunitário em matéria de contratos públicos ecológicos: Regulamento (CE) n.º 66/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009, relativo a um sistema de rótulo ecológico; Regulamento (CE) n.º 106/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Janeiro de 2008, relativo a um Programa Comunitário de Rotulagem em Matéria de Eficiência Energética para Equipamento de Escritório; Directiva 2005/32/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Julho de 2005, relativa à criação de um quadro para definir os requisitos de concepção ecológica dos produtos que consomem energia.

³²⁰ Nesse sentido, o Considerando n. 15 Directiva 2009/33/CE afirma, relativamente ao setor sobre o qual suas disposições incidem, que a procura de veículos para serviços de transporte público pode ter um impacto significativo no mercado se forem aplicados critérios harmonizados a nível comunitário.

Uma procura por produtos, serviços e obras menos poluentes do ponto de vista de uma metodologia de cálculo de ciclo de vida coletivamente adotada estimularia uma maior aceitação desta abordagem de internalização de custos nas decisões de aquisição por parte dos participantes do mercado. É improvável que os operadores econômicos produzam variantes especiais de modelos de seus produtos para responder a uma procura limitada por aquele tipo de bem. Uma melhor harmonização de critérios nesta seara tem o potencial de ensejar ações a uma escala suficientemente lata para comportar reduções de custos e provocar impacto em um mercado altamente integrado como o é o da UE.³²¹

FERREIRA DA SILVA muito bem sintetiza os argumentos em favor da definição de metodologias comuns, as quais, segundo a autora, resultariam, ao fim e ao cabo, em benefícios à concorrência efetiva:

“(...) a adoção de uma metodologia pré-definida incentiva as entidades adjudicantes à veiculação de uma contratação pública ancorada em aspetos ambientais e sociais; e, depois, parece uniformizar a utilização do CCV no âmbito do espaço europeu, combatendo-se, portanto, a fragmentariedade na aplicação das metodologias e aumentando a segurança jurídica e a credibilidade deste instrumento, junto das respetivas autoridades e dos proponentes – as entidades adjudicantes estarão na posse dos instrumentos necessários para ultrapassar, com maior facilidade, as suas dúvidas nesta matéria; os proponentes saberão, com mais certeza, o que esperar da avaliação da entidade adjudicante que terá, necessariamente, de se conformar com os padrões legislativos impostos. A definição prévia de uma metodologia comum de âmbito europeu, ao revestir o procedimento de maior objetividade e transparência, e ao fomentar a igualdade e a não discriminação entre os concorrentes, protegerá, em última instância, a concorrência efetiva”.³²²

Interessante destacar que neste caso o incremento nos níveis de concorrência estaria a ocorrer justamente por meio da realização de políticas horizontais. Ora, como registrado em tópico anterior, se um dos objetivos da concorrência é a busca por eficiência econômica, estariam a análise do ciclo de vida ambiental (em geral) e a definição de metodologias comuns (em especial)

³²¹ Cfr. Considerando 26 da Diretiva (UE) 2019/1161.

³²² CAROLINA FERREIRA DA SILVA, “Políticas horizontais ambientais...”, *cit.*, pp. 183-184. Nesse mesmo sentido, vide DRAGOS e NEAMTU: “We consider that the mandatory use of a common methodology adopted at EU level (or even at the national level) has the potential in the short term to encourage the use of LCC by contracting authorities. This can be achieved by limiting fragmentation and by increasing legal certainty in an already complicated field. This is specially true for the newer Member States, whose institutions have low administration capacities and less skilled procurement practitioners” (Cfr. DACIAN C. DRAGOS; BOGDANA NEAMTU, “*Life-cycle costing for...*”, *cit.*, p. 127).

também a servirem de instrumento de promoção da economicidade, fazendo-o, com superação de dicotomias, por meio de políticas horizontais ambientais:

“Mas, se é verdade que esta escolha poderá trazer consigo o potencial de defesa concorrencial, não deixa de ser menos verdade que poderá triunfar, cumulativamente, na área da prossecução das políticas horizontais de carácter ambiental. Tal significa que a típica tensão existente entre a defesa da concorrência e a implementação das políticas horizontais não se verifica neste momento, caso se preencha o pressuposto, neste último caso, de adoção de uma metodologia que tenha ciente as necessidades ambientais efetivas e que seja elaborada por entidades com a experiência e os conhecimentos técnicos necessários ao desenvolvimento de uma metodologia que possa servir de base ao cálculo dos custos do ciclo de vida, tarefa que, como bem se sabe, se assume intrincada.”³²³

A definição de metodologias harmonizadas em nível europeu representa um esforço coletivo com resultados e benefícios igualmente coletivos. À medida que a União Europeia constrói uma abordagem sistémica e oficialmente padronizada nesse domínio, estruturando uma espécie de banco de dados comunitário de metodologias de apuração de custos ambientais e inventários de análise de ciclos de vida, com partilha de informações e ferramentas de acesso entre Estados-membros ao abrigo da legislação comunitária, cria-se um ambiente menos fragmentado e mais propício para o amadurecimento do instituto em nível europeu.

Tal tratamento generalizante tem o condão de facilitar e estruturar o intercâmbio de conhecimentos e melhores práticas entre Estados-Membros na matéria, além de contribuir para condições de concorrência equitativas. Trata-se, a nosso ver, de mais um exemplo a compor o que RAQUEL CARVALHO designou de movimento de “desnacionalização dos regimes jurídicos (cada vez mais as normas resultam da UE) e a importância dos modelos internacionais”³²⁴.

Como bem destacam ESTEVAN e SCHAEFER, o que se tem observado hodiernamente é a proliferação de estudos, manuais, experiências e diretrizes de boas práticas esparsas pelos diversos Estados-membros, cada qual destacando diferentes questões, desafios, dificuldades, respostas e algumas soluções na tentativa de dar passos rumo à efetiva implementação do custo do ciclo de vida nas contratações públicas.³²⁵ As iniciativas são louváveis, porém só tendem a reforçar

³²³ CAROLINA FERREIRA DA SILVA, “Políticas horizontais ambientais...”, *cit.*, p. 184.

³²⁴ RAQUEL CARVALHO, *Direito da Contratação Pública*, *cit.*, p. 19.

³²⁵ HELENA ESTEVAN e BETTINE SCHAEFER, “*Life Cycle Costing - State of...*”, *cit.*, p. 18-23. As autoras citam algumas dessas experiências práticas exitosas levadas a efeito por regiões que incorporaram o custo do ciclo de vida em suas contratações públicas.

a importância de se ter um tratamento mais abrangente e uniforme na matéria, que seja compatível com a realidade transfronteiriça do mercado comum europeu.³²⁶

Esta pretensão harmonizadora não deve, todavia, significar desprezo às especificidades verificadas nas diferentes realidades com que entidades adjudicantes se deparam em situações concretas. Trata-se, deveras, de um desafio que se erige diante das instâncias europeias quando do desenvolvimento de metodologias em nível da União: desenvolvê-las (as metodologias) de forma uniformemente comum, sim, porém sem se descurar de fazer remanescer, subjacente a elas, uma margem de liberdade e autonomia suficientes que permitam que as autoridades adjudicantes tenham condições de realizar, em cada situação concreta, uma ponderação casuística dos fatores a serem considerados na aplicação do cálculo dos custos ambientais.

Com efeito, por ocasião da utilização de metodologias, parece-nos imprescindível seja preservado algum espaço no qual as entidades adjudicantes tenham a oportunidade de ponderar as circunstâncias concretas do contrato público que, em cada momento, pretende celebrar. Como alerta a Diretiva-paradigma analisada anteriormente (n. 2009/33/CE), a harmonização de metodologias em âmbito comunitário será reputada adequada desde que formulada em grau que comporte a necessária flexibilidade para adequação a diferentes realidades:

“A presente directiva deverá definir uma gama de custos das emissões de CO₂ e das emissões de poluentes que, por um lado, confira aos poderes públicos, entidades adjudicantes e operadores flexibilidade para terem em conta as respectivas situações locais e, por outro, garanta um grau de harmonização adequado”³²⁷

Exempli gratia, na Diretiva n. 2009/33/CE a definição de uma metodologia comum a ser observada não afastava a possibilidade de inclusão de outros critérios de adjudicação relevantes. A COM (2007) 817 alertava que a inclusão nos critérios de adjudicação dos custos com o consumo de energia, as emissões de CO₂ e as emissões poluentes durante o tempo de vida do veículo, mesmo quando obrigatória, não excluía a possibilidade de inclusão de outros critérios de adjudicação considerados necessários pelas entidades públicas.³²⁸

³²⁶ RAQUEL CARVALHO, “Life-cycle costing in...”, *cit.*, p. 36

³²⁷ Cfr. Considerando n. 23 da Diretiva 2009/33/CE.

³²⁸ COM (2007) 817 final, de 19.12.2007, *cit.*, p. 10.

Por essas razões, parece-nos que a definição de metodologias de cálculo de custos decorrentes de externalidades ambientais deve ser reputada como matéria cuja disciplina esteja reservada a atos normativos à escala da União Europeia. Isso, frise-se, não obstante a inexistência de comando legal nesse sentido. É o que sugere, porém, o Considerando n. 95 da Diretiva 2014/24/UE, que erige, como estratégia comum, a adoção de abordagens europeias para determinar os custos ao longo do ciclo de vida como incentivo adicional à utilização dos contratos públicos para apoiar o desenvolvimento sustentável.

Nessa linha, e dando um passo adiante, ousamos dizer que, se por um lado reconhecemos que a definição de metodologias de cálculo figura-se como incumbência do Estado-regulador – por meio da edição de atos normativos –, e não do Estado-adjudicante – por meio simplesmente das peças do procedimento concursal ou de outra forma de sua conveniência –, por outro lado entendemos que, no âmbito eurocomunitário, tal Estado-regulador se revela, dadas as exigências de cunho uniformizador, na figura supranacional das instituições e legislação comunitárias, isto é, do Direito supranacional da União.

O fundamento para tal entendimento, em nosso entender, perpassa inclusive pela aplicação do princípio da subsidiariedade, consagrado no artigo 5º, nº 3, par. 1º, do Tratado da União Europeia. Segundo a referida norma:

“Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação encarada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-membros, tanto ao nível central como ao nível regional ou local, podendo contudo, devido às dimensões ou efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União”.

No contexto do movimento de constitucionalização da União – no qual tem-se envidado esforços para se viabilizar uma maior participação dos cidadãos no processo de integração europeia –, só se deve atribuir à União as tarefas que os Estados-membros, por si só, não possam desempenhar de modo suficientemente eficiente.³²⁹ Confia-se a órgãos comuns apenas os poderes necessários ao bom desempenho das atribuições que eles podem realizar de forma mais satisfatória do que os Estados-membros considerados isoladamente.

³²⁹ Cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 320.

Vale trazer à colação a lição de GUERRA MARTINS acerca do princípio jurídico em comento:

“A ação da União, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, está sujeita a um critério de descentralização, pois só pode agir se e na medida em que os seus objetivos não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-membros e a um critério de eficiência, uma vez que esses objetivos devem ser melhor alcançados pela União”³³⁰

Pensamos ser este o caso das ações correspondentes à disciplina das metodologias de cálculo dos custos das externalidades ambientais. Os objetivos que este instituto se propõe atingir dificilmente serão eficazmente alcançados pela atuação isolada dos Estados-membros. O quadro político comum e a realidade transfronteiriça sugerem que tais objetivos sejam mais bem alcançados através de um *jus comune*, sob pena de riscos às regras de concorrência e ao funcionamento do mercado interno.

Ao cuidar especificamente do mercado de veículos, a COM (2007) 817 já invocara o princípio da subsidiariedade como fundamento a embasar a importância da acumulação de contratos públicos através de critérios harmonizados a nível da UE. Segundo a referida Comunicação, só assim haveria um impacto significativo em termos de promoção de veículos de transporte rodoviário não poluentes e energeticamente eficientes:

“É aplicável o princípio da subsidiariedade, na medida em que a proposta não é da competência exclusiva da Comunidade. A nível local, regional e nacional já têm sido adoptadas políticas para promover os contratos públicos ecológicos e os veículos menos poluentes e energeticamente mais eficientes. Contudo, a ação apenas a estes níveis acarretaria o risco de fragmentação do mercado interno, resultaria em custos elevados e impediria economias de escala”³³¹

As circunstâncias que, à luz do princípio da subsidiariedade, autorizarem a atuação da União, implicarão, igualmente, no seu *dever* de fazê-lo. Se a União *pode* agir – ante, frise-se, a constatação de que a atuação dos Estados-membros seria insuficiente na hipótese –, *deve* fazê-lo. Trata-se, portanto, de um *poder-dever*, cujo exercício é imperativo quando os pressupostos e circunstâncias autorizativas da ação comum estiverem presentes.

³³⁰ GUERRA MARTINS, “*Manual de Direito...*”, *cit.*, p. 321.

³³¹ COM (2007) 817 final, de 19.12.2007, *cit.*, p. 9.

5.3.5. Perspectivas em torno do desenvolvimento da matéria no âmbito da União.

Apesar de todos os argumentos aduzidos no tópico anterior em favor do desenvolvimento de metodologias comuns em nível da União, é verdade, entretanto, que a posição da Comissão Europeia neste momento é precisamente a de não impor qualquer metodologia comum de uso obrigatório, deixando ao critério de cada entidade adjudicante a escolha daquela a ser adotada de acordo com as circunstâncias específicas.

A razão para isso é explicada no próprio Preâmbulo da Diretiva (UE) 2019/1161, *in verbis*:

“Dado o escasso recurso à metodologia para o cálculo dos custos operacionais durante o tempo de vida no âmbito da Diretiva 2009/33/CE e face às informações prestadas pelas autoridades adjudicantes e entidades adjudicantes sobre a utilização de metodologias próprias moduladas à medida de circunstâncias e necessidades específicas, não deverá ser imposta qualquer metodologia de uso obrigatório, devendo as autoridades adjudicantes e as entidades adjudicantes poder escolher qualquer metodologia que desejem para o cálculo dos custos do ciclo de vida no âmbito dos seus procedimentos de contratação, com base no critério da proposta economicamente mais vantajosa, conforme previsto no artigo 67.o da Diretiva 2014/24/UE e no artigo 82.o da Diretiva 2014/25/UE, tendo em consideração a eficiência em termos de custos ao longo do tempo de vida do veículo, assim como aspetos ambientais e sociais.”³³²

Esta posição representa uma virada de mão. Parece sugerir um caminho em sentido diametralmente oposto àquele que até então restara consagrado – com certo vigor, diga-se –, na Diretiva 2014/24/UE. No contexto desta última, lembre-se, estava nitidamente presente um discurso de incentivo ao desenvolvimento de metodologias comuns a nível da União para o cálculo dos custos do ciclo de vida, de modo a se ampliar o rol de metodologias de utilização obrigatória.³³³

Agora, porém, diferentemente, a Comissão Europeia parece inclinar-se em favor da concessão de uma ampla margem de autonomia a cada decisor público na escolha de uma metodologia adequada.

³³² Considerando n.º 24, da Diretiva (UE) 2019/1161, *cit.*

³³³ Nesse sentido, vide os já mencionados Considerando n.º 95, parágrafos segundo e terceiro; Considerando n.º 96, parágrafo terceiro; art. 68º, n.º 3, da Diretiva 2014/24/UE. A intenção demonstrada naquela ocasião pelo legislador europeu de ampliar o rol de metodologias comuns também não passou despercebido pela doutrina: “Para além deste caso (em referência à 2009/33/CE), prevê-se ainda a habilitação da Comissão Europeia para adotar atos delegados relativos à atualização dos atos jurídicos constantes dos anexos, alargando assim as situações de imperatividade de utilização do cálculo do custo do ciclo de vida” (FERREIRINHA AROSO, “*Direito do Ambiente e Contratação Pública...*”, *cit.*, p. 42).

A própria doutrina portuguesa vinha destacando, praticamente à unanimidade – porém antes do advento da Diretiva (UE) 2019/1161 –, que a intenção da Comissão era alargar a lista de metodologias obrigatórias³³⁴, e que ao nível da União, aguardava-se “com expectativa o desenvolvimento de metodologias comuns para o cálculo dos custos do ciclo de vida de determinadas categorias de fornecimentos ou serviços”.³³⁵

O que parece estar a ocorrer, contudo, ao contrário de todas as predições, é justamente o contrário. As instituições comunitárias parecem caminhar no sentido de conferir maiores liberdades de escolha às entidades adjudicantes em detrimento da disciplina comum obrigatória anteriormente ventilada.³³⁶

Poder-se-ia argumentar que esta nova diretriz teria representado um certo retrocesso para o instituto da monetarização de externalidades ambientais e do cálculo dos custos do ciclo de vida ambiental enquanto instrumentos de promoção de políticas horizontais nas contratações públicas. Isso porque a Diretiva 2019/1161 desaconselhou, de modo enfático, a adoção de metodologias de uso obrigatório, o que até então vinha sendo alvo de esforços comunitários sob a égide da Diretiva 2014/24/UE, o diploma normativo europeu que inaugurou a monetarização de custos ambientais.

Não nos parece ser assim, entretanto. Ao contrário de representar fragilização ou desprestígio destes novos instrumentos de promoção de políticas horizontais ambientais, a Diretiva 2019/1161 expressamente enaltece a sua importância. Faze-o, porém, se desvencilhado da proposição – outrora consagrada pelas Diretivas de 2014 – de desenvolvimento de metodologias comuns de alcance geral e uso obrigatório:

“O cálculo dos custos do ciclo de vida constitui uma importante ferramenta para as autoridades adjudicantes e as entidades adjudicantes, para abranger os custos energéticos e ambientais durante o ciclo de vida de um veículo, incluindo o custo das emissões de gás com efeito de estufa e de outras emissões poluentes com base numa metodologia adequada para determinar o seu valor monetário”.³³⁷

³³⁴ Cfr. TERESA ALMEIDA, “Critérios de adjudicação: o (novo) conceito...”, *cit.*, p. 162.

³³⁵ ISABEL CELESTE M. FONSECA, “O (novo) conceito de...”, *cit.*, p. 54.

³³⁶ Esta posição é defendida também por RAQUEL CARVALHO: “Instead of a unique mandatory methodology, it seems preferable to have guidelines broadly publicized” (RAQUEL CARVALHO, “Life-cycle costing in...”, *cit.*, p. 60).

³³⁷ Considerando n.º 24 da Diretiva n.º 2019/1161.

Daí haver a Diretiva 2019/1161/UE suprimido a metodologia comum e de uso obrigatório até então vigente para o setor de veículos de transporte rodoviário. Isso, frise-se, sem prejuízo do instituto do cálculo do custo de ciclo de vida ambiental em si considerado. Este continua em pleno vigor, apenas sendo desaconselhável – ao menos segundo a diretriz extraída da recente Diretiva (UE) 2019/1161 –, a elaboração de metodologias de uso obrigatório para sua efetivação.

Vemos este novo posicionamento da Comissão com certo receio.

Se por um lado, como visto, a doutrina majoritária tem reconhecido a natureza discricionária da maior parte das provisões relativas à sustentabilidade na contratação pública em geral, por outro, no que diz respeito especificamente à introdução de considerações ambientais por meio de metodologias de cálculo de custos de externalidades, a concessão de larga margem de discricionariedade atribuída às entidades adjudicantes parece trazer consigo o risco de minar a eficácia da realização de objetivos horizontais e conduzir à insegurança jurídica.

Imaginar que, na ausência de uma disciplina harmonizada, operadores econômicos se depararão com um vasto leque de critérios, obrigações e padrões de exigência a depender do Estado-membro e das autoridades adjudicantes ao redor de toda a União Europeia, sem sequer um mínimo de harmonização, afigura-nos particularmente problemático para a dinâmica do mercado interno, o princípio da concorrência e da não-discriminação, além da falta de segurança e previsibilidade.³³⁸

A utilização de metodologias próprias, moduladas à medida de circunstâncias e necessidades específicas, poderá ensejar a indesejada fragmentação dessa política de contratação no mercado interno europeu. A coexistência de metodologias de cálculo de custos ambientais amplamente divergentes entre Estados-membro e entidades adjudicantes reduz a atratividade para os investimentos em produtos, serviços e obras mais inovadores e ecologicamente responsáveis. A necessidade de se adaptar a diferentes metodologias pode afastar um considerável número de concorrentes, ao passo que aqueles que se dispuserem a concorrer terão custos mais elevados ante a diminuição de economias de escala.

Acresce-se a isto os riscos de que tal entendimento dê ensejo a maiores margens para políticas protecionistas e atos discriminatórios por parte de governos em favorecimento de

³³⁸ Cfr. COM (2011) 15 final, *cit.*, p. 43.

empresas locais nos procedimentos nacionais de contratação pública. Entraves como estes têm sido debelados ao longo do tempo justamente através de um *jus commune*, isto é, através da adoção de práticas que auxiliem na aproximação das disciplinas normativas nacionais na medida necessária à realização do mercado único. É o que a Professora ESTORNINHO bem define como processo de europeização dos contratos públicos, ao se referir a este fenômeno de progressiva uniformização, convergência e harmonização de preceitos e regimes jurídicos aplicáveis à matéria no mercado europeu.^{339_340}

O que se observa agora é uma outra espécie de tensão de propósitos dentro desta temática: a necessidade, de um lado, de manter procedimentos comuns, contra, do outro, o anseio de conferir às autoridades adjudicantes maior flexibilidade de escolhas.³⁴¹ A Comissão, outrora adepta da primeira opção, parece agora trilhar caminho inverso, no sentido da segunda alternativa.

A ver o que sucederá. Essa solução que doravante se desenha, e que não contempla no campo das metodologias de cálculo o necessário grau de interação e harmonização de preceitos que a significativa dinâmica transfronteiriça do mercado interno requer dos diversos setores para seu hígido funcionamento, parece reduzir a importância do papel que as contratações públicas desempenham no funcionamento do mercado europeu.

CONCLUSÕES

Impõe-se a organização do *brainstorm*. E o tópico das “conclusões” parece-nos oportuno para uma última tentativa de sistematização do raciocínio, refutação eventual das hipóteses originais e reforço argumentativo.

Nesse sentido, a título conclusivo, articulam-se, a seguir, as principais ideias desenvolvidas ao longo do presente estudo.

³³⁹ Cfr. ESTORNINHO, “*Direito Europeu dos Contratos Públicos...*”, *cit.* Em outra oportunidade, assevera a eminente Professora que “do ponto de vista da evolução do Direito Europeu da Contratação Pública é interessante realçar o fomento à contratação pública transfronteiriça nas Diretivas de 2014, enveredando-se por uma nova linha estratégica de aprofundamento da europeização da contratação pública” (“Uma oportunidade perdida...”, *cit.*, p. 17).

³⁴⁰ “The European Union (EU) regulations regarding public procurement were enacted to help create a European Internal Market (...). One of the consequences of the EU regulation of public procurement is the harmonization of legislation in twenty-eight Member States, each with competing interests and legal traditions” (PEDRO TELLES, “The good, the bad, and the ugly: the EU’s internal market, public procurement thresholds, and cross-border interest”, in *Public Contract Law Journal*, vol. 43, n. 1, American Bar Association, 2013, pp. 4 e 11).

³⁴¹ Cfr. ABBY SEMPLE, “The link to the subject matter...”, *cit.*, p. 55.

1. O tema dos custos imputados às externalidades ambientais, sua monetarização e consequente internalização no custo global da contratação está inserido em uma temática mais ampla, que é a das contratações públicas sustentáveis. Sob a diretriz principiológica deste emergente paradigma, os contratos públicos são erigidos a instrumento privilegiado para contribuir com a promoção do desenvolvimento sustentável através da consecução (também) de políticas públicas horizontais.

2. Consideram-se sustentáveis as contratações públicas que, a par de satisfazerem as necessidades das entidades adjudicantes por bens, serviços e obras, incorporam políticas de sustentabilidade por meio da introdução de considerações ambientais e sociais no curso dos processos de formação dos contratos públicos, ou durante a execução do contrato propriamente dito, tornando-o – a par de economicamente vantajoso –, ecologicamente responsável e socialmente justo.

3. Enquanto valor e princípio constitucional, a sustentabilidade exprime uma pluralidade de dimensões que densificam seu conceito. Dentre as ideias que lhe são subjacentes, destacam-se duas orientações paradigmático-axiológicas que apontam para um aperfeiçoamento progressivo da técnica do contrato público no quadro da proteção do ambiente, além da já tradicional busca por eficiências do ponto de vista econômico-financeiro. Referimo-nos às dimensões ecológica (ambientalidade) e econômica (economicidade) da sustentabilidade, as quais trazem consigo o desafio da concordância prática e da ponderação de uma pluralidade de valores em aparente relação de antagonismo.

4. O Direito Europeu dos Contratos Públicos conta com um expressivo arcabouço jurídico que autoriza (não impõe) a introdução de preocupações ambientais no seio da contratação pública. Dentre os diplomas legais que conferem amparo legal ao novo paradigma, destacam-se as últimas duas gerações de Diretivas sobre contratações públicas, diversas Comunicações da Comissão e, em última análise, os próprios tratados constitutivos da União.

5. Aos referidos atos normativos comunitários somam-se, neste movimento de adesão à consciência institucional do consumo público sustentável, dois outros fundamentos de cunho jurídico-filosófico que conferem força normativa ao princípio da sustentabilidade e impõem que entidades adjudicantes procedam à efetiva ponderação dos bens e valores ambientais envolvidos em sua atividade contratual.

6. Referimo-nos, primeiramente, ao compromisso ético-político que as entidades adjudicantes têm de exercer o seu poder de compra de modo social e ambientalmente responsável, o que decorre da expressividade econômica e financeira de recursos públicos envolvidos nas aquisições públicas e a influência que, em razão disso, o Estado-adjudicante detém sobre os mercados, com potencial de induzir comportamentos e transformações estruturais em matéria de hábitos de produção, consumo e desfazimento de bens.

7. Um segundo fundamento também de cunho ético-político, legitimador das contratações públicas sustentáveis, advém da concepção da atividade contratual do Estado como espécie de liberdade humana substantiva, e, simultaneamente, um meio de expansão de diversas outras liberdades de igual natureza. Tal construção é oriunda da diretriz valorativa e principiológica da teoria do “desenvolvimento como liberdade”, preconizada por Amartya Sen.

8. Deveras, quando concebida como instrumento a contribuir para a promoção do desenvolvimento sustentável mediante a implementação de políticas públicas ambientais, a contratação pública estará, ao fim e ao cabo, promovendo a expansão de liberdades humanas de diferentes tipos e a eliminação de restrição dessas mesmas liberdades, em um contexto de compromisso em horizontes intra e intergeracional. Uma contratação pública que não perscrute formas de promover o desenvolvimento sustentável é eticamente reprovável em razão de, na linha teórica preconizada por SEN, constituir-se em forma de restrição de liberdades humanas fundamentais de presentes e futuras gerações. Tem-se aqui um reforço jusfilosófico ao dever de promoção do desenvolvimento sustentável por meio dos contratos públicos.

9. O cálculo dos custos originados ao longo de todas as fases do ciclo de vida de produtos, serviços e obras – *from the cradle to the grave* –, é erigido pela Diretiva 2014/24/UE como mecanismo de adjudicação cuja abordagem custo-eficácia representa um incentivo adicional à utilização dos contratos públicos para apoiar o desenvolvimento sustentável (Considerando 95). Da internalização das referidas grandezas ao custo total da contratação tem-se, para fins de definição da proposta economicamente mais vantajosa, um (melhor) indicador do próprio “best value for money”, porém em horizonte temporal alargado.

10. Se desvencilhando do apego excessivo ao critério do “mais baixo preço” imediato – isto é, do reducionismo da avaliação puramente monetária do preço aquisitivo inicial como referência –, leva-se em conta os custos totais produzidos ao longo do ciclo de vida do objeto contratual, os quais, somados ao preço inicial, são introduzidos entre os componentes financeiros

da proposta para aferição do seu custo total efetivo. Trata-se de uma mudança paradigmática: a busca estrita pela vantagem econômica e pela eficiência financeira de curto prazo cedem espaço para uma abordagem em que outros aspectos que não os de cunho econômico – notadamente os ambientais e sociais – são englobados no custo total da contratação numa perspectiva de ganhos em horizonte de longo prazo.

11. A Diretiva 2014/24/UE insere a temática do cálculo dos custos do ciclo de vida no domínio dos critérios de adjudicação, mais especificamente como ferramenta de auxílio na valoração dos elementos a serem levados em consideração na identificação da proposta economicamente mais vantajosa quando esta adotar uma abordagem custo-eficácia como modelo de avaliação de propostas. É no âmbito desta espécie de *critério de custos* (a abordagem custo-eficácia) que o cálculo do CCV encontra guarida, com aptidão para perquirir a proposta economicamente mais vantajosa em sua modalidade “mais baixo custo” (ou preço ajustado mais baixo).

12. Segundo a Diretiva 2014/24/UE, os custos abrangidos pelo cálculo dos custos do ciclo de vida são divididos em dois grandes grupos: de um lado, os denominados *custos internos* (suportados pela autoridade adjudicante ou outros utilizadores do objeto contratado); de outro – e aqui, sim, uma genuína novidade inaugurada pelas Diretivas de 2014 –, os *custos imputados às externalidades ambientais* (suportados, em geral, por toda a coletividade).

13. No já referido contexto de harmonização, na máxima medida possível, dos anseios por eficiências ambientais e econômicas, com preservação da essencialidade ou do conteúdo mínimo de cada qual, é que o instituto da monetarização dos custos imputados às externalidades ambientais negativas e sua conseqüente internalização no cálculo do custo global da contratação se apresentam, sob a perspectiva da análise econômica do direito aplicada às contratações públicas, como potencial ponto de convergência entre os paradigmas da ambientalidade e da economicidade, otimizando-os a partir de uma abordagem qualidade-preço em que o fator “qualidade” é aferido pelos benefícios ambientais monetarizados.

14. Um novo paradigma *econômico-ecológico* parece se despontar para auxiliar na análise da vantajosidade das propostas. No âmbito do CCV – mais especificamente na monetarização e conseqüente internalização de custos imputados a externalidades ambientais – maximiza-se eficiências econômicas (*value for money*) mediante a indução de comportamentos ambientalmente responsáveis, conciliando a redução de custos e a eficiência da despesa pública a

longo prazo com a consecução de políticas horizontais. As políticas ambientais tornam-se um fator de densificação do próprio “best value for money”, na medida em que a economicidade da decisão perpassa por critérios de ambientalidade.

15. A internalização dos custos imputados às externalidades ambientais negativas no cálculo do custo do ciclo de vida constitui-se, sob uma nova perspectiva *econômico-ecológica*, um potencial fator de obtenção do justo equilíbrio entre as imbrincadas exigências da economia e da ecologia.

16. Na impossibilidade de se imiscuir em – e identificar de forma exauriente –, todo e qualquer tipo de repercussão apta a gerar custos no âmbito do ciclo de vida do objeto da contratação, um e outro tipos devem exprimir os custos essenciais, oriundos dos pontos mais relevantes e de maior vulnerabilidade ambiental verificados ao longo daquele. É o que se extrai do próprio art. 68º, n. 1, da Diretiva 2014/24/UE, quando ali se prescreve que o cálculo dos custos do ciclo de vida pode abranger apenas “*partes*”, ou, quando se refere à “totalidade”, o faz somente em relação aos “custos *relevantes*”, ao longo do ciclo de vida.

17. As externalidades ambientais e seus respectivos custos – também designados “custo do ciclo de vida ambiental” ou “*environmental life cycle costing*” –, não encontram uma definição na Diretiva 2014/24/UE. Tal como o fez em relação aos custos internos, a Diretiva limitou-se a apresentar um rol exemplificativo dos fenômenos que estariam abrangidos pela locução (art. 68º, 1, “b”).

18. Para que os custos decorrentes de externalidades ambientais negativas possam ser internalizados no custo da contratação para fins de cálculo dos custos totais e definição da proposta economicamente mais vantajosa na modalidade “mais baixo custo”, a Diretiva impõe a observância de dois requisitos essenciais. São eles a necessária ligação das externalidades ambientais com o objeto do contrato e a possibilidade de que as mesmas sejam quantificadas monetariamente.

19. Por sua vez, embora em passado recente tenha pairado dúvidas, hodiernamente não mais figuram como requisitos para que considerações ambientais – dentre elas, os custos ambientais do ciclo de vida – sejam levadas em conta na apreciação da proposta economicamente mais vantajosa os seguintes fatores: que o custo ambiental seja suportado direta e exclusivamente pela entidade adjudicante; que o custo ambiental configure externalidade de consumo.

20. A monetarização ou quantificação monetária é um dos arrojados requisitos exigidos pela Diretiva 2014/24/UE para que os custos das externalidades ambientais sejam internalizados no custo total da contratação. Entende-se-o como um processo de atribuição de valor pecuniário (precificação) a uma externalidade ambiental através da adoção de uma determinada metodologia de cálculo, a fim de que, no bojo da aferição do custo total do ciclo de vida, o custo derivado daquela externalidade seja incluído ao preço da proposta como custo financeiro, operando-se, assim, a internalização da dita externalidade.

21. Esse processo implica em verdadeira transmutação de conceitos: o que até então era tradicionalmente concebido como típico exemplo de componente ou *critério qualitativo* (os atributos de sustentabilidade ambiental), é vertido em critério de *custos* (monetarização das externalidades), conferindo um grau maior de objetividade e imparcialidade à análise das propostas sob o critério do mais baixo custo (ou do preço ajustado mais baixo).

22. A monetarização de externalidades ambientais depende do desenvolvimento e elaboração de metodologias que permitam aos concorrentes conhecerem de antemão a forma como esses custos terão seu valor monetário apurado no âmbito da concorrência. Além de estar mencionada nos documentos do concurso, o art. 68º, n.º 2, da Diretiva 2014/24/UE determina que tal metodologia esteja revestida dos atributos da objetividade (isto é se baseie em critérios objetivamente verificáveis e não discriminatórios), generalidade (seja acessível a todas as partes interessadas e detenha um conteúdo genericamente apto a abranger um número considerável de procedimentos de contratação) e transparência/publicidade (os dados a fornecer pelos concorrentes sejam por estes obtidos mediante esforço razoável).

23. A complexa e arrojada pretensão de precificar e atribuir um valor monetário a males ambientais tem suscitado inúmeras questões e dificuldades ainda sem soluções ou respostas, que fazem pairar sobre o instituto fundadas dúvidas quanto a sua exequibilidade. Contudo, um olhar sobre um exemplo concreto de metodologia já desenvolvido para alcançar objetivos específicos no setor de veículos de transporte rodoviário em âmbito comunitário se agrega às concepções meramente teóricas expostas até aqui e auxilia na tentativa de identificação de uma *ratio* subjacente ao modelo outrora desenvolvido a partir de um ponto de vista mais pragmático.

24. Referimo-nos especificamente à Diretiva n.º 2009/33/CE e sua paradigmática metodologia de quantificação monetária de custos ambientais no setor de veículos de transporte rodoviário. Embora a metodologia ali prevista para apuração e cálculo de externalidades

ambientais tenha sido recentemente revogada pela Diretiva n.º 2019/1161/UE, o fato de haver constado no Anexo XIII da Diretiva 2014/24/UE como único ato jurídico da União a prever uma metodologia comum de utilização obrigatória para o cálculo dos custos do ciclo de vida dá conta da sua importância para auxiliar na compreensão do instituto como um todo e do que o legislador comunitário teve em mente em termos de sua operacionalização prática sob uma ótica prospectiva.

25. A referência à Diretiva n.º 2009/33/CE se dá não somente enquanto registro histórico, mas também diante da sua relevância do ponto de vista jurídico-hermenêutico. Deveras, operou-se, por ocasião do advento da Diretiva 2014/24/UE, uma integração normativo-remissiva de ordem pragmática: ao inaugurar no sistema legislativo da União a possibilidade formal de precificação de custos ambientais, as disposições puramente abstratas da Diretiva 2014/24/UE (*jus in thesi*) encampam, originária e complementarmente, a metodologia prevista na Diretiva n.º 2009/33/CE (*jus in hypothesis*), conferindo-lhe contornos de abstrativização ao erigi-la em potencial modelo representativo para o desenvolvimento de ulteriores metodologias de cálculo de aplicação obrigatória em outros setores.

26. Daí entendermos pela não prejudicialidade da abordagem da metodologia então prevista na Diretiva n.º 2009/33/CE do ponto de vista puramente acadêmico-investigativo, inobstante a mesma não mais subsistir no sistema legislativo da União.

27. Da breve análise da disciplina proposta pela referida metodologia extrai-se alguns parâmetros generalizantes que podem servir como diretrizes para se pensar o desenvolvimento de outras metodologias de monetarização de externalidades ambientais. Dentre eles está a imprescindibilidade da construção racional de modelos avaliativos que encerrem em si objetividade, projeções inteligíveis e coerência interna na identificação, seleção e avaliação de externalidades ambientais e seus custos correspondentes. Esta intrincada e complexa tarefa demanda a participação de diferentes setores do conhecimento e a integração de competências especializadas em diferentes domínios científicos, sob uma perspectiva tecnicamente abrangente e multidisciplinar.

28. Deveras, no espaço que medeia o berço e o túmulo, exsurge intrincadas cadeias de informações, etapas e impactos que devem ser analisados. Estar-se-á diante de questões que envolvem a identificação de grupos de produtos e serviços onde se concentram os principais gastos estatais em geral (e, dentre eles, aqueles que apresentem cadeias produtivas e de consumo com maior histórico de acidentes e impactos ecológicos), o mapeamento dos potenciais pontos de

vulnerabilidade ambiental de seu ciclo de vida, a definição de externalidades relevantes, a avaliação e cálculo dos custos dela decorrentes, enfim, informações que, em seu conjunto, compõem o denominado “life cycle inventory (LCI)”, a subsidiar a elaboração de metodologia de cálculo dos custos de externalidades ambientais.

29. Em vista da pluralidade dimensional da atividade interventiva do Estado, parece-nos que a assunção da responsabilidade pela elaboração de metodologias de cálculo de custos de externalidades ambientais deve ser engendrada pelo Estado no exercício do *jus imperium* (Estado-regulador), via edição de ato normativo-regulamentador. Sim, pois, se por um lado a casuística e a maleabilidade de conteúdo recomendam, sob pena de engessamento, o afastamento da disciplina da matéria pela lei em sentido estrito, de outro, a generalidade, complexidade e tecnicidade do processo de criação de metodologias de cálculo de externalidades ambientais aconselham o distanciamento deste ônus da esfera de atribuições das entidades adjudicantes (Estado-consumidor).

30. Ainda no que se refere à competência, parece-nos que a elaboração de metodologias de cálculo de custos decorrentes de externalidades ambientais deve ser reputada como matéria cuja disciplina esteja reservada a atos normativos à escala da União Europeia. Deveras, as distorções que a fragmentariedade resultante da coexistência de uma multiplicidade de abordagens nacionais pode provocar à concorrência e ao princípio da não-discriminação, bem como aos alicerces da segurança jurídica e da previsibilidade, sugerem que, diante de um mercado altamente integrado como é o da UE, tal mister seja transferido às instituições e legislação comunitárias, isto é ao Direito da União (Estado-regulador supranacional).

31. O sistema legislativo da União parece de fato denotar o intuito do legislador comunitário de sujeitar a sistemática do cálculo dos custos das externalidades ambientais e suas metodologias ao crivo e ao controle permanente das instâncias comunitárias. É a conclusão que se extrai da leitura do Considerando n. 95, terceiro parágrafo, da Diretiva 2014/24/UE – que expressamente admite o seu propósito de alargar o número de abordagens europeias em matéria de metodologias comuns obrigatórias –, combinado com o princípio da subsidiariedade (art. 5º, nº 3, par. 1º, do Tratado da União Europeia).

32. De fato, pensamos que foi em direção ao desenvolvimento de metodologias comuns a nível da União que a Diretiva 2014/24/UE parece ter apontado o foco dos maiores esforços comunitários vindouros. O risco de uma pulverização metodológica difusa fragilizar a

credibilidade do instrumento da monetarização é considerável, e requer a atuação uniformizadora das instâncias normativas comunitárias na racionalização dos esforços na elaboração de metodologias.

33. Lança-se mão da prerrogativa regulamentar do Estado-regulador supranacional de editar atos gerais complementares às leis para promover, em prol da harmonização de preceitos a nível da União, certa centralização do juízo de ponderação entre ambientalidade e economicidade no domínio específico das metodologias de cálculo de custos ambientais, estabelecendo-se determinados parâmetros vinculantes e delimitadores da discricionariedade dos Estados-adjudicantes nacionais no momento da introdução de considerações ambientais como subcritérios de definição da proposta economicamente mais vantajosa.

34. Em que pese favoreça o amadurecimento do instituto em nível europeu, a pretensão harmonizadora ao abrigo da legislação comunitária ora propugnada não deve, todavia, significar desprezo às especificidades verificadas nas diferentes realidades com que entidades adjudicantes se deparam em situações concretas. Embora a abordagem sistémica e oficialmente padronizada no espaço europeu tenha a virtude de racionalizar esforços, criar um ambiente menos fragmentado e evitar danos aos princípios da concorrência e da não-discriminação na realidade transfronteiriça do mercado comum europeu, deve-se zelar por fazer remanescer uma margem de liberdade e autonomia suficientes que permitam que autoridades adjudicantes tenham condições de realizar, em cada situação concreta, uma ponderação casuística dos fatores a serem considerados na aplicação do cálculo dos custos ambientais.

35. A harmonização de metodologias de cálculo de custos ambientais em âmbito comunitário somente será reputada adequada se formulada em grau que comporte a necessária flexibilidade para adequação de seus preceitos a diferentes realidades.

36. Uma virada de mão, contudo, parece estar se desenhando no atual cenário normativo da União. A recente Diretiva (UE) 2019/1161 tomou uma direção em sentido diametralmente oposto àquela que até então vinha sendo objeto de esforços comunitários sob a égide da Diretiva 2014/24/UE. Enquanto nesta havia um claro discurso de incentivo à ampliação do rol de metodologias comuns de utilização obrigatória a nível da União, naquela outra a posição da Comissão Europeia foi, de modo enfático, precisamente a de desaconselhar a imposição de qualquer metodologia comum de uso obrigatório, deixando ao critério de cada entidade

adjudicante a escolha da metodologia a ser adotada de acordo com as circunstâncias específicas (Considerando n.º 24 da Diretiva (UE) 2019/1161).

37. Enxergamos com receio esta nova posição em favor da concessão de uma margem de liberdade mais ampla a cada decisor público na escolha de uma metodologia adequada em detrimento da anterior diretriz de alargamento da lista de metodologias comuns e de utilização obrigatória. São grandes os desafios à efetiva implementação do instituto. O enfrentamento e a superação gradual dessas dificuldades perpassa, em nosso entender, pelo necessário protagonismo das instâncias comunitárias na elaboração de metodologias de cálculo de custos ambientais comuns e de aplicação abrangente em todo o espaço da União. A ver o que se sucederá doravante diante da contundente virada de mão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Amaral e; SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos – Regime da Contratação Pública*, Sérvulo & Associados – Sociedade de Advogados, Lisboa, 2016.

ALMEIDA, Teresa. “Critérios de adjudicação: o (novo) conceito de oferta economicamente mais vantajosa nas directivas europeias da contratação pública”, in *Revista de Contratos Públicos*, ano 5, n.º 9, Forum, Belo Horizonte, 2016.

_____. “A proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista ambiental: internalização de externalidades ambientais pelos critérios de adjudicação”, in Luís Pedro Cunha, José Manuel Quelhas, Teresa Almeida (Coord.), *Boletim de Ciências Económicas – Homenagem ao Professor Doutor José António José Avelãs Nunes*, v. LVII, Tomo I, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

_____. “A relação qualidade ambiental-preço (ou custo) enquanto critério de adjudicação nos contratos públicos”, in *Boletim de Ciências Económicas*, v. LVIII, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

AMARO, António Leitão. “O princípio constitucional da sustentabilidade”, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

APPOLLONI, Andrea; D’AMATO Alessio; WENJUAN, Cheng. “Is Public Procurement Going Green? Experiences and Open Issues”, SSRN, Rochester, 2011.

ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005.

AROSO, António Manuel Ferreirinha. *Direito do Ambiente e Contratação Pública: Na Busca por Propostas Ecologicamente Mais Vantajosas* (dissertação de Mestrado), Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2015.

AZEVEDO, Pedro Santos. “Apontamentos sobre os custos do ciclo de vida no novo Código dos Contratos Públicos”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 16, Almedina, Coimbra, 2018.

BARROS, Rita; CARNEIRO, Ana Rita; SANTOS, Luciana Sousa; “Contratação pública verde”, in Isabel Celeste M. Fonseca (coord.), *Actas do I Congresso sobre compras públicas: para uma contratação pública estratégica*, Elsa Uminho, Braga, 2015.

BASTOS, Filipe Brito. “A escolha de critérios ambientais de adjudicação de contratos públicos: reflexões de Direito Administrativo nacional e europeu”, in Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2011. Disponível em <http://icjp.pt/content/escolha-de-criterios-ambientais-de-adjudicacao-de-contratos-publicos-reflexoes-de-direito>. Acesso em 23.05.2020

BECKERS, Anna. “Using contracts to further sustainability? A contract law perspective on sustainable public procurement”, in Beate Sjafjell; Anja Wiesbrock (Coord.), *Sustainable Public Procurement under EU Law: new perspectives on the State as stakeholder*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

BETIOL, Luciana Stocco. “As compras públicas sustentáveis como política pública de Estado”, in *Estadão*, São Paulo, 2015. Versão eletrônica disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/gestao-politica-e-sociedade/as-compras-publicas-sustentaveis-como-politica-publica-de-estado/>

BIM, Eduardo Fortunato. “Considerações sobre a Juridicidade e os Limites da Licitação Sustentável”, in Murillo Giordan Santos; Tereza Villac Pinheiro (Coord.), *Licitações e contratações públicas sustentáveis*, Forum, Belo Horizonte, 2015.

BLIACHERIS, Marcos Weiss, “Licitações Sustentáveis: Política Pública”, in Murillo Giordan Santos; Tereza Villac Pinheiro (Coord.), *Licitações e contratações públicas sustentáveis*, Forum, Belo Horizonte, 2015.

CAMPOS, Diogo Duarte de. “A admissibilidade de políticas secundárias na contratação pública: a consideração de factores ambientais e sociais”, in *Estudos de Direito Público*, Coimbra Editora, Lisboa, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Sustentabilidade – Um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 88, Tomo I, Imprensa da Universidade, Coimbra, 2012.

CARVALHO, Raquel. “Contratação pública eecoinovação”, in Paulo Otero, Carla Amado Gomes e Tiago Serrão (coord.), *Estudos em homenagem a Rui Machete*, Almedina, Lisboa, 2015.

_____. “A contratação pública como instrumento de realização de políticas ambientais e sociais”, in Isabel Celeste M. Fonseca (coord.), *Actas do I Congresso sobre compras públicas: para uma contratação pública estratégica*, Elsa Uminho, Braga, 2015.

_____. *Direito da Contratação Pública*, Universidade Católica Editora, Porto, 2019.

_____. “Life-cycle costing in the Member States – Does the tool meet its goals?”, in Marta Andhov, Roberto Caranta e Anja Wiesbrock (coord.), *Cost and EU Public Procurement Law. Life-cycle costing for sustainability*, Routledge, Londres, 2019.

DAY, Catherine. “Buying Green: the crucial role of public authorities”, in *Local Environment - The International Journal of Justice and Sustainability*, vol. 10, n.º 2, Routledge, Londres, 2005.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. “Os problemas da contratação pública brasileira sob a Análise Econômica do Direito (Law and Economics): em busca de propostas legislativas para sua superação”, in *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, n. 57, Forum, Belo Horizonte, 2017.

DRAGOS, Dacian C.; NEAMTU, Bogdana. “Life-cycle costing for sustainable public procurement in the European Union”, in Beate Sjaafjell; Anja Wiesbrock (Coord.), *Sustainable Public Procurement under EU Law: new perspectives on the State as stakeholder*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese em ciências humanas*, trad. de Ana Falcão Bastos e Luís Leitão, 13.ª ed., Editorial Presença, Lisboa, 2007.

ESTEVAN, Helena; SCHAEFER, Bettina. *Life Cycle Costing - State of the art report*, ICLEI – Local Governments for Sustainability, European Secretariat, 2017. Disponível em https://sppregions.eu/fileadmin/user_upload/Life_Cycle_Costing_SoA_Report.pdf, acesso em 12/07/2020.

ESTORNINHO, Maria João. *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

_____. “Green Public Procurement – Por uma contratação pública sustentável”, Lisboa, 2012.

_____. “Por uma visão ética da Contratação Pública”, in Marcelo Rebelo de Sousa, Eduardo Vera-Cruz Pinto (coord.), *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, vol. II, Almedina, Lisboa, 2016.

_____. “Uma oportunidade perdida. Breve apreciação crítica do anteprojeto de agosto de 2016 de revisão do Código dos Contratos Públicos”, in Maria João Estorninho e Ana Gouveia Martins (coord.), *A revisão do Código dos Contratos Públicos - Atas da Conferência*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2016.

FAUSTINO, Paula Bordalo. “Regulating discretion in public procurement: an anti-corruption tool?”, in Gabriella M. Racca e Christopher R. Yukins (coord.), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts – Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Editions Bruylant, Bruxelas, 2015.

FILHO, Marçal Justen. “Desenvolvimento nacional sustentado – Contratações administrativas e o regime introduzido pela lei nº 12.349/2010”. Versão eletrônica disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1788209/mod_resource/content/1/mar%C3%A7al%20justen%20filho%20-%20desenvolvimento%20nacional%20sustentado%20%20.....pdf.

FILHO, Osmar Coelho; JÚNIOR, Nilo Luiz Saccaro; LUEDEMANN, Gustavo. *A avaliação de ciclo de vida como ferramenta para a formulação de políticas públicas no Brasil*, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, 2016. Disponível em http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6685/1/td_2205.pdf. Acesso em 10.04.2020.

FONSECA, Isabel Celeste M. Fonseca. “O (novo) conceito de ‘proposta economicamente mais vantajosa’ e a adjudicação com base na melhor relação-qualidade-preço: desafios”, in Maria João Estorninho (coord.), *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2016.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*, 3ª ed., Fórum, Belo Horizonte, 2016.

_____. “Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos”, in *Interesse Público*, ano 13, n. 70, Fórum, Belo Horizonte, 2011.

_____. “Sustentabilidade dos contratos administrativos”, in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 13, n. 52, Fórum, Belo Horizonte, 2013.

FREITAS, Rafael Vêras de. “Análise econômica das contratações públicas”, in *Revista de Contratos Públicos*, ano 7, n.º 14, Fórum, Belo Horizonte, 2019.

GOMES, Carla Amado; CALDEIRA, Marco. “Contratação pública verde: uma evolução (eco)lógica”, in *Revista da AGU*, v. 4, Brasília, 2017.

GOMES, Carla Amado. “Sustentabilidade ambiental: missão impossível?”, in Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2011. Disponível em <https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/palmas-sustentabilidade.pdf>. Acesso em 23.05.2020.

GONÇALVES, Pedro Costa. “Integração de preocupações ambientais na contratação pública”, in *Revista de Contratos Públicos, Fórum*, ano 6, n. 11, Belo Horizonte, 2017.

_____. *Direito dos Contratos Públicos – Vol. 1*, Almedina, Coimbra, 2018.

KINGSTON, Suzanne. “The uneasy relationship between EU environmental and economic policies – The role of the Court of Justice”, in Beate Sjaafjell; Anja Wiesbrock (Coord.), *Sustainable Public Procurement under EU Law: new perspectives on the State as stakeholder*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Manual de Direito da União Europeia*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2017.

MATIAS, Ana Catarina Coimbra. *Os princípios comunitários e a utilização da Contratação Pública enquanto instrumento de prossecução de políticas públicas: duas realidades opostas?*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2013.

MEDEIROS, Rui. “Alguns desafios em sede de reforma legal do regime instrumental de contratação pública português” (texto que serviu de base à intervenção oral do autor no dia 25 de Novembro de 2016 no XII Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo realizado em Lisboa). Disponível em <http://actas.lis.ulusiada.pt/index.php/dat/article/viewFile/734/722>.

PAULI, Luca De. “I ‘costi del ciclo di vita’ nel nuovo codice degli appalti”, in *Urbanistica e appalti*, n. 6/2016, Wolters Kluwer, Milanofiori Assago MI, 2016.

PEARCE, David. *Energy Policies and Externalities: an Overview*, Relatório preparado para a Agência de Energia Nuclear da OCDE no seguimento de um workshop sobre Energy policy and Externalities: the Life Cycle Analysis Approach, Paris, 2001. Disponível em <http://www.ucl.ac.uk/cserge/NEA%20%20Energy%20Policy%20and%20Externalities.pdf>. Acesso em 24.03.2020

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*, Fórum, Belo Horizonte, 2017.

RAIMUNDO, Miguel Assis. *A formação dos contratos públicos – Uma concorrência ajustada ao interesse público*, AAFDL, Lisboa, 2013.

REBELO, Marta. “A dimensão ambiental das regras comunitárias de contratação pública: os critérios de adjudicação relativos à proteção do ambiente na jurisprudência do TJCE”, in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, nº 20, Almedina, Lisboa, 2003.

RODRIGUES, Nuno Cunha. “A utilização de critérios sociais no Código dos Contratos Públicos”, in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão e Marco Caldeira, *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017.

_____. *A Contratação Pública como instrumento de Política Económica*, Almedina, Coimbra, 2013.

_____. “Breves tópicos sobre os critérios de adjudicação no anteprojeto de Código dos Contratos Públicos (Artigos 74º e 75º)”, in Maria João Estorninho, Ana Gouveia Martins (Coord.), *A revisão do Código dos Contratos Públicos*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2016.

SANCHEZ, Pedro. *Direito da Contratação Pública – Volume 1*, AAFDL, Lisboa, 2020.

_____. *Direito da Contratação Pública – Volume 2*, AAFDL, Lisboa, 2020.

SANTOS, Murillo Giordan. “Poder Normativo nas licitações sustentáveis”, in Murillo Giordan Santos; Tereza Villac (Coord.), *Licitações e contratações públicas sustentáveis*, Forum, Belo Horizonte, 2015.

SEMPLE, Abby. “The link to the subject matter: a glass ceiling for suitable public contracts?”, in Beate Sjaafjell; Anja Wiesbrock (Coord.), *Sustainable Public Procurement under EU Law: new perspectives on the State as stakeholder*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, Companhia das Letras, São Paulo, 2010.

_____. *A ideia de justiça*, Editora Schwarcz, São Paulo, 2009.

_____. “O desenvolvimento como expansão de capacidades”, in *Lua Nova: Revista de cultura e política*, n. 28-29, São Paulo, 1993.

SILVA, Carolina Ferreira da. “Políticas horizontais ambientais e sociais e concorrência na contratação pública: uma leitura em face do caleidoscópio ambiental e social reforçado pela Diretiva 2014/24/UE e pelo Anteprojeto do Código dos Contratos Públicos”, in *Revista de Contratos Públicos*, nº 15, Almedina, Coimbra, 2014.

SILVA, Leandro Novais e. “A análise económica do direito e a vertente welfarista: a teoria, seu uso na regulação económica, seus limites e deficiências”, in *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, n. 23, Forum, Belo Horizonte, 2008.

SILVA, Vasco Pereira da. “Para um Novo Código dos Contratos Públicos Ambientalmente Sustentável”, in Maria João Estorninho (coord.), *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2016.

TAVARES, Gonçalo Guerra. *Comentário ao Código dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2019.

TELLES, Pedro. “The good, the bad, and the ugly: the EU’s internal market, public procurement thresholds, and cross-border interest”, in *Public Contract Law Journal*, vol. 43, n. 1, American Bar Association, 2013.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional econômico ambiental*, Del Rey, Belo Horizonte, 2003.

VILLAC, Teresa. *Sustentabilidade e contratações públicas no Brasil: Direito, Ética Ambiental e Desenvolvimento*, Tese de doutoramento, Instituto de Energia e Ambiente da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

WIESBROCK, Anja. “Socially responsible public procurement: European value or national choice?”, in Beate Sjaafjell; Anja Wiesbrock (Coord.), *Sustainable Public Procurement under EU Law: new perspectives on the State as stakeholder*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

WIESBROCK, Anja; SJAFJELL, Beate. “Public procurement’s potential for sustainability”, in Beate Sjaafjell; Anja Wiesbrock (Coord.), *Sustainable Public Procurement under EU Law: new perspectives on the State as stakeholder*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

ANEXO

DOCUMENTOS E ATOS EMANADOS DAS INSTÂNCIAS EUROCOMUNITÁRIAS MENCIONADOS AO LONGO DO TRABALHO

(Acesso disponível em <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>)

Diretiva nº 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004.

Diretiva 2009/33/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009.

Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014.

Diretiva (UE) 2019/1161, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019.

COM (1998) 143 final, acerca dos contratos públicos na União Europeia.

COM (2001) 264 final, Desenvolvimento sustentável na Europa para um mundo melhor: Estratégia da União Europeia em favor do desenvolvimento sustentável.

COM (2001) 274 final, sobre o direito aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar considerações ambientais na contratação pública;

COM (2001) 566 final, sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar aspetos sociais nesses contratos;

COM (2007) 551, Livro Verde sobre Transportes Urbanos - Por uma nova cultura de mobilidade urbana.

COM (2007) 817 final, Proposta revista de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à promoção de veículos de transporte rodoviário não poluentes e energeticamente eficientes.

COM (2008) 400 final. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Económico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões (Contratos públicos para um ambiente melhor).

COM (2010) 2020 final, que trata da já mencionada Comunicação da Comissão Europeia denominada “*Europa 2020 - Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*”.

COM (2011) 15 final, que trouxe o “Livro Verde” sobre a modernização da política de contratos públicos da União Europeia para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa;

COM (2011) 206 final, através da qual a Comissão Europeia enumera doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua dentro do Mercado Único europeu, destacando, dentre elas a importância de um “quadro normativo no domínio dos contratos públicos revisto e modernizado, com o objetivo de obter uma política equilibrada que apoie a procura de bens, serviços e obras respeitadores do ambiente, socialmente responsáveis e inovadores”.

COM (2017) 653 final, Parecer do Comitê Econômico e Social Europeu sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 2009/33/CE.

Comissão Europeia. “*Comprar Ecológico: Manual de contratos públicos ecológicos*”, Serviço das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2016. Disponível em <http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_pt.pdf>.

Comissão Europeia-Joint Research Centre - Institute for Environment and Sustainability: *International Reference Life Cycle Data System (ILCD) Handbook - Recommendations for Life Cycle Impact Assessment in the European context*. First edition November, 2011. EUR 24571 EN. Luxemburg. Publications Office of the European Union; 2011.