

PPGD UNIRIO



DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Public Policy Law

Journal of the Graduate Program in Law
of the Federal University of the State of Rio de Janeiro

VOLUME 1 Nº 1
JANEIRO – JUNHO 2019
JANUARY – JUNE 2019

ISSN: 2675-1143

SUMÁRIO

EDITORIAL5

Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues

DOCTRINA

A FORMAÇÃO DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE.....7

Paulo de Bessa Antunes

**O MOMENTO DA REALIZAÇÃO DO ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL EM
CONCESSÕES COMUNS DE SERVIÇOS PÚBLICOS: ANTES OU DEPOIS DA
LICITAÇÃO**.....29

André Saddy

**CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO REAL DE PROPRIEDADE: O
PENSAMENTO DE PAOLO GROSSI**53

Ana Maria de Carvalho - José do Carmo Alves Siqueira

**OVERCOMING THE COLONIALITY OF KNOWLEDGE IN INTERNATIONAL LAW:
THE CASE OF ENVIRONMENTAL REFUGEES**67

Tatiana Cardoso Squeff

**A FRAGILIDADE ARGUMENTATIVA DO DÉFICIT COMO JUSTIFICATIVA
CENTRAL DA PROPOSTA DE REFORMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL (PEC N°
06/2019) E SEUS REFLEXOS NO IDEÁRIO DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**.....81

Theodoro Vicente Agostinho - Sergio Henrique Salvador - Ricardo Leonel da Silva

DOSSIÊ: ACORDOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA AMBIENTAL

**THE AARHUS CONVENTION - THE LEGAL CULTURAL PICTURE: COUNTRY
REPORT FOR FRANCE**..... 107

Giulia Parola

**LA PARTECIPAZIONE CHE FA BENE ALL’AMBIENTE: OLTRE AARHUS E A
FAVORE DELLO SVILUPPO DI UNA SCIENZA CIVICA E DI COMUNITÀ**..... 139

Margherita Poto - Lara Fornabaio

**EL ACUERDO DE ESCAZÚ Y EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN,
DAN A LUZ UNA NUEVA JURISPRUDENCIA** 149

Henry Jiménez Guanipa

RESENHA

**RESPONSABILIDADE EM GRANDES DESASTRES AMBIENTAIS: UM TEMA PARA
O DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS** 163

Leonardo Mattietto

Submetido a convite

em 19/09/2019

O MOMENTO DA REALIZAÇÃO DO ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL EM CONCESSÕES COMUNS DE SERVIÇOS PÚBLICOS: ANTES OU DEPOIS DA LICITAÇÃO

THE MOMENT OF CONDUCTING THE ENVIRONMENTAL IMPACT STUDY ON COMMON PUBLIC SERVICES CONCESSIONS: BEFORE OR AFTER THE BIDDING PROCESS

André Saddy¹

RESUMO

Trata-se de artigo cujo objeto é analisar a obrigatoriedade ou a possibilidade de dispensa de elaboração do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e do respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) de serviços cemitérios e funerários, atividade potencialmente danosa ao meio ambiente, antes da publicação do edital que visa conceder o serviço público.

ABSTRACT

It is an article that have as object the analyze of the obligation or the possibility of exemption of the elaboration of the Environmental Impact Study and its respective Environmental Impact Report of cemetery and funeral services, a potentially harmful activity to the environment, before publication of the public bid notice.

PALAVRAS-CHAVE

Impacto ambiental. Licitação. Concessão. Cemitério.

KEYWORDS

Environmental impact. Bidding. Concession. Cemetery.

¹Pós-doutor em Direito pela Universidade de Oxford. Doutor em Direito, com menção europeia - Doctor Europeo - pelo Departamento de Direito Administrativo da Universidad Complutense de Madrid, realizado com bolsa de estudos do Programa UCM - MAE becas predoctoral. Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa com bolsa de estudos do Programa Alban. Especialista em regulação pública e concorrência pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Consultor jurídico, parecerista e professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado na Universidade Federal Fluminense.

1 INTRODUÇÃO

A preocupação com a sustentabilidade ambiental é uma das principais tendências nas contratações públicas, envolvendo o que atualmente se denomina licitações verdes e função regulatória ambiental da licitação¹. Há, inclusive, aqueles que sustentam que essa tendência não é mera opção da Administração, mas uma obrigação à qual ela necessariamente deve se vincular, visto que a sustentabilidade é um princípio expresso na CRFB, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações².

Neste contexto, a proteção ao meio ambiente é uma das finalidades do Estado, enquanto a contratação de infraestrutura/obras públicas e a delegação de serviços públicos são meios de ação desta proteção. Sendo o processo licitatório o meio obrigatório para as contratações e delegação de serviços públicos, a obrigatoriedade de EIA/RIMA e de cláusulas sustentáveis passa a ser condição indispensáveis antes do edital e nos editais. O poder público, portanto, por seus agentes tem o dever de agir de maneira a não prejudicar o meio ambiente.

Sendo assim, busca-se por meio do artigo analisar a obrigatoriedade ou a possibilidade de dispensa de elaboração do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e do respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) de serviços cemitérios e funerários, atividade potencialmente danosa ao meio ambiente, antes da publicação do edital que visa conceder o serviço público por meio de concessão comum e não de concessão patrocinada ou administrativa.

¹ Exemplos de enunciados normativos que se preocupam com o aspecto ambiental são: art. 4º, §1, incs. I, II e III e art. 14, parágrafo único, inc. II, da Lei nº 12.462/2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC; art. 6º, inc. XII, da Lei nº 12.187/2012, que institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC; a Instrução Normativa nº 01/2010 do MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO que dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional; entre outros.

² MASTRODI, Josué; BRITO, Beatriz Duarte Correa de. Licitações públicas sustentáveis: vinculação ou discricionariedade do administrador? *Revista de Direito Administrativo- RDA*. Rio de Janeiro, v. 274, p. 81-112, jan./abr. 2017.

A delegação à iniciativa privada da operação, manutenção, recuperação, expansão e implementação de melhorias nos cemitérios públicos municipais por meio de concessão comum, pela falta de previsão genérica que condicione a necessidade de licença prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento na Lei nº 8.987/1995, possui uma controvérsia que se cinge sobre o momento para a sua apresentação e discussão da realização do EIA/RIMA, ou seja, quando este estudo deve ser exigido: antes ou depois do processo licitatório.

Este é o único foco que o artigo pretende responder.

2 CONSTITUIÇÃO, LICENCIAMENTO AMBIENTAL E EXIGIBILIDADE DE ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL

O art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) assegura, a todos, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Para tanto, incumbe ao poder público, entre outros, exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade, além de proteger a fauna e a flora.

Regulamenta o dispositivo constitucional em exame a Lei nº 6.938/1981, que estabelece, em seu art. 10, com redação dada pela Lei Complementar nº 140/2011, que *“a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental”*. Especificamente com relação ao licenciamento ambiental, o Decreto nº 88.351/1983, que regulamenta a Lei nº 6.938/1981, em seu art. 18, tornou obrigatório o licenciamento para projetos e atividades *“consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental”*, atrelando-o à apresentação de Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA).

Além disso, ao fixar normas de caráter geral e conteúdo mínimo para esses estudos, o referido decreto delegou ao Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA a competência para fixar normas complementares e, especificamente, os critérios segundo os quais o EIA deveria ser exigido. Alguns anos depois o CONAMA editou a Resolução nº 001/1986, tratando do assunto. Depois, a Resolução nº 237/1997 viria reforçar, complementar e estabelecer normas ainda mais específicas referentes ao licenciamento ambiental e à elaboração e apresentação do EIA/RIMA³.

Esta exigibilidade de EIA/RIMA estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro tem como finalidade dotar a sociedade do conhecimento dos possíveis impactos ao ambiente, inclusive com possíveis soluções e mitigação, além de disponibilizar a opção de não realização da obra, em virtude dos prováveis danos ambientais.

Conclui-se, portanto, que qualquer infraestrutura, novo conceito dado pela doutrina para obra pública⁴, que cause ou possa causar impacto ambiental, exige EIA/RIMA.

³ A Lei Complementar nº 140/2011, no art. 2º, I, definiu o licenciamento ambiental como sendo o “procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental”. A partir deste conceito legal é possível inferir que o licenciamento não é um ato administrativo isolado, mas uma sucessão de atos, logo um processo administrativo.

O licenciamento ambiental pode ocorrer no âmbito federal, estadual, distrital ou municipal, de acordo com as regras de competências administrativas ambientais fixadas na Lei Complementar nº 140/2011. É de se destacar que este diploma estabeleceu a regra do licenciamento uno, ou seja, apenas um ente federado possui a atribuição de licenciar determinada atividade. Não existe, pois, licenciamento ambiental múltiplo.

O licenciamento poderá abranger três fases distintas e logicamente encadeadas: a licença prévia; a licença de instalação; e a licença de operação. A licença prévia (LP) será concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade, para o fim de aprovar sua localização e concepção, atestar a viabilidade ambiental e estabelecer os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação (art. 8º, inciso I da Resolução nº 237 do CONAMA). A licença de instalação (LI) autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes (art. 8º, inciso II, da Resolução nº 237 do CONAMA). Já a licença de operação (LO) autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação. Eventualmente, outras espécies de licenças ambientais poderão ser exigidas do empreendedor a depender da natureza da atividade a ser desempenhada, nos termos da legislação.

⁴ A expressão infraestrutura (a pública) não era utilizada, até há pouco tempo, pelos juristas. A expressão consagrada sempre foi obra pública, pelo menos, até o final do século XX. Com as transformações que o Estado passou a vivenciar, o termo obra pública como toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação de bem público foi substituído pela expressão infraestrutura pública.

3 SUSTENTABILIDADE ECOLÓGICA, AVALIAÇÃO DE IMPACTOS AMBIENTAIS E ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL

É recente, na história da humanidade, a preocupação com aspectos relacionados à sustentabilidade ecológica e econômica. Entender os impactos possíveis de serem gerados por projeto de infraestrutura/obra pública se tornou algo exigível há pouco tempo.

A Avaliação de Impactos Ambientais (AIA) de origem Norte-Americana, implementada no *National Environmental Policy Act* (NEPA), instituído em janeiro de 1970, foi o primeiro instrumento mundial a estabelecer um amplo espectro de atividades que atreladas a um ciclo de ações, auxiliam o tomador de decisão no processo decisório no que se refere à concepção, planejamento e projeto, implantação e operações de empreendimentos.

A AIA favorece a abordagem e o tratamento das questões socioambientais referentes aos projetos de infraestrutura/obra pública. Bem conduzida, ela contribui para a formulação e seleção de alternativas (de soluções e de projeto), para a decisão de empreender. Sua eficácia, porém, está essencialmente ligada ao caráter de instrumento auxiliar do processo decisório e aos níveis de transparência e de participação social ao longo de todas as etapas desse processo⁵.

No Brasil, a AIA é materializada pelo EIA. O EIA é um instrumento de política nacional e consiste num conjunto de estudos realizados por especialistas de diversas áreas, com dados técnicos detalhados. Para sua elaboração são desenvolvidas atividades técnicas que dizem respeito ao: diagnóstico ambiental da área, análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos e elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento (art. 6º da Resolução CONAMA nº 001/1986). Entre nós, este estudo é acompanhado do

O que diferencia o velho conceito de obra pública do moderno conceito de infraestrutura pública é a possibilidade de esse último integrar elementos não tangíveis (serviços) e, sobretudo, seu conteúdo finalista no sentido de englobar todo o indispensável para que uma organização funcione.

Desse modo, admite-se que fazem parte do conceito de infraestrutura pública elementos materiais e imateriais, o que torna patente a ampliação quando se compara com a clássica concepção de obra pública. Conclui-se, portanto, que a expressão infraestrutura pública denota algo além da construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação de bens públicos. Ou seja, indica algo além do tangível.

⁵ VASCONCELLOS FILHO, Fernando M. Cabral de. *A avaliação de impactos ambientais e os grandes empreendimentos de infra-estrutura no Brasil: alcance e reducionismo*. 2006. 320 f., il. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Sustentável) —Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

RIMA, que consiste em um relatório sintético, em linguagem acessível, apresentando os empreendimentos, sua avaliação de impactos e as medidas e programas socioambientais propostos (art. 9º da Resolução CONAMA nº 001/1986). Sua funcionalidade é viabilizar a participação popular na tomada de decisões públicas.

A operação, a manutenção, a recuperação, a expansão e a implementação de melhorias nos cemitérios públicos municipais pode ser realizada tanto pela própria Administração (execução direta) como por delegação à iniciativa privada (execução indireta). Interessa aqui, conforme disposto na introdução, analisar apenas a execução indireta enfrentando a temática relacionada a exigência do edital, precedido de projeto básico, contemplar o EIA/RIMA.

4 MARGEM DE LIVRE APRECIÇÃO NOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS, LICENCIAMENTO AMBIENTAL DE CEMITÉRIOS E ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL

Como visto nos tópicos acima, tanto a CRFB como a Lei nº 6.938/1981 e seu regulamento, o Decreto nº 88.351/1983, utilizaram-se de conceito jurídico indeterminado, no caso atividade “*potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente*” e “*efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental*”, para obrigar (norma impositiva) o poder público a realizar EIA/RIMA (consequência da norma). Conclui-se, portanto, que existe uma impossibilidade de dispensa do EIA/RIMA sempre que as atividades forem consideradas de significativo potencial de degradação ou poluição.

Entende-se que pode existir uma margem de livre apreciação nos conceitos jurídicos indeterminados sempre e quando existir uma zona de incerteza semântica no conceito jurídico utilizado pela norma, ou seja, sempre que existir conceitos que não se podem traçar precisamente porque não deixam ao seu intérprete a compreensão exata de quais significados emitem, seu objeto ou a realidade abrangida. Deixam dúvidas de duas ou mais compreensões de seu significado quando visualizados no caso concreto, por isso, entende-se que o único modo possível de visualizar se um conceito jurídico indeterminado apresenta ou não uma margem de livre apreciação é analisando sua estrutura (núcleo conceitual e auréola conceitual). Quando existir uma noção clara do conteúdo e da extensão de um conceito, estar-se-á diante do domínio do núcleo

conceitual. Quando as dúvidas começam, é porque se está diante da auréola do conceito. O núcleo conceitual também é chamado de zona de certeza, que pode ser positiva (é seguro que “isso” pode denominar-se com esse termo) ou negativa (é seguro que “isso” não pode se denominar assim). A auréola do conceito é a zona intermediária, de dúvida ou de incerteza ou, dito com maior precisão, zona em que não existe uma certeza prévia e cuja determinação exige desdobrar a ideia nuclear do conceito. Toda a dificuldade de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados estará na zona de incerteza, pois há maior dificuldade para localizar a dita única solução justa.

A pergunta que deve ser feita, portanto, é se a concessão dos serviços cemiteriais e funerários envolve impactos ambientais significativos, seja de forma efetiva ou potencial. Caso a resposta seja afirmativa, estar-se-á diante da zona de certeza positiva e, por conseguinte, ter-se-á que fazer o EIA/RIMA e licenciamento ambiental.

Tal resposta fica evidente quando se analisa a Resolução CONAMA nº 335/2003, alterada pela nº 368/2006 e pela nº 402/2008 e que dispõe sobre o licenciamento ambiental de cemitérios. Tal Resolução estabelece que os cemitérios horizontais e verticais deverão (norma impositiva) ser submetidos ao processo de licenciamento ambiental (art. 1º).

A existência de tal regulamento leva o interprete a entender que, em tese, os cemitérios são atividade “*potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente*” ou são “*efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental*”, do contrário, não existiria uma normativa específica sobre o tema, mesmo não estando essa atividade relacionada no art. 2º da Resolução CONAMA nº 001/1986. Recordar-se que tal listagem é exemplificativa, não exaustiva.

Assim o é porque a atividade cemiterial pode gerar necrochorume, pela decomposição dos corpos que pode ser transportado pelas águas pluviais (água das chuvas infiltradas nas covas), causando a contaminação do solo e das águas superficiais (rios e córregos), e pode entrar em contato direto com o lençol freático, causando a contaminação das águas subterrâneas⁶. Esses patógenos ao entrarem em contato com a água subterrânea

⁶ O necrochorume é um composto viscoso de cor castanho-acinzentada, com forte cheiro, desagradável ao olfato humano, gerado pela decomposição dos corpos, que o CONAMA se refere como “produto da coliquação”. É eliminado durante o primeiro ano após o sepultamento, formado por 60% de água, 30% de sais minerais e 10% de substâncias orgânicas, sendo duas, em especial, altamente tóxicas: a putrescina e a cadaverina. É um ecossistema de populações, como: artrópodes, bactérias, microrganismos patogênicos e destruidores de matéria orgânica, entre outros, representando um meio ideal para a proliferação de doenças

ou superficial tem a capacidade de contaminar a biota local trazendo um aumento na demanda por internações nos centros de saúdes locais, além de inviabilizarem a sua utilização para irrigação e dessedentação animal⁷.

Além desses problemas, se o projeto for de concessão *brownfield* (existentes e já em operação), algumas especificidades da atividade cemiterial a ser desenvolvida devem ser levadas em consideração, tais como, as patologias estruturais existentes e as condições da manutenção e instalação predial, o zoneamento urbano, a quantidade de jazigos, gavetas e covas, bem como os serviços de preparação, tratamento, transporte, velório, sepultamento, exumação, cremação e outros afins.

Também é importante o censo florístico dos ambientes para verificação dos danos ambientais presentes e a preservação das áreas no entorno dos jazigos, já que as raízes podem quebrar os mesmos deixando percolar o necrochorume.

Aspectos relacionados a construção das urnas funerárias biodegradáveis, proibição dos impermeáveis e recomendação de não utilização de plásticos, tintas, vernizes, metais pesados ou outros materiais nocivos ao meio ambiente, também devem ser levados em consideração.

Ressalta-se que os cemitérios instalados antes da vigência da Resolução CONAMA nº 335 devem se adaptar às suas regras, sendo que os órgãos estaduais e municipais de meio ambiente deverão estabelecer, os critérios para a adequação, conforme menciona o artigo 11, cuja redação foi dada pela Resolução CONAMA nº 402, de 17 de novembro de 2008⁸.

Enfim, é inegável que os cemitérios implantados sem os devidos cuidados

infectocontagiosas que põem em risco o meio ambiente e a saúde dos que o cercam, podendo transmitir: a hepatite, a febre tifoide, a cólera, por exemplo. Então, cemitérios apresentam riscos que exigem cuidados técnicos e científicos com a sua implantação e operação, fato este que por si só torna necessário na impermeabilização do solo, seja através da compactação de argila conforme prediz a Norma Técnica Brasileira ou pela instalação de membranas isolantes (CARNEIRO, Victor Santos. Impactos causados por necrochorume de cemitérios: meio ambiente e saúde pública. *Revista águas subterrâneas* - SUPLEMENTO - Anais do I Congresso Internacional de Meio Ambiente Subterrâneo. v. 23, a. 31. Disponível em: <https://aguassubterraneas.abas.org/asubterraneas/issue/view/1177> . Acesso em: 02 de julho de 2019).

⁷ BIANCHINI, Michele; DELATORRE, Ana Flávia; FRACASSO, Mariana; NECKEL, Alcindo; BERTOLDI, Tauana. Contaminação de solo por cemitérios: um problema de saúde pública. *VII Congresso Brasileiro de Gestão Ambiental*. Campina Grande/PB, 2016. Disponível em: <https://www.ibeas.org.br/congresso/Trabalhos2016/V-006.pdf>. Acesso em: 03 de julho de 2019.

⁸ A título exemplificativo, vale citar a Resolução SEMA nº 002/2009 do Estado do Paraná que regulamenta a adequação de cemitérios existentes ao meio ambiente, com conceitos, critérios e condições para a implantação e/ou regularização de cemitérios.

geológicos e hidrogeológicos podem gerar impactos ambientais, isto é, alterações físicas, químicas e biológicas que põem em risco o meio ambiente e a saúde das populações. Sendo assim, é imprescindível se avaliar antes da realização do certame licitatório os impactos ambientais por meio de EIA/RIMA.

5 POLÍTICA URBANA, PATRIMÔNIO NATURAL E ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL

Um outro aspecto relevante que está intrinsecamente vinculado ao tema é à política urbana. Caso o cemitério esteja em área urbana, também será necessário criar, antecipadamente, um EIA/RIMA, dado essencial para o planejamento de cidades sustentáveis. Tal exigência decorre do art. 4º, da Lei nº 10.257/2001, que regulamenta os arts. 182 e 183 da CRFB e estabelece diretrizes gerais da política urbana. Segundo tal artigo, um dos instrumentos da política urbana é o EIA.

É apenas por este estudo que poderá o poder público municipal planejar o desenvolvimento urbano, por meio da criação de projetos habitacionais e da ocupação de áreas já analisadas por estudos prévios, garantindo a ocupação sem prejuízo ao meio ambiente.

No mais, também é preciso separar as situações ambientais especiais, tais como, os patrimônios naturais. Além dos cinco biomas previstos no art. 225, §4º, da CRFB, como patrimônio natural por sua importância ecológica e dos sete monumentos, sítios e paisagens consideradas como patrimônio mundial natural, tem-se outros instrumentos infralegais, dentro do sistema jurídico brasileiro que visam a proteção desses espaços, entre eles, pode-se citar: (i) o Tombamento; (ii) as Unidades de Conservação; (iii) as Áreas de Preservação Permanente; e (iv) a Reserva Legal⁹.

⁹ Os chamados monumentos, sítios e paisagens naturais possuem no Tombamento um importante instrumento para a proteção do patrimônio natural. Trata-se de meio pelo qual se restringe parcialmente o uso e o gozo de determinada bem. Este resulta de rigoroso processo administrativo, com forte viés técnico, que visa culminar na inscrição do bem no Livro de Tombo, mais especificamente no “*Livro de Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico*”.

A Unidade de Conservação tem seu conceito no art. 2º da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, e a define como o “*espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção*”. Dentro da concepção de Unidade de Conservação, tem-se dois grupos: (i) as unidades de proteção integral que possuem o objetivo básico de

Evidentemente, que projetos a serem implantados nessas áreas passarão naturalmente por processo de licenciamento mais difícil.

6 MOMENTO DA REALIZAÇÃO DO ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL: ANTES OU DEPOIS DA LICITAÇÃO

Existindo obrigatoriedade da realização do EIA/RIMA e do licenciamento ambiental, resta saber em que momento o EIA/RIMA deve ser realizado. Isto, porque, a controvérsia se cinge sobre o momento para a sua apresentação e discussão, ou seja, quando deve ser exigido o EIA/RIMA: antes ou depois do processo licitatório.

Existe um equivocado entendimento de que o EIA/RIMA só deve ser realizado por ocasião da licença prévia e após declarado o vencedor da licitação. Segundo este entendimento, não há exigência legal no sentido de que o EIA/RIMA e as licenças sejam concedidas antes do processo licitatório. O que há é a necessidade de concessão dessas licenças sempre que a atividade a ser desenvolvida seja potencialmente poluidora, sendo certo que a licença prévia deve ser concedida na fase preliminar do planejamento do

preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais; e (ii) as unidades de uso sustentável que têm o objetivo básico das de compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela de seus recursos naturais (art. 7º da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000). O grupo das unidades de proteção integral é composto pelas seguintes categorias de Unidades de Conservação (art. 8º da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000): (i.1) estação ecológica (ESEC); (i.2) reserva biológica (REBIO); (i.3) parque nacional (PARNA); (i.4) monumento natural (MONAT); (i.5) refúgio de vida silvestre (RVS). Por sua vez, o grupo das unidades de uso sustentável é constituído pelas seguintes categorias de Unidade de Conservação (art. 14 da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000): (ii.1) área de proteção ambiental (APA); (ii.2) área de relevante interesse ecológico (ARIE); (ii.3) floresta nacional (FLONA); (ii.4) reserva extrativista (RESEX); (ii.5) reserva de fauna (REFAU); (ii.6) reserva de desenvolvimento sustentável (RDS); (ii.7) reserva particular do patrimônio natural (RPPN).

Outra espécie de espaços protegidos é a Área de Preservação Permanente (APP) definida pelo art. 3º, inc. II, do Novo Código Florestal (Lei 12.651, de 25 de maio de 2012) como a “*área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas*”.

Por fim, tem-se a Reserva Legal que são a “*área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, [...], com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa*” (art. 3º, inc. III do Novo Código Florestal).

Sobre o tema, vide: SADDY, André; AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Regime jurídico da proteção ao patrimônio natural no Brasil. LÓPEZ RAMÓN, Fernando (Ed.). *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*. Zaragoza: Governo de Aragon, 2018, v. XVII, p. 173-201.

empreendimento ou atividade, o que pode ocorrer após a definição da vencedora na licitação¹⁰.

Esse posicionamento, inclusive, já foi defendido em caso de concessão de uso de bem público pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹¹ que entendeu não existir:

[...] exigência legal no sentido de que o EIA/RIMA e as licenças sejam concedidas antes do procedimento licitatório.

O que há é a necessidade de concessão dessas licenças sempre que a atividade a ser desenvolvida seja potencialmente poluidora, sendo certo que a licença prévia deve ser concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade (por exemplo, artigo 7º, do Decreto 44.820/2014), que pode ocorrer após a definição da vencedora da licitação.

Nesse sentido, deve ser considerado válido o constante no edital de licitação, especificamente no que diz respeito ao termo de concessão anexo, que determina, em sua cláusula quarta, ser dever da concessionária, eleita mediante o processo licitatório, obter as licenças e autorizações necessárias à instalação do posto de revenda de combustíveis, dentre as quais, a licença ambiental, licença urbanística, aprovação do corpo de bombeiros e alvará de funcionamento.

O Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região¹², também em caso sobre concessão de uso de bem público, proferiu decisão no sentido de que:

O EIA/RIMA não é condição para a licitação do arrendamento de área portuária, devendo ser procedido apenas antes da implantação do projeto pela empresa que se sagrar vencedora na licitação.

Não se pode, entretanto, levar em consideração essas decisões para os casos de concessões de serviços públicos e passa-se a explicar o porquê.

¹⁰ MARTINS, Aparecido da Silva. Da necessidade da confecção do EIA/RIMA antes do lançamento do Edital Licitatório em obras públicas. *Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*. Santa Catarina, v. 2, n. 4, p. 69-92, jul-dez, 2012.

¹¹ ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Agravo de Instrumento nº. 0005752-26.2015.8.19.0000. Relator: Des. Odete Knaack de Souza. Vigésima Segunda Câmara Cível. Data: 12/05/2015.

¹² BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. AC 0010972-64.2000.4.01.0000. AC. - APELAÇÃO CIVEL. Relator: Desembargador Federal Fagundes de Deus. Órgão julgador: Quinta Turma. Fonte: DJ 28/06/2007 PAG 53.

6.1 Ausência de previsão genérica que condicione a necessidade de licença prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento nas concessões comuns

Para responder tal questionamento, deve-se entender que existem três tipos de concessão de delegação da prestação de serviço público, precedida ou não de obra pública: a concessão comum, regida pela Lei nº 8.987/1995, objeto do caso *sub examine*; e as concessões patrocinada e administrativa, também conhecidas como Parcerias Público-Privadas (PPPs), regidas pela Lei nº 11.079/2004¹³.

A Lei nº 8.987/1995, que trata das concessões comuns, não tratou do tema do licenciamento ambiental. Ela apenas possui dispositivo que estabelece que incumbe ao poder concedente estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação (art. 29, inc. X). Já a Lei nº 11.079/2004, que trata das PPPs, condiciona a abertura do processo licitatório à obtenção de licença ambiental prévia ou, ao menos, expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir (art. 10, inc. VII). Ressalta-se que tal regulamento até a presente data não se editou. Na sua ausência, a interpretação prática que vem se observando é a exigência de termo de referência

¹³ Pode-se conceituar concessão comum como a delegação da prestação de serviço público, precedida ou não de obra pública, realizada por qualquer ente federativo (União, Estados, Distrito Federal ou Município), em cuja competência se encontre o aludido serviço, por meio de contrato administrativo, bilateral e oneroso, precedido de licitação na modalidade concorrência pública, à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas capazes de assumi-lo, por prazo determinado, remunerado por receitas tarifárias (verba remuneratória não tributária, pagas pelos usuários) e não tarifárias (receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, pagas por outras fontes que não a renda dos usuários).

Já a concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/1995, quando envolver adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Trata-se de uma delegação de serviço público propriamente dita, idêntica a concessão comum, logo de serviços públicos privativos. Sendo assim, o objeto da concessão patrocinada é idêntico ao da concessão comum, trata-se de uma delegação da prestação de serviço público, precedida ou não de obra pública, realizada por qualquer ente federativo (União, Estados, Distrito Federal ou Município), em cuja competência se encontre o aludido serviço. Com isso, o regime jurídico da concessão patrocinada é praticamente idêntico ao da concessão comum.

Por fim, a concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública será a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. Aqui, duas espécies de contrato de prestação de serviço podem ser vislumbradas, a concessão administrativa de serviços públicos (a administração na posição de usuária indireta) e a concessão administrativa de serviços ao Estado (a administração na posição de usuária direta).

Sobre tais conceitos, vide: BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 19 de junho de 2019; SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

aprovado pelo órgão ambiental competente para o licenciamento, com as condições para a realização do EIA/RIMA.

Percebe-se que para as concessões comuns, diferentemente das PPPs, não há previsão genérica que condicione a necessidade de licença prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento. Segundo Maurício Portugal Ribeiro¹⁴:

[...] essa diferença de tratamento entre as PPPs e as concessões (comuns) em relação ao licenciamento ambiental a rigor não se justifica. Ela existe apenas porque a Lei de PPP, sendo mais recente, absorveu diversas preocupações que não foram tratadas quando da elaboração da Lei Geral de Concessões.

6.2 Obrigatoriedade de projeto básico para obras e serviços de engenharia e a necessidade de realização do estudo de impacto ambiental

Apesar de não existir previsão legal expressa da necessidade de licença ambiental ou diretrizes para o licenciamento ambiental para dar início à licitação nos contratos de concessão comum, o que não significa que tenha que ser depois da licitação, a Lei nº 8.666/1993, confere resposta a questão.

A Lei nº 8.666/1993 exige que “*as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório*” (art. 7º, § 2º, inc. I).

Pode-se depreender deste dispositivo que a responsabilidade para obter as licenças ambientais recai sobre a Administração Pública, que tem obrigação (norma impositiva) de contratar a elaboração do projeto básico, que necessariamente deve realizar a análise dos impactos socioambientais, além de obter, pelo menos, a licença prévia.

Este, inclusive, é o posicionamento do Egrégio Tribunal de Contas da União¹⁵, que já teve algumas oportunidades de determinar que se licitem obras e serviços de

¹⁴ RIBEIRO, Maurício Portugal. *10 anos das Lei de PPS & 20 anos da Lei de Concessões*: As melhores práticas na estruturação e regulação de projetos de infraestrutura. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>. Acesso em: 21 de junho de 2019, p. 55.

¹⁵ BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. AC-2086/2012. Sessão: 20/06/2012. Relatora Ministra Ana Arraes; BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. AC-0440/2008-Plenário. Sessão: 19/03/2008. Relator Ministro Raimundo Carreiro; BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. AC-0516/2003-Plenário. Sessão: 14/05/2003. Relator Ministro Lincoln Magalhães da Rocha.

engenharia apenas quando houver projeto básico aprovado e que não licite obras sem a obtenção da licença ambiental prévia¹⁶.

Nos termos do entendimento firmado no Acórdão 516/2003 do Egrégio Tribunal de Contas da União¹⁷, precedente paradigmático desta Corte, o projeto básico de um processo licitatório, nos moldes preconizados na Lei nº 8.666/1993, não é exigência meramente formal, para que se proceda a licitações de obras e atividades. A definição de projeto básico estabelecido no inc. IX do art. 6º da Lei nº 8.666/1993 revela a importância do tema para uma contratação, no sentido de que o projeto básico deve representar uma projeção detalhada do futuro contrato, com elementos suficientes para caracterizar a obra ou serviço a ser executado e informações relevantes sobre a viabilidade e a conveniência técnica e econômica do empreendimento examinado. Além disso, o inc. IX dispõe que tal projeto será “*elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento [...]*”. Essa regra é reproduzida também no art. 12, inc. VII, da Lei nº 8.666/1993. Ambas derivam do inc. IV, do § 1º, do art. 225 da CRFB que, como visto, impõe a realização de prévio estudo de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente danosa ao meio ambiente.

Percebe-se, da leitura dos dispositivos acima, que a elaboração do projeto básico pressupõe a existência do estudo prévio de impacto ambiental ou um outro procedimento de avaliação do impacto ocasionado ao meio ambiente pelo empreendimento.

Segundo o Egrégio Tribunal de Contas da União¹⁸, ainda no Acórdão 516/2003, as características acima relatadas do projeto básico impossibilitam que ele seja feito antes da licença prévia, haja vista aquela licença ser, como mencionado, o primeiro alvará adquirido pelo empreendedor, com a aprovação da localização, da concepção e da viabilidade ambiental do empreendimento (art. 8º, inc. I, da Resolução nº 237/1997 do

¹⁶ Tal posicionamento foi contemplado em livro publicado pelo Tribunal de Contas da União: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Obras Públicas: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras de edificações públicas*. 4. ed. Brasília: 2014, p. 16.

¹⁷ BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. AC-0516/2003-Plenário. Sessão: 14/05/2003. Relator Ministro Lincoln Magalhães da Rocha.

¹⁸ BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. AC-0516/2003-Plenário. Sessão: 14/05/2003. Relator Ministro Lincoln Magalhães da Rocha.

CONAMA). Assim é, pois do contrário, haveria a possibilidade de o projeto básico ter que ser alterado com a aquisição da licença prévia, caso essa autorização venha a estabelecer localização ou concepção diferente daquelas adotadas no projeto básico elaborado indevidamente. Nesses casos, o gestor provavelmente terá que incorrer em despesas extras com alterações no projeto básico, o que acarretaria prejuízos ao erário.

Tal Corte conclui o tema de forma categórica¹⁹:

[...] dado que não se pode realizar a licitação sem o projeto básico, pois tal procedimento ensejaria a nulidade da licitação, e considerando que o projeto básico somente está em conformidade com a Lei nº 8.666/93, se assegurar o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que o adequado tratamento dos impactos ambientais se dá no processo de licenciamento prévio, é compreensível que a licitação realizada com base em projeto básico elaborado antes da licença prévia pode vir a ensejar a nulidade da licitação.

Mais recentemente o Egrégio Tribunal de Contas da União, por meio do Informativo de Jurisprudência de Licitações e Contratos nº 111, reiterou o entendimento acima:

Licitação de obra pública

A realização de certame licitatório com base em projeto básico elaborado sem a existência de licença ambiental prévia configura, em avaliação preliminar, afronta aos comandos contidos no art. 10 da Lei 6.938/1981, no art. 6º, inciso IX, c/c o art. 12, inciso VII, da Lei 8.666/1993 e no art. 8º, inciso I, da Resolução/Conama 237/1997.

[...] A unidade técnica ressaltou, porém, que o projeto básico somente poderia ter sido elaborado após a obtenção da respectiva licença prévia. Ponderou, a esse respeito, que “o projeto básico deve obrigatoriamente conter as licenças ambientais requeridas, devendo ainda compreender o estudo de impacto ambiental antecipadamente determinado...”. Garante-se, com isso, que “o empreendimento seja concebido e orçado levando-se em conta as medidas mitigadoras, compensatórias e/ou corretivas do meio ambiente, em cumprimento ao disposto na legislação aplicável, qual seja: art. 10 da Lei 6.938/1981; art. 6º, inciso IX, c/c o art. 12, inciso VII, da Lei 8.666/1993 e o art. 8º, inciso I, da Resolução/Conama 237/1997”. A relatora do feito, ao endossar a análise da unidade técnica, ressaltou que a jurisprudência do TCU é pacífica no sentido que “a Licença Prévia (LP) deve existir antes da instauração da licitação, pois o atendimento das exigências ambientais é determinante na própria concepção do objeto”. [...] Precedentes mencionados: Acórdãos nºs. 2.886/2008, 1.580/2009, 1.620/2009, 1.726/2009, 2.013/2009, 2.367/2009, 870/2010 e 958/2010, todos do Plenário e 5.157/2009 da 2ª Câmara. Comunicação de Cautelar, TC 017.008/2012-3, rel. Min. Ana Arraes, 20.6.2012.

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. AC-0516/2003-Plenário. Sessão: 14/05/2003. Relator Ministro Lincoln Magalhães da Rocha.

Este posicionamento é idêntico no Poder Judiciário. Pode-se citar, como exemplo, decisão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região²⁰:

A definição contida no artigo 6º, IX, da Lei das Licitações, dá conta de que o projeto básico deve ser elaborado de modo a assegurar a viabilidade técnica e propiciar o adequado tratamento ambiental. É dizer: a finalidade da norma, portanto, é determinar condutas que assegurem a efetividade da proteção ambiental. Assegurada a proteção ambiental, portanto, antes do início da alteração material do meio ambiente, a norma cumpre sua função, mesmo que o projeto incorpore condicionantes ambientais posteriormente, mediante reformulações.

Há, também, decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²¹ que trata de caso específico sobre concessão de cemitério cuja pretensão era a suspensão do procedimento licitatório e a declaração de nulidade do Edital de Concorrência tendo por fundamento a inexistência de projeto básico para a concessão, e a ausência de informações quanto às construções dos cemitérios e quanto ao cumprimento de limitações ambientais impostas pelo CONAMA. Ao decidir, estabeleceu-se que a elaboração de um projeto básico, nos moldes do art. 6º, inc. IX, da Lei nº 8.666/1993, se faz necessário, pois é primordial que os interessados tenham conhecimento indubitável, previamente, das características e custos das obras necessárias objeto do contrato, principalmente, as reformas indispensáveis para adaptar os cemitérios às atuais exigências ambientais.

6.3 Princípio da economicidade, risco de repactuação e equilíbrio econômico-financeiro dos contratos

Além do até aqui exposto, deve-se ressaltar que se o EIA/RIMA for realizado depois da publicação do edital, poder-se-á acarretar, em casos de eventuais alterações nas características do empreendimento decorrentes da aprovação da licença prévia, novas despesas com a repactuação de contratos, revisão do equilíbrio econômico-financeiro, entre outros, gerando prejuízos ao erário e aos vencedores do certame, passando-se a

²⁰ BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. AC 2006.71.01.003801-8. AC. - APELAÇÃO CÍVEL. Relator Desembargador Federal Carlos Eduardo Thopson Flores Lenz. Órgão julgador: Terceira Turma. Fonte: D.E. 04/11/2009.

²¹ ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Apelação Cível nº. 0105857-52.2008.8.19.0001. Relatora Des. Gilda Maria Dias Carrapatoso. Décima Terceira Câmara Cível. Data: 27/02/2013.

prevalecer o enfoque econômico-financeiro, tornando o enfoque ambiental e seus instrumentos mera formalidade.

Ainda no que diz respeito ao entendimento firmado no Acórdão 516/2003, o Egrégio Tribunal de Contas da União²² depreende que:

[...] o projeto básico deve ser feito depois da obtenção da licença prévia pelo empreendedor. Assim, evitam-se desperdícios de recursos públicos com eventuais alterações nos projetos básico e executivo e em consequentes repactuações de contratos de obras públicas.

Não se vislumbra óbice a que o projeto básico seja feito concomitantemente às gestões para a obtenção da licença prévia, desde que a sua finalização ocorra depois de a licença prévia haver sido concedida.

Assim, enquanto o empreendedor realiza as gestões prescritas na legislação para a aquisição da licença prévia, elabora-se o projeto básico, na parte que não dependa de definições emanadas da licença. Já os itens do projeto que dependam de atributos do empreendimento a serem definidos na licença prévia, como a localização, a concepção tecnológica e os requisitos ambientais (medidas mitigadoras e compensatórias), são feitos depois do licenciamento prévio. Dessa forma preserva-se o erário da realização de despesas desnecessárias com alterações no projeto básico.

6.4 Princípio da legalidade e a ausência de discricionariedade

Mesmo não existindo previsão legal genérica na Lei nº 8.987/1995, o que pelo princípio da legalidade não significa que a Administração pode fazer aquilo que a lei não proíbe, pelo contrário, ela não pode atuar sem prévia e expressa habilitação desta, ou seja, a Administração pode fazer apenas aquilo para o que a lei expressamente a habilite. Por tal motivo, entende-se que a licença prévia ou, ao menos, a expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental deve ser adquirida antes da licitação.

Pensar conforme o entendimento que aqui se rechaça, de que não há exigência legal no sentido de que o EIA/RIMA e as licenças sejam concedidas antes do processo licitatório, logo podem ser realizados depois, é entender que existe discricionariedade onde não há.

De acordo com Antonio Mozo Seoane²³, o conceito que persiste, ao longo do tempo, como válido e aceito, de que a discricionariedade implicava a ausência de norma, legal ou regulamentária a que submete a atuação administrativa, com o Estado

²² BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. AC-0516/2003-Plenário. Sessão: 14/05/2003. Relator Ministro Lincoln Magalhães da Rocha.

²³ MOZO SEOANE, Antonio. *La discrecionalidad de la Administración Pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983*. Madrid: Montecorvo, 1985, p. 172 e 173.

Intervencionista, deixa de existir. Nos modelos intervencionistas de Estado, não se admite mais a confusão entre a falta de norma de discricionariedade e a lacuna legal²⁴. Ademais, assume uma postura dentro da concepção da discricionariedade que revisa o fato de que esta deriva da ausência de previsão normativa. Atualmente, somente existe discricionariedade se o ordenamento a atribui.

6.5 Princípio da segurança jurídica, princípio da vinculação ao edital, princípio da imutabilidade das propostas, princípio da competitividade e os riscos envolvendo a realização dos estudos de impacto ambiental depois da publicação do edital

Deve-se também mencionar que a obtenção da licença prévia antes da licitação do contrato de concessão comum dá maior segurança às partes quanto aos custos envolvidos no cumprimento das condicionantes ambientais estabelecidas para a implantação do empreendimento e quanto aos passivos a serem remediados²⁵. Piorará tal situação se o impacto ambiental ultrapassar o território do município, o que atrairia a competência do Estado para licenciar e geraria mais incertezas do que as mencionadas.

É importante, além disso, levar em consideração a observância do princípio da vinculação ao edital, que se traduz na regra de que o edital faz lei entre as partes e do princípio da imutabilidade das propostas que exclui a possibilidade de os licitantes alterarem as condições de sua oferta. Caso realizado o EIA/RIMA depois da licitação, restará ao vencedor do certame e à própria Administração pouco a fazer no que se refere ao controle ambiental do projeto.

No mais, tende a participar do processo licitatório, pessoas jurídicas não tão sérias, com um comportamento leviano, aventureiro ou até mesmo desavisado, afinal, quem participaria de certame sem saber o *quantum* necessário para prevenir, evitar e/ou mitigar os danos ambientais decorrentes do empreendimento? Esse fator, por si só, pode configurar uma violação ao princípio da competitividade já que limitaria o número de participantes.

²⁴ CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco. La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, Ano 3, n. 7, p. 51-104, ene-abr, 1952.

²⁵ RIBEIRO, Maurício Portugal. *10 anos das Lei de PPS & 20 anos da Lei de Concessões: As melhores práticas na estruturação e regulação de projetos de infraestrutura*. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>. Acesso em: 21 de junho de 2019, p. 55.

6.6 Democracia participativa e o direito de acesso à informação

Há, também uma violação à democracia participativa e ao direito de acesso à informação ambiental, pois sem o EIA/RIMA a sociedade não tem como discutir e debater em audiência pública os impactos ambientais existentes e a viabilidade ambiental do projeto.

Para que o princípio da precaução, tanto festejado no Direito ambiental, seja respeitado, o EIA/RIMA deve ser apresentado antes da publicação do edital, afinal, este visa estabelecer se um projeto é aceitável face aos impactos gerados sobre o ambiente, as possibilidades de atenuar tais impactos e os benefícios sociais decorrentes de sua implementação. Trata-se de uma parte essencial do processo decisório relativo a projetos de infraestrutura/obra pública e condição *sine qua non* para o seu desenvolvimento e implementação. Lançar um edital licitatório cujo objeto é uma concessão comum da operação, manutenção, recuperação, expansão e implementação de melhorias nos cemitérios públicos municipais sem antes saber tecnicamente se tais obras são viáveis ambientalmente ou, ainda, caso sejam elas viáveis, sem saber qual o seu real custo ambiental, não parece uma decisão em que o interesse público seja o fim a ser perseguido.

Por isso que Paulo Affonso Leme Machado²⁶ conclui que:

A Lei de Licitações espancou qualquer dúvida de que, quando se licita, a análise do impacto ambiental já deve ter sido feita. É a ordem lógica dos atos de uma Administração Pública sadia moralmente, que não pode contratar e nem escolher com quem contratar no procedimento licitatório, sem, antes, saber qual o impacto ambiental, qual o custo e de que modo impedir ou diminuir o impacto negativo ao meio ambiente. Ausente ou irregular essa análise, nulo é o procedimento licitatório, cabendo a proposição de ação popular ou ação civil pública, com a concessão de medida liminar.

²⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudo de direito ambiental*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 60.

7 CONCLUSÕES

Conclui-se, de todo exposto, que a atividade de operação, manutenção, recuperação, expansão e implementação de melhorias nos cemitérios públicos diz respeito a obra e atividade efetiva ou potencialmente poluidoras ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental. Logo, é obrigatório a realização de EIA/RIMA e licenciamento ambiental, ou se preferir, existe impossibilidade de dispensa do EIA/RIMA e do licenciamento ambiental uma vez que a obra e atividade é considerada de significativo potencial de degradação ou poluição, estando na zona de certeza positiva deste conceito jurídico indeterminado, o que fica evidente pela existência da Resolução CONAMA nº 335/2003, que dispõe sobre o licenciamento ambiental de cemitérios, mesmo não estando essa atividade relacionada na lista exemplificativa da Resolução CONAMA nº 001/1986, bem como pelos potenciais danos ambientais que a atividade pode gerar, tais como o necrochorume.

Quanto ao momento que o EIA/RIMA deve ser realizado ou, se preferir, o momento para a sua apresentação e discussão - antes ou depois do processo licitatório - apesar de existir um equivocado entendimento, em geral em casos de concessão de uso de bem público, de que o EIA/RIMA só deve ser realizado por ocasião da licença prévia e após declarado o vencedor da licitação por não existir exigência legal - entende-se que para os casos de concessão comum de serviço público e não uma PPP (concessão patrocinada ou administrativa) que a obrigatoriedade de EIA/RIMA e de cláusulas sustentáveis passa a ser condição indispensáveis antes do edital e nos editais, apesar de não possuir na lei que a rege - Lei nº 8.987/1995 - dispositivo que condicione a abertura do processo licitatório à obtenção de licença ambiental prévia ou, ao menos, expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, como ocorre nas PPPs (art. 10, inc. VII, Lei nº 11.079/2004).

A obrigatoriedade de realização do EIA/RIMA antes da publicação do edital se encontra nos seguintes fundamentos:

(i) na Constituição, pois essa assegura a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações;

(ii) na legislação infraconstitucional, pois a elaboração do projeto básico pressupõe a existência do EIA/RIMA ou um outro procedimento de avaliação do impacto ocasionado ao meio ambiente pelo empreendimento, afinal, por não poder se realizar licitação de obras e atividades sem o projeto básico e considerando que este somente estará em conformidade com a Lei nº 8.666/1993, se assegurar o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que o adequado tratamento dos impactos ambientais se dá no processo de licenciamento prévio, faz-se imprescindível o EIA/RIMA antes da publicação do edital (art. 10 da Lei nº 6.938/1981, art. 6º, inc. IX c/c o art. 12, inc. VII da Lei nº 8.666/1993 e no art. 8º, inc. I, da Resolução CONAMA nº 237/1997);

(iii) na finalidade das normas infraconstitucionais, que é determinar condutas que assegurem a efetividade da proteção ambiental. Assegurada a proteção ambiental, portanto, antes do início da alteração material do meio ambiente, a norma cumpre sua função, mesmo que o projeto incorpore condicionantes ambientais posteriormente, mediante reformulações;

(iv) no princípio da economicidade, já que se realizado depois do projeto básico, caso tenha que ser alterado com a aquisição da licença prévia, fará com que o gestor incorra em despesas extras com alterações no projeto básico, além de, se não realizado antes, caso a licença acarrete alterações nas características do empreendimento, novas despesas com a repactuação de contratos, revisão do equilíbrio econômico financeiro, entre outros, gerarão prejuízos ao erário;

(v) no princípio da legalidade, que não significa que a Administração pode fazer aquilo que a lei não proíbe, pelo contrário, ela não pode atuar sem prévia e expressa habilitação desta, ou seja, a Administração apenas pode fazer aquilo para o que a lei expressamente a habilite;

(vi) no princípio da segurança jurídica, já que a obtenção da licença prévia antes da licitação do contrato de concessão comum dá maior segurança às partes quanto aos custos envolvidos no cumprimento das condicionantes ambientais estabelecidas para a implantação do empreendimento e quanto aos passivos a serem remediados;

(vii) no princípio da vinculação ao edital e no princípio da imutabilidade das propostas, pois caso realizado o EIA/RIMA depois da licitação, restará ao vencedor do certame e à própria Administração pouco a fazer no que se refere ao controle ambiental do projeto;

(viii) no princípio da competitividade do processo licitatório, já que sem saber o quantum necessário para prevenir, evitar e/ou mitigar os danos ambientais decorrentes do empreendimento, o mesmo atrairá apenas pessoas jurídicas não tão serias, com um comportamento leviano, aventureiro ou até mesmo desavisado, limitando o número de participantes;

(ix) no princípio da democracia participativa e no direito de acesso à informação ambiental, pois a sociedade não terá como discutir e debater em audiência pública os impactos ambientais existentes pois não haverá o EIA/RIMA e sua funcionalidade é, exatamente, viabilizar a participação popular na tomada de decisões públicas;

(x) no princípio da moralidade, pois em uma Administração Pública sadia não se pode contratar e nem escolher com quem contratar sem, antes, saber qual o impacto ambiental, qual o custo e de que modo impedir ou diminuir o impacto negativo ao meio ambiente;

(xi) no princípio da prossecução do interesse público, pois publicar um edital licitatório cujo objeto é uma concessão comum sem antes saber tecnicamente se tais obras são viáveis ambientalmente ou, ainda, caso sejam elas viáveis, sem saber qual o seu real custo ambiental, sendo que é primordial que os interessados tenham conhecimento induidoso, previamente, das características e custos das obras necessárias objeto do contrato, não parece uma decisão em que o interesse público seja o fim a ser perseguido.

Por todos os argumentos aqui levantados, conclui-se que o EIA/RIMA tem que ser realizado antes da publicação do edital de licitação para que os órgãos ambientais licenciadores tenham a possibilidade de impor condicionantes à operação dos empreendimentos, para que as condições ambientais sejam continuamente avaliadas, assim minimizando possíveis impactos para a sociedade.

8 REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Michele; DELATORRE, Ana Flávia; FRACASSO, Mariana; NECKEL, Alcindo; BERTOLDI, Tauana. Contaminação de solo por cemitérios: um problema de saúde pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE GESTÃO AMBIENTAL, 7,2016, Campina Grande. **Anais [...]** Campina Grande: PB, 2016. Disponível em: <https://www.ibeas.org.br/congresso/Trabalhos2016/V-006.pdf>. Acesso em: 03 de julho de 2019.

BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 19 de junho de 2019

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **AC-0440/2008-Plenário**. Sessão: 19/03/2008. Relator Ministro Raimundo Carreiro.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **AC-0516/2003-Plenário**. Sessão: 14/05/2003. Relator Ministro Lincoln Magalhães da Rocha.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **AC-2086/2012**. Sessão: 20/06/2012. Relatora Ministra Ana Arraes.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Obras Públicas: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras de edificações públicas**. 4. ed. Brasília, 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **AC 0010972-64.2000.4.01.0000**. Apelação Cível. Relator Desembargador Federal Fagundes de Deus. Órgão julgador: Quinta Turma. DJ 28/06/2007, p. 53.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **AC 2006.71.01.003801-8**. Apelação Cível. Relator Desembargador Federal Carlos Eduardo Thopson Flores Lenz. Órgão julgador: Terceira Turma. Fonte: D.E. 04/11/2009.

CARNEIRO, Victor Santos. Impactos causados por necrochorume de cemitérios: meio ambiente e saúde pública. **Revista águas subterrâneas - SUPLEMENTO - Anais do I Congresso Internacional de Meio Ambiente Subterrâneo**. v. 23, a. 31. Disponível em: <https://aguassubterraneas.abas.org/asubterraneas/issue/view/1177> . Acesso em 2 de julho de 2019.

CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco. La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo. **Revista de Administración Pública**, Madrid, Ano 3, n. 7, p. 51-104, ene./abr. 1952.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento nº. 0005752-26.2015.8.19.0000**. Relatora Des. Odete Knaack de Souza. Vigésima Segunda Câmara Cível. Data: 12/05/2015.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº. 0105857-52.2008.8.19.0001**. Relatora Des. Gilda Maria Dias Carrapatoso. Décima Terceira Câmara Cível. Data: 27/02/2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Estudo de direito ambiental**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MARTINS, Aparecido da Silva. Da necessidade da confecção do EIA/RIMA antes do lançamento do Edital Licitatório em obras públicas. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**. Santa Catarina, v. 2, n. 4, p. 69-92, jul-dez, 2012.

MASTRODI, Josué; BRITO, Beatriz Duarte Correa de. Licitações públicas sustentáveis: vinculação ou discricionariedade do administrador? **Revista de Direito Administrativo-RDA**. Rio de Janeiro, v. 274, p. 81-112, jan./abr. 2017.

MOZO SEOANE, Antonio. **La discrecionalidad de la Administración Pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983**. Madrid: Montecorvo, 1985.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **10 anos da Lei de PPS & 20 anos da Lei de Concessões: As melhores práticas na estruturação e regulação de projetos de infraestrutura**. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>. Acesso em: 21 de junho de 2019.

SADDY, André; AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Regime jurídico da proteção ao patrimônio natural no Brasil. **Monografias de la Revista Aragonesa de Administración Pública**. Zaragoza: Governo de Aragon, 2018, v. XVII, p. 173-201.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

VASCONCELLOS FILHO, Fernando M. Cabral de. **A avaliação de impactos ambientais e os grandes empreendimentos de infra-estrutura no Brasil: alcance e reducionismo**. 2006. 320 f., il. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Sustentável) — Universidade de Brasília, Brasília, 2006.