



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Edson Roberto Cellegim

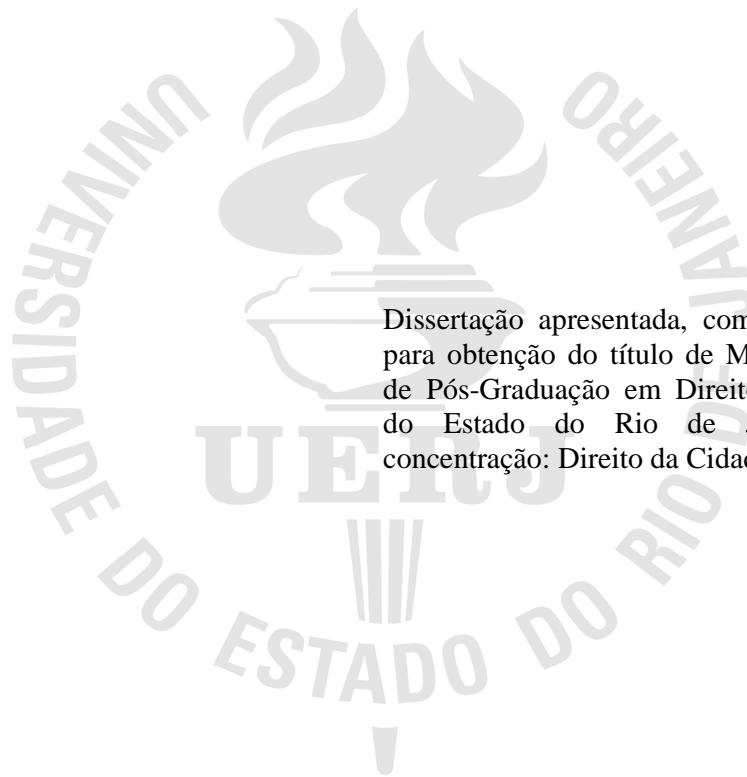
**O licenciamento ambiental no âmbito do Regime Diferenciado de
Contratações Públicas**

Rio de Janeiro

2015

Edson Roberto Celleghim

O licenciamento ambiental no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações Públicas



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito da Cidade.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Vânia Siciliano Aieta

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C393 Cellegim, Edson Roberto.

O licenciamento ambiental no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações Públicas / Edson Roberto Cellegim. – 2015.
127 f.

Orientador: Profa. Dra. Vânia Siciliano Aieta.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Direito ambiental - Teses. 2. Licenciamento ambiental - Teses. 3.
Direito administrativo – Teses. 4. Contratos – Teses. I. Aieta, Vânia Siciliano.
Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 349.6

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Edson Roberto Celleghim

O licenciamento ambiental no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações Públicas

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Aprovada em 26 de junho de 2015.

Banca Examinadora:

Prof^a. Dr^a. Vânia Siciliano Aieta (Orientadora)

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Mauricio Jorge Pereira da Mota

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Jerson Carneiro Gonçalves Junior

Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais

Rio de Janeiro

2015

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente a meus familiares e amigos, que sempre me estimularam nos estudos.

Aos servidores da UERJ registro meu agradecimento pela atenção.

Merecem uma menção especial os mestrandos e doutorandos, que também se tornaram grandes amigos, dentre eles Artur, Luciana, Leonardo, Cláudia, Igor, Rafael, Carmen, Letícia, Ricardo e Glauco. Em especial, agradeço a dois deles, Thiago Jordace e Thiago Serpa Erthal, com quem discuti vários temas presentes na dissertação ora apresentada.

Também foram fundamentais os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito. As bibliografias indicadas, aulas, discussões e conselhos acrescentaram muito aos meus conhecimentos e me instigaram a me aperfeiçoar e pesquisar. Os momentos vivenciados durante o curso foram extremamente enriquecedores e agradáveis, fazendo jus ao renomado Programa.

Dedico especial agradecimento à minha estimada orientadora, professora Vânia Aieta. Sempre atenciosa, solícita e compreensiva, constantemente demonstra sua sabedoria e inestimáveis conhecimentos.

Agradeço ainda a todos aqueles que de qualquer forma, direta ou indiretamente, me ajudaram!

RESUMO

CELLEGHIM, Edson Roberto. *O licenciamento ambiental no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações Públicas*. 2015. 127f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

Este trabalho tem como objetivo analisar o licenciamento ambiental das obras públicas de infraestrutura realizadas sob o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), previsto pela Lei nº 12.462/2011. A escolha do país para realizar a Copa do Mundo FIFA 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016 trouxe a necessidade de responder a encargos contratuais e ao esperado fluxo de turistas. Com isso, tornou-se ainda mais urgente promover melhorias na infraestrutura do país. Contudo, o estatuto legal das licitações e contratos administrativos era visto como inadequado, o que levou à criação do RDC. O novo regime revela-se cercado de controvérsias a respeito de suas benefícios e desvantagens, mas progressivamente vem tendo seu âmbito de aplicação estendido para além dos eventos desportivos internacionais. Ao longo do texto, examina-se a constitucionalidade da nova lei, bem como a proteção jurídica do meio ambiente, enfocando-se o licenciamento ambiental. Por fim, a partir da análise da Lei nº 12.462/2011 em face da Constituição da República, propõe-se uma interpretação a respeito da compatibilização entre o RDC e o licenciamento ambiental, considerando a efetividade da legislação ambiental e o princípio da vedação do retrocesso.

Palavras-chave: Constituição. Direito Administrativo. Licitação. Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Direito ambiental. Licenciamento ambiental.

ABSTRACT

CELLEGHIM, Edson Roberto. *The environmental licenses of public constructions under Law n° 12.462/11*. 2015. 127f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

The aim of this paper is to analyze the environmental licenses of public constructions under the procurement system known as RDC (Law n° 12.462/11). The country's choice to host the 2014 FIFA World Cup and the 2016 Olympic Games increased the needs of infrastructure for both the matches and the tourists. However, according to some experts, the general law for bidding process was not able to deal with those urgent needs. These difficulties have influenced the discussions that led to the creation of RDC and brought up some controversial debates concerning the benefits and disadvantages of the new regulation. Despite these controversies, recent laws expanded the new system to other buildings, not limited to the events reported. Throughout the text, not only is it possible to observe the analysis of the compatibility between the new law and the Constitution of the Federative Republic of Brazil, but also environmental licenses concepts. Finally, according to the studies presented about the law n° 12.462/2011, it was suggested an interpretation that raises the compatibility between RDC and the environmental protection, considering the effectiveness of environmental laws and the principle of non-regression.

Keywords: Environmental law. Licensing. Constitution. Government. Bidding process. Procurement system.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|--------|--------------------------------------------------------------------------|
| ADI | Ação Direta de Inconstitucionalidade |
| CECA | Comissão Estadual de Controle Ambiental (RJ) |
| CETESB | Companhia Ambiental do Estado de São Paulo |
| CNEN | Comissão Nacional de Energia Nuclear |
| CONAMA | Conselho Nacional do Meio Ambiente |
| CONEMA | Conselho Estadual de Meio Ambiente |
| CRFB | Constituição da República Federativa do Brasil (de 1988) |
| DJ | Diário da Justiça |
| DNIT | Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes |
| EIA | Estudo de Impacto Ambiental |
| EIS | <i>Environmental Impact Statements</i> |
| EPA | <i>United States Environmental Protection Agency</i> |
| FEEMA | Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente (RJ) |
| IBAMA | Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis |
| IN | Instrução Normativa |
| INEA | Instituto Estadual do Ambiente (RJ) |
| LCp | Lei Complementar |
| LI | Licença de Instalação |
| LO | Licença de Operação |
| LP | Licença Prévia |
| MMA | Ministério do Meio Ambiente |
| MP | Medida Provisória |
| NEPA | <i>National Environmental Policy Act</i> |
| OJN | Orientação Jurídica Normativa |
| PNMA | Política Nacional do Meio Ambiente |
| PNRH | Política Nacional de Recursos Hídricos |
| RDC | Regime Diferenciado de Contratações Públicas |
| RE | Recurso Extraordinário |
| REsp | Recurso Especial |
| RIMA | Relatório de Impacto Ambiental |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |

TCU Tribunal de Contas da União

UNESCO Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

SUMÁRIO

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| 1 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS | 13 |
| 1.1 Do Estado Patrimonial ao Estado Gerencial | 13 |
| 1.2 Licitação. Conceito e princípios | 17 |
| 1.3 Aspectos gerais do Regime Diferenciado de Contratações Públicas | 19 |
| 1.4 Ações diretas de inconstitucionalidade | 22 |
| 1.4.1 <u>Instituição do RDC por medida provisória</u> | 23 |
| 1.4.2 <u>As emendas parlamentares a projeto de conversão de medida provisória</u> | 28 |
| 1.4.3 <u>Da delegação ao Poder Executivo da escolha do regime licitatório</u> | 32 |
| 1.4.4 <u>Da publicação dos atos</u> | 34 |
| 1.4.5 <u>O sigilo do orçamento estimado pela Administração Pública</u> | 36 |
| 1.4.6 <u>A pré-qualificação permanente</u> | 39 |
| 1.4.7 <u>A contratação integrada</u> | 43 |
| 1.4.8 <u>A remuneração variável</u> | 49 |
| 2 TUTELA JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE | 52 |
| 2.1 Conceito de meio ambiente | 52 |
| 2.2 Evolução histórica da proteção do meio ambiente | 55 |
| 2.3 O meio ambiente na sociedade de risco | 62 |
| 2.4 Fundamento ético das normas ambientais | 66 |
| 2.5 A Constituição e o meio ambiente | 68 |
| 2.6 A juridicidade ambiental | 71 |
| 2.7 O Estado teatral | 72 |
| 2.8 Princípios do Direito Ambiental | 75 |
| 2.8.1 <u>Princípio da equidade intergeracional</u> | 75 |
| 2.8.2 <u>Princípios da precaução e da prevenção</u> | 76 |
| 2.8.3 <u>O princípio da proibição de retrocesso ambiental</u> | 79 |
| 3 O LICENCIAMENTO AMBIENTAL E AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS | 83 |
| 3.1 Aspectos históricos do licenciamento ambiental | 83 |
| 3.2 Licenciamento ambiental: conceito e funções | 84 |
| 3.3 Fases do licenciamento ambiental | 89 |
| 3.4 Natureza jurídica da licença ambiental | 92 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.5 Competência | 96 |
| 3.6 A função administrativa de licenciamento ambiental e a separação de poderes | 101 |
| 3.7 Licenciamento ambiental no Regime Diferenciado de Contratações Públicas | 107 |
| 3.7.1 <u>O licenciamento ambiental no regime de contratação integrada</u> | 112 |
| CONCLUSÃO | 116 |
| REFERÊNCIAS | 121 |

INTRODUÇÃO

A Lei federal nº 8.666, que é o estatuto geral de licitações e contratos administrativos, foi editada em 1993, época turbulenta da Política brasileira, logo após o *impeachment* do Presidente da República e denúncias de corrupção envolvendo o Poder Legislativo. Por força desse momento histórico, a mencionada legislação estabelece diversos mecanismos de controle sobre o administrador público, restringindo sua liberdade de atuação.

Com a escolha do país para realizar a Copa das Confederações FIFA 2013, a Copa do Mundo FIFA 2014 e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, havia a necessidade de reduzir as deficiências de infraestrutura para atender aos encargos contratuais assumidos pelo país, garantindo a realização dos eventos e incrementando o turismo.

Diante dessa demanda, eram formuladas diversas críticas a respeito do regime das licitações, considerado pelos agentes governamentais como um obstáculo à rápida realização das obras públicas. Em contrapartida, diante do risco de corrupção, era mal vista por outros setores uma reforma legal que ampliasse a autonomia dos agentes públicos.

Nesse quadro, de necessária urgência na modernização da infraestrutura e incerteza quanto aos riscos trazidos pela reforma legislativa, foi, então, criado o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), instituído pela Medida Provisória (MP) nº 527/2011, posteriormente convertida na Lei nº 12.462/2011.

Tal reforma revelou-se o produto possível de uma cautelosa “experimentação legislativa”¹, pois o novo regime não é impositivo, sendo facultativa a sua adoção, e restrito a obras específicas, já que o novo modelo foi concebido inicialmente para as obras de infraestrutura necessárias à realização dos eventos desportivos internacionais.

A edição do RDC veio acompanhada de controvérsia, exposta em ações diretas de inconstitucionalidade. Impugna-se o novo regime, pois haveria defeito formal na edição da lei, já que o RDC resultou de emenda parlamentar a uma MP cujo objeto era a Aviação Civil. Outros vícios seriam a delegação ao Poder Executivo da escolha do regime licitatório aplicável, a elaboração de licitação desprovida de projeto básico, a redução da isonomia e da competitividade das propostas, a violação à publicidade mediante sigilo dos orçamentos, a remuneração variável e o risco ao patrimônio histórico e cultural e à proteção ambiental.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC: (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11)*. São Paulo: Dialética, 2013, p. 14.

Em contrapartida, em defesa do novo regime, argumenta-se que estaria presente a relação de pertinência temática entre a matéria objeto da MP nº 527/2011 (reestruturação da Presidência da República, dos Ministérios e da Aviação Civil brasileira) e o RDC. Além disso, teriam sido observados os limites ao poder de emenda parlamentar. A nova legislação seria inspirada na busca da eficiência e da economicidade nas contratações públicas, sem qualquer afronta à isonomia. Quanto à delegação legislativa ao administrador da tarefa de especificar as obras necessárias à realização dos eventos desportivos, o intuito teria sido o de evitar o engessamento da atividade administrativa e o descumprimento dos compromissos assumidos pelo país. A contratação integrada (possibilidade de a contratação prescindir da elaboração do projeto básico) representaria ganho de tempo e economia. O RDC não violaria a competitividade da licitação e não traria risco ao patrimônio histórico e cultural e à proteção ambiental. Trata-se de regime inspirado na experiência do direito estrangeiro e em recomendações de organizações internacionais.

Quanto à proteção ambiental, a nova legislação é extremamente lacônica, comparando-se ao detalhamento adotado em outros temas, o que reflete a insuficiência do diálogo entre os diversos campos do Direito.

No contexto da reforma do regime legal de licitações e contratos administrativos, como compatibilizar as inovações trazidas pelo RDC e a proteção do meio ambiente, considerando a realização de obras potencialmente poluidoras? Para analisar o tema, partiremos da hipótese de que é indispensável observar o procedimento do licenciamento ambiental, sendo insuficiente a mera previsão de medidas compensatórias e mitigadoras.

A adequação ambiental das necessárias obras de infraestrutura, diante do novo regime legal, é assunto ainda pouco explorado no Brasil, principalmente em razão da novidade da legislação. Assim, como objetivo geral, propõe-se o exame desse tema, notadamente à luz da atual literatura sobre o licenciamento ambiental, a licitação e a contratação administrativa.

O tema proposto é recente e de inegável repercussão, considerando a relevância econômica, social e institucional das obras de infraestrutura no país, bem como o correspondente impacto ambiental, abrangendo os distintos entes federativos.

No que tange à relevância científica, esta se revela ao se constatar a escassez bibliográfica que articule o RDC e o licenciamento ambiental. Nesse sentido, é possível encontrar apenas alguns artigos esparsos e breves referências nos manuais de Direito Ambiental.

A pesquisa para a elaboração da dissertação será eminentemente teórico-conceitual, através de argumentos coletados na literatura atualmente existente. Tendo em vista a relativa

novidade do tema, é escassa a produção científica, motivo pelo qual se buscará analisar a tutela ambiental em face das grandes obras de infraestrutura com base nos estudos já realizados a respeito do RDC e do licenciamento ambiental.

O primeiro capítulo adotará como ponto de partida o exame de autores do Direito Administrativo dedicados ao estudo dos temas de licitação, contratos administrativos e infraestrutura, analisando-se, dentre outros aspectos, a compatibilidade constitucional das inovações editadas com a Lei nº 12.462/2011.

O capítulo seguinte contará com uma exposição geral sobre o Direito Ambiental, incluindo aspectos históricos, a efetividade de suas normas, os princípios e a ideia de vedação do retrocesso.

Ademais, o terceiro capítulo examinará o licenciamento ambiental. Nesse ponto, será adotada a literatura especializada, enfocando-se a vinculação, a discricionariedade, o procedimento e a competência. Após relacionar o instituto às licitações, buscar-se-á analisar os resultados da pesquisa articulando os argumentos legais e teóricos que constituem as estratégias de compatibilização entre o RDC e o licenciamento ambiental.

Por fim, adotar-se-á a um exame da jurisprudência pertinente, elaborada pelos Tribunais Judiciários e pelos Tribunais de Contas, utilizando-se como critérios de pesquisa o RDC e o licenciamento ambiental, analisando-se os argumentos de decisão.

Desde logo, é necessário advertir que o tema não foi esgotado. Nem se tinha a pretensão de fazê-lo, tendo em vista seu vasto potencial. Neste trabalho, buscou-se tão-somente dar uma contribuição para a sua compreensão e delimitação.

1 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

1.1 Do Estado Patrimonial ao Estado Gerencial

Diante da sua natureza gregária, o homem necessita viver em contato com outros. O exercício do poder e de alguma organização social, visando ao convívio pacífico, esteve presente desde tempos imemoriais, segundo a História informa. Os modos de exercício do poder foram analisados pelos mais diversos campos do conhecimento, destaca-se a análise dos perfis do Estado desenvolvida pelo sociólogo Max Weber, que examinou a dominação patrimonial e a burocrática.

No Estado Patrimonial, cuja origem remonta a épocas ancestrais, o exercício do poder não se baseia em finalidades e normas impessoais, mas em “relações de piedade rigorosamente pessoais. Seu germe encontra-se na autoridade do chefe da comunidade doméstica”². O poder é exercido pelo patriarca de forma ilimitada e sem compromisso com as regras, que se baseiam na tradição e são aplicadas casuisticamente.

Já o Estado Burocrático fundamenta-se no exercício impessoal do poder e na dominação legal e racional. As normas são objetivas e de legalidade abstrata, derivando de elaboração racional e técnica. Também a escolha dos funcionários é fundada em critérios racionais e legais. A relação entre a norma e a legitimação do exercício do poder difere do Estado Patriarcal. Nas palavras de Max Weber³:

“[...] na dominação burocrática, é a norma que cria a legitimação do detentor concreto do poder para dar ordens concretas. Na dominação patriarcal, é a submissão pessoal ao senhor que garante a legitimidade das regras por este estatuídas, e somente o fato e os limites do seu poder de mando têm, por sua vez, sua origem em ‘normas’, mas em normas não estatuídas, sagradas pela tradição. Mas sempre prevalece na consciência dos submetidos, sobre todas as demais ideias, o fato de que esse potentado concreto é o ‘senhor’; e na medida em que seu poder não está limitado pela tradição ou por poderes concorrentes, ele o exerce de forma ilimitada e arbitrária, e sobretudo: sem compromisso com regras.

Além disso, o Estado Patrimonial opera verdadeira confusão entre as esferas pública e privada, entre o patrimônio estatal e o do detentor do poder. Nesse contexto, imperava a

² WEBER, Max. *Economia e sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva*. Vol. 2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Editora UNB, 2004, p. 238.

³ *Ibid.* p. 238.

corrupção e o tráfico de influência. Já o Estado Burocrático tem a pretensão de autonomia patrimonial e pessoal entre o Estado e quem exerce o poder.

Analisando-se a evolução brasileira do patrimonialismo para a dominação racional e legal representada pela burocracia, deve-se ressaltar que o país passou por profundas e rápidas transformações políticas, sociais e econômicas, transitando de uma economia agrária, no começo do século XX, para a completa inserção no capitalismo financeiro, ao final do século. Tais mudanças ocorreram em período relativamente curto de tempo, o que levou a uma transição recheada de contradições no exercício do poder político, do Estado Patrimonial ao Burocrático.

Apesar de alguma divergência entre os autores, a Revolução de 1930 pode ser identificada como o início da transição para o Estado Burocrático. Um exemplo é a criação, em 1936, do Conselho Federal do Serviço Público Civil, transformado, dois anos depois, no DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público). Esse órgão repensou a Administração Pública, baseando-se na centralização e hierarquia da burocracia clássica, além de alterar a seleção de funcionários, que passou a considerar a competência técnica, por meio do concurso público⁴⁻⁵.

No plano internacional, a partir da década de 1970, ocorreram diversas transformações econômicas, sociais e políticas, que levaram ao questionamento do modelo de Estado Burocrático⁶. Em função das crises econômicas, notadamente a crise do petróleo de 1973, reduziu-se o crescimento econômico, encerrando a prosperidade iniciada com o término da Segunda Guerra Mundial. Consequentemente, produziu-se uma crise fiscal no setor público. Os crescentes déficits fiscais, por sua vez, se somaram a uma crise política, já que, principalmente no Estados Unidos da América e na Inglaterra, os contribuintes se insurgiam

⁴ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado patrimonial ao gerencial. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; WILHEIM, Jorge; SACHS, Ignacy (orgs.). *Brasil: Um Século de Transformações*. São Paulo: Cia. Das Letras, 2001, pp. 222-259.

⁵ Apesar da sua inestimável importância, foge aos limites da presente dissertação delimitar o perfil institucional do Estado brasileiro ao longo da História. Além disso, a questão é amplamente discutida, sem que haja consenso a respeito. Raimundo Faoro, por exemplo, identifica o Estado Brasileiro do início do século XX como patrimonial, já que o poder é dominado por uma nobreza decadente que perdeu a renda da terra, retirando sua renda não da terra, mas do Estado. Os proprietários de terra e, principalmente, a burguesia mercantil recolhem impostos que mantêm o estamento dominante e os funcionários a ele ligados. A Era Vargas não teria rompido com o patrimonialismo. Nas suas palavras, “De D. João I a Getúlio Vargas, numa viagem de seis séculos, uma estrutura político-social resistiu a todas as transformações... a persistência secular da estrutura patrimonial, resistindo galhardamente, inviolavelmente, à repetição, em fase progressiva, da experiência capitalista” (FAORO, Raimundo. *Os Donos do Poder*. 2. ed. Porto Alegre/São Paulo: Editora Globo e Editora da Universidade de São Paulo, 1975, pp. 733-736).

⁶ ABRUCIO, Fernando Luiz. Os avanços e dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (org.). *Reforma do estado e administração pública gerencial*. 7ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, pp. 175-177.

contra o aumento dos seus encargos, em repúdio ao consenso social que sustentou o Estado do Bem Estar Social.

No âmbito das transformações econômicas e comerciais, a globalização diminuiu o poder dos Estados nacionais, que assistiram ao incremento das transações financeiras e comerciais, bem como do poder e da influência das empresas multinacionais. Também as empresas procuraram exercer sua influência no sentido de redução dos custos trabalhistas, previdenciários e tributários, vistos como empecilhos à competitividade em escala global.

Diante da crise fiscal enfrentada pelos Estados nacionais, que viram reduzidos os recursos financeiros e sua capacidade de poder, a Administração Pública passou a ser objeto de propostas de reforma. Pretendia-se a superação do modelo weberiano, visto como ineficiente, lento e muito apegado a normas, por um modelo mais ágil e flexível. O modelo de gerenciamento do setor privado era visto como mais apto, diante da constatação de que a burocracia desenvolvia seus próprios interesses, sem atuar sempre com uma pretensa neutralidade em defesa do interesse social. No campo político, a eleição do republicano Ronald Reagan, nos Estados Unidos da América, em 1980, e do Partido Conservador, na Inglaterra, em 1979, permitiram a concretização das reformas do Estado Burocrático.

Nesse contexto, a partir da década iniciado em 1980, ganha impulso uma concepção de Administração Pública denominada *new public management*. Trata-se de reformas realizadas nos países da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), destacando-se os anglo-saxões, sendo distintos os graus de profundidade, bem como os motivos que levaram à sua adoção. No entanto, pode-se identificar como traço comum o relativo declínio econômico, associado pelos defensores das novas propostas ao colapso do Estado de Bem Estar Social⁷. Em linhas gerais, defendia-se a adoção, pelo setor público, de práticas gerenciais do setor privado, reduzindo-se máquina administrativa, enfatizando-se a competição e a eficiência, com foco nos resultados. Outra característica é a defesa de agências governamentais independentes em relação ao poder político.

Ainda no tema dos perfis do Estado, Bresser-Pereira apresentou, no primeiro semestre de 1995, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, baseado em reformas realizadas nos países desenvolvidos, notadamente o Reino Unido. As atividades estatais são classificadas em diferentes perfis, aos quais se aplicam diferentes regimes de propriedade. Para as atividades estratégicas e exclusivas do Estado, o regime de execução e a propriedade são estatais. No caso da produção de bens e serviços, é previsto o regime privado, enquanto os

⁷ HOOD, Christopher. The “new public management” in the 1980s: variations on a theme. *Accounting, organizations and society*, London, v. 20, n. 2/3, 1995, pp. 93-109.

serviços sociais e científicos contam com um sistema híbrido, de propriedade pública não-estatal. Trata-se de estímulo ao terceiro setor, que não faz parte do governo e tampouco dos agentes do mercado privado. Um exemplo é a criação, pela Lei nº 9.637/98⁸, das organizações sociais⁹.

É possível afirmar com segurança a superioridade da dominação burocrática, que se baseia no exercício racional, legal e objetivo do poder, sobre a patrimonialista. Contudo, o Estado Burocrático também enfrenta críticas, relacionadas à falta de agilidade e à tendência do corpo de funcionários a preservar seus próprios interesses, ao invés do interesse público.

Cabe ressaltar, todavia, que as tentativas de superação do Estado Burocrático encontram algumas dificuldades. As propostas tecnocráticas acabam por não envolverem a população e os funcionários públicos e o foco na redução de gastos públicos desconsidera os gastos com o treinamento e profissionalização de funcionários, com retorno a longo prazo. Políticas de descentralização, se desassociadas de mecanismos de coordenação e políticas compensatórias, podem agravar desigualdades regionais e isolar as unidades prestadoras de serviço público. Já a separação entre os formuladores e os aplicadores das políticas públicas pode a responsabilização política do Estado, ao tornar mais complexa a identificação dos responsáveis pela prestação dos serviços públicos¹⁰.

Outra crítica, apresentada por François Chesnais e Claude Serfati, é no sentido de que as críticas ao Estado Burocrático pretendem legitimar propostas de implantação do Estado mínimo e do neoliberalismo, privatizando serviços públicos essenciais, como saúde, educação e conhecimento científico, que seriam acessíveis apenas aos que possuem recursos. Essa restrição do acesso às necessidades vitais afrontaria a busca pela democracia, estratificando a desigualdade social¹¹.

De qualquer forma, vale a descrição do fenômeno histórico, pelo qual o Brasil também passa. No caso do RDC, fica clara sua inserção dentro do quadro acima descrito de transformações da Administração Pública, com a pretensão de conferir ao gestor estatal mecanismos para perseguir maior agilidade, flexibilidade e eficiência.

⁸ Sobre o tema, cf. o recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ação direta de inconstitucionalidade nº 1.923, cujo acórdão encontra-se pendente de publicação.

⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin (org.). *Reforma do estado e administração pública gerencial*. 7ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, pp. 259-267.

¹⁰ ABRUCIO, op.cit., pp. 193-196.

¹¹ CHESNAIS, François; SERFATI, Claude. *"Ecologia" e condições físicas de reprodução social: alguns fios condutores marxistas*. *Crítica Marxista*. São Paulo: Boitempo, v.1, n.16, 2003, p. 74.

1.2 Licitação: conceito e princípios

Com o objetivo de promover o interesse público, o Estado exerce diversas atividades, para as quais são necessários bens e serviços. Para sua contratação, faz-se necessário um procedimento prévio de seleção, destinado a escolher a melhor proposta. Apenas em situações excepcionais, que devem ser previstas na legislação e atender a motivos justificados, admite-se seja afastado tal procedimento competitivo, que é a regra para a compra de bens e contratação de obras e serviços. Nos termos do art. (artigo) 37, inciso XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB):

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

Tal mecanismo de competição é denominado licitação. Trata-se de um procedimento administrativo, compreendendo uma série articulada de atos, com o objetivo de selecionar a proposta de contratação mais vantajosa para o Estado. Pretende-se, com o procedimento licitatório, a adoção de critérios objetivos, afastando o subjetivismo e a liberdade de escolha pelo agente público. Nessa situação, ainda que fossem outros os julgadores, a proposta selecionada seria a mesma¹².

Como princípios gerais, destacam-se a competição e a igualdade. A seleção da proposta mais vantajosa deve se pautar apenas em critérios objetivos, previstos na lei e no edital. O enfoque dos princípios é distinto, já que, na fase inicial, tem preponderância a igualdade, com objetivo de maximizar a quantidade de concorrentes, enquanto, nas fases finais, a competição se dirige à seleção da proposta mais vantajosa¹³.

Além disso, o princípio da publicidade garante ampla divulgação da atividade administrativa, o que permite o controle social. É importante referir também o princípio da moralidade, que tem por objetivo impor o necessário padrão ético aos agentes públicos.

Como princípios setoriais das licitações, podem ser mencionados a vinculação ao

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 495.

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 179.

instrumento convocatório, o julgamento objetivo e o sigilo. O primeiro princípio impõe a subordinação das decisões proferidas no procedimento licitatório à lei, ao regulamento e ao edital, enquanto o julgamento objetivo enfoca a análise das propostas e não a pessoa dos licitantes.

Quanto ao sigilo, aplica-se a determinadas fases da licitação, garantindo impessoalidade e competição ao procedimento. Como exemplo, na modalidade concorrência, um licitante não tem acesso às propostas e aos documentos de habilitação apresentados pelos demais, revelando-se tais dados apenas por ocasião da sessão pública de abertura prevista pelo edital. Sob outro aspecto, o sigilo é elemento a permitir seja afastada a licitação nas hipóteses excepcionais de risco à segurança nacional, com fundamento no artigo 5º, XXXIII, da CRFB¹⁴.

Além dos princípios referidos, a licitação é regulada, em seus aspectos básicos, por leis, havendo uma pluralidade de regimes. Diante da competência legislativa da União para editar normas gerais, nos termos do artigo 22, inciso XXVII, da CRFB,¹⁵ destacam-se a Lei nº 8.666/93 (lei geral de licitações e contratos administrativos), a Lei nº 10.520/02 (regula o pregão) e a Lei nº 12.462/11, que instituiu o RDC.

Também há leis que regulam contratações em hipóteses específicas, como a Lei nº 8.987/95 (concessões de serviços públicos), Lei nº 11.079/04 (parceria público-privada) e Lei nº 12.232/10 (serviços de publicidade e propaganda). Mencione-se ainda a Lei Complementar nº 123/06, que confere condições preferenciais a microempresas e empresas de pequeno porte.

Além disso, para iniciar a disputa, é expedido um ato administrativo de convocação da licitação, o edital,¹⁶ que estabelece o objeto, pressupostos de participação e regras de julgamento.

No planejamento da contratação e na elaboração do edital, a Administração Pública atua discricionariamente, adotando critérios de conveniência e oportunidade para decidir acerca do objeto da contratação, dos requisitos de participação e dos critérios de seleção do vencedor. Contudo, tornado público o edital, a atividade torna-se vinculada aos seus termos¹⁷,

¹⁴ MOREIRA NETO, op. cit., pp. 180-181.

¹⁵ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...)

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

¹⁶ Ressalte-se que o convite também pertence ao gênero ato convocatório. O convite designa uma modalidade de licitação prevista pelo artigo 22, § 3º, da Lei nº 8.666/93, em que as condições da competição estão expressas no instrumento de convite, não sendo utilizado o edital.

¹⁷ JUSTEN FILHO, op. cit., nota 12, p. 495.

conforme previsto pelo artigo 41, *caput*, da Lei nº 8.666/93¹⁸.

1.3 Aspectos gerais do Regime Diferenciado de Contratações Públicas

A Lei federal nº 8.666, que é o atual estatuto geral de licitações e contratos administrativos, foi editada em 1993, um período turbulento da Política brasileira, sob o impacto do *impeachment* do Presidente da República e de denúncias de corrupção envolvendo autoridades estatais. Como produto desse momento histórico, o legislador adotou a premissa de que rígidos mecanismos de controle sobre o administrador público, restringindo sua discricionariedade, eliminariam, ou pelo menos diminuiriam, os desvios de recursos públicos¹⁹.

Contudo, não se verificaram os resultados pretendidos, além de haver críticas à falta de agilidade nas contratações públicas. Para Marcos Juruena Villela Souto, por exemplo, a lei estabeleceu procedimentos caracterizados como “excessivamente burocráticos, formalistas e demorados, os quais não atendem ao princípio da eficiência administrativa”²⁰.

Os efeitos indesejáveis trazidos pela referida lei são, nas palavras de Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Rafael Vêras de Freitas²¹, os seguintes:

(i) o Estado acaba pagando preços superiores ao de mercado, tendo em vista que os licitantes embutem o custo de participar desta procedimentalização – permeada por exigências, cada vez mais complexas e detalhistas, sendo, muitas vezes, restritivas da competitividade -, o que gerou um incremento nos custos de transação nas contratações com o poder público; (ii) a morosidade tem sido a tônica desses procedimentos, na medida em que são intermináveis as contendas entre os licitantes – tanto em sede administrativa, como no âmbito do Poder Judiciário -, principalmente nas fases de habilitação e julgamento; (iii) toda essa lógica do processo pelo processo, considerando o procedimento licitatório como um fim em si mesmo, contribuiu para a onerosidade de todo o procedimento, acarretando contratações antieconômicas para o Estado.

¹⁸ Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

¹⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados*, p. 1. Disponível em: <<http://www.professorrafaeloliveira.com.br/Backoffice/noticias/pdf/O%20Regime%20Diferenciado%20de%20Contrata%C3%A7%C3%B5es%20P%C3%BAlicas.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

²⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 466.

²¹ OLIVEIRA; FREITAS, op. cit., pp. 1-2.

Com a escolha do país para realizar a Copa das Confederações FIFA 2013, a Copa do Mundo FIFA 2014 e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, ressaltaram-se as deficiências da infraestrutura, diante da necessidade de atender aos respectivos encargos e ao incremento do turismo²².

Se por um lado se criticava o regime das licitações públicas, por outro se temia o aumento da corrupção caso ampliada a autonomia dos agentes públicos quanto à elaboração e gestão dos contratos administrativos²³.

Diante desse quadro, de necessária urgência na modernização da infraestrutura e de incerteza quanto aos riscos trazidos pela reforma legislativa, foi, então, editado o RDC, por meio da Lei nº 12.462/2011.

Tal reforma legislativa revelou-se o produto possível de uma cautelosa “experimentação legislativa”²⁴, pois o novo regime é de adoção facultativa, nos termos do art. 1º, § 2º, da Lei nº 12.462/2011²⁵, e restrito a obras específicas. A redação original da lei indicava como inspiração para criação do RDC os eventos desportivos internacionais, já que o novo regime destinava-se exclusivamente às obras e licitações necessários à sua realização. Na redação original, as hipóteses de aplicação eram as seguintes:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

Uma inovação do RDC é a norma do § 2º do art. 1º da Lei nº 12.462/2011²⁶, que afasta

²² Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Infraestrutura Turística, Megaeventos Esportivos e Promoção da Imagem do Brasil no Exterior*. Distrito Federal, 2011. Disponível em <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2508224.PDF>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

²³ JUSTEN FILHO, op. cit., nota 1, p. 14.

²⁴ Ibid. p. 14.

²⁵ Art. 1º [...] § 2º A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei.

²⁶ Conferir nota de rodapé nº 25.

a aplicação subsidiária do regime geral de licitações previsto pela Lei nº 8.666, exceto nos casos expressamente previstos. Distinta foi a opção quanto à norma aplicável ao contrato resultante da licitação, já que, nos termos do artigo 39 da lei, “os contratos administrativos celebrados com base no RDC reger-se-ão pelas normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das regras específicas previstas nesta Lei.”

Ressalte-se, ainda, que o âmbito de aplicação do RDC vem sendo progressivamente estendido por leis esparsas, de modo que o novo regime deixou de se limitar às obras relacionadas aos eventos desportivos internacionais. Assim, o RDC passou a ser aplicável às obras relativas ao Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), por força da Lei nº 12.688/12, ao Sistema Único de Saúde – SUS, em virtude da Lei nº 12.745/12, aos estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo, hipótese incluída pela Lei nº 12.980/14, e aos sistemas públicos de ensino, tendo em vista a Lei nº 12.722/12.

A nova legislação foi norteadada pela busca de celeridade, que pode resultar principalmente da inversão entre as fases de habilitação e julgamento (analisando-se os documentos de habilitação apenas do primeiro colocado), da unicidade recursal (concentrando em apenas um procedimento os recursos contra as decisões de habilitação e de julgamento) e da possibilidade de licitar apenas com base em anteprojeto de engenharia, dispensando-se o projeto básico para iniciar a competição²⁷. Também pode ser referido o estímulo ao uso de meios eletrônicos, que contribui ainda para a desburocratização do procedimento.

Apesar de ainda ser recente a aplicação da lei, já despontam resultados práticos, como a maior celeridade nas licitações. No caso da infraestrutura aeroportuária, por exemplo, Benjamin Zymler e Laureano Canabarro Dios ressaltam²⁸:

Falta ainda ao RDC maior experimentação para que possa ser avaliado no teste prático que qualquer lei é submetida. Entretanto, os primeiros resultados são animadores, principalmente no que se refere à diminuição do lapso temporal das licitações. A Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), principal usuária do RDC até o presente momento, vem conseguindo redução de quase dois terços no tempo de processamento das licitações.

²⁷ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Regime diferenciado de contratação: licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 4.

²⁸ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 9.

1.4 Ações diretas de inconstitucionalidade

A MP nº 489, de 2010, foi a primeira tentativa de veicular regras especiais para licitações e contratos administrativos, com vistas à realização da Olimpíada e da Copa do Mundo de 2014. Todavia, perdeu eficácia por não haver sido tempestivamente apreciada pelo Congresso Nacional.

Em 2011, Lei nº 12.462 foi editada com a mesma finalidade, criando o RDC. Essa lei, que resultou da aprovação parlamentar da MP nº 527/2011, foi impugnada na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 4.645, ajuizada pelos partidos políticos PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira), DEM (Democratas) e PPS (Partido Popular Socialista), e na ADI nº 4.655, apresentada pelo Procurador-Geral da República.

Para compreender as questões controvertidas, faz-se necessário registrar que a MP nº 527, publicada em 18 de março de 2011, foi editada pela Presidente da República com a intenção de alterar a Lei nº 10.683/2003, modificando a organização da Presidência da República e dos Ministérios e criando a Secretaria de Aviação Civil. Também reformava a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC - e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO -, além de criar cargos públicos e dispor sobre a contratação temporária de controladores de tráfego aéreo.

No processo de tramitação da MP na Câmara dos Deputados, o relator, Deputado José Guimarães, apresentou o projeto de lei de conversão com o acréscimo de dispositivos relativos ao RDC, aplicável à Copa do Mundo FIFA 2014 e aos Jogos Olímpicos de 2016. Ressalte-se que a MP havia sido editada pela Presidente da República sem qualquer dispositivo relativo a esse tema.

Considerando essas informações sobre o processo legislativo, passa-se à análise da constitucionalidade do novo regime e à interpretação de suas principais inovações, utilizando-se, para tanto, os argumentos colhidos na literatura especializada e nas referidas ações diretas de inconstitucionalidade. Para tal fim, comentam-se os seguintes tópicos:

- (i) os requisitos de relevância e urgência para a edição de MP;
- (ii) a emenda parlamentar a projeto de lei de conversão de MP;
- (iii) a possibilidade de delegar ao Poder Executivo a escolha do regime licitatório;
- (iv) as hipóteses de dispensa de publicação dos atos;

- (v) o sigilo do orçamento das contratações;
- (vi) a pré-qualificação permanente;
- (vii) a contratação integrada;
- (viii) a remuneração variável.

Nos tópicos seguintes, passa-se à análise individualizada de cada uma dessas questões, abordando-se os aspectos gerais dos institutos jurídicos pertinentes, os argumentos contrários e favoráveis, bem como apresentando a opinião adotada²⁹.

1.4.1 Instituição do RDC por medida provisória³⁰

Diante da constatação de que rotineiramente acontecem situações que impõem uma rápida resposta estatal, torna-se indispensável que o ordenamento jurídico preveja o poder de edição de normas imediatamente eficazes. Esse fato é perceptível na evolução constitucional brasileira.

Por esse motivo, a Constituição de 1937 previu o decreto-lei, que podia ser utilizado nas hipóteses de autorização do Parlamento, pendência do recesso parlamentar ou dissolução da Câmara dos Deputados. Diante do não funcionamento do Parlamento, foi generalizada a edição desse instrumento normativo. O oposto ocorreu durante a vigência da Constituição democrática de 1946, em que o decreto-lei teve utilização restrita ao curto período do parlamentarismo. Posteriormente, na vigência da Constituição de 1967, a ausência de apreciação pelo Parlamento, no período fixado pela carta constitucional, significava a aprovação por decurso de prazo, transformando o decreto-lei em definitivo³¹.

Reconhecendo a importância de conferir ao Presidente da República um mecanismo que possibilitasse a criação de normas com imediata força de lei diante de situações urgentes e relevantes, a Constituição de 1988 passou a prever a medida provisória (MP). Em contrapartida ao poder atribuído ao chefe do Poder Executivo, a carta constitucional

²⁹ No terceiro capítulo da presente dissertação será abordada a alegação de inconstitucionalidade relativa ao meio ambiente natural e ao patrimônio cultural.

³⁰ Considerando a pertinência ao tema da presente dissertação e seus limites, passa-se a uma análise do instituto da medida provisória, ressaltando-se que não há pretensão de esgotar o tema, que é objeto de fecundo debate e vasta literatura.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 875.

assegurou maior participação ao Poder Legislativo, evitando a utilização autoritária do instituto.

A inspiração para criação da MP foi o decreto-lei italiano, previsto para hipóteses extraordinárias de necessidade e urgência, com comunicação imediata ao Parlamento, que é convocado se não estiver reunido. O decreto-lei é editado pelo Conselho de Ministros, que é órgão colegiado. Além disso, em caso de não conversão em lei dentro do prazo de 60 dias, há perda da eficácia. Nesse caso, o parlamento pode regular, por lei, as relações jurídicas surgidas³².

No Direito brasileiro, trata-se de ato normativo primário e subordinado a condição resolutiva, já que perde a eficácia desde a edição se não for aprovada pelo Poder Legislativo dentro do prazo fixado pela carta constitucional. A MP representa proposta legislativa de iniciativa do chefe do Poder Executivo, incitando o Parlamento a decidir sobre o respectivo tema. Contudo, não se resume a um projeto de lei, já que altera a ordem jurídica imediatamente.

Deve ser ressaltado que eventual vício de inconstitucionalidade contido na MP comunica-se à lei de conversão. Assim, a aprovação pelo Congresso Nacional não convalida eventuais vícios formais.

Saliente-se também que a MP representa uma exceção à configuração clássica da separação dos poderes estatais, já que o chefe do Poder Executivo exerce função legislativa, editando norma eficaz desde a publicação, portanto antes da aprovação parlamentar. Diante disso, a Constituição exige necessidade relevante e urgente, o que corresponde à natureza cautelar da espécie normativa, cujo uso se revela possível diante de situação de risco de dano de difícil ou impossível reparação para o interesse público.

A análise desses requisitos de relevância e urgência é de atribuição dos Poderes Executivo e Legislativo, tratando-se de competência discricionária. Nos termos do art. 62, § 5º, da CRFB, a apreciação parlamentar desses pressupostos é preliminar à análise do mérito da MP³³. O Supremo Tribunal Federal (STF) admite o controle jurisdicional desses requisitos, mas adota uma postura de auto-contenção judicial, restringindo a declaração de inconstitucionalidade a hipóteses de vício evidente. Exemplo desse entendimento é o julgamento da medida cautelar na ADI nº 1.753, em que a corte proferiu, em 1988, a primeira

³² MENDES; BRANCO, op. cit., p. 875.

³³ Art. 62 [...] § 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

declaração de inconstitucionalidade em virtude da ausência de um dos pressupostos constitucionais, a urgência. A ementa é a seguinte³⁴:

EMENTA: Ação rescisória: MProv. 1577-6/97, arts. 4º e parág. único: a) ampliação do prazo de decadência de dois para cinco anos, quando proposta a ação rescisória pela União, os Estados, o DF ou os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas (art. 4º) e b) criação, em favor das mesmas entidades públicas, de uma nova hipótese de rescindibilidade das sentenças - indenizações expropriatórias ou similares flagrantemente superior ao preço de mercado (art. 4º, parág. único): argüição plausível de afronta aos arts. 62 e 5º, I e LIV, da Constituição: conveniência da suspensão cautelar: medida liminar deferida. 1. Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas - a criação de novo caso de rescindibilidade - é pacificamente inadmissível e quanto à outra - a ampliação do prazo de decadência - é pelo menos duvidosa. [...]

Ressalte-se ainda que a MP é editada monocraticamente pelo Presidente da República e encaminhada, por meio de mensagem, à apreciação do Poder Legislativo. Inicialmente, uma comissão mista de deputados e senadores elabora um parecer. O costume legislativo era de apresentação de parecer pelo relator diretamente à Câmara dos Deputados. Todavia, a partir do julgamento da ADI nº 4.029, o STF passou a considerar esse procedimento inconstitucional, ressaltando-se que, por razões de segurança jurídica, o entendimento passou a ser aplicado apenas às medidas provisórias editadas a partir do julgamento³⁵.

O prazo constitucional para deliberação acerca da MP, conforme previsto pelo art. 62, § 3º, da CRFB, é de sessenta dias a contar da publicação, prorrogável uma vez por igual período, mediante publicação, pelo Presidente do Congresso Nacional, do ato de prorrogação

³⁴ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.753. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em 16 de abril de 1998. Publicação do Acórdão: 12/06/1998 DJ p. 51.

³⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em 08 de março de 2012. Publicação do Acórdão: 27/06/2012. Acórdão Eletrônico DJe-125: “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL Nº 11.516/07. CRIAÇÃO DO INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO IBAMA. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. VIOLAÇÃO DO ART. 62, CAPUT E § 9º, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO EMISSÃO DE PARECER PELA COMISSÃO MISTA PARLAMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º, CAPUT, E 6º, CAPUT E PARÁGRAFOS 1º E 2º, DA RESOLUÇÃO Nº 1 DE 2002 DO CONGRESSO NACIONAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA NULIDADE (ART. 27 DA LEI 9.868/99). AÇÃO DIRETA PARCIALMENTE PROCEDENTE. [...] 11. Ação Direta julgada improcedente, declarando-se incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, postergados os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, para preservar a validade e a eficácia de todas as Medidas Provisórias convertidas em Lei até a presente data, bem como daquelas atualmente em trâmite no Legislativo.”

de vigência. Com isso, o Presidente da República não faz parte do procedimento de prorrogação e não é possível modificar a MP³⁶.

Diante da situação de urgência que ensejou a edição da MP, a CRFB dispõe, no art. 62, § 6º, que, se não for apreciada em até quarenta e cinco dias, contados de sua publicação, a MP entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. Como o grande número de medidas provisórias constantemente levava ao trancamento da pauta, a Presidência da Câmara dos Deputados decidiu que o sobrestamento se limita aos projetos de lei ordinária que tenham por objeto matéria passível de edição de MP. Além disso, o sobrestamento só se aplica a sessões ordinárias. Tal interpretação foi reconhecida pelo STF, em decisão liminar monocrática, pendente de apreciação final pelo plenário.³⁷

Cabe ainda ressaltar que, durante sua tramitação no Congresso Nacional, podem ser apresentadas emendas parlamentares à MP, o que representa inovação em relação ao decreto-lei previsto pela ordem constitucional anterior, quando tal providência era vedada. Exige-se a pertinência temática com o objeto da MP e, caso a emenda parlamentar tenha sido inserida no Senado Federal, o projeto de lei de conversão deve ser novamente apreciado pela Câmara dos Deputados, para confirmação ou rejeição das mudanças.³⁸

Aprovada a MP sem emendas parlamentares, Presidente do Congresso Nacional promulga a lei, sendo desnecessária a sanção do Presidente da República. Caso emendas parlamentares hajam alterado o mérito da MP, o projeto de lei segue para sanção ou veto pelo Presidente da República.³⁹

Por fim, nas hipóteses de rejeição ou ausência de apreciação parlamentar no prazo constitucional, a MP perde a eficácia, desde a edição, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas decorrentes, conforme previsto pelo art. 62, § 3º, da CRFB.

Expostos os contornos básicos da MP, passa-se à apreciação do processo legislativo que resultou na edição da Lei nº 12.462/11.

Como exposto acima, a CRFB exige, para edição de uma MP, os pressupostos de relevância e urgência. A verificação de tais requisitos, de natureza política, compete

³⁶ MENDES; BRANCO, op. cit., p. 885.

³⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 27.931. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 27 de março de 2009. Publicação do Acórdão: 01/04/2009 DJe-062.

³⁸ MENDES; BRANCO, op. cit., pp. 884-885.

³⁹ Ibid. pp. 885-887.

previamente ao Chefe do Executivo e, posteriormente, ao Poder Legislativo, sendo excepcional o controle judicial. Além disso, a conversão em lei não convalida os vícios formais da MP.

A instituição do RDC por meio de emenda parlamentar foi arguida na ADI nº 4.645, constando da petição inicial a alegação de que a MP nº 527/11 não observou o artigo 62 da CRFB, já que a matéria originalmente veiculada pela MP (organização administrativa) não seria urgente, mas de caráter ordinário. Haveria, no máximo, efeitos indiretos dessas medidas sobre a aviação civil⁴⁰.

Em defesa da constitucionalidade, o Presidente do Senado Federal afirma que o juízo acerca dos pressupostos de relevância e urgência é político e jurídico, competindo discricionariamente ao Chefe do Executivo e, posteriormente, ao Poder Legislativo, sendo excepcional o controle judicial. Argumenta, ainda, que a conversão em lei implica a substituição da MP por um ato normativo perene, o qual, por ser fruto da atividade típica do Poder Legislativo, não exige a observância dos pressupostos de relevância e urgência. Além disso, ainda que se admitisse a possibilidade de tal controle judicial sobre a lei de conversão, a MP nº 527/11 teria atendido os requisitos de relevância e urgência, diante das carências da infraestrutura da aviação civil e da proximidade do eventos desportivos internacionais⁴¹.

⁴⁰ A petição inicial e demais peças processuais estão disponíveis para consulta em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4131802>>. Acesso em: 21 ago. 2014. Nesse ponto, a alegação foi apresentada nos seguintes termos: “Note-se que a afirmação de ausência dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência não se refere às disposições atinentes do Regime Diferenciado de Contratação – RDC. O RDC não constava do texto originário da medida provisória, foi inserido no bojo do projeto de lei de conversão por emenda do relator, quando do oferecimento da proposição à deliberação do plenário. Com efeito, originalmente, a medida provisória em exame tratava apenas da reorganização da Presidência da República e Ministérios, tema ordinário que não autoriza o emprego de medidas provisórias. Afinal, nada mais comum e ordinário do que a reestruturação de órgãos e reorganização da Administração Pública. Aliás, é importante salientar que os fundamentos apontados no § 10, da exposição de motivos que a medida provisória, EM Interministerial n. 31/MP/MD/MF/MJ/Ccivil-PR, justificam a urgência do ato no ‘exíguo prazo para que a reorganização do setor de aviação civil apresente as melhorias e os resultados esperados pela sociedade’. No entanto, é certo que as alterações pretendidas por meio do ato normativo em exame, em sua redação original, não teriam jamais o condão de corrigir tais problemas, uma vez que tais medidas dizem respeito apenas a modificações na estrutura organizacional dos órgãos do Executivo, sem repercussões práticas, senão indiretas, na qualidade do setor de aviação civil prestados atualmente no Brasil”.

⁴¹ Cf. nota 40. Nesse ponto, as alegações são apresentadas nos seguintes termos: “É público e notório que a aviação civil brasileira demanda uma reestruturação administrativa e operacional, a fim de assegurar mais segurança e eficiência aos usuários do sistema. O caos aéreo resulta de uma série de problemas interligados, a exemplo da má administração de recursos, da falta de infraestrutura para atender a demanda de passageiros, insuficiência de controladores de tráfego aéreo e más condições de trabalho da categoria, zonas cegas nos radares de vôos e falhas nas comunicações de rádio. A vulnerabilidade do sistema é enorme e o problema se agrava em razão da proximidade dos eventos esportivos que serão sediados no Brasil a partir de 2013, para os quais o funcionamento eficiente e seguro do tráfego aéreo é indispensável. Nesse sentido, a reestruturação da Presidência da República e dos Ministérios veiculada por meio da Medida Provisória nº 527/2011 tem como finalidade precípua o aprimoramento do sistema de aviação civil e está diretamente relacionada à proximidade da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013, Copa do Mundo de

Na literatura especializada, Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Rafael Vêras de Freitas defendem ser inegável a urgência quanto à alteração do regime licitatório, considerando os compromissos assumidos pelo governo brasileiro para a realização dos eventos esportivos internacionais, em datas próximas, e a morosidade do procedimento da Lei nº 8.666/93. Mesmo que a premência decorra da falta de planejamento do administrador público, isso não impediria a adoção de medidas urgentes, aliadas à responsabilização dos gestores relapsos⁴².

Apresentados os argumentos em ambos os sentidos, conclui-se que não se encontra presente o vício formal apontado. Inegável a necessidade de melhoria da infraestrutura do país, considerando ainda os eventos desportivos internacionais. Além disso, o controle da relevância e urgência é eminentemente político, impondo-se uma postura restritiva do Poder Judiciário. Não se revela presente, ainda, abuso na edição de MP.

1.4.2 As emendas parlamentares a projeto de conversão de medida provisória

Outro vício apresentado na ADI nº 4.645 é o relativo ao suposto abuso do poder de emenda. Segundo o argumento apresentado pelos partidos políticos requerentes, o RDC teria sido veiculado por emenda parlamentar que não guardaria pertinência temática com o objeto da MP nº 527/11, o que violaria o devido processo legislativo consagrado na CRFB. Além disso, presente a natureza dúplice da MP, que é ao mesmo tempo ato normativo e projeto de lei, aplicar-se-iam as mesmas regras do processo legislativo, principalmente as normas que estabelecem o procedimento de leis de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo. Diante do vício formal, a sanção presidencial não seria apta à convalidação⁴³.

2014 e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. A criação da Secretaria de Aviação Civil, vinculada à Presidência da República, denota nítida preocupação da Presidência da República em controlar diretamente a aplicação dos recursos públicos, o desenvolvimento da obras e a reestruturação administrativa do sistema aéreo, seja para prestar um serviço de maior qualidade e segurança aos brasileiros, seja para assegurar o transcurso normal do tráfego aéreo durante os eventos esportivos supracitados. Portanto, os requisitos da relevância e da urgência verificam-se faticamente e foram suficientemente demonstrados na Mensagem Interministerial que acompanhou o texto da medida provisória”.

⁴² OLIVEIRA; FREITAS, op.cit., pp. 4-5: “Ainda que seja configurada, eventualmente, desídia por parte de alguns administradores públicos no planejamento e na execução dos projetos necessários aos referidos eventos esportivos, naquilo que se convencionou denominar de “urgência fabricada”, certo é que não pode a sociedade ser prejudicada pela não realização da Copa do Mundo e das Olimpíadas no país, devendo, no entanto, ser aplicadas sanções aos administradores responsáveis”.

⁴³ Cf. nota 40.

Em sentido semelhante, na ADI nº 4.655, o Procurador-Geral da República sustenta que, sendo a MP espécie normativa de iniciativa exclusiva do Presidente da República, este é quem decide as matérias de relevância e urgência. A permissão para que o Poder Legislativo acrescente matéria distinta a uma MP seria o mesmo que permitir a transferência de uma atribuição exclusiva, o que violaria o princípio da separação dos poderes⁴⁴. Além disso, aplicar-se-ia às medidas provisórias o entendimento consolidado do STF no sentido de que a sanção presidencial não convalida o vício relativo à iniciativa privativa dos projetos de lei. Tanto na MP, quanto nos projetos de lei de iniciativa privativa, o juízo quanto à conveniência e à necessidade, atribuído ao Chefe do Poder Executivo, seria intransferível a outros Poderes⁴⁵.

Como exposto acima, a Lei nº 12.462/11 se originou de emenda parlamentar apresentada à MP nº 527/11. É pacífico o entendimento de que as inconstitucionalidades formais de uma MP não são sanadas com sua aprovação e conversão em lei. Ao contrário, os vícios formais comunicam-se à lei de conversão.

Maurício Zockun argumenta que as normas relativas ao RDC, por terem sido introduzidas via emenda parlamentar, e não originalmente por MP, resultaram de lei em sentido formal e material. Tratar-se-ia de lei uma editada segundo o processo legislativo previsto pelo artigo 62 da CRFB, ou seja, o previsto para a conversão de medidas provisórias em lei⁴⁶.

⁴⁴ A petição inicial e demais peças processuais estão disponíveis para consulta em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4138546>>. Acesso em: 21 ago. 2014. A argumentação é desenvolvida nos seguintes termos: “A inclusão de matéria estranha à tratada na medida provisória afronta o devido processo legislativo (artigos 59 e 62 da CR) e o princípio da separação dos Poderes (art. 2º, da CR). Isso porque tal espécie normativa é da iniciativa exclusiva do Presidente da República, a quem compete decidir, também com exclusividade, quais medidas, pelo seu caráter de relevância e urgência, devem ser veiculadas por esse meio. [...] Tal cautela é um imperativo lógico decorrente do princípio da separação de Poderes. Fosse permitido ao Legislativo acrescentar qualquer matéria ao texto de uma medida provisória, estaria se transferindo para esse Poder uma atribuição que a Constituição reserva exclusivamente ao Presidente da República – o de decidir os casos de urgência e relevância que devam ser encaminhados por essa via. Não é por outra razão que a Resolução nº 1, de 1989-CN, que “dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, das Medidas Provisórias a que se refere o art. 62 da Constituição Federal” – estabelece expressamente em seu art. 4, § 1º, ser vedada a apresentação de emendas que versem matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória”.

⁴⁵ Ibid. Nas palavras do requerente: “Em matéria de iniciativa legislativa, o Supremo Tribunal Federal entende que a sua usurpação atenta de tal forma contra a ordem constitucional que nem mesmo a sanção daquele ente a quem cabia propor a lei convalida o vício. [...] O mesmo entendimento deve ser aplicado à medida provisória. É que seja em relação a ela, seja em relação à iniciativa privativa, há um componente de deliberação quanto à conveniência e necessidade que é intransferível para outros Poderes”.

⁴⁶ ZOCKUN, Mauricio. Apontamentos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas à luz da Constituição da República. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº12.462/11; Decreto nº 7.581/11)*: aspectos fundamentais. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 33.

Contudo, discordamos do entendimento apresentado, já que o rito procedimental de apreciação de uma MP é substancialmente diverso em relação àquele fixado para as leis em geral. Por exemplo, a MP não apreciada em 45 dias suspende as deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando, nos termos do art. 62, § 6º, da CRFB. Assim, a veiculação da norma por emenda parlamentar não descaracteriza o fato de que se trata de processo legislativo de conversão de MP em lei, de modo que, como exposto acima, as eventuais inconstitucionalidades formais de uma MP não são superadas com sua conversão em lei.

Em defesa da constitucionalidade do processo legislativo, Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Rafael Vêras de Freitas argumentam que a pertinência temática só seria exigível nas matérias sujeitas à iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo, elencadas no art. 61, § 1º, inciso II, da CRFB. Como o regime da licitação não faria parte desse rol, o tema poderia ser veiculado por emenda parlamentar⁴⁷. Nesse sentido também é a manifestação da Presidente da República nos autos da ADI nº 4.655⁴⁸.

Para exame da questão, deve-se ressaltar que as emendas parlamentares e as medidas provisórias devem guardar relação de pertinência temática⁴⁹. Essa exigência decorre do art. 7º, II, da Lei Complementar nº 95/98⁵⁰, que, nos termos do art. 59, parágrafo único, da CRFB⁵¹, dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis.

Contudo, não se cogita de inconstitucionalidade, já que o requisito da pertinência temática decorre de previsão da Lei Complementar nº 95/98, que é o parâmetro de análise, e

⁴⁷ OLIVEIRA; FREITAS, op.cit., p. 5.

⁴⁸ Cf. nota 44. Nos termos expostos na defesa apresentada nos autos da ADI: “O artigo 48 da Constituição dota o Poder Legislativo da competência para emendar todo e qualquer projeto de lei, ainda que fruto da iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo. Só não se admite a emenda que aumente despesa em projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, nem em projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos Tribunais Federais e do Ministério Público (art. 63 da CF). O poder de emenda do Congresso só é limitado por disposição constitucional (artigo 63, I; §§ 3º e 4º do artigo 166 da CF). Fora disso, o Congresso pode-se valer do processo legislativo imprimido ao exame do projeto de lei de conversão para tratar tema distinto ao encaminhado pelo Presidente da República, desde, claro, que o tema aditado não esteja, ele próprio, sujeito à reserva de iniciativa”.

⁴⁹ No mesmo sentido, cf. MARRAFON, Marco Aurélio. ROBL FILHO, Ilton Norberto. Controle de Constitucionalidade no Projeto de Lei de Conversão de Medida Provisória em face dos “contrabandos legislativos”: salvaguarda do Estado Democrático de Direito. In: NOVELINO, Marcelo. FELLET, André. *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 235-249.

⁵⁰ Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios: [...]

II - a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão.

⁵¹ Art. 59 [...] Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

não do art. 59, parágrafo único, da CRFB. Haveria, no máximo, um conflito entre leis, conforme entendeu o STF no julgamento da medida cautelar na ADI nº 4.350⁵².

E esse conflito aparente de leis é resolvido pelo art. 18 da Lei Complementar nº 95/98, que dispõe que “eventual inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento”. Ou seja, esta Lei Complementar prescreve orientações não vinculantes ao legislador⁵³.

Outra defesa, apresentada nas informações prestadas pelo Presidente do Senado Federal na ADI nº 4.655, é no sentido de ausência de inconstitucionalidade no procedimento adotado, já que haveria pertinência temática entre a matéria original da MP e a inserida pela emenda, ambas versando sobre a necessária evolução da infraestrutura de aviação civil⁵⁴.

Após análise dos argumentos apresentados, entendemos ausente o vício de inconstitucionalidade formal. O RDC não é um tema estranho à redação original da MP, já que também se situa no âmbito do Direito Administrativo, mais especificamente a aviação civil e a infraestrutura. E mesmo que não houvesse pertinência temática, isso configuraria, no máximo, um conflito aparente de leis, que a própria Lei Complementar nº 95/98 solucionou, afastando a invalidade de lei que não observe seus preceitos relativos à elaboração e redação de atos normativos.

⁵² Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4350. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em 23 de outubro de 2014. Publicação do Acórdão: 03/12/14 DJe-237 : “EMENTA: 1) SEGURO DPVAT. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. [...] 3) RELEVÂNCIA E URGÊNCIA PARA O TRATAMENTO DA MATÉRIA SEGURO DPVAT EM SEDE DE MEDIDA PROVISÓRIA. REQUISITOS PRESENTES. 4) A COMPATIBILIDADE DAS NORMAS LEGAIS COM O TEXTO DA LC nº 95/98 ENCERRA CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL INSINDICÁVEL EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. [...] 10) IMPROCEDÊNCIA DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.350 E 4.627. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 8º DA LEI Nº 11.482/07 E DOS ARTS. 30 A 32 DA LEI Nº 11.945/09”.

⁵³ ZOCKUN, op. cit., p. 34.

⁵⁴ Cf. nota 44. Como exposto na defesa formulada: “Ora, se a medida provisória visava a reestruturar o sistema aéreo nacional para assegurar condições mínimas de realização das Copas do Mundo e das Confederações e dos Jogos Olímpicos, e se essa reestruturação compreendia não apenas a criação da Secretaria de Aviação Civil e a adoção de outras medidas de ordem administrativa, mas igualmente a realização de inúmeras obras e serviços, é inegável que o regime diferenciado de contratações constitui matéria conexa à inicialmente tratada na medida provisória, porque compreende um procedimento licitatório específico destinado a viabilizar obras, compras e serviços indispensáveis aos eventos esportivos já mencionados”.

1.4.3 Da delegação ao Poder Executivo da escolha do regime licitatório

Dispõem os artigos 1º, incisos I e II, e 65, da Lei nº 12.462/11:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. [...]

Art. 65. Até que a Autoridade Pública Olímpica defina a Carteira de Projetos Olímpicos, aplica-se, excepcionalmente, o disposto nesta Lei às contratações decorrentes do inciso I do art. 1º desta Lei, desde que sejam imprescindíveis para o cumprimento das obrigações assumidas perante o Comitê Olímpico Internacional e o Comitê Paraolímpico Internacional, e sua necessidade seja fundamentada pelo contratante da obra ou serviço.

A respeito do tema, os partidos políticos requerentes da ADI nº 4.645 argumentam que as disposições legais não permitem a identificação precisa das obras, serviços e compras aos quais o RDC se aplica. Com isso, haveria indevida delegação ao Poder Executivo para escolher o regime licitatório, o que não seria possível, diante do art. 37, inciso XXI, da CRFB⁵⁵, que exigiria sua fixação por lei. O desproporcional poder de decisão atribuído ao Poder Executivo violaria os princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade⁵⁶⁻⁵⁷.

⁵⁵ Art. 37 [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

⁵⁶ Cf. nota 40. Os requerentes formulam a alegação nos seguintes termos: “A ofensa ao art. 37, XXI, da CR, parece bastante evidente, pois o regime de licitação pública não está definido em lei, e sim por ato do Executivo. Não há, reitero-se, qualquer parâmetro legal sobre o que seja uma licitação ou contratação necessária aos eventos previstos na lei, outorgando-se desproporcional poder de decisão ao Poder Executivo”.

⁵⁷ Também o Procurador Geral da República identifica uma indevida delegação ao Poder Executivo para a escolha do regime licitatório aplicável. Nas palavras do requerente: “Em que pese a aparente taxatividade da redação do caput do art. 1º (“aplicável exclusivamente”), na verdade, as hipóteses descritas nos incisos são essencialmente vagas e imprecisas, conferindo ao Executivo liberdade total na escolha do regime de licitação a aplicar. [...] Observe-se, assim, verdadeira delegação de competência a ente da Administração Pública para definir o regime licitatório aplicável ao caso. Ou seja, na prática, o Executivo poderá escolher, caso a caso, o regime jurídico aplicável” (cf. nota 44).

Além disso, o Procurador Geral da República, com base em acórdãos nº 876/2007 e nº 2.101/2008, do Tribunal de Contas da União, afirma que os Jogos Pan-Americanos de 2007 demonstram o risco de lesão ao patrimônio público:

A experiência, de resto, mostra o risco que essa delegação representa para o patrimônio público. Por ocasião dos Jogos Pan-Americanos de 2007, a União, Estado e Município do Rio de Janeiro não conseguiram organizar-se e identificar as obras e serviços que deveriam ser realizados. Essa foi uma das razões para que o orçamento inicial do evento, de 300 milhões de reais, tenha sido absurdamente ultrapassado, com um gasto final na ordem de 3 bilhões de reais.⁵⁸

Além disso, Maurício Zockun entende que essa possibilidade de eleição do regime licitatório pelo administrador vulneraria a segurança jurídica e a separação de poderes. Quanto à separação das funções estatais, ressalta-se a disposição do art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CRFB⁵⁹, inspirada pelo repúdio ao regime autoritário, que revogou as normas que delegavam a órgão do Poder Executivo competência normativa. Além disso, considerando as restrições ao controle judicial do mérito do ato administrativo, seria inviável analisar a submissão de determinadas obras ao RDC. A escolha do regime, por se pautar em critérios subjetivos, violaria o princípio da moralidade administrativa⁶⁰.

Em sentido oposto, o Advogado Geral da União afirma que o legislador conferiu uma margem de apreciação ao administrador público para que, no exercício do poder discricionário, atenda aos compromissos assumidos pelo país para realização dos eventos esportivos de repercussão mundial. Tal encargo não poderia ser atendido caso se reservasse ao legislador a previsão de todas as obras, serviços e compras necessários.⁶¹

Ressalte-se ainda que essa possibilidade de eleição do regime licitatório, dentre as opções legais, não é novidade no Direito brasileiro, já que o artigo 1º da Lei nº 10.520/02 também confere discricionariedade ao administrador para optar entre o pregão ou uma das modalidades licitatórias previstas pela Lei nº 8.666/93.

⁵⁸ Cf. nota 44.

⁵⁹ Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I - ação normativa.

⁶⁰ ZOCKUN, op. cit., p. 42.

⁶¹ Cf. nota 40. A defesa é expressa nos seguintes termos: “Evidentemente que a lei atacada não poderia mencionar individualmente todas as obras, serviços e compras a adotarem o regime em todos os Estados e Municípios do país, bem como no Distrito Federal. Previsão deste tipo resultaria incompleta e engessaria ao administrador público”.

Conclui-se pela ausência da inconstitucionalidade apontada. Assim como na hipótese do artigo 1º da lei Lei nº 10.520/2002, que regula o pregão, o legislador apresentou possibilidades ao administrador público para que decida, discricionariamente, acerca do regime licitatório aplicável, sem arrolar as hipóteses específicas em que o novo regime poderia ser aplicado.

1.4.4 Da publicação dos atos

A publicação dos atos relativos às licitações realizadas sob o RDC foi disciplinada pelo art. 15 da Lei nº 12.462/2011, destacando-se o § 1º, I, que, no caso de consórcio público, permite a publicação no Diário Oficial do ente de maior nível. Além disso, o § 2º dispensa a publicação, no Diário Oficial, dos atos da licitação cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00, para obras, e R\$ 80.000,00, para bens e serviços. Nos termos da mencionada lei:

Art. 15. Será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório:

I - para aquisição de bens:

- a) 5 (cinco) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e
- b) 10 (dez) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea a deste inciso;

II - para a contratação de serviços e obras:

- a) 15 (quinze) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e
- b) 30 (trinta) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea a deste inciso;

III - para licitações em que se adote o critério de julgamento pela maior oferta: 10 (dez) dias úteis; e

IV - para licitações em que se adote o critério de julgamento pela melhor combinação de técnica e preço, pela melhor técnica ou em razão do conteúdo artístico: 30 (trinta) dias úteis.

§ 1º A publicidade a que se refere o caput deste artigo, sem prejuízo da faculdade de divulgação direta aos fornecedores, cadastrados ou não, será realizada mediante:

I - publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, sem prejuízo da possibilidade de publicação de extrato em jornal diário de grande circulação; e

II - divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório na rede mundial de computadores.

§ 2º No caso de licitações cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços, inclusive de engenharia, é dispensada a publicação prevista no inciso I do § 1º deste artigo.

Para Roberto Dias e João Paulo Ferreira, essas dispensas de publicação violariam o princípio da publicidade, previsto pelo artigo 37, *caput*, da CRFB⁶².

Segundo a objeção levantada na ADI nº 4.645 especificamente quanto ao § 2º, o princípio da publicidade deveria ser potencializado. Há complementaridade, e não concorrência, entre a divulgação por sítio eletrônico, mais ágil e econômica, e por Diário Oficial, mais estável e segura. Assim, a opção por apenas um dos meios violaria o artigo 37, *caput*, da CRFB.⁶³

Em sentido oposto, o Presidente do Senado Federal argumenta que a norma impugnada não viola o princípio da publicidade. A CRFB não teria previsto os instrumentos de divulgação dos atos estatais, delegando sua fixação ao legislador infraconstitucional. Este, por sua vez, deveria estabelecer os instrumentos de publicidade de acordo com o vulto dos objetos licitados, ponderando a relação custo-benefício envolvida e o fato de que os diários oficiais envolvem elevado custo administrativo-operacional. Além da maior celeridade e economicidade, a publicação por sítio eletrônico, amplamente difundido na sociedade, atenderia em maior medida à exigência de transparência que o Diário Oficial, que deteria mera presunção legal de publicidade, a qual não se revelaria efetiva⁶⁴.

Diante dos argumentos expostos, afigura-se constitucional a norma em análise. Com a crescente difusão do acesso à rede mundial de computadores, certamente não se pode cogitar de restrição à publicidade, mas de compatibilização do montante envolvido na licitação aos custos de divulgação pelo Diário Oficial. A adoção dos meios de divulgação dos atos oficiais também deve observar os custos envolvidos, por força do princípio da economicidade, expresso nos artigos 37, *caput*, e 70, *caput*, da CRFB.

Além disso, a previsão não é novidade na legislação brasileira, já que os artigos 21, *caput* e incisos⁶⁵, 22, parágrafo 3º⁶⁶, e 23, incisos I, alínea “a”, e II, alínea “a”⁶⁷, da lei nº

⁶² DIAS, Roberto; FERREIRA, João Paulo. A publicidade no Regime Diferenciado de Contratações Públicas: algumas considerações críticas. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº12.462/11; Decreto nº 7.581/11)*: aspectos fundamentais. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp. 61-72.

⁶³ Cf. nota 40.

⁶⁴ Cf. nota 40.

⁶⁵ Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

I - no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais;

II - no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal;

8.666/1993, também prevêem a dispensa de publicação nos Diários Oficiais das licitações relativas aos mesmos valores. No caso do RDC, a norma dispensou a publicação em jornal oficial a partir de uma análise da relação custo-benefício já realizada anteriormente, mas foi além, acrescentando a obrigatoriedade de divulgação também por meio eletrônico.

1.4.5 O sigilo do orçamento estimado pela Administração Pública

O sigilo do orçamento estimado pela Administração Pública para a contratação é disciplinado pelo artigo 6º da Lei nº 12.462/11 nos seguintes termos:

Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

§ 1º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o caput deste artigo constará do instrumento convocatório.

§ 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.

§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno⁶⁸.

Na CRFB, o art. 37 prevê o princípio constitucional da publicidade e o art. 5º, XXXIII, admite o sigilo nas hipóteses imprescindíveis “à segurança da sociedade e do Estado”. Pode-se mencionar ainda a necessidade de proteção da intimidade e da vida privada,

III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

⁶⁶ Art. 22 [...]§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

⁶⁷ Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); (...)

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

⁶⁸ O Tribunal de Contas da União editou a Portaria Normativa nº 85/2012 para regulamentar o procedimento fiscalizatório das licitações regidas pela lei nº 12.462/2011 que adotem o sigilo temporário.

nos termos do art. 5º, X. Ou seja, o sigilo somente é possível em situações devidamente justificadas, quando em jogo interesse público apto a justificar a exceção.

Segundo a crítica apresentada pelos partidos políticos requerentes da ADI nº 4.645, a norma em análise teria desvirtuado o caráter excepcional do sigilo, transformando-o em regra geral, em inversão da lógica constitucional, já que, se a informação não constar do edital, presume-se o sigilo. Além disso, essa presunção violaria o dever de motivação dos atos administrativos⁶⁹.

Para Antonio Carlos Cintra do Amaral, não há incompatibilidade com o princípio da publicidade se forem divulgados o “detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas”, nos termos do *caput* do art. 6º da lei. Não seria possível omitir tais dados, já que não se encontraria presente a ressalva do art. 5º, XXXIII, da CRFB. Além disso, a interpretação deve ser dirigida a maximizar o controle democrático sobre a Administração Pública e os próprios órgãos de controle⁷⁰.

Também Márcio Cammarosano defende que as informações e detalhamentos devem ser divulgadas, para comunicar aos concorrentes o que a Administração Pública pretende quanto ao objeto da licitação⁷¹.

Em defesa da constitucionalidade, cabe referir o argumento colhida da teoria econômica a respeito do preço de reserva, que é aquele pelo qual o Estado aceitaria contratar. Ou seja, trata-se do preço mínimo pelo qual a Administração Pública aceitaria vender um ativo, ou do preço máximo, no caso de compra de equipamentos ou contratação de serviços. Aplica-se tal conceito nos casos de comprador ou vendedor monopolista, categorias em que o Estado geralmente se enquadra. No âmbito da teoria econômica, o preço de reserva não deve ser divulgado. Com isso, assegura-se a assimetria de informações entre Administração Pública e os licitantes⁷².

Tal assimetria dificultaria, em tese, as fraudes e conluíus entre os concorrentes, além de permitir a negociação entre o Estado e o vencedor da licitação, nos termos do art. 26 da Lei

⁶⁹ Cf. nota 40.

⁷⁰ CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Breves notas sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp. 18-19.

⁷¹ CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º a 7º da Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 49.

⁷² RIBEIRO; PRADO; PINTO JUNIOR, op. cit., p. 69.

nº 12.462/2011⁷³. Tal negociação poderia ser realizada sem que o primeiro colocado conhecesse o preço de reserva fixado pela Administração Pública⁷⁴.

No âmbito legal, não se poderia invocar violação à Lei 12.527/11, que regula o acesso a informações, já que a Lei nº 12.462/2011, por ser lei ordinária, possui idêntico nível hierárquico e, portanto, ambas as leis devem ser interpretadas harmonicamente. No caso do RDC, o sigilo temporário é medida apta para a seleção da melhor proposta dentro de um procedimento competitivo, de maneira semelhante às questões de concursos públicos de provas para provimento de cargos públicos⁷⁵.

Outro ponto a considerar é que, caso o poder público vislumbre o risco de divulgação indevida do orçamento estimado a apenas parte dos licitantes, pode exercer a faculdade de divulgação de tal informação no edital de convocação da licitação, como um mecanismo de garantia da igualdade da informação entre todos⁷⁶.

Sob o ponto de vista legal, deve-se dizer que, não obstante o *caput* do artigo 6º da Lei nº 12.462/11 afirmar a divulgação do orçamento estimado apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, o parágrafo 3º refere-se à hipótese de a informação não constar do instrumento convocatório, o que, *a contrario sensu*, permite a interpretação de que o edital pode veicular desde logo o valor total previsto. De qualquer maneira, é indispensável a motivação da decisão pelo sigilo temporário ou pela ampla publicidade⁷⁷.

Após a exposição dos argumentos em ambos os sentidos, conclui-se que o sigilo do orçamento estimado não viola a Constituição da República. O sigilo é apenas temporário⁷⁸ e tem por objetivo atender ao princípio da eficiência, já que, como referido, a assimetria de informações pode ensejar propostas e contratos mais vantajosos para a Administração Pública.

Deve-se observar que, na hipótese de todas as propostas ultrapassarem o orçamento estimado pela Administração Pública, esta poderá negociar com os licitantes, na ordem de sua classificação, até que um deles aceite o preço fixado pelo Estado.

⁷³ Definido o resultado do julgamento, a administração pública poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado.

⁷⁴ RIBEIRO; PRADO; PINTO JUNIOR, op. cit., p. 69.

⁷⁵ JUSTEN FILHO, op. cit., nota nº 1, p. 117.

⁷⁶ RIBEIRO; PRADO; PINTO JUNIOR, op. cit., p. 70.

⁷⁷ JUSTEN FILHO, op. cit., nota nº 1, pp. 117-118.

⁷⁸ O sigilo temporário também tem aplicação na modalidade licitatória de concorrência, a exemplo da entrega de documentos de habilitação e propostas em envelopes fechados, sem divulgação até a sessão pública de abertura. Ainda que haja restrição temporária da publicidade, a doutrina não arguiu sua inconstitucionalidade.

Evidentemente, as vantagens só restam asseguradas se houver atuação correta dos agentes públicos. Apesar de haver alguma frequência nas notícias de ilicitudes no campo da Administração Pública, o ordenamento jurídico pretende assegurar os mecanismos de correção, como as sanções de improbidade administrativa e a criminalização de certas condutas praticadas pelos agentes públicos, a exemplo da corrupção passiva.

Contudo, o receio quanto aos mais diversos desvios não pode ser potencializado a ponto de afastar do Estado um eficiente mecanismo de negociação. Até porque, no âmbito privado, é a prática dos negociantes não revelar os preços mínimos e máximos pelos quais se dispõem a negociar.

De qualquer maneira, resta demonstrado que o sigilo é uma faculdade pensada para assegurar maiores vantagens ao Estado, de modo que o mesmo poderá renunciar ao seu uso caso sua aplicação se revele desvirtuada.

Deve ser considerado que o sigilo do orçamento estimado é uma faculdade permitida ao Estado para obter ganhos com a assimetria de informações entre os contratantes. Se for considerada a hipótese de que tal medida pode comprometer a competitividade esperada nas licitações, torna-se possível ao Estado deixar de adotar um mecanismo inicialmente concebido para favorecê-lo na seleção da proposta mais vantajosa, até porque, no Estado Democrático de Direito, a publicidade é a regra e não há óbice à divulgação de informações relativas à gestão pública.

1.4.6 A pré-qualificação permanente

A pré-qualificação permanente é um procedimento auxiliar que consiste no reconhecimento do atendimento “de requisitos determinados de qualificação técnica por um sujeito (pré-qualificação subjetiva) ou do atributo mínimo de qualidade por um objeto (pré-qualificação objetiva)”⁷⁹. A matéria é regulada pelo artigo 30 da lei nos seguintes termos:

Art. 30. Considera-se pré-qualificação permanente o procedimento anterior à licitação destinado a identificar:
I - fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos; e

⁷⁹ JUSTEN FILHO, op. cit., nota 1, pp. 503-504.

II - bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública.

§ 1º O procedimento de pré-qualificação ficará permanentemente aberto para a inscrição dos eventuais interessados.

§ 2º A administração pública poderá realizar licitação restrita aos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento.

§ 3º A pré-qualificação poderá ser efetuada nos grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores.

§ 4º A pré-qualificação poderá ser parcial ou total, contendo alguns ou todos os requisitos de habilitação ou técnicos necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes.

§ 5º A pré-qualificação terá validade de 1 (um) ano, no máximo, podendo ser atualizada a qualquer tempo.

O procedimento de pré-qualificação permanente possui eficácia declaratória, na medida em que certifica que um sujeito atende aos requisitos de habilitação ou que um produto preenche os requisitos de qualidade. Também há uma eficácia constitutiva, já que a atribuição do direito à habilitação técnica impede a revisão posterior dos requisitos de habilitação do sujeito ou de qualidade do produto⁸⁰.

Ressalte-se ainda que a pré-qualificação permanente produz efeitos relativamente a licitações ou contratos futuros, não se limitando a uma competição específica, de modo que pode ter seus resultados utilizados em mais de uma licitação pela Administração Pública⁸¹.

Caso a Administração Pública opte por realizar licitação restrita aos pré-qualificados, como faculta o § 2º do art. 30 da Lei nº 12.462/11, devem ser observadas as seguintes condições estipuladas pelo Decreto nº 7.581/11:

Art. 86. A administração pública poderá realizar licitação restrita aos pré-qualificados, justificadamente, desde que:

I - a convocação para a pré-qualificação discrimine que as futuras licitações serão restritas aos pré-qualificados;

II - na convocação a que se refere o inciso I do caput conste estimativa de quantitativos mínimos que a administração pública pretende adquirir ou contratar nos próximos doze meses e de prazos para publicação do edital; e

III - a pré-qualificação seja total, contendo todos os requisitos de habilitação técnica necessários à contratação.

§ 1º O registro cadastral de pré-qualificados deverá ser amplamente divulgado e deverá estar permanentemente aberto aos interessados, obrigando-se a unidade por ele responsável a proceder, no mínimo anualmente, a chamamento público para a atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados.

§ 2º Só poderão participar da licitação restrita aos pré-qualificados os licitantes que, na data da publicação do respectivo instrumento convocatório:

I - já tenham apresentado a documentação exigida para a pré-qualificação, ainda que o pedido de pré-qualificação seja deferido posteriormente; e

⁸⁰ JUSTEN FILHO, op. cit., nota 1, p. 504.

⁸¹ Ressalte-se a distinção de eficácia entre a pré-qualificação prevista pelo artigo 114 da Lei nº 8666/1993, que se aplica apenas para uma licitação determinada e específica, enquanto o procedimento auxiliar previsto na Lei nº 12.462/11 pode ser aproveitado em vários certames licitatórios, motivo pelo qual é qualificado como permanente.

II - estejam regularmente cadastrados.

§ 3º No caso de realização de licitação restrita, a administração pública enviará convite por meio eletrônico a todos os pré-qualificados no respectivo segmento.

§ 4º O convite de que trata o § 3º não exclui a obrigação de atendimento aos requisitos de publicidade do instrumento convocatório.

Em relação ao requisito previsto pelo art. 86, I, do Regulamento, ressalte-se que os interessados devem ser cientificados da restrição das futuras licitações, a fim de garantir a isonomia e evitar a surpresa dos potenciais licitantes⁸².

Na ADI nº 4.655, o Procurador Geral da República apontado a inconstitucionalidade do procedimento da pré-qualificação permanente por violação à ampla competitividade, que decorre dos princípios republicano e da isonomia, já que se permite eliminar da licitação os interessados não previamente qualificados. Além disso, o procedimento, que não é excepcional, permite a habilitação prévia dos licitantes em fase anterior e distinta da licitação, bem como a exclusão dos interessados não pré-qualificados, nos termos do art. 30, § 2º, da Lei nº 12.462/11⁸³.

Ressalte-se que o Tribunal de Contas da União, em licitações realizadas sob o regime da Lei nº 8.666/93, já identificou irregularidades envolvendo a pré-qualificação, como direcionamento de licitações, conluio entre concorrentes e sobrepreços⁸⁴.

⁸² CUSCIANO, Rodrigo Felipe. A pré-qualificação permanente no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11)*: aspectos fundamentais. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 83.

⁸³ Cf. nota 44.

⁸⁴ Brasil. Tribunal de Contas da União. Processo nº 014.150/2007-7. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Data da sessão: 30 de abril de 2008. Acórdão nº 807/2008 Número da ata: 15/2008: “O TCU acompanhou no ano de 2006 as obras realizadas em 11 aeroportos, encontrando indícios de irregularidades recorrentes, dentre eles o de sobrepreço nos valores contratados. Destacam-se, nos casos analisados relativos a licitações do tipo técnica e preço, alguns procedimentos adotados pela INFRAERO que, por restringirem o caráter competitivo do processo licitatório, terminam por favorecer a ocorrência de sobrepreço nos contratos, quais sejam: a pré-qualificação, os requisitos exigidos para qualificação técnica, os critérios de avaliação das propostas técnicas e das propostas de preço.

Considerando que a restrição ao caráter competitivo da licitação é expressamente vedada no art. 3º da Lei nº 8.666/93 (inc. I do §1º), e ainda a relação dessa irregularidade com a ocorrência de sobrepreço nos contratos, torna-se evidente a necessidade de reavaliar a metodologia de contratação da Estatal.(...)

A INFRAERO, ao adotar a pré-qualificação, publica o edital referente a esta primeira fase (Edital Fase I), que tem por objetivo definir as concorrentes habilitadas. Entretanto, apesar de a pré-qualificação já caracterizar a fase externa da licitação, quando da publicação do primeiro edital, as regras da concorrência futura (Edital Fase II) não são apresentadas às licitantes, tampouco encontram-se elaboradas. Em se tratando de concorrência de técnica e preço, o tipo mais comum nas últimas licitações da Estatal, os critérios de julgamento da proposta técnica e da proposta de preços somente são definidos após o conhecimento das concorrentes habilitadas (resultado da Fase I).

Também merece abordagem o fato de que o projeto básico da obra e a respectiva planilha orçamentária somente são divulgados na segunda fase da licitação (Edital Fase II), ou seja, após definidas as concorrentes habilitadas. Tudo indica que, diante do desconhecimento das características do objeto e dos valores altos e lucrativos envolvidos em sua execução e, ainda, das regras de avaliação e julgamento das propostas, muitas empresas sequer se apresentam para a pré-qualificação, reduzindo de antemão o universo de concorrentes a participar da

Em defesa da constitucionalidade do instituto, Marçal Justen Filho aponta que os requisitos de pré-qualificação são os mesmos exigidos para a habilitação. A única diferença é que a decisão sobre a habilitação será prévia a uma licitação específica e terá eficácia para uma série indeterminada de licitações com objeto similar. Haveria inconstitucionalidade apenas nas mesmas hipóteses em que o vício ocorresse em uma habilitação, ou seja, diante de requisitos excessivos⁸⁵.

Além disso, na ADI nº 4.655, o Advogado Geral da União defende que o universo de licitantes poderia ser restringido em favor da segurança da Administração Pública na busca da melhor contratação, em nome do interesse público. Como as obras exigidas para a realização dos eventos desportivos internacionais exigem certo grau de complexidade técnica, os interessados inaptos serão inevitavelmente inabilitados, o que levou à previsão de um procedimento prévio, a fim de evitar demora desnecessária.⁸⁶

Apresentados os argumentos expostos por ambas as correntes, deve-se ressaltar o princípio da igualdade, que impõe não apenas o dever de tratar isonomicamente todos os interessados, mas também o de ensejar oportunidade de disputa a quaisquer interessados que possam oferecer as indispensáveis condições de garantia, nos termos do artigo 37, XXI, da CRFB⁸⁷.

Nesse sentido, deve-se considerar que a restrição da licitação apenas aos interessados pré-qualificados viola frontalmente a isonomia. O regime jurídico da licitação tem como um de seus pilares a ampla competição, que só deve ser reduzida quando estritamente necessário. No caso, a celeridade não pode justificar que se impeça o aporte de candidatos potencialmente

segunda fase. Acontece, portanto, uma restrição já na primeira fase no processo. Como consequência, os preços das propostas têm se situado acima do orçamento-base da Estatal, que, por sua vez, elaborado em dissonância aos dispositivos legais, apresenta indícios de superavaliação. O fato acima exposto foi constatado em todas as fiscalizações realizadas em 2006, existindo ainda outros riscos decorrentes da metodologia de licitação adotada, os quais não são objeto do presente trabalho, mas não poderiam deixar de ser citados: a possibilidade de direcionamento e de conluio entre os participantes. Todos esses fatores contrariam os princípios da licitação e descaracterizam o ambiente competitivo que levaria a uma contratação mais vantajosa para a Administração Pública. Ponderando-se que a legislação atual não traz a definição e as regras claras para a realização da pré-qualificação, apenas relaciona requisitos para a sua utilização (art. 114 da Lei nº 8.666/93); e ainda que as obras aeroportuárias não apresentam características que justifiquem a necessidade de uma análise mais detida da qualificação técnica das concorrentes, entende-se que eventuais vantagens advindas desse procedimento não compensam os riscos potenciais inerentes a ele. Desse modo, em nome da ampliação da competitividade, sugere-se a eliminação dessa fase nos procedimentos licitatórios de obras aeroportuárias”.

⁸⁵ JUSTEN FILHO, op. cit., nota 1, pp. 522-523.

⁸⁶ Cf. nota 44. Segundo as palavras do Advogado Geral da União: “Sua finalidade é agilizar a licitação, tendo em vista que evita a tentativa de habilitação de candidatos que não possuam idoneidade financeira, capacidade técnica, capacidade jurídica ou regularidade fiscal para concorrerem ao objeto do certame. Desse modo, evitam-se as discussões e recursos decorrentes da rejeição de determinado candidato, tornando a licitação mais célere”.

⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 542.

aptos unicamente pelo fato de os mesmos ainda não terem apresentado sua qualificação perante o Estado, inércia que pode ser justificada por não terem previsto uma futura e eventual oportunidade de contratar.

Logo, a pré-qualificação não pode produzir tal efeito restritivo, sob pena de completo desvirtuamento da competição. A cada licitação, deve ser aberta a oportunidade aos interessados para que comprovem a habilitação exigida. Certamente o procedimento de pré-qualificação permanente conservaria sua utilidade, pois os pré-qualificados já teriam comprovado o atendimento aos requisitos exigidos, mas a licitação também deve permanecer aberta a novos interessados.

1.4.7 A contratação integrada

Nas licitações submetidas ao regime geral da Lei nº 8.666/93, a Administração Pública, antes de iniciar o certame, elabora o projeto básico, por seus técnicos ou por meio da contratação de pessoa física ou jurídica especializada. No último caso, o responsável pela elaboração do projeto fica impedido de disputar a licitação para realizar a obra. A vedação é prevista pelo art. 9º da lei, nos seguintes termos:

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica.

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

§ 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

§ 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação.

Como se verifica do § 2º acima transcrito, a proibição também se estende à elaboração do projeto executivo, mas se trata de uma regra geral, cuja superação é admitida na hipótese de se fixar a responsabilidade do contratado.

Já no RDC, permite-se a adoção do regime da contratação integrada, sendo a licitação deflagrada com base em anteprojeto de engenharia. Cabe ao contratado elaborar os projetos básico e executivo, bem como todas as atividades necessárias para a entrega final do objeto. O regime é previsto pelo artigo 9º da Lei nº 12.462/11⁸⁸ nos seguintes termos:

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições:

I - inovação tecnológica ou técnica;

II - possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou

III - possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

§ 1º A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

§ 2º No caso de contratação integrada:

I - o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo:

a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;

b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no caput e no § 1º do art. 6º desta Lei;

c) a estética do projeto arquitetônico; e

d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade;

II - o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica.

§ 3º Caso seja permitida no anteprojeto de engenharia a apresentação de projetos com metodologias diferenciadas de execução, o instrumento convocatório estabelecerá critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas.

§ 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos:

I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e

II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

⁸⁸ O regime de contratação integrada foi recentemente alterado pela MP nº 630/13, convertida na Lei nº 12.980/14. As alterações consistiram na revogação do inciso III do § 2º do art. 9º da Lei nº 12.462/11, que previa o critério de julgamento de técnica e preço para a contratação integrada. Além disso, foi inserido, como requisito adicional para opção pela contratação integrada, uma das três condições alternativas elencadas nos incisos do caput do art. 9º.

Em outras palavras, a licitação do RDC pode ser iniciada com o anteprojeto de engenharia, mas sem o projeto básico, cuja produção compete ao mesmo responsável pela elaboração da obra. O anteprojeto de engenharia possui um nível de detalhamento inferior ao projeto básico, porém é suficiente para definir minimamente o objeto licitado, contendo análise de viabilidade técnica, econômica e ambiental do futuro empreendimento⁸⁹. Seu conteúdo mínimo é arrolado pelo art. 74 do Decreto nº 7.581/11, ressaltando-se o § 3º, que dispõe que “o anteprojeto deverá possuir nível de definição suficiente para proporcionar a comparação entre as propostas recebidas das licitantes”.

A medida baseia-se na ideia de que a transferência de parte das responsabilidades ao agente privado permitirá que o mesmo utilize seu conhecimento e experiência, incrementando a eficiência⁹⁰.

Na ADI nº 4645, os partidos políticos requerentes defendem a inconstitucionalidade da contratação integrada por ausência de definição precisa do objeto licitado, o que impediria o julgamento objetivo. A licitação deve observar a igualdade e a probidade, o que pressupõe critérios previamente definidos. Tais critérios, segundo o art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8666/93⁹¹, não dispensariam o projeto básico. Não bastaria, portanto, o anteprojeto de

⁸⁹ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei n.º 12.462 e ao Decreto n.º 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 156. Nas palavras do autor: “Logo, não há como estabelecer uma dicotomia que considere os conceitos de “projeto básico” e “anteprojeto de engenharia” antagônicos. O afastamento da exigência de projeto básico no curso do certame não resulta em dispensar que o anteprojeto de engenharia identifique o objeto licitado e acabe por exercer algumas funções do projeto básico. Tome-se como exemplo a necessidade de o projeto básico “caracterizar a obra ou serviço de engenharia, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares” (art. 2º, IV, a, Lei n.º 12.462). A mesma função é atribuída ao anteprojeto de engenharia (art. 9º, § 2º, I, a, da Lei n.º 12.462), que deverá ser integrado pelos documentos técnicos necessários e suficientes para tanto”.

⁹⁰ Ibid. p. 152.

⁹¹ Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: [...]

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

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;

engenharia, por ser insuficiente para individualizar as obras e serviços, já que “o anteprojeto não apresentará soluções técnicas localizadas e tampouco haverá identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a serem incorporados à obra”⁹².

No mesmo sentido, ressalta o Procurador Geral da República, na ADI nº 4.655, que, sem a delimitação precisa e objetiva do objeto licitado, restaria aberto espaço para julgamento sem objetividade e impessoalidade⁹³. Além disso, o projeto básico teria grande importância numa licitação, evitando prejuízos para a Administração Pública⁹⁴.

No Direito brasileiro, a contratação integrada já era prevista e utilizada no âmbito do regulamento simplificado para licitações da Petrobras⁹⁵, aprovado pelo Decreto nº 2.745/98⁹⁶.

A contratação integrada afasta a exigência de projeto básico para deflagrar a licitação, prevista pelo art. 7º, § 2º, I, da Lei nº 8.666/93⁹⁷. O vencedor na licitação, que contrata com a Administração Pública, elaborará o referido projeto, o que, conseqüentemente, também afasta a vedação de participar da licitação e do contrato, presente no art. 9º, I, da Lei nº 8.666/93, para os que atuaram na realização do projeto básico⁹⁸.

Tal mecanismo de contratação tem o objetivo aparente de assegurar a celeridade para a realização das obras, já que seria possível realizar apenas uma licitação para obter o projeto

f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.

⁹² Cf. nota 40.

⁹³ Cf. nota 44.

⁹⁴ Sobre a importância do projeto básico, cf. Brasil. Tribunal de Contas da União. Processo nº 007.162/2006-0. Tribunal Pleno. Relator: AUGUSTO SHERMAN. Data da sessão: 3 de dezembro de 2008. Acórdão nº 2873/2008 Número da ata: 51/2008: “82. A má qualidade do projeto básico fez surgir a necessidade de diversas e profundas modificações no desenho original durante a execução da obra, que deu ensejo à celebração de diversos aditivos, o que também, e a princípio, não é permitido pela legislação brasileira em obras sob regime de empreitada integral, salvo para situações imprevisíveis. [...] 118. Com efeito, a precariedade do projeto básico e a inexistência de orçamento com nível de detalhamento suficiente comprometem a licitação da qual adveio o contrato, vez que incompatíveis com as condições estabelecidas em lei. As modificações que se fizeram necessárias durante a execução da obra não só comprovam essa assertiva, como, por si só, já configuram razão suficiente para a nulidade do contrato, vez que seu objeto inicial restou desfigurado e que sua conclusão já exige que as condições inicialmente contratadas sejam alteradas acima dos limites legais. Além disso, e conforme apontado pela Unidade Técnica, a simples existência de cláusula de medição e pagamento contrária aos ditames legais e à moralidade, economicidade e razoabilidade já seria também suficiente para que se declarasse o contrato nulo, pela flagrante ilegalidade de cláusula essencial”.

⁹⁵ Ressalte-se que o STF, em decisão cautelar, afastou manifestação do Tribunal de Contas da União que entendia inconstitucional, por ter sido aprovado por Decreto, o referido regulamento de licitações (AC 1193 MC-QO, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 09/05/2006, DJ 30-06-2006 PP-00018).

⁹⁶ Cf. previsto pelo Regulamento: “1.9 Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRÁS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas”.

⁹⁷ Art. 7º [...]

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório.

⁹⁸ Transcrito acima.

básico e a obra, ao invés da usual realização de dois certames distintos. No caso do RDC, os compromissos assumidos para realização da Copa do Mundo de Futebol de 2014 e das Olimpíadas de 2016 comprovam a preocupação com a rapidez.

Mesmo assim, Maurício Portugal Ribeiro, Lucas Navarro Prado e Mario Engler Pinto Junior advertem que a almejada concentração de certames não seria sempre possível, já que apenas excepcionalmente o Estado estaria apto a elaborar um anteprojeto de obra sem a contratação de empresas ou especialistas do setor privado⁹⁹.

Cabe ainda ressaltar que a mitigação do nível de detalhamento dos estudos que envolvem as licitações para realização de serviços e obras também ocorreu em relação no âmbito do contratos de concessões comum, patrocinada e administrativa¹⁰⁰. No caso dos contratos de concessão comum, o art. 18, XV, da Lei nº 8.987/95 exige a apresentação de “elementos de projeto básico” para o início da licitação. Além disso, o artigo 31 da Lei nº 9.074/95¹⁰¹ admite que o responsável pela elaboração dos estudos atue direta ou indiretamente na licitação da concessão.

Essas duas disposições justificam-se pela distinta estrutura econômica que envolve os contratos de obra pública e os de concessão comum, patrocinada e administrativa. No primeiro caso, geralmente cabe ao Estado a manutenção e operação da infraestrutura obtida. Desse modo, o contratado vê-se estimulado a utilizar material de qualidade inferior, com o fim de minimizar suas despesas e maximizar a lucratividade. Por esse motivo, é indispensável o detalhamento dos estudos técnicos, a fim de evitar que o contratado entregue obra de qualidade inferior à esperada, comprometendo a eficiência e a economicidade exigidas da Administração Pública¹⁰².

Por outro lado, no caso das concessões, o contratado deve construir a obra mas também operá-la e conservá-la por prazo longo. Como subinvestir na obra pode tornar sua conservação e operação extremamente dispendiosas, o agente privado será levado realizar um

⁹⁹ RIBEIRO; PRADO; PINTO JUNIOR, op. cit., p. 30. Nas palavras dos autores: “Note-se que a exigência de anteprojeto não necessariamente acaba com a necessidade da duplicidade de licitação para realização da obra, porque mesmo exigindo-se apenas o anteprojeto como condição para o início da obra, muito provavelmente, a Administração Pública terá que contratar a realização do anteprojeto, para só depois contratar a realização da obra. Somente em situações raras a Administração Pública é capaz de realizar diretamente)sem contratar ente privado para tanto) o anteprojeto de obras”.

¹⁰⁰ As concessões patrocinada e administrativa são modalidades de parceria público-privada, às quais se aplica o art. 18 da Lei nº 8.987/95 por expressa referência do art. 11 da Lei nº 11.079/04.

¹⁰¹ Art. 31. Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços.

¹⁰² RIBEIRO; PRADO; PINTO JUNIOR, op. cit., p. 41.

cálculo econômico na busca da maior eficiência, considerando os custos de construção, operação e manutenção, além do prazo de vida útil dos ativos concedidos¹⁰³.

Tal distinção relativa à lógica econômica pode ser traduzida por duas espécies de contratos, os baseados em obrigação de desempenho e os fundados em obrigações de investimento¹⁰⁴. No caso dos contratos da primeira espécie, são definidos indicadores objetivos de qualidade e quantidade, cabendo ao contratado optar pela melhor maneira de obter tais indicadores, optando por materiais, tecnologia e metodologia construtiva. Por outro lado, nos contratos baseados em obrigações de investimento, o Estado fixa os investimentos que o concessionário deve efetuar, a saber, obras ou aquisição de equipamentos.

No caso de um contrato baseado em obrigações de desempenho, com imputação ao concessionário dos investimentos, operação e conservação da obra, estabelecendo os indicadores qualitativos e quantitativos, há lógica em permitir ao mesmo a elaboração do projeto básico, com o que se estimula a obtenção de ganhos de eficiência. Desde a elaboração do projeto, o concessionário será levado a pensar as melhores opções para obter maior eficiência. Diante da clareza dos indicadores exigidos de qualidade e quantidade do serviço, transmite-se ao agente privado o risco de operação e manutenção da infraestrutura. Assim, se investir na obra montante abaixo do ideal, deverá responder pelas consequências custeando novos investimentos bem como a operação e manutenção, para alcançar os indicadores fixados contratualmente.

Em outras palavras, nas hipóteses de realização de obras de infraestrutura com atribuição ao agente privado da manutenção e operação por período longo, não há impedimento a conceder maior liberdade para escolha dos meios mais eficientes para atingir os padrões contratuais. Isso porque o mesmo deverá arcar com as consequências econômicas de eventual subinvestimento.

Considerando esse risco, o art. 9º da Lei nº 12.462/11¹⁰⁵ prevê a excepcionalidade da contratação integrada, que só cabe quando justificável técnica e economicamente, o que afasta a possibilidade de livre opção pela autoridade administrativa. Não se admite a contratação integrada nas hipóteses em que o contrato se limite à realização de obras ou serviços de engenharia, como a construção de um prédio ou rodovia¹⁰⁶.

¹⁰³ RIBEIRO; PRADO; PINTO JUNIOR, op. cit., p. 43.

¹⁰⁴ Ibid. pp. 42-47.

¹⁰⁵ Transcrito acima.

¹⁰⁶ JUSTEN FILHO, op. cit., nota 1, p. 179.

Logo, o regime da contratação integrada não ofende os princípios e normas constitucionais. Todavia, deve ser observado que essa forma de contratação deve ser justificada, restringindo-se sua utilização às hipóteses de atribuição ao particular das obrigações de conservação e operação do bem construído, de modo a observar a lógica econômica da operação.

1.4.8 A remuneração variável

Nas licitações e contratos do RDC, é facultado à Administração Pública estipular remuneração variável, conforme o desempenho do contratado, de acordo com o artigo 10 da Lei nº 12.462/11:

Art. 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.
Parágrafo único. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação.

Pela redação da norma, verifica-se que a remuneração variável não se aplica aos contratos de aquisição de bens. Isso se explica pela natureza desses contratos, que se esgotam com a entrega do objeto. O descumprimento das condições relativas a prazo e qualidade conduz à mora ou ao inadimplemento contratual¹⁰⁷.

No Direito brasileiro, a remuneração variável em contratos administrativos já era facultada para os contratos de parceria público-privada pelo artigo 6º, parágrafo único, da Lei nº 11.079/04¹⁰⁸, havendo diversos exemplos de sua aplicação¹⁰⁹.

¹⁰⁷ AURÉLIO, Bruno. A previsão da remuneração variável do contratado sob o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº12.462/11; Decreto nº 7.581/11)*: aspectos fundamentais. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 108.

¹⁰⁸ Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por: (...) Parágrafo único. O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

¹⁰⁹ Como exemplo, mencione-se a 16ª cláusula do contrato, em regime de parceria público-privada, na modalidade concessão administrativa, dos serviços de revitalização e operação da AEIU da região portuária do Rio de Janeiro (Disponível em: <<http://www.portomaravilha.com.br/web/esq/cdurContratos.asp>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

Segundo exposto pelos partidos políticos requerentes na ADI nº 4.645, o desempenho da contratada não pode ser parâmetro de remuneração, pois isso permitiria ao administrador escolhas discricionárias que se afastam dos critérios estabelecidos para uma concorrência isonômica, o que, por conseguinte, violaria os princípios da moralidade e impessoalidade. Tal prática também estimularia relações promíscuas entre os setores público e privado¹¹⁰.

Em defesa da constitucionalidade, o Advogado Geral da União afirma que a previsão representa um incentivo ao particular, com o objetivo de conferir efetividade aos princípios da eficiência e economicidade. Tratar-se-ia de um sistema dinâmico de remuneração, com um incentivo à superação das metas mínimas estabelecidas¹¹¹.

Além disso, Marçal Justen Filho afirma que se incentiva a excelência em hipóteses em que a necessidade administrativa não exige a qualidade máxima, remunerando-se a ampliação do benefício à coletividade e o maior esforço do contratado¹¹².

A fim de garantir a preservação do interesse público, os critérios de variação da remuneração, nos termos do artigo 10 da Lei 12.462/11, devem respeitar os limites orçamentários. Os parâmetros de avaliação e desempenho devem ser definidos objetivamente nos editais, excluindo-se qualquer subjetividade na sua aplicação, que será controlada mediante motivação do ato administrativo. Também deve haver correspondência aos padrões de mercado, com base em critérios tecnicamente aceitáveis¹¹³.

Ressalte-se, ainda, que eventual decréscimo da remuneração, em consequência do não atingimento dos parâmetros almejados, não poderá atingir o montante previsto como lucro na proposta do licitante. A remuneração variável em função do desempenho não significa uma punição ao contratado, além de ser vedado o enriquecimento sem causa do Estado¹¹⁴.

¹¹⁰ Cf. nota 40. Nas palavras dos partidos políticos requerentes: “Não é condizente com os princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade deixar ao gestor público a opção sobre os valores a serem pagos aos contratados. Decerto que esse mecanismo, em lugar de estimular a eficiência dos contratos, fomentará relações promíscuas entre o público e o privado. A definição da equação econômico-financeira do contrato, bem como dos valores a serem percebidos a título de retribuição, é elemento que integra o processo licitatório e expõe-se à concorrência isonômica e impessoal que é própria das licitações públicas. Não pode, portanto, ser alterado injustificadamente após a conclusão das obras ou serviços contratados. O recurso aos critérios das ‘metas’ e ‘padrões de qualidade’, como os que constam do art. 10, em se tratando de contratos de licitação, oferece grau de discricionariedade ao gestor público que não está de acordo com a Constituição Federal. Não é lícito ao Estado escolher quanto pagará ao contratado, muito menos se, para tanto, levar em conta critérios vagos e imprecisos como os que se observa no art. 10 da lei impugnada”.

¹¹¹ Cf. nota 40.

¹¹² JUSTEN FILHO, *op. cit.*, nota de rodapé nº 1, p. 209. Nas palavras do autor: “Não se trata apenas de exigir um mínimo e ameaçar o contratado com uma punição se a prestação for insuficiente. Pretende-se que o contratado produza mais que o exigido, dedique-se a produzir um benefício significativo para a Administração. Nesses casos, o particular fará jus não apenas à remuneração normal, mas também terá direito a um prêmio”.

¹¹³ AURÉLIO, *op. cit.* pp. 113-115.

¹¹⁴ *Ibid.* p. 115.

Após a exposição dos argumentos favoráveis e contrários, conclui-se que a previsão de remuneração variável constitui um mecanismo voltado à promoção da eficiência do contratado. O instituto não é inválido em abstrato, mas sua aplicação deve ser balizada pelos critérios acima apresentados, a fim de evitar a improbidade administrativa.

2 TUTELA JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE

2.1 Conceito de meio ambiente

A expressão “meio ambiente” surge, em 1835, na obra de Geoffroy De Saint-Hilaire, intitulada *Études progressives d'un naturaliste*, com o sentido de designar o meio em que vivemos, aquilo que nos rodeia¹¹⁵.

Apesar da redundância, já que “meio” tem o mesmo significado que “ambiente”, a expressão é ampla e mundialmente consagrada. José Afonso da Silva¹¹⁶ explica a relevância de aglutinar as duas palavras, dizendo:

O ambiente integra-se, realmente, de um conjunto de elementos naturais e culturais, cuja interação constitui e condiciona o meio em que se vive. Daí por que a expressão meio ambiente se manifesta mais rica de sentido (como conexão de valores) do que a simples palavra ambiente. Esta exprime o conjunto de elementos; aquela expressa o resultado da interação desses elementos.

O ambiente, que é o âmbito em que vivemos, constitui-se de múltiplos elementos, os quais se relacionam, integrados, formando o meio em que a vida se desenvolve. O meio ambiente se compõe dos elementos naturais e artificiais, a natureza original e artificial, como o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico¹¹⁷.

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta definição normativa do conceito de meio ambiente, o qual, nos termos do artigo 3º, I, da Lei nº 6.938/81, é o “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.”

O conceito legal, todavia, não enfrenta a extensão do que se entende compreendido pelo bem jurídico meio ambiente. Um conceito restrito limita o conteúdo ao meio ambiente natural ou físico, como o solo, a água, o ar e a flora.

Diante da relevância das questões urbanísticas e do patrimônio histórico-cultural, o conceito amplo de meio ambiente compreende ainda o meio ambiente artificial ou urbano,

¹¹⁵ ALONSO JUNIOR, Hamilton. *Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 10.

¹¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 20.

¹¹⁷ *Ibid.* pp. 19-21.

que compreende o espaço urbano construído, como o conjunto de edificações e dos equipamentos públicos; e o meio ambiente cultural, formado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico¹¹⁸.

Na literatura jurídica brasileira, prevalece a concepção expansiva¹¹⁹⁻¹²⁰, orientação também adotada pela Lei dos Crimes Ambientais, nº 9.605/98, que, ao definir os crimes contra o meio ambiente, tipifica, na Seção IV do Capítulo V, os crimes contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural¹²¹

Portanto, meio ambiente é o conjunto dos aspectos natural, artificial e cultural, que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida.

¹¹⁸ LOBATO, José Danilo Tavares. O meio ambiente como bem jurídico e as dificuldades de sua tutela pelo direito penal. *Revista Liberdades*, n.5, set./dez., 2010. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=63>. Acesso em: 10 dez. 2014.

¹¹⁹ Conferir, por exemplo, SILVA, op. cit., p. 21. No mesmo sentido, MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 140.

¹²⁰ Mencione-se ainda a opinião de Fiorillo, o qual, ampliando o conceito, identifica os aspectos natural, artificial, cultural, digital e do trabalho. O elemento digital compreende a manifestação do elemento cultural na sociedade da informação, como a internet, celulares e videogames, em que a vida se revela. Já o elemento do trabalho refere-se às relações laborais, com tutela da saúde, remuneração e a segurança do trabalhador. O autor inclui este elemento no conceito do meio ambiente tendo vista o art. 200, inciso VIII, da CRFB, ter reconhecido o meio ambiente do trabalho (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 77-78).

¹²¹ Art. 62. Destruir, inutilizar ou deteriorar:

I - bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial;

II - arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena é de seis meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa.

Art. 63. Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Art. 64. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Art. 65. Pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano: (Redação dada pela Lei nº 12.408, de 2011)

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.408, de 2011)

§ 1º Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção e multa. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 12.408, de 2011)

§ 2º Não constitui crime a prática de grafite realizada com o objetivo de valorizar o patrimônio público ou privado mediante manifestação artística, desde que consentida pelo proprietário e, quando couber, pelo locatário ou arrendatário do bem privado e, no caso de bem público, com a autorização do órgão competente e a observância das posturas municipais e das normas editadas pelos órgãos governamentais responsáveis pela preservação e conservação do patrimônio histórico e artístico nacional. (Incluído pela Lei nº 12.408, de 2011)

Considerando os objetivos da presente dissertação, passa-se à análise de conceitos relativos ao Meio Ambiente cultural, formado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico.

A proteção conferida ao patrimônio cultural, iniciada no plano constitucional com a Carta de 1934, ganhou maior importância com a edição da Constituição de 1988, a qual define seu conteúdo nos seguintes termos, conforme expresso pelo art. 216, *caput* e §§ 1º a 5º:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§ 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

Inovou a Constituição ao identificar os bens protegidos, abrangendo bens tangíveis e intangíveis, considerados isoladamente e em conjunto. Além disso, a tutela não se restringe aos bens da cultura erudita, abarcando também a cultura popular, pois o pluralismo cultural leva a considerar tudo o que se refira à identidade, à ação e à memória dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Para evitar que a identificação dos bens culturais se limite à opinião dos especialistas, a participação da comunidade é garantida pelo artigo 216, § 1º, da CRFB. Com o engajamento da sociedade, torna-se mais efetiva a proteção dos bens culturais¹²².

Compete, em comum, aos entes federativos exercer as atividades executivas para a preservação do patrimônio cultural, nos termos do artigo 23, III e IV, da CRFB, sendo que a competência legislativa, conforme o artigo 24, VII e VIII, da Carta Constitucional, é

¹²² MILARÉ, op. cit., pp. 565-567. Os bens de valor espeleológico (grutas, cavernas e cavidades naturais análogas) não foram referidos de maneira expressa pela CRFB, não obstante a edição do Decreto Federal nº 99.556/90, alterado pelo Decreto nº 6.640/08.

concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, cabendo aos municípios complementar a legislação na medida do interesse local.

Quanto às modalidades de proteção, o artigo 216, § 1º, da CRFB demonstra ter sido superada a concepção baseada exclusivamente no tombamento, já que há referência exemplificativa a outras formas de acautelamento e preservação. O registro, por exemplo, pode ser utilizado para bens cuja natureza seja incompatível com o tombamento, como os bens imateriais¹²³. Além disso, é possível adotar instrumentos do Direito Urbanístico, como o zoneamento e o solo criado, o qual permite construir acima do coeficiente único para manter e preservar o patrimônio cultural imobiliário em outras áreas¹²⁴.

Saliente-se ainda que o § 4º do art. 216 da CRFB determina a edição de legislação que permita a punição por danos e ameaças ao patrimônio cultural e que o § 5º dispõe que ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

Para efetivar a proteção do patrimônio cultural, medidas administrativas são previstas, como a multa, a destruição de obra ilegítima ou em desacordo com o bem protegido e a remoção de objeto. No campo judicial, aplicam-se a ação popular, a ação civil pública e a tutela penal¹²⁵.

2.2 Evolução histórica da proteção do meio ambiente

É remota a referência à necessidade humana de proteger a natureza e os recursos naturais indispensáveis à sua manutenção. No século IV a.C, o filósofo grego Hipócrates referia-se à influência da natureza sobre a saúde humana¹²⁶. Ainda em 1º de março de 1872 foi inaugurado o Parque Nacional de Yellowstone, nos Estados Unidos da América, com uma área de 8.980 km, posteriormente reconhecido como reserva da biosfera, em 1976, e patrimônio mundial, pela UNESCO, em 1978¹²⁷.

¹²³ Conforme o Decreto Federal nº 3.551/00, que institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial.

¹²⁴ MILARÉ, op. cit., p. 569.

¹²⁵ Conforme os artigos 62 a 65 da Lei dos Crimes Ambientais, nº 9.605/98, transcritos na nota de rodapé nº 122, e o art. 58, I, do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), que dispõe constituir crime contra os índios e a cultura indígena “escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradição culturais indígenas, vilipendiá-los ou perturbar, de qualquer modo, a sua prática”.

¹²⁶ Cf. <<http://greciantiga.org/arquivo.asp?num=0267>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

¹²⁷ Cf. <<http://whc.unesco.org/en/list/28>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

O desenvolvimento da legislação ambiental brasileira pode ser classificado em momentos históricos, de acordo com as distintas valorações ético-jurídicas do ambiente, em fases que se interpenetraram, não obstante suas distintas características¹²⁸.

Para Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, do período colonial até a década de 1960, ocorreu a fase da exploração desregrada ou *laissez-faire* ambiental, seguida das fases fragmentária e holística, que se iniciou com a edição da Lei federal nº 6.938/81¹²⁹.

Todavia, adotamos a classificação de Rogério Rocco, que identifica os períodos mercantilista, privatista, fragmentário, holístico e o de retrocesso, atualmente vivenciado¹³⁰.

Na fase mercantilista, que se estendeu do descobrimento do país até o final do Império, prevalecia a visão dos elementos e componentes da natureza em função do valor econômico. A legislação pretendia regulamentar a utilização de específicos elementos naturais¹³¹.

No ponto, vale ressaltar que a legislação brasileira, editada pela monarquia portuguesa, continuou eficaz mesmo após a independência, por força da Lei de 20 de outubro de 1823, ocorrendo a abrogação apenas com a edição do Código Civil de 1916. A legislação do período colonial limitava-se a assegurar aos colonizadores o fluxo de matérias primas, sendo esse o objetivo das limitações à exploração desregrada de certos recursos naturais¹³².

Como exemplos, pode-se mencionar o decreto de 1602 que regulava a pesca da baleia, cuja finalidade não era proibir a caça, mas regulamentá-la, considerando o uso comercial do óleo desse animal. Em 1605, o Regimento do Pau-brasil previa sanções como a de morte, aplicável ao contrabando. Essa madeira, de alto valor comercial, era frequentemente retirada do Brasil por navios de nações estrangeiras, como França, Espanha e Holanda. Outra norma editada nesse período foi o decreto de 1760, que vedava o corte de árvores de mangue, e o que tornava propriedade da Coroa Portuguesa a vegetação marginal ao mar e aos rios que nele desembocavam¹³³.

¹²⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Introdução ao direito ambiental brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 4, n. 14, pp. 48-82, abr./jun. 1999. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34690>>. Acesso em: 26 dez. 2014.

¹²⁹ *Ibid.* pp. 50-52.

¹³⁰ ROCCO, Rogério. *História da legislação ambiental brasileira: Um passeio pela legislação, pelo Direito Ambiental e por assuntos correlatos*. In: AHMED, Flávio; COUTINHO, Ronaldo (coords.). *Curso de Direito Ambiental*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pp. 3-24.

¹³¹ *Ibid.* p. 5.

¹³² WAINER, Ann Helen. *Legislação Ambiental Brasileira: Subsídios para a História do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, pp. 3-4.

¹³³ ROCCO, op. cit., pp. 5-6.

No período do descobrimento, as Ordenações Alfonsinas definiam o corte de árvores de fruto como crime de injúria ao rei, o que indica preocupação com o patrimônio da Coroa, e não com a preservação ambiental. Com a edição das Ordenações Manuelinas, em 1521, há maiores referências à questão ambiental, com a proibição à caça de determinados animais (perdizes, lebres e coelhos) com instrumentos capazes de causar a morte com dor e sofrimento, além da vedação à comercialização de abelhas sem a preservação da sua vida. Continua sendo crime o corte de árvores frutíferas, com a pena de degredo para o Brasil na hipótese de a árvore abatida valer mais de trinta cruzados¹³⁴.

Posteriormente, com as Ordenações Filipinas, de 1603, há incremento nas referências ao meio ambiente, sendo veiculado o conceito de poluição mediante a proibição de despejo de material que pudesse matar os peixes ou sujar as águas de rios e lagoas. A pena de degredo definitivo para o Brasil foi prevista para o crime de corte de árvores de fruto e para a morte de animais por malícia. Além disso, houve restrição à pesca, que passou a ser vedada com determinados instrumentos e épocas específicas¹³⁵.

Comentando especificamente a vedação ao corte de árvores pelas Ordenações Filipinas, Rogério Rocco registra que a sanção variava em razão da quantidade derrubada sem a licença do rei de Portugal, sendo que, para os crimes mais graves, a sanção era o degredo para o Brasil, que se aplicava aos maiores desmatadores. A edição dessa norma restritiva se explicaria não pela preocupação com o meio ambiente, mas com a preservação da madeira, a partir de uma lógica mercantilista. Isso porque o sistema econômico era fortemente baseado nessa matéria prima, utilizada na construção civil, na geração de energia, por meio do carvão vegetal, e como insumo para as grandes navegações¹³⁶. Nas palavras de Édis Milaré¹³⁷, a exploração de recursos naturais com fins econômicos era a marca do período colonial:

Toda essa legislação, antiga, complexa, esparsa e inadequada, deixava imune (se é que não o incentivava) o esbulho do patrimônio natural, despojado do seu caráter de bem comum e tratado ignominiosamente como propriedade privada, gerido e explorado sem escrúpulos, com discricionariedade acima de qualquer legislação coerente, de qualquer interesse maior.

Após a independência do país, no período do Império continuaram em vigor as normas das Ordenações Filipinas concernentes à conservação dos recursos naturais e o Código Criminal de 1830 criminalizou o corte ilegal de árvores. Todavia, a exploração predatória

¹³⁴ MILARÉ, op. cit., p. 234.

¹³⁵ Ibid. pp. 234-235.

¹³⁶ ROCCO, op. cit., pp. 3-4.

¹³⁷ MILARÉ, op. cit., p. 235.

continou com a edição da Lei nº 601/1850, a Lei de Terras, que, nas palavras de Antonio Inagê de Assis Oliveira, “lançou o país em uma ocupação desregrada do território, onde a derrubada das matas e a queimada eram os principais instrumentos para, comprovando a posse e a utilização, requerer-se o registro da propriedade”¹³⁸.

A fase privatista, que surgiu com a Proclamação da República e durou até a década de 1960, representa a adoção do ideário liberal, com a primeira geração dos direitos fundamentais, relacionados aos direitos civis e políticos. O Estado garantia os direitos da liberdade burguesa, como a propriedade. Na esfera ambiental, tal concepção se refletiu nas tênues limitações ao exercício da propriedade privada¹³⁹.

Diante da omissão do Código Civil de 1916 a respeito da matéria ambiental, o conflito dessa natureza era visto a partir do olhar privatista do direito de vizinhança, vedando-se o uso nocivo da propriedade, comprometedor da segurança, do sossego e da saúde, conforme previsão dos artigos 554 e 555 da codificação.

Nessa fase, o Código Penal, de 1940, passou a criminalizar condutas relacionadas à utilização da água, tendo em vista a visão antropocêntrica da proteção à saúde pública. Além disso, em 1934, surgem o Código de Águas, o Florestal e o de Mineração, cuja edição se justifica pela pretensão de urbanização e industrialização do país, a ser realizada pelo capital estrangeiro atraído pelos recursos naturais. Tais códigos tinham por objetivo compatibilizar os interesses dos proprietários privados e o desenvolvimento mediante exploração dos recursos naturais¹⁴⁰, tutelando-os com o intuito de conservar os recursos econômicos.

O Código de Águas, veiculado pelo Decreto nº 24.643, de 1934, revela tal inspiração em seu preâmbulo, em que consta “que se torna necessário modificar esse estado de coisas, dotando o país de uma legislação adequada que, de acordo com a tendência atual, permita ao poder público controlar e incentivar o aproveitamento industrial das águas”, bem como “considerando que, em particular, a energia hidráulica exige medidas que facilitem e garantam seu aproveitamento racional”.

Contudo, como exposto no início dos comentários a respeito das fases da legislação ambiental brasileira, a classificação nos diversos períodos não é estanque, de modo que não há perfeita delimitação entre os períodos.

¹³⁸ OLIVEIRA, Antonio Inagê de Assis. *Introdução à legislação ambiental brasileira e licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 39.

¹³⁹ ROCCO, op. cit., pp. 5-6.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 6.

Nesse sentido, mesmo em épocas fortemente influenciadas pela ideologia do desenvolvimento como crescimento econômico, urbanização e industrialização, foram editadas algumas medidas protetivas, como o Decreto nº 24.645, de 1934, que veiculava medidas de proteção aos animais. Além disso, em 1937, surgiu o Parque Nacional de Itatiaia, o primeiro no Brasil, seguido, em 1939, pelo Parque Nacional do Iguaçu, no Paraná, e o da Serra dos Órgãos, no estado do Rio de Janeiro.

Nas décadas de 1960 e 1970, a preocupação com o meio ambiente passou a ter dimensão internacional, já que tornaram-se evidentes os malefícios da industrialização para a natureza e as populações humanas. A industrialização avançava no Brasil, bem como a urbanização e o êxodo rural.

A partir de uma perspectiva utilitarista, a exploração dos elementos naturais dotados de valor econômico foi regulamentada de forma fragmentária, sem o reconhecimento do bem jurídico meio ambiente, correspondente ao todo. São exemplos da atividade legislativa o Código Florestal de 1965, os Códigos de Caça, de Pesca e de Mineração, de 1967, a Lei da Responsabilidade por Danos Nucleares, de 1977 e a Lei do Zoneamento Industrial nas Áreas Críticas de Poluição, de 1980¹⁴¹.

Nesta fase, como consequência da fragmentação legislativa, as normas editadas eram dispersas, sem sistematização. Como exemplo, mencione-se o evidente descompasso entre as punições previstas pelo Código Florestal de 1965, que previa a aplicação das penas simples correspondentes às contravenções penais, e pela Lei de Proteção da Fauna, que fixava penas de detenção e reclusão aos crimes, que, após reforma legislativa, passaram a ser considerados inafiançáveis¹⁴².

No âmbito institucional, relevante inovação ocorreu com o Decreto Federal nº 73.030, de 1973, que criou a Secretaria Especial do Meio Ambiente, integrante do Ministério do Interior.

Em 1972, foi realizada a Conferência de Estocolmo, iniciando os encontros internacionais de meio ambiente. Na discussão sobre os limites ao crescimento, debateram-se as medidas voltadas ao controle das atividades danosas ao meio ambiente. Como resultado das discussões, foram editadas políticas nacionais, dentre as quais a Política Nacional do Meio Ambiente, veiculada pela Lei nº 6.938/81.

Tal lei representa o surgimento da fase holística, já que se trata da primeira lei que regulamenta expressamente o meio ambiente, ao contrário das normas anteriores, que

¹⁴¹ BENJAMIN, op. cit., nota nº 128, p. 51.

¹⁴² ROCCO, op. cit., p. 14.

dispunham sobre elementos naturais específicos, como floresta, proteção animal, água, solo e subsolo¹⁴³. O meio ambiente, portanto, nas palavras de Benjamin, “passa a ser protegido de maneira integral, vale dizer, como sistema ecológico integrado (resguardam-se as partes a partir do todo) e com autonomia valorativa (é, em si mesmo, bem jurídico)”¹⁴⁴.

Destacam-se, na lei, os princípios, finalidades e diretrizes gerais da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) e a definição de conceitos, como o de meio ambiente e o de poluição. Com a criação do Sistema Nacional do Meio Ambiente, foi regulada a atuação dos órgãos e entidades governamentais e, no âmbito da PNMA, foi fixada a responsabilidade civil objetiva, aplicável aos causadores de danos ambientais. Também foi conferida legitimação ao Ministério Público para a proteção ambiental, conforme previsto pelo artigo 14, § 1º, da lei referida¹⁴⁵.

Posteriormente, foi editada a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, a qual seguiu na fase holística. Trata-se da primeira constituição brasileira a dedicar um capítulo exclusivo para a questão ambiental, não obstante haver precedentes da regulação do tema, como as constituições de Portugal, de 1976, da Espanha, de 1978, do Equador e do Peru, ambas de 1979.

No campo ambiental, além das normas específicas, Rogério Rocco menciona como avanços da Constituição brasileira de 1988 a autonomia dos municípios, o que seria desejável, pela proximidade do cidadão em relação ao poder local, mas traria o risco de retrocesso, considerando-se o despreparo e descompromisso dos administradores e legisladores municipais. Além disso, a independência do Ministério Público permitiria sua atuação mais adequada na matéria ambiental¹⁴⁶.

Ainda na fase holística, mencione-se a edição de diversos diplomas legais posteriores à Constituição de 1988, como a Lei nº 9.433/97, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, a Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente, a Lei nº 9.795/99, que institui a Política Nacional de Educação Ambiental, a Lei nº 9.985/00, que institui o Sistema Nacional de Unidades de

¹⁴³ ROCCO, op. cit., p. 15.

¹⁴⁴ BENJAMIN, op. cit., nota n. 128, p. 52.

¹⁴⁵ Art 14 [...] § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

¹⁴⁶ ROCCO, op. cit., pp. 17-18.

Conservação da Natureza, a Lei nº 11.445/07, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, e a Lei nº 12.305/10, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

A atual fase da legislação ambiental brasileira é de retrocesso na proteção ambiental. Como exemplo, mencione-se a Política Nacional de Biossegurança, regula os organismos geneticamente modificados (OGM) e reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio). O artigo 16, §§ 1º, III, 2º e 3º, da Lei nº 11.105/05¹⁴⁷, limita o licenciamento ambiental aos casos em que a CTNBio deliberar. A norma teve como consequência a autorização, sem prévio licenciamento ambiental, da soja, do algodão e do milho transgênicos. Tal previsão viola a Política Nacional do Meio Ambiente, prevista pela Lei nº 6.938/81, já que transfere a órgão estranho ao Sistema Nacional do Meio Ambiente, sem capacidade técnica para tanto, a análise dos impactos ambientais. Deve-se considerar, ainda, que se trata de atividade potencialmente causadora de significativo impacto ambiental, já que a difusão dos os organismos geneticamente modificados pode levar à erradicação de espécies nativas¹⁴⁸.

Também a edição da Lei nº 12.651/2012, o novo Código Florestal, trouxe retrocessos relativos às limitações administrativas quanto ao uso do solo, mediante diminuição e exclusão de Áreas de Preservação Permanente e da Reserva Legal Florestal. Além disso, possibilita superar as restrições relativas à Reserva Legal através do parcelamento de grandes propriedades, bem como anistia das multas aplicadas pela violação das regras do revogado

¹⁴⁷ Art. 16 [...]

§ 1º Após manifestação favorável da CTNBio, ou do CNBS, em caso de avocação ou recurso, caberá, em decorrência de análise específica e decisão pertinente: [...]

III – ao órgão competente do Ministério do Meio Ambiente emitir as autorizações e registros e fiscalizar produtos e atividades que envolvam OGM e seus derivados a serem liberados nos ecossistemas naturais, de acordo com a legislação em vigor e segundo o regulamento desta Lei, bem como o licenciamento, nos casos em que a CTNBio deliberar, na forma desta Lei, que o OGM é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente; [...]

§ 2º Somente se aplicam as disposições dos incisos I e II do art. 8o e do caput do art. 10 da Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981, nos casos em que a CTNBio deliberar que o OGM é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente.

§ 3º A CTNBio delibera, em última e definitiva instância, sobre os casos em que a atividade é potencial ou efetivamente causadora de degradação ambiental, bem como sobre a necessidade do licenciamento ambiental.[...]

§ 6º As autorizações e registros de que trata este artigo estarão vinculados à decisão técnica da CTNBio correspondente, sendo vedadas exigências técnicas que extrapolem as condições estabelecidas naquela decisão, nos aspectos relacionados à biossegurança.

§ 7º Em caso de divergência quanto à decisão técnica da CTNBio sobre a liberação comercial de OGM e derivados, os órgãos e entidades de registro e fiscalização, no âmbito de suas competências, poderão apresentar recurso ao CNBS, no prazo de até 30 (trinta) dias, a contar da data de publicação da decisão técnica da CTNBio.

¹⁴⁸ ROCCO, op. cit., p. 22.

Código desde a edição do Decreto nº 6.514/08, que regulamentou a Lei dos Crimes Ambientais¹⁴⁹.

Ressalte-se ainda a edição da Lei Complementar nº 140/11, cujo art. 17 estabelece que a fiscalização dos empreendimentos licenciados compete ao ente que o permitiu. Segundo entende Rocco¹⁵⁰, com o incremento do poder dos órgãos estaduais e municipais na mesma medida em que se enfraquece o poder dos órgãos e entidades federais, haveria potencial degradação ao meio ambiente, como no caso da Amazônia, em que o desmatamento seria reprimido pelo IBAMA, mas estimulado pelos entes estaduais e municipais.

2.3 O meio ambiente na sociedade de risco

A questão ambiental, restrita à comunidade científica até meados do século XX, passou a ganhar projeção cada vez maior na política interna e internacional, sendo discutida por organizações não governamentais, imprensa, opinião pública, empresas, governos e organizações multilaterais. Indispensável, para isso, foi o movimento ambientalista, que aumentou sua influência a partir da década de 1960, culminando na realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Humano, em 1972, e na Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento e o Meio Ambiente, de 1992.

Esse processo histórico teve como uma de suas fontes o incremento dos riscos ambientais a partir das profundas e rápidas transformações sociais que ganharam impulso a partir da industrialização. Esse fenômeno modernizou os meios de produção utilizados pela sociedade, através da ampliação tecnológica, contribuindo para o desenvolvimento da economia.

Diante de diversas circunstâncias históricas favoráveis, como a expressiva oferta de mão de obra nas cidades e o capital acumulado durante a fase do Mercantilismo, no século XVIII, o Reino Unido começou o processo de Revolução Industrial, por meio do qual a mão de obra dos homens passou a ser gradativamente substituída pelo trabalho realizado pelas máquinas.

Como resultado desse processo de industrialização e contínuas mudanças tecnológicas, emergiu a sociedade pós-industrial, em que a produção se deslocou para os

¹⁴⁹ ROCCO, op. cit., p. 23.

¹⁵⁰ Ibid. p. 24.

serviços e a fonte de poder consiste na informação. Igualmente denominada de sociedade da informação¹⁵¹ ou sociedade de risco¹⁵², caracteriza-se pela difusão e expansão das catástrofes antes individualizadas, ou seja, pequenas atitudes são somadas e causam grandes consequências. Por exemplo, o ato de descartar indevidamente uma guimba de cigarro não afeta de maneira substancial o meio ambiente, mas o mesmo ato repetido por uma quantidade expressiva de pessoas o fará.

Na sociedade contemporânea, essa disseminação das tragédias ocorre em função do emprego de tecnologias avançadas e da oferta de produtos arriscados, que muitas vezes não passam por uma completa verificação dos riscos envolvidos, tendo em vista a urgência em lançá-los ao mercado consumidor. A concorrência e a rápida obsolescência das tecnologias impede uma completa análise dos riscos envolvidos. Assim, como as relações econômicas impedem a previsão e neutralização dos riscos, os cientistas procuram uma distribuição eficiente e justa dos riscos não neutralizáveis intrínsecos ao produto que está sendo ofertado¹⁵³.

Essa conduta acarreta efeitos colaterais, basicamente em três dimensões. A primeira diz respeito aos riscos envolvidos na criação de bens produtivos, os quais carregam efeitos nocivos, como a radiação, poluição ambiental e as toxinas presentes, por exemplo, no agrotóxico¹⁵⁴. A distribuição dos riscos se opera com a própria produção e circulação do produto, já que ao mesmo são associados efeitos colaterais nele inseridos e o consumidor o compra, recebendo seus riscos. Beck¹⁵⁵ descreve as ameaças correspondentes e o chamado efeito bumerangue. Em suas palavras:

Com a distribuição e o incremento dos riscos, surgem *situações sociais de ameaça*. Estas acompanham, na verdade, em algumas dimensões, a desigualdade de posições de estrato e classe sociais, fazendo valer entretanto uma lógica distributiva substancialmente distinta: os riscos da modernização cedo ou tarde acabam alcançando aqueles que os produziram ou que lucram com eles. Eles contêm um *efeito bumerangue*, que implode o esquema de classes. Tampouco os ricos e poderosos estão seguros diante deles. Isto não apenas sob a forma de ameaças à saúde, mas também como ameaças à legitimidade, à propriedade e ao lucro: com o reconhecimento social de riscos da modernização estão associadas desvalorizações e desapropriações ecológicas, que incidem múltipla e sistematicamente a contrapelo dos interesses de lucro e propriedade que impulsionam o processo de industrialização. Ao mesmo tempo, os riscos produzem *novos desníveis internacionais*, de um lado entre o Terceiro Mundo e os países industriais. Eles esquivam-se à estrutura de competências do Estado Nacional. Diante da universalidade e da supranacionalidade do fluxo de poluentes, a vida da folha de

¹⁵¹ Cf. BELL, Daniel. *Information society*. Harvard: Perseus Books Group, 2006.

¹⁵² BECK, Ulrich. *Risk society: towards a new modernity*. Londres: Sage Publications, 1992, p. 12.

¹⁵³ Ibid. p. 20.

¹⁵⁴ Ibid. p. 27.

¹⁵⁵ Ibid. p. 29.

grama na floresta bávara passa a depender da assinatura e implementação de acordos internacionais.

A segunda dimensão é a relativa à aquisição dos riscos, que se opera de modo distinto em relação à obtenção de riquezas. Enquanto estas são voluntariamente adquiridas, por troca ou compra, os riscos não são adquiridos. Atua a lógica da afetação, de modo que eles afetam os cidadãos independentemente da aquisição de um produto¹⁵⁶.

Por fim, com relação aos efeitos deletérios trazidos pelo emprego da tecnologia, a distribuição dos riscos socialmente verificáveis deve ser controlada pelo governo, com o intuito de evitar danos sociais intoleráveis. Essa intervenção deve se dar não nas consequências, mas nas “causas no próprio processo de industrialização”¹⁵⁷. Por exemplo, deve ser monitorado o nível de poluentes lançados ao ar na elaboração de um produto.

Os impactos negativos são cada vez mais evidentes, embora distribuídos de maneira desigual entre as camadas pobres e as mais abastadas¹⁵⁸. Diante dessas características da sociedade de risco, aumenta a consciência dos efeitos da degradação ambiental para a qualidade de vida, a saúde e a sobrevivência, além da economia.

Em outras palavras, o desequilíbrio ambiental gera incalculáveis prejuízos econômicos, como a recente crise de escassez de água, que leva ao aumento do custo dessa matéria-prima e também da energia, impactando, por exemplo, o setor industrial. No caso brasileiro, esse exemplo demonstra que a exploração irracional dos recursos naturais se repete na História. A instalação de fazendas cafeeiras na região do Maciço da Tijuca, no Rio de Janeiro, causou graves crises de seca, especialmente nos anos de 1824, 1829, 1833 e 1844, até que fosse determinasse o reflorestamento da área, ainda durante o Império¹⁵⁹.

Para compreender esses impactos ambientais sobre a economia, é importante destacar a noção de externalidades ambientais. O valor de um bem não reflete os ganhos sociais e custos de produção, até porque sua exata mensuração é tarefa impossível. Com isso, os impactos ambientais não são carregados ao preço dos produtos, apesar de os malefícios serem suportados por toda a sociedade, incluindo os não consumidores. No plano internacional, a

¹⁵⁶ BECK, Ulrich, op. cit., p. 28.

¹⁵⁷ Ibid. p. 30.

¹⁵⁸ Cf. MOTTA, Ronaldo Serôa da. *Desafios Ambientais da Economia Brasileira*. Texto para discussão nº 509. Rio de Janeiro: IPEA, 1997. Disponível no endereço eletrônico:

<<http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/1387.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

¹⁵⁹ DRUMMOND, José Augusto. O jardim dentro da máquina. *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, vol. 1, n. 2, 1988, pp. 276-298.

globalização econômica leva à exportação das externalidades ambientais negativas¹⁶⁰. No caso do Brasil, as empresas multinacionais transferiram sua produção para o país em meados do século passado, valendo-se de custos e padrões ambientais menos rígidos que os de suas matrizes.

Como não há exata correspondência entre o preço do bem e o valor social, a produção pode ser excessiva ou insuficiente, acarretando o funcionamento ineficiente da Economia¹⁶¹. Assim, é um dos objetivos do Direito Ambiental a instituição de mecanismos que permitam a internalização dos custos ambientais, atenuando as externalidades ambientais negativas.

No ponto, deve-se atentar para uma compreensão global do processo produtivo e da questão ambiental, considerando que o Direito é voltado para o homem, tomando-o como referência em suas múltiplas dimensões. O modo de produção capitalista pressupõe crescimento econômico, até para manter as gerações futuras, o que demanda investimentos. Esse dado deve ser considerado ao se analisar as questões ambientais. Por sua vez, o crescimento gera cada vez mais externalidades ambientais negativas. Todavia, deve-se considerar o todo, a preservação dos grandes equilíbrios naturais. Nas palavras de Mota¹⁶²:

... d) no que concerne à equidade intergeracional, sendo a humanidade parte integrante da natureza, estando submetidas às mesmas leis ecológicas de outras espécies, aquilo que cabe preservar, para a sobrevivência e frutificação da espécie, é a conservação dos grandes equilíbrios naturais, não de quaisquer espécies ou mesmo de certa biodiversidade.

Nesse sentido, é um dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, nos termos do artigo 4º, I, da Lei nº 6.938/81, a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico, o que demonstra a necessidade de intervenção estatal na Economia.

Nesse tema, importante considerar que uma ordem estatal liberal e individualista, fundada na livre iniciativa, produz, como efeito colateral, desigualdade econômica, o que compromete a democracia e a cidadania. Por outro lado, uma intervenção desmedida, a pretexto de promover a igualdade social, tende a aniquilar a liberdade e a livre iniciativa¹⁶³.

Para superar essa dicotomia, deve-se entender a liberdade como ausência de dominação. Numa relação de dependência, como a escravidão, tem-se a intervenção

¹⁶⁰ MOTA, Mauricio. O conceito de natureza e a reparação das externalidades ambientais negativas. In: _____. (coord.). *Fundamentos teóricos do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008., p. 19-21.

¹⁶¹ Ibid. pp. 20-21

¹⁶² Ibid. p. 27.

¹⁶³ SCARPI, Vinicius. Equidade intergeracional: Uma leitura republicana. In: MOTA, Mauricio (coord.). *Fundamentos teóricos do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008., p. 66.

arbitrária, que não considera a opinião do envolvido. Contudo, a intervenção é incompatível com a liberdade, se não for arbitrária e considerar a opinião dos atingidos pela norma¹⁶⁴. Assim, um Direito legítimo convive com a liberdade e atua para garanti-la.

Por fim, vale observar que o Direito Ambiental implica uma releitura dos tradicionais institutos jurídicos. Nas palavras de Scarpi¹⁶⁵:

O direito ao meio ambiente também assume a forma de um direito de todos. É um direito que para se concretizar tenciona os institutos liberais do Direito até níveis em que os mesmos não mais funcionam. Esse inoperância é fruto de uma concepção individualista atomista que se contrói na lógica da competição e da não-interferência. Tal lógica não dá conta das demandas dos novos direitos, entre os quais se destaca o direito ao meio ambiente.

2.4 Fundamento ético das normas ambientais

Para descrever as diferentes visões filosóficas que inspiraram o Direito Ambiental, Herman Benjamin identifica três concepções do pensamento ético-jurídico ambiental¹⁶⁶: (1) antropocentrismo puro; (2) antropocentrismo mitigado ou reformado; e (3) não antropocentrismo. A primeira concepção adota como premissa a existência de divisão bem definida, separando o ser humano e o resto da natureza. O homem é o centro e medida de todas as coisas, sendo a única finalidade da Natureza servi-lo. Essas ideias remontam aos primeiros esforços de proteção dos recursos naturais e têm como base o utilitarismo, para o qual as instituições sociais devem ser voltadas a maximizar o bem estar geral¹⁶⁷, e o liberalismo. Portanto, a proteção e preservação dos recursos naturais teria como objetivo proporcionar maior bem estar ao conjunto dos homens. Diante dessa perspectiva, a solução de eventual colidência entre a preservação da natureza e direitos titularizados pelo homem, como o direito à moradia, seria desfavorável ao meio ambiente.

Já o antropocentrismo mitigado ou reformado reconhece ao meio ambiente a qualidade de sujeito moral, mas não de sujeito de direito. Com isso, dirige-se a uma humanização dos

¹⁶⁴ SCARPI, op. cit., p. 67.

¹⁶⁵ Ibid. p. 79.

¹⁶⁶ BENJAMIN, Antonio Herman de Vanconcellos e. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. *BDJur*, Brasília, DF, 4 dez. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/26184>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁶⁷ BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 4.

demais seres vivos, movido pela consideração do bem-estar dos animais, que deixam de ser mero objeto de uma relação jurídica. Um exemplo é a vedação a métodos cruéis de abate de animais. Além disso, o mesmo ocorre em relação às gerações humanas futuras, no chamado antropocentrismo intergeracional. Embora os indivíduos das gerações vindouras não sejam sujeitos de direito, passam a ter seus interesses considerados, notadamente os relacionados à preservação ambiental.

Por outro lado, as teorias não antropocêntricas defendem a inexistência de uma rígida separação entre os seres humanos e os demais componentes da natureza. O homem deixa de ser o epicentro da natureza, passando a ser considerado como mais um elemento da mesma, regido do mesmo modo que os demais.

No âmbito das teorias não antropocêntricas, a vertente biocentrista considera todos os seres vivos, incluindo o homem, como epicentro, enquanto o ecocentrismo reconhece posição central a todos ecossistemas e seus componentes, racionais ou não, animados ou inanimados. De qualquer maneira, não se trata de correntes misantrópicas, que neguem valor ao homem, mas sim de considerá-lo como componente da natureza¹⁶⁸.

Por fim, ressalte-se que não há exata correspondência entre as concepções filosóficas e a evolução do Direito Ambiental. Por exemplo, embora tenham sido editados, na década de 1930, leis e atos normativos de clara inspiração antropocêntrica, como os Códigos Florestal e o de Águas, cuja exposição de motivos se referia ao seu aproveitamento industrial, também houve manifestações não antropocêntricas.

É o caso do Decreto nº 24.645, de 1934, que estabelece medidas cíveis e penais de proteção aos animais, estabelecendo que "todos os animais existentes no País são tutelados do Estado" (art. 1º) e que "os animais serão assistidos em juízo pelos representantes do Ministério Público, seus substitutos legais e pelos membros da Sociedade Protetora de Animais" (art. 1º, § 3º). Além disso, o art. 3º do Decreto tipifica 31 condutas de maus tratos, destacando-se a de "praticar ato de abuso ou crueldade em qualquer animal"¹⁶⁹.

¹⁶⁸ BENJAMIN, op. cit., nota 166, p. 18.

¹⁶⁹ Apesar de pouco utilizado na prática, em teoria esse decreto ainda está em vigor, vez que não foi revogado expressamente nem há outra norma que seja incompatível ou tenha regulado inteiramente a matéria (Ibid., pp. 8-9).

2.5 A Constituição e meio ambiente

A conveniência da constitucionalização do meio ambiente é discutida. Analisando a experiência de outros países, como os Estados Unidos da América, Herman Benjamin aponta que a ausência de disposições constitucionais não impediu a atuação estatal protetiva. Tal ideia também se aplica ao Direito Ambiental brasileiro anterior à Constituição de 1988, sendo exemplo dessa afirmação a edição do Código Florestal de 1965. Mesmo assim, é evidente o potencial positivo de um regime constitucional ambiental, que pode contribuir para a construção de uma política nacional do meio ambiente¹⁷⁰.

Quanto às consequências positivas da constitucionalização, Herman Benjamin ressalta que, o plano material, ocorre uma reavaliação dos direitos, deveres e da ordem jurídica. Os benefícios mencionados pelo autor são o estabelecimento de um dever constitucional genérico de não degradar, que é fundamento do regime de explorabilidade limitada e condicionada, a ecologização da propriedade e da sua função social, a qualificação da proteção ambiental como direito fundamental, a legitimação constitucional da função estatal reguladora, a redução da discricionariedade administrativa e o aumento da participação pública.

Dentre os benefícios formais ou internos, ligados à implementação concreta das normas ambientais, pode-se mencionar o reconhecimento da máxima proeminência dos direitos, deveres e princípios ambientais. Isso confere maior segurança a essas normas, tendo em vista o rígido procedimento de reforma da Constituição de 1988, além da qualificação dos direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas. Além disso, do paradigma da legalidade, evolui-se para o da constitucionalidade ambiental, o que permite o controle de constitucionalidade e um “reforço exegético pró-ambiente” das normas legais¹⁷¹.

Por outro lado, apontam-se como possíveis riscos trazidos pela constitucionalização algumas observações quanto ao conteúdo e forma. A Constituição seria norma apropriada para institutos jurídicos maduros, e não para aqueles em fase de grande controvérsia científica e jurídica. Também se opõe à menor flexibilidade da norma constitucional a necessidade de rápida adaptação da norma ambiental à realidade, que é sempre cambiante, notadamente na moderna sociedade de risco. Soma-se ainda o receio quanto à edição de normas

¹⁷⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 68-69.

¹⁷¹ *Ibid.* pp. 77-81.

constitucionais simplesmente retóricas, sem efetividade, se considerados os países sem tradição constitucional¹⁷².

A identificação desses riscos serve como alerta aos movimentos ambientalistas, mas, de qualquer maneira, a constitucionalização revela-se positiva e contribui para o reconhecimento do direito ao equilíbrio ecológico como um direito fundamental.

Os direitos fundamentais constituem-se derivações da ideia da dignidade da pessoa humana. As revoluções liberais, como a francesa de 1789, corresponderam à afirmação dos chamados direitos fundamentais de primeira dimensão, baseados na liberdade. Posteriormente, no início do século XX, consolidaram-se os direitos sociais, fundados na busca pela igualdade.

Contudo, além desses direitos, fazia-se necessária a proteção de direitos coletivos, transindividuais, que dependem da cooperação de todas as forças sociais para a sua implementação. São direitos baseados na ideia de solidariedade, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois dependem da cooperação dos indivíduos, do Estado, das corporações públicas e privadas e da comunidade internacional. Além disso, essa vocação solidária também se revela nos interesses tutelados, já que também se busca a tutela dos interesses das futuras gerações¹⁷³.

Essa evolução na concepção ético-jurídica se revela, ainda, no valor da dignidade da pessoa humana, que, como toda construção humana, é uma ideia em permanente evolução. Com o incremento dos riscos e crises ecológicas, a qualidade e segurança ambientais tornam-se indispensáveis para uma vida digna, saudável e segura. Diante da insuficiência dos valores da liberdade e da igualdade para a garantia de uma vida digna, ganha contornos, portanto, a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana¹⁷⁴.

A respeito do reconhecimento do direito ao equilíbrio ecológico como direito fundamental e das suas consequências para a dignidade humana, cabe transcrever as palavras de José Afonso da Silva¹⁷⁵:

Temos dito que o combate aos sistemas de degradação do meio ambiente convertera-se numa preocupação de todos. A proteção ambiental, abrangendo a preservação da Natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa a tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana. Encontramo-nos, assim, como nota Santiago Anglada Gotor, diante de uma

¹⁷² BENJAMIN, op. cit., nota 170, pp. 81-82.

¹⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2014, pp. 46-51.

¹⁷⁴ *Ibid.* pp. 51-53.

¹⁷⁵ SILVA, op. cit., p. 58.

nova projeção do direito à vida, pois neste há de incluir-se a manutenção daquelas condições ambientais que são suportes da própria vida, e o ordenamento jurídico, a que compete tutelar o interesse público, há que dar resposta coerente e eficaz a essa nova necessidade social.

Diante disso, indaga-se acerca de um núcleo essencial de um direito fundamental ao ambiente e à qualidade de vida. Para Canotilho, a Constituição portuguesa não veda, aprioristicamente, qualquer intervenção humana lesiva ao meio ambiente, mas significa a busca de incremento da tutela do meio ambiente garantida pelo Direito nacional, comunitário e internacional, sendo vedado o retrocesso. Além disso, como consequência do regime dos direitos fundamentais, exige-se justificação adequada para as condutas potencialmente lesivas ao meio ambiente, incluindo a ponderação das alternativas menos agressivas, em juízo de proporcionalidade¹⁷⁶.

Todas essas ideias levam à identificação de uma ordem pública ambiental, que exige a atuação estatal para evitar a privatização dos recursos naturais, diante de sua natureza de bem de uso comum do povo¹⁷⁷. Ressalte-se, contudo, que isso não significa a administração arbitrária dos bens ambientais, já que os mesmos não se propriedade estatal, mas da comunidade¹⁷⁸.

Nesse sentido, um dos princípios da Política Nacional do Meio Ambiente, previsto pelo art. 2º, I, da Lei nº 6.938/81, é a “ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo”. Além disso, o *caput* do art. 225 da CRFB qualifica o meio ambiente como “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.”

Em resumo, a questão ambiental deve ser objeto das políticas de desenvolvimento, considerando os riscos de degradação e fomentando condutas favoráveis à preservação, como a pesquisa de novas fontes de energia. Nesse sentido, o princípio nº 17 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, contém a afirmação de que “a avaliação do impacto ambiental, como instrumento nacional, será efetuada para as atividades

¹⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português e da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 7-8.

¹⁷⁷ MILARÉ, op. cit., pp. 260-261.

¹⁷⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 98.

planejadas que possam vir a ter um impacto adverso significativo sobre o meio ambiente e estejam sujeitas à decisão de uma autoridade nacional competente”¹⁷⁹.

2.6 A juridicidade ambiental

A constitucionalização, o incremento das regulações estatais e a crescente importância dos valores ambientais permitem reconhecer uma juridicidade ambiental. A partir da análise da Constituição Portuguesa, cujo art. 66¹⁸⁰ qualifica o direito ao meio ambiente equilibrado como um dos direitos fundamentais, constante do título relativo aos direitos e deveres económicos, sociais e culturais fundamentais, Canotilho¹⁸¹ afirma as dimensões essenciais da juridicidade ambiental:

- a) Dimensão garantístico-defensiva, no sentido de direito de defesa contra ingerências ou intervenções do Estado e dos demais poderes públicos;

¹⁷⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <<http://pactoglobalcreapr.files.wordpress.com/2010/10/declaracao-do-rio-sobre-meio-ambiente.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

¹⁸⁰ Artigo 66.º

Ambiente e qualidade de vida

1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.

2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos:

- a) Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão;
- b) Ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-económico e a valorização da paisagem;
- c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico;
- d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações;
- e) Promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitectónico e da protecção das zonas históricas;
- f) Promover a integração de objectivos ambientais nas várias políticas de âmbito sectorial;
- g) Promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente;
- h) Assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com protecção do ambiente e qualidade de vida (Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 15. mai. 2015).

Acesso em: 15. mai. 2015).

¹⁸¹ CANOTILHO, op. cit., pp. 4-5.

- b) Dimensão positivo-prestacional, pois cumpre ao Estado e a todas as entidades públicas assegurar a organização, procedimento e processos de realização do direito ao meio ambiente;
- c) Dimensão jurídica irradiante para todo o ordenamento, vinculando as entidades privadas ao respeito do direito dos particulares ao ambiente;
- d) Dimensão jurídico-participativa, impondo e permitindo aos cidadãos e à sociedade civil o dever de defender os bens e direitos ambientais.

Esse regime jurídico permite a ideia da ecologização da ordem jurídica, já que o direito ao ambiente, mais do que direito fundamental, eleva-se a bem constitucional, cuja consideração é indispensável para a composição dos conflitos constitucionais. Além disso, limita-se a liberdade de atuação do legislador, já que há vedação ao retrocesso quanto à proteção ambiental. Também não se permite ao Estado omitir-se quanto aos preceitos protetivos, pois a omissão inconstitucional pode acarretar a sua responsabilidade. Ressalte-se ainda a obrigação dos agentes estatais e privados de um atuar positivo, pelos mais diversos mecanismos (ação legislativa, executiva, judicial ou planejadora, por exemplo), considerando ainda as múltiplas ameaças da denominada sociedade de risco¹⁸². Essa destacada atenção conferida à proteção ambiental conduz a um Estado de Direito ambiental ecológico. Nas palavras de Canotilho¹⁸³,

[...] o Estado de direito, hoje, só é Estado de direito se for um Estado protector do ambiente e garantidor do direito ao ambiente; mas o Estado ambiental e ecológico só será Estado de direito se cumprir os deveres de juridicidade impostos à actuação dos poderes públicos.

2.7 O Estado teatral

As Revoluções Liberais, notadamente a Francesa, de 1789, e a Independência Norte-Americana, destacam-se no quadro da ascensão da burguesia ao poder. Essa classe econômica

¹⁸² CANOTILHO, op. cit., p. 5.

¹⁸³ Ibid. pp. 5-6.

implantou um modelo de Estado e de ordenamento jurídico com foco nas liberdades individuais, políticas e econômicas. O Estado Liberal tinha como característica não intervir nas atividades econômicas, as quais deveriam contar com a mais ampla liberdade. A igualdade formal e a liberdade contratual levariam os homens a buscar seus interesses individuais e, assim, os benefícios seriam amplos para todos.

Contudo, esse modelo não se revelou, no mundo dos fatos, tão harmônico quanto idealizado. A igualdade jurídica e formal entre trabalhadores e empregadores, por exemplo, conduziu a uma super exploração dos primeiros, que eram obrigados a se submeter a jornadas extenuantes de trabalho, a péssimas condições de saúde e de segurança no trabalho.

Seguiram-se greves e protestos, muitos dos quais violentos, aos quais se somou a consciência social acerca da vulnerabilidade do trabalhador, que era livre para contratar apenas do ponto de vista formal. Diante da ausência de sistemas previdenciários e assistenciais, o indivíduo não era livre para decidir trabalhar ou não. Ao contrário, a grande massa de miseráveis necessitava aceitar as péssimas condições de trabalho ou, em não o fazendo, perdia as condições de subsistir. No campo das relações econômicas, a especulação financeira desenfreada também levou o sistema produtivo à Grande Depressão de 1929.

Em resumo, como resultado de um lento processo histórico, verificou-se, notadamente a partir do início do século XX, uma maior demanda por intervenção estatal nas relações sociais, o que correspondeu, na ciência do Direito, à publicização das relações jurídicas, com uma crescente intervenção nas relações privadas. Esse fenômeno também se deu no campo ambiental, ainda que sua consolidação seja algumas décadas posterior à sua manifestação nas relações econômicas e trabalhistas.

O poder do proprietário e do empreendedor, antes ilimitado, passou a ser contido em prol das múltiplas exigências ambientais, com foco na preservação do meio ambiente e na sua importância para a preservação da sadia qualidade de vida. Passou, então, a ser editada legislação protetiva dos bens ambientais, com o objetivo de compatibilizar o desenvolvimento econômico e a preservação, dando origem a uma nova ordem jurídica, com a formação de uma ordem pública ambiental, que, “interventiva por excelência, juridicizou e publicizou o meio ambiente”¹⁸⁴.

A legislação editada cria direitos e deveres, bem como mecanismos de implementação, de variadas naturezas, como o licenciamento ambiental, de natureza administrativa, a sanção

¹⁸⁴ BENJAMIN, Antonio Herman de Vanconcellos e. O Estado teatral e a implementação do direito ambiental. *BDJur*, Brasília, DF, 7 maio 2010, p. 22. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30604>>. Acesso em: 12 mai. 2015.

penal e a ação civil pública. Ainda que a edição das normas ambientais seja indispensável, isso não é suficiente para a tutela efetiva do bem jurídico. Como ocorre na ciência do Direito em geral, entre a posivação legislativa e a eficácia da norma, há uma grande distância a percorrer. A implementação das normas ambientais não atrai a atenção da literatura especializada, mas é identificada como um dos grandes gargalos à efetiva proteção dos recursos naturais. A legislação ambiental, portanto, acaba desempenhando um papel simbólico¹⁸⁵, constituindo-se, nas palavras de Herman Benjamin¹⁸⁶, um autêntico Estado Teatral:

Infelizmente, nem sempre o Estado conjuga, com igual ênfase, atuação legislativa e implementadora. É comum o Poder Público legislar, não para aplicar, mas simplesmente para aplacar, sem resolver, a insatisfação social. É o *Estado teatral*, aquele que, ao regular a proteção do meio ambiente, mantém uma situação de vácuo entre a lei e a implementação. Um Poder Público que, na letra fria do texto normativo, não se importa em bravejar, mas que fácil e rapidamente amansa diante das dificuldades da realidade político-administrativa e de poderosos interesses econômicos, exatamente os maiores responsáveis pela degradação ambiental. A teatralidade estatal é a marca dessa separação entre lei e implementação, entre a norma escrita e a norma praticada. O resultado é uma *Ordem Pública Ambiental* incompleta. Não raro esquecemos que a obra legislativa do Estado teatral – a lei simbólica – nunca passará, por mais eloqüente e promissora que seja, de um gesto político levado às últimas consequências.

No caso da tutela ambiental, a Constituição da República, os compromissos internacionais assumidos pelo país e a legislação interna impõem a regulação e a implementação da proteção dos recursos naturais. Não se admite, assim, uma postura de pretensa neutralidade do Estado, que corresponderia a uma opção pelos detentores do poder econômico, por uma minoria de poluidores, em detrimento da maioria dos integrantes da sociedade¹⁸⁷.

¹⁸⁵ No plano constitucional, a ausência de concretização das normas é denominada pelo Professor Marcelo Neves como constitucionalização simbólica. Para o referido autor, a legislação simbólica “aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental”. A edição desse tipo de norma pode ter como motivo “a) confirmar de valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios” (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007).

¹⁸⁶ BENJAMIN, op. cit. nota 185, p. 27.

¹⁸⁷ Ibid. p. 35.

2.8 Princípios do Direito Ambiental¹⁸⁸

2.8.1 Princípio da equidade intergeracional

O princípio tem por objetivo garantir as relações de cooperação e solidariedade entre distintas gerações, para que todas possam aproveitar-se dos bens ambientais. A solidariedade intergeracional é um gênero que abrange a solidariedade sincrônica, referente à consideração dos interesses das gerações presentes, e a diacrônica, relativa às gerações futuras¹⁸⁹. Busca-se preservar o acesso aos recursos naturais, evitando-se o seu esgotamento e exaurimento.

Essa ideia rompe uma concepção liberal puramente individualista, de direitos ilimitados, para considerar as relações intersubjetivas e os interesses dos outros, ainda que esse outro sequer possua condições de participar das discussões públicas, por ainda não existir. Essa ética da solidariedade desloca a discussão política do homem atomizado para aquele que, sem perder sua individualidade, “se entende como parte de um todo e, como parte, comprometido com o todo”¹⁹⁰.

Referido princípio foi expressamente previsto pela Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, de 1972¹⁹¹, pela Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992¹⁹², e pela Constituição da República, que dispõe, no *caput* do artigo 225, ser a defesa do meio ambiente um dever do Poder Público e da coletividade, para as presentes e futuras gerações.

¹⁸⁸ No estudo do Direito, os princípios têm grande importância já que revelam as ideias básicas que inspiram a edição, interpretação, aplicação e compatibilização das diversas normas componentes do sistema. Considerando os limites da presente dissertação, sem a pretensão de esgotar o tema, passa-se à análise dos princípios reacionados ao problema selecionado.

¹⁸⁹ MILARÉ, op. cit., p. 259.

¹⁹⁰ SCARPI, op.cit., p. 79.

¹⁹¹ Princípio 2 Os recursos naturais da terra incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e especialmente amostras representativas dos ecossistemas naturais devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento” (DECLARAÇÃO de Estocolmo sobre o meio ambiente humano (1972). Estocolmo, 1972. Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/ceama/material/legislacoes/declaracao_estocolmo_meio_ambiente_humano_1972.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2014).

¹⁹² Princípio 3 O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras” (Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <<http://pactoglobalreapr.files.wordpress.com/2010/10/declaracao-do-rio-sobre-meio-ambiente.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2014).

No Direito português, a Constituição de 1976 refere-se, no artigo 66.º, 2, d, ao “princípio da solidariedade entre gerações”, impondo a consideração dos interesses das gerações futuras, o que, para Canotilho, aplica-se às alterações irreversíveis dos ecossistemas, ao esgotamento dos recursos decorrente do uso irracional e aos riscos duradouros, pressupondo a aplicação dos princípios da precaução e da responsabilização¹⁹³.

2.8.2 Princípios da precaução e da prevenção

Inicialmente, deve-se ressaltar que, apesar da semelhança semântica, os princípios da prevenção e da precaução são distintos. A prevenção tem por objeto os “riscos ou impactos já conhecidos pela ciência”, fontes de um “perigo concreto”. Por sua vez, a precaução procura evitar os “riscos ou impactos desconhecidos” ou o “risco incerto”, que diz respeito ao “perigo abstrato”¹⁹⁴. Assim, para Patryck de Araújo Ayala, “a prevenção supõe, portanto, o conhecimento dos riscos e das medidas destinadas a evitar ou a diminuir os danos, enquanto a aplicação do princípio da precaução é determinada em razão das incertezas do não conhecimento”¹⁹⁵.

A prevenção é referida pela Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, cujo princípio nº 8 enuncia que “Para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos, os Estados devem reduzir e eliminar os padrões insustentáveis de produção e consumo, e promover políticas demográficas adequadas”¹⁹⁶.

No ordenamento jurídico brasileiro, a prevenção resulta dos princípios da Política Nacional do Meio Ambiente, enunciados pelo art. 2º da Lei nº 6.938/81:

Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da

¹⁹³ CANOTILHO, op. cit., p. 9.

¹⁹⁴ MILARÉ, op. cit., pp. 262-263.

¹⁹⁵ AYALA, Patryck de Araújo. Direito fundamental ao ambiente e a proibição de regresso nos níveis de proteção ambiental na constituição brasileira. In: PRIEUR, Michel. et al. *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2012. p. 224 Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242559>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

¹⁹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <<http://pactoglobalcreapr.files.wordpress.com/2010/10/declaracao-do-rio-sobre-meio-ambiente.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: (...)

IV - proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas; (...)

IX - proteção de áreas ameaçadas de degradação.

Um importante mecanismo de aplicação é o instituto do licenciamento ambiental. O artigo 225, § 1º, IV, da CRFB, dispõe que, para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe ao Poder Público “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”.

Por sua vez, o princípio da precaução surge formalmente, no plano internacional, na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento¹⁹⁷, de 1992¹⁹⁸, com a seguinte expressão:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Ressalte-se ser desnecessária a certeza científica acerca dos danos potenciais, sendo suficiente a ameaça hipotética, porém plausível. Deve ser considerada a capacidade do Estado em preservar o bem ambiental e que medidas de tutela devem considerar as exigências de desenvolvimento econômico¹⁹⁹.

Ademais, a ausência de certeza científica acarreta diversos problemas quanto à avaliação do risco e das condutas apropriadas, desde uma resposta excessiva ao um risco superdimensionado a uma omissão diante de um risco indevidamente minizado. A decisão, política, envolve a consideração dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em vista a ausência de certeza quanto aos riscos e às medidas apropriadas. Nas palavras de Maurício Mota²⁰⁰,

Devemos procurar os contornos dessa situação jurídica não através das balizas da lógica tradicional, com razões de tipo matemático (silogismos), mas sim por meio de estimativas jurídicas que sopesem desde a determinação da norma aplicável ao problema concreto, consoante os valores envolvidos, até a constatação dos fatos, bem como a qualificação jurídica desses fatos. Assim, as razões que estimamos corretas e que possibilitam a compreensão de um fato humano valorado pelo direito são motivos no campo da razão, mas não da armação racional da lógica

¹⁹⁷ MOTA, op. cit., nota 160, p. 29.

¹⁹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <<http://pactoglobalcreapr.files.wordpress.com/2010/10/declaracao-do-rio-sobre-meio-ambiente.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

¹⁹⁹ MOTA, Maurício. Princípio da precaução: uma construção a partir da razoabilidade e da proporcionalidade.

In: _____. (coord.). *Fundamentos teóricos do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pp. 29-63

²⁰⁰ Ibid. p. 60.

tradicional, e sim da estrutura do *logos* do humano, do *logos* da ação humana. É algo que deve ser resolvido razoavelmente. Nesse *logos* do razoável intervêm observações e experiências de realidades várias, de realidades humanas e não humanas; assim como intervêm juízos de valor, juízos estimativos derivados sobre fins, juízos estimativos sobre a bondade ou não dos meios, além de juízos estimativos sobre a adequação e também sobre a eficácia dos meios para conseguir a realização dos fins propostos.

No âmbito constitucional, Édis Milaré²⁰¹ entende que há referência implícita à precaução, na imposição ao Poder Público, pelo art. 225, § 1º, V, CRFB, da atribuição de “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”.

Recentemente, a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York em 9 de maio de 1992 e promulgada pelo Decreto nº 2.652/1998, representa a adoção expressa do princípio da precaução, tendo em vista o disposto no artigo 3º, 3:

Em suas ações para alcançar o objetivo desta Convenção e implementar suas disposições, as Partes devem orientar-se *inter alia*, pelo seguinte: (...)

3. As Partes devem adotar medidas de precaução para prevenir, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível. Para esse fim, essas políticas e medidas devem levar em conta os diferentes contextos sócioeconômicos, ser abrangentes, cobrir todas as fontes, sumidouros e reservatórios significativos de gases de efeito estufa e adaptações, e abranger todos os setores econômicos. As Partes interessadas podem realizar esforços, em cooperação, para enfrentar a mudança do clima.

Há menção, ainda, no Decreto nº 5.300/04, que regulamenta o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro²⁰² e no art. 1º, *caput*, da Lei nº 11.105/05²⁰³. Cabe ainda salientar a referência à precaução pela Lei nº 9.605/98, a Lei dos Crimes Ambientais, cujo art. 54, § 3º,

²⁰¹ MILARÉ, op. cit., p. 265.

²⁰² Art. 5º São princípios fundamentais da gestão da zona costeira, além daqueles estabelecidos na Política Nacional de Meio Ambiente, na Política Nacional para os Recursos do Mar e na Política Nacional de Recursos Hídricos: (...) X - a aplicação do princípio da precaução tal como definido na Agenda 21, adotando-se medidas eficazes para impedir ou minimizar a degradação do meio ambiente, sempre que houver perigo de dano grave ou irreversível, mesmo na falta de dados científicos completos e atualizados.

²⁰³ Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

dispõe que “incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível”.

Por fim, deve-se salientar que a precaução não significa a interdição de toda atividade econômica ou inovação, mas, com base na potencial irreversibilidade dos danos ambientais, tem o objetivo de garantir a “sadia qualidade de vida”, das presentes e futuras gerações²⁰⁴.

2.8.3 O princípio da proibição de retrocesso ambiental

Diante da recente crise econômica mundial, ganhou destaque a discussão a respeito do grau de proteção ambiental. Determinados setores econômicos argumentam que a diminuição da proteção ambiental retiraria empecilhos ao desenvolvimento econômico e ao combate à pobreza, além de se fazer necessária a desregulamentação, tendo em vista a complexidade e a proliferação das normas conservacionistas. Nesse contexto, as tentativas de diminuição do grau de proteção ambiental, que ocorrem predominantemente no plano do Direito interno²⁰⁵, envolvem reformas legislativas e a implantação das normas, além da diminuição da divulgação de informações e da participação social²⁰⁶.

Esses debates levantam a discussão a respeito da existência de um princípio de vedação ao retrocesso da proteção ambiental²⁰⁷. Michel Prieur reconhecendo esse princípio, baseando-se em três ideias básicas: a finalidade do Direito Ambiental, a necessidade de se afastar o princípio de mutabilidade do Direito e a intangibilidade dos direitos humanos²⁰⁸.

O primeiro fundamento resulta da própria origem do Direito Ambiental, surgido na década de 1970, com o objetivo de frear a “degradação ambiental” e o “esgotamento dos

²⁰⁴ MACHADO, op. cit., p. 63.

²⁰⁵ No caso brasileiro, conforme exposto anteriormente, Rogério Rocco denomina de fase do retrocesso o atual momento da legislação ambiental brasileira. Cf. ROCCO, op. cit., pp. 22-24.

²⁰⁶ BENJAMIN, Antonio Herman de Vanconcellos e. Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. In: PRIEUR, Michel. et al. *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2012. pp. 55-72. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242559>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

²⁰⁷ Ressalte-se a realização do Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental, em 29 de março de 2012, na Comissão de Meio Ambiente do Senado Federal, com a presença de especialistas e autoridades estatais. O evento resultou na publicação de um livro: PRIEUR, Michel. et al. *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242559>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

²⁰⁸ PRIEUR, Michel. O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. Tradução de José Antônio Tietzmann e Silva. In: PRIEUR, Michel. et al. *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2012. pp. 11-54. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242559>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

recursos naturais”, como resultado de uma “ética ambiental”. A mutabilidade do Direito, expressão do princípio democrático e da adaptabilidade à evolução social, tem por exceções os direitos humanos e, especificamente, o Direito Ambiental, considerando os direitos das gerações futuras à saúde e à vida²⁰⁹.

Deve-se considerar ainda que “a degradação ambiental, vista como custo social, não passa de tributação das gerações futuras, encargos esses que, da sua imposição política, os nossos descendentes não participaram”²¹⁰.

Ressalte-se que a busca pela efetividade dos direitos humanos enunciados formalmente, em sentido oposto à teatralidade das normas ambientais, impõe seja preservado o grau de proteção ao meio ambiente alcançado pela sociedade, considerando ainda o risco de desaparecimento de espécies e ecossistemas. A diminuição da proteção ambiental também atenta contra as gerações humanas vindouras, impossibilitadas de defender seus interesses no momento presente, além das espécies ainda desconhecida pela Ciência²¹¹.

Outro aspecto a salientar é que a proibição de retrocesso não tem como obstáculo as limitações orçamentárias, tema frequentemente invocado como empecilho à promoção dos direitos fundamentais sociais. Trata-se de preservar o patrimônio ecológico existente, o que se alcança, muitas vezes, por uma obrigação de não fazer, evitando o financiamento de empreendimentos que degradam a natureza, como a atividade agrícola ilegal em áreas protegidas. Além disso, evitando-se a degradação da natureza, evita-se o gasto com sua recuperação e com a mitigação das consequências, como enchentes e assoreamento de rios. Nas palavras de Herman Benjamin²¹²,

Cumprir o princípio da proibição de retrocesso, em tal cenário, não acrescenta custos; ao revés, economiza despesas, presentes e futuras, tanto em capital financeiro mal-empregado, como em capital natural dilapidado. Além disso, inverte-se o esquema da “reserva do possível”, frequentemente aventado em debates relativos a prestações positivas e financeiras constitucionalmente reivindicadas do Estado. Assim é porque, a se enfraquecer a eficácia da Constituição, pelo retrocesso na legislação infraconstitucional, cria-se para seus destinatários-beneficiários (= a coletividade) um campo insuperável e perverso de “reserva do impossível”, um conjunto de normas retóricas, sem eficácia prática: impossibilidade de proteger os valores referendados na Constituição, impossibilidade de traduzir as suas ordens em ações concretas, impossibilidade de densificar, legislativa e minimamente, o seu conteúdo e expressão.

²⁰⁹ PRIEUR, op. cit., pp. 16-20.

²¹⁰ BENJAMIN, op. cit. nota 206, p. 70.

²¹¹ Ibid. p. 59.

²¹² Ibid. p. 61.

Ressalte-se que a vedação ao retrocesso representa a proibição de uma proteção deficiente do bem jurídico, mas não a busca utópica pela poluição zero. Ou seja, deve-se procurar a tutela dos recursos naturais entre a maior despoluição possível e o nível mínimo de proteção ambiental. Isso não significa uma petrificação da legislação ou a intangibilidade do meio ambiente. Diante da mutabilidade das condições ambientais, por descobertas científicas, recuperação ou melhoria, os parâmetros de não regressão também evoluem. Assim, admite-se a retirada de uma proteção que deixe de ser necessária ou indispensável, como ocorreria se uma espécie deixasse a lista das ameaçadas de extinção²¹³.

Essas ideias permitem reconhecer um princípio de proibição de retrocesso ambiental, que se extrai de parâmetros comumente adotados, como “o princípio da segurança jurídica, o princípio da confiança legítima, o princípio dos direitos adquiridos em matéria de direitos humanos, o controle da proporcionalidade”²¹⁴.

No plano internacional, a vedação ao retrocesso é inferida do objetivo de proteção ao meio ambiente, que consta do princípio nº 7 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992²¹⁵, segundo o qual “os Estados irão cooperar, em espírito de parceria global, para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre”²¹⁶. Como exemplos de positivação do princípio em constituições nacionais, pode-se mencionar a do Butão, cujo artigo 5-3 dispõe que 60% das florestas do país são protegidas pela eternidade, e a do Equador, de 2008, que garante explicitamente a não regressão em matéria ambiental²¹⁷.

Diante da ausência de previsão expressa pela Constituição da República, Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer identificam a proibição de retrocesso como um princípio constitucional implícito, que possui, dentre outros, fundamento nos princípios do Estado Democrático e Social de Direito, da dignidade da pessoa humana, da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais e da segurança jurídica²¹⁸.

Não obstante a ausência de positivação expressa, trata-se de um princípio sistêmico, que resulta das disposições normativas do Direito Ambiental, e geral, a partir da expressão normativa de suas “bases e conteúdo ecológicos (= o mínimo ecológico, a garantia dos

²¹³ BENJAMIN, op. cit., nota 206, pp. 44-46.

²¹⁴ PRIEUR, op. cit., p. 44.

²¹⁵ Ibid. p. 25.

²¹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <<http://pactoglobalcreapr.files.wordpress.com/2010/10/declaracao-do-rio-sobre-meio-ambiente.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

²¹⁷ Conforme referência por PRIEUR, op. cit., pp. 30-37.

²¹⁸ SARLET; FENSTERSEIFER, op. cit., pp. 319-320.

processos ecológicos essenciais, a hiperproteção dos ecossistemas frágeis ou à beira de colapso, a preservação absoluta das espécies ameaçadas de extinção)²¹⁹.

Na Constituição da República, pode-se identificar ainda como fundamentos para tal princípio o dever de proteger os núcleos intangíveis relacionados à preservação ambiental, a saber, “a) os processos ecológicos essenciais, b) a diversidade e integridade genética, e c) a extinção de espécies (art. 225, § 1, I, II e VII)²²⁰, por meio de uma atuação positiva ou, no caso do último núcleo, um não fazer.

Também não legislação infraconstitucional se encontra base para afirmar a vedação de retrocesso, já que, nos termos do art. 2º, *caput*, da Lei nº 6.938/81, “a Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida.”

A proibição de regresso resulta, portanto, do princípio da melhoria ambiental²²¹, de conteúdo ainda mais intenso, pois se exige “melhorar, avançar (= progresso) no terreno daquilo que um dia ecologicamente se teve, e desapareceu, ou hoje se encontra dilapidado, e, se não zelado de maneira correta, mais cedo ou mais tarde desaparecerá²²².

Esses argumentos inspiraram a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a reconhecer que o princípio da vedação de regresso é “garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes²²³.

Por todo o exposto, pertinente a observação de Michel Prieur, de que a vedação de retrocesso “já está reconhecida como indispensável ao desenvolvimento sustentável, como garantia dos direitos das gerações futuras”. Trata-se de “um verdadeiro seguro para a sobrevivência da Humanidade²²⁴.

²¹⁹ BENJAMIN, op. cit., nota 206, pp. 62-63.

²²⁰ Ibid. p. 65.

²²¹ Reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme expresso em: Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 769.753. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento em 08 de setembro de 2009. Publicação do Acórdão: 10/06/2011 Dje. Confirma-se trecho da ementa: “12. Ante o princípio da melhoria da qualidade ambiental, adotado no Direito brasileiro (art. 2º, *caput*, da Lei 6.938/81), inconcebível a proposição de que, se um imóvel, rural ou urbano, encontra-se em região já ecologicamente deteriorada ou comprometida por ação ou omissão de terceiros, dispensável ficaria sua preservação e conservação futuras (e, com maior ênfase, eventual restauração ou recuperação). Tal tese equivaleria, indiretamente, a criar um absurdo cânone de isonomia aplicável a pretensão de poluir e degradar: se outros, impunemente, contaminaram, destruíram, ou desmataram o meio ambiente protegido, que a prerrogativa valha para todos e a todos beneficie”.

²²² BENJAMIN, op. cit., nota 206, p. 64.

²²³ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 302.906. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento em 26 de agosto de 2010. Publicação do Acórdão: 01/12/2010 Dje.

²²⁴ PRIEUR, op. cit., p. 49.

3 O LICENCIAMENTO AMBIENTAL E AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

3.1 Aspectos históricos do licenciamento ambiental

Conforme relatado por Fiorillo²²⁵, pode-se identificar as origens do licenciamento ambiental no *National Environmental Policy Act (NEPA)*²²⁶, editado nos Estados Unidos em 1969, bem como na criação, no ano seguinte, da *United States Environmental Protection Agency (EPA)*, agência governamental responsável por aprovar ou rejeitar os *environmental impact statements (EIS)*, documento similar ao relatório de impacto ambiental (RIMA).

No Brasil, o licenciamento surgiu no Estado do Rio de Janeiro, que editou o Decreto-lei nº 134, de 16 de junho de 1975, que instituiu o SLAP (Sistema de Licenciamento de Atividades Poluidoras)²²⁷. Nos termos do seu artigo 8º, as atividades potencialmente poluidoras deveriam ser aprovadas pela Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente (FEEMA), enquanto a operação dependia de autorização da Comissão Estadual de Controle Ambiental (CECA).

Em agosto do mesmo ano, o Decreto federal nº 1.413 foi editado com o objetivo de regular a poluição causada por atividades industriais, autorizando os estados e municípios a instituírem mecanismos de licenciamento ambiental. Além disso, a norma permitia ao Poder Executivo federal interditar o estabelecimento industrial que não observasse medidas de prevenção e correção.

Já em 1976, Estado de São Paulo editou a Lei nº 997, condicionando o funcionamento de atividades potencialmente poluidoras, arroladas em regulamento, à prévia autorização do órgão ambiental por meio de licenças de instalação e de funcionamento.

Em seguida, em 1980, foi editada a Lei federal nº 6.803, que criou o estudo de impacto ambiental e dispôs sobre o controle administrativo de indústrias poluidoras.

Relevante inovação decorreu da edição da Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, de âmbito nacional, cujo art. 9º, IV, identifica o licenciamento como instrumento da Política

²²⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Paulo; MARI MORITA, Dione. *Licenciamento Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 86-174.

²²⁶ Disponível em <<http://www.epw.senate.gov/nepa69.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

²²⁷ AHMED, Flávio. *Licenciamento ambiental: Instrumento de prevenção de lesão ao meio ambiente*. In: AHMED, Flávio; COUTINHO, Ronaldo (coord.). *Curso de Direito Ambiental*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 159.

Nacional do Meio Ambiente. O instituto foi estendido a toda atividade potencialmente poluidora, deixando de se limitar aos empreendimentos contidos em rol taxativo, critério até então adotado pelos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo.

Dois anos se passaram até a edição do Decreto Federal nº 88.351/1983, que uniformizou o licenciamento no país, evitando que os Estados-membros se omitissem ou o aplicassem incorretamente, a exemplo do Rio de Janeiro, que excluiu o licenciamento sobre os empreendimentos instalados ou em instalação na época da edição do Decreto-lei fluminense²²⁸. A regulamentação previu as licenças prévia, de instalação e de operação e passou a exigir, nos termos de regulamentação do CONAMA, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, que foi objeto da Resolução nº 01/1986 do referido conselho.

Com a edição da CRFB, em 1988, a matéria ambiental ganha novo impulso, ressaltando-se a obrigatoriedade de elaboração de EIA/RIMA para as obras e atividades causadoras de significativo impacto ambiental (artigo 225, § 1º, inciso IV). Além disso, as constituições dos Estados-membros passaram a dispor sobre a matéria, impondo a obrigatoriedade do licenciamento ambiental, como o Amazonas (art. 234, § 1º), Mato Grosso (art. 265 e 266), Minas Gerais (art. 214, § 1º, IV, § 2º), Paraíba (art. 228) e São Paulo (art. 192, §§ 1º e 2º)²²⁹.

3.2 Licenciamento ambiental: conceito e funções²³⁰

Como exposto acima, o meio ambiente possui uma dimensão pública, já que se trata de bem de uso comum do povo, nos termos do artigo 225 da CRFB, competindo ao Estado e à coletividade protegê-lo e defendê-lo.

No exercício dessa tutela, o licenciamento ambiental é um procedimento administrativo que afere a compatibilidade do projeto de empreendimento à Política Nacional do Meio Ambiente, examinando os potenciais benefícios e prejuízos, considerando o interesse público e as consequências sociais e ambientais. Ao final do procedimento, a decisão poderá autorizar a implementação do projeto, bem como elencar providências exigíveis para mitigar

²²⁸ FARIAS, Talden. *Licenciamento Ambiental: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2013, p. 31.

²²⁹ OLIVEIRA, op. cit., p. 288.

²³⁰ Passamos à exposição do licenciamento ambiental quanto aos aspectos diretamente relacionados ao objeto da presente dissertação, sem a pretensão de esgotar tema tão vasto, objeto de considerável literatura.

os impactos ambientais negativos ou potencializar os efeitos positivos, inclusive do ponto de vista sócio-econômico²³¹. Em caso de dano ambiental intolerável, poderá até mesmo ser negada a autorização estatal.

Das noções expostas, verifica-se que esse procedimento tem como fonte os princípios da precaução e da prevenção. O dano ambiental, por ser de difícil, custosa ou impossível reparação, deve ser evitado, tarefa para a qual se impõe considerar os impactos futuros dos projetos de empreendimento.

Para verificar o alcance da obrigatoriedade do licenciamento ambiental, passa-se aos conceitos de meio ambiente, degradação da qualidade ambiental e poluição, nos termos expressos pelo artigo 3º da Lei nº 6.938/81:

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.

Nos termos do *caput* do artigo 10 da Lei nº 6.938/81, exige-se o licenciamento ambiental para “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.” Deve-se considerar, ainda, que poluição, conforme o conceito acima transcrito, é a alteração adversa do meio ambiente.

Desse modo, compreende-se o alcance do licenciamento. O uso racional dos recursos ambientais implica sua alteração, mas é permitido, em não ocorrendo alteração adversa do meio ambiente. Deve-se considerar que até mesmo a obtenção do bem estar e a promoção da dignidade da pessoa humana pressupõem a realização de obras e construção de edificações. A destinação social do recurso ambiental deve ser considerada e, se for atingida de modo

²³¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 287.

sensível, a atividade será impedida. Um exemplo é a utilização de um rio para abastecimento público de água, em que os padrões para lançamento de efluentes devem ser rígidos²³².

Ressalte-se que o licenciamento é atribuição típica e indelegável do Estado, com o objetivo de evitar que as atividades humanas atinjam o equilíbrio ambiental²³³. Trata-se do exercício da polícia administrativa, mediante atos de consentimento e de fiscalização.

Essa função estatal não pode ser vista como um empecilho ao desenvolvimento econômico, já que o art. 170, inciso VI, da CRFB²³⁴, dispõe que a preservação ambiental é um dos princípios da ordem econômica. Assim, na ponderação realizada pela Carta Magna, desenvolvimento pressupõe a proteção dos recursos naturais.

Ressalte-se ainda que o direito de propriedade não é absoluto, diante da função social prevista pelo artigo 5º, XXIII, da CRFB²³⁵, que inclui a dimensão ecológica. Do mesmo modo, a liberdade de iniciativa pode ser condicionada aos interesses coletivos, tendo em vista o disposto pelo artigo 170, parágrafo único, da CRFB, segundo o qual “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Diante desses fundamentos, o artigo 2º, I, da Lei Complementar nº 140/11 conceitua o licenciamento ambiental como “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.” Trata-se de um procedimento composto por diversos atos individualizados, em que a decisão final, se consentir com o desempenho da atividade, resulta na emissão de uma licença, cujo conceito é exposto art. 1º, II, da Resolução CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente) nº 237/97:

II - Licença Ambiental: ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

²³² OLIVEIRA, op. cit., pp. 290-298.

²³³ MILARÉ, op. cit., p. 777.

²³⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:[...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. [...]

²³⁵ Art. 5º [...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.

Em correspondência ao planejamento, implantação e operação do empreendimento²³⁶, o procedimento administrativo do licenciamento abrange três fases distintas e sucessivas, com a emissão das licenças prévia, de instalação e de operação, conforme previsto pelo artigo 8º da Resolução CONAMA nº 237/97²³⁷.

Além disso, por envolver os direitos de propriedade e de liberdade de iniciativa econômica, o procedimento de licenciamento estatal deve garantir o contraditório e a ampla defesa, com participação dos interessados²³⁸. São exemplos disso as determinações de publicação do requerimento de licença (Resoluções CONAMA nº 006/1986 e 281/2001), de disponibilização à coletividade do EIA e do RIMA (artigo 11 da Resolução CONAMA nº 001/1986) e de realização de audiências públicas (artigo 3º, caput, da Resolução CONAMA nº 237/97).

Vale ainda observar que o projeto deve ser avaliado em sua totalidade. Ou seja, o empreendimento não deve ser fragmentado para submissão a diversos licenciamentos, sob pena de não se verificarem corretamente as consequências ambientais e sociais negativas que resultam da implantação e operação²³⁹.

No caso de obras ou atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente, o art. 225, § 1º, IV, da CRFB, exige o estudo de impacto ambiental, instituto que surge no Direito norte-americano²⁴⁰. No campo infraconstitucional, a Resolução CONAMA nº 001/1986 exemplifica as hipóteses em que se impõe a realização do referido estudo²⁴¹. Contudo, diante do alcance conferido pela norma constitucional, não se pode

²³⁶ BENJAMIN, op. cit., nota 128, p. 58.

²³⁷ Art. 8º O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:
I - Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;
II - 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, da qual constituem motivo determinante;
III - 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.

Parágrafo único. As licenças ambientais poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade.

²³⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 149-150.

²³⁹ MACHADO, op. cit., p. 278.

²⁴⁰ SILVA, op. cit., p. 287.

²⁴¹ Art. 2º Dependará de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental - RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e da Secretaria Especial do Meio Ambiente - SEMA em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como: [...]

imaginar uma legislação que enumere taxativamente as hipóteses de realização, que sempre será imperativa diante do significativa degradação potencial do meio ambiente.

Ressalte-se que o licenciamento é um procedimento administrativo em que ocorre a realização de estudo custeado pelo proponente do projeto²⁴². Deve ser formada uma equipe multidisciplinar habilitada, que, nos termos do artigo 1º da Resolução CONAMA nº 001/1986, possuía responsabilidade técnica pelo estudo. Com a pretensão de garantir independência à análise, não podiam participar do quadro de técnicos os empregados ou subordinados do proponente ou do órgão ambiental competente.

Diante da pressão de empreendedores privados e paraestatais, a Resolução CONAMA nº 237/97 revogou a vedação a que empregados do proponente participem do estudo de impacto ambiental. Apesar de o sistema anterior não garantir independência total dos técnicos, já que o empreendedor escolhia e remunerava a equipe, Machado qualifica a revogação da proibição como um grave retrocesso²⁴³.

De qualquer modo, havendo divergência entre os especialistas da equipe, as opiniões divergentes devem ser consignadas e constar do estudo. Para Machado, a realização do estudo de impacto ambiental constitui obrigação de relevante interesse ambiental, motivo pelo qual a omissão de opiniões, divergentes ou não, causa nulidade ao estudo e é tipificada como crime pelo artigo 68 da Lei dos Crimes Ambientais, nº 9.605/98²⁴⁴.

Por fim, o proponente do projeto é responsável pelos erros e omissões contidos no estudo de impacto ambiental, diante do princípio do poluidor-pagador, expresso pelo art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81²⁴⁵. Essa conclusão se reforça com a revogação do artigo 7º da Resolução CONAMA nº 001/1986, que imputava à equipe multidisciplinar a responsabilidade técnica pelo estudo. Porém, mesmo no período de vigência da norma revogada, o empreendedor não poderia ser exonerado de tal responsabilidade, pois o projeto e a atividade são executados por sua conta e risco, além de a contratação dos técnicos decorrer de sua escolha²⁴⁶.

²⁴² Nos termos do Decreto nº 99.274/90:

Art. 17. [...] § 2º O estudo de impacto ambiental será realizado por técnicos habilitados e constituirá o Relatório de Impacto Ambiental Rima, correndo as despesas à conta do proponente do projeto.

²⁴³ MACHADO, op. cit., p. 238.

²⁴⁴ Art. 68. Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena é de três meses a um ano, sem prejuízo da multa.

²⁴⁵ Art. 14 [...] § 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

²⁴⁶ MACHADO, op. cit., pp. 238-240.

3.3 Fases do licenciamento ambiental

Constituindo o licenciamento ambiental um procedimento administrativo, passa-se à análise das suas fases. Explicitando o conteúdo das disposições do artigo 19 do Decreto federal nº 99.274/90²⁴⁷, o artigo 8º da Resolução CONAMA nº 237/97 dispõe nos seguintes termos:

Art. 8º - O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

I - Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;

II - 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, da qual constituem motivo determinante;

III - 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.

Parágrafo único - As licenças ambientais poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade.

Como decorre da norma, há três etapas distintas no licenciamento ambiental, que dão ensejo à emissão de três distintas licenças e que correspondem a fases da implantação do empreendimento: aprovação da localização, aprovação do Projeto Executivo (permitindo a sua execução) e autorização para operação segundo as regras estabelecidas. Cada fase subordina a anterior, o que ocorre de diferentes maneiras. Se indeferida uma das licenças, o procedimento de licenciamento é encerrado, não sendo possível a emissão da autorização corresponde à fase posterior. Obtida a licença prévia, os seus requisitos e demais condicionantes deverão constar das demais licenças. Por sua vez, a licença de operação tem como principal objetivo verificar o cumprimento dos requisitos básicos, condicionantes e medidas de controle ambiental exigidas nas fases anteriores²⁴⁸.

²⁴⁷ Com a ressalva de que, não obstante a omissão do artigo 8º, inciso II, da Resolução CONAMA nº 237/97, acima transcrito, o projeto executivo é aprovado na fase da licença de instalação. Nesse sentido dispõe o artigo 19, inciso II, do Decreto nº 99.274/90, que tem hierarquia normativa superior à Resolução. Assim, esse documento, que contém os equipamentos e demais medidas de controle da poluição, é de obrigatoria apresentação. Cf. INAGÊ, op.cit., pp. 360-361.

²⁴⁸ Ibid. pp. 361-362.

Do procedimento acima, destaca-se a licença prévia, em que se examina a localização do projeto. É essa a fase em que se exigem o Estudos de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), caso a atividade seja potencialmente causadora de significativa degradação ambiental, conforme determina o artigo 225, § 1º, IV, da CRFB.

A sua elaboração é ônus do empreendedor. Enquanto o EIA é um estudo técnico realizado por uma equipe multidisciplinar contratada pelo proponente, o RIMA é o relatório que dele resulta, contendo a avaliação das consequências socioeconômicas e ambientais, tanto positivas como negativas. O RIMA deve ser expresso em termos acessíveis a todos, inclusive leigos, a fim de garantir a transparência e participação democrática a todos.

O objetivo do estudo é oferecer ao administrador um conjunto de informações idôneas, que permitam uma decisão abalizada acerca do projeto em análise. Além disso, limita a discricionariedade administrativa, impondo ao administrador a observância de deveres específicos de proteção ao meio ambiente, diante da insuficiência de prescrições normativas genéricas²⁴⁹.

Essas características e funções permitem avaliar a controvérsia a respeito do momento em que o EIA/RIMA é exigido. Para Paulo de Bessa Antunes, o EIA/RIMA deveria ser confeccionado após a licença prévia, já que esse seria o momento mais apropriado para verificar os impactos causados pela instalação e operação do empreendimento²⁵⁰.

O adiamento da realização do EIA/RIMA para a segunda fase do licenciamento permitiria a estipulação de requisitos de instalação e operação com base em dados mais completos. Todavia, isso comprometeria a atividade administrativa de decidir sobre a viabilidade e localização da obra ou atividade, conforme o art. 8º, inciso I, da Resolução 237/97²⁵¹.

Além disso, o artigo 225, § 1º, da CRFB dispõe que compete ao Estado “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”. Não há sentido, diante da norma constitucional, em licenciar antes de avaliar as condições da atividade e da localização, já que a norma constitucional é claramente inspirada

²⁴⁹ Cf. BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa. *BDJur*, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8746>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

²⁵⁰ ANTUNES, op. cit., pp. 142-148.

²⁵¹ ERTHAL, Thiago Serpa. *Revisibilidade das licenças ambientais*. 2014. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 66.

na necessidade de planejamento e de discussão democrática. Ressalte-se ainda que o licenciamento possui caráter preventivo de danos ambientais.

Por isso, Ana Marchesan, Annelise Steigleder e Sílvia Cappelli defendem que o EIA/RIMA deve ser realizado ainda antes da expedição da licença prévia²⁵², tendo em vista as características do estudo, nos termos dos arts. 5º e 6º da Resolução 01/86 do CONAMA. Sendo objeto do estudo as alternativas à localização proposta e a “opção zero” (estudo das consequências caso o projeto não seja implementado), seria inócuo analisá-las se já houvesse sido aprovada a viabilidade ambiental do empreendimento e sua localização.

Com base em ideias semelhantes, Paulo Affonso Leme Machado entende ser nula a licença prévia concedida antes da elaboração do EIA/RIMA²⁵³.

No âmbito federal, o art. 17, § 2º, da Instrução Normativa nº 184/2008, do IBAMA, dispõe que a licença prévia somente poderá ser requerida depois dos devidos estudos ambientais, conceito no qual se inclui o EIA²⁵⁴.

Instruído o processo administrativo com o EIA/RIMA e os esclarecimentos eventualmente exigidos, e requerida a licença prévia, publica-se edital comunicando a disponibilização do RIMA nos locais indicados. Tal publicação deflagra um prazo de 45 dias para que seja requerida a realização de audiência pública, nos termos da Resolução 09/1987 do CONAMA²⁵⁵.

A audiência tem dupla função: tornar públicas as informações e o processo decisório, além de permitir a participação democrática. Por isso, a decisão administrativa não deve ser pré-concebida, impondo-se a consideração dos argumentos apresentados, e não apenas a realização da audiência como um mero procedimento formal.

Proferida a decisão, o indeferimento definitivo encerra o processo de licenciamento.

Por outro lado, se concedida a licença prévia, aprovam-se a viabilidade ambiental do empreendimento e sua localização e eventualmente são fixadas condicionantes a serem observadas nas etapas posteriores.

²⁵² MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; e CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 119.

²⁵³ MACHADO, op. cit., p. 257.

²⁵⁴ Art. 17. O empreendedor providenciará o envio do Estudo Ambiental ao Ibama. [...] § 2º. O requerimento da Licença Prévia - LP, deverá ser gerado pelo empreendedor utilizando o Serviços *on line* - Serviços - Licenciamento Ambiental Federal, após a entrega do estudo ambiental.

²⁵⁵ Conforme dispõe a Resolução 09/1987 do CONAMA, nas hipóteses de competência federal, a audiência pública pode ser realizada de ofício ou mediante requerimento de entidade civil, do Ministério Público ou de pelo menos 50 cidadãos.

Na fase seguinte, de instalação do empreendimento, examina-se a execução do projeto. Seu cabimento já foi deferido na primeira fase, conforme diretrizes gerais que constam do EIA/RIMA, restando apenas o detalhamento respectivo. Observados os requisitos e condicionantes que constam da licença prévia, há direito subjetivo à emissão da licença de instalação²⁵⁶.

Na terceira fase, diante da observância dos requisitos e condicionantes da licença de instalação, emite-se a licença de operação, que encerra o procedimento administrativo de licenciamento ambiental. Fica ressalvada a fiscalização dos requisitos e condicionantes impostos e a eventual alteração ou desconstituição da licença, caso presente algum motivo para revisão.

Por fim, ressalte-se a possibilidade de concentração das fases do licenciamento ambiental. Por exemplo, nos empreendimentos de impacto pouco significativo e quando não couber análise da localização, a IN 184 do IBAMA permite a supressão da fase de Licença Prévia, remetendo-se a análise da viabilidade ambiental do empreendimento para fase da licença de instalação²⁵⁷.

3.4 Natureza jurídica da licença ambiental

Importante discussão é a relativa à natureza jurídica da licença ambiental, que é um ato de consentimento estatal que fixa condições, restrições e medidas de controle ambiental. A controvérsia gira em torno do caráter vinculado ou discricionário do ato.

De início, não é suficiente recorrer aos termos empregados pela legislação ambiental para denominar essa espécie de ato administrativo, até porque nem sempre a menção corresponde ao sentido técnico do vocábulo²⁵⁸. Nas primeiras legislações brasileiras sobre o licenciamento ambiental, o Decreto-lei fluminense nº 134/1975 e a Lei paulista nº 997/1976, foi utilizada a autorização, enquanto a Lei federal nº 6.938/81 previu o licenciamento ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente.

²⁵⁶ OLIVEIRA, op. cit., p. 361.

²⁵⁷ Art. 38 Em empreendimentos de impacto pouco significativo e quando não couber análise locacional, o Ibama suprimirá a fase de Licença Prévia.

²⁵⁸ SILVA, op. cit., p. 278.

Cabe ressaltar que o Direito Ambiental possui diversos pontos de aproximação com o Direito Administrativo, mas o diálogo entre ambos demanda a compatibilização dos institutos deste às peculiaridades da matéria ambiental. Não é possível, por exemplo, invocar a presunção de legalidade dos atos administrativos para imaginar válido e eficaz um ato de consentimento estatal ambiental enquanto não demonstrada sua ilegalidade, tendo em vista o princípio da precaução²⁵⁹.

Destacam-se cinco visões a respeito da natureza jurídica do licenciamento ambiental. O primeiro entendimento, defendido, por exemplo, por Rodrigo Bernardes Braga²⁶⁰ e Antônio Inagê de Assis Oliveira²⁶¹, é o de que a licença ambiental é uma licença administrativa, ou seja, ato administrativo vinculado e definitivo através do qual o Estado constata o preenchimento dos requisitos legais para o exercício de determinada atividade. A licença ambiental teria esses contornos básicos, não obstante as peculiaridades da matéria.

Nessa perspectiva Antonio Inagê de Assis Oliveira entende que “todos têm o direito de instalar e operar um empreendimento, desde que atendidos os pressupostos legais e os princípios da Política Nacional do Meio Ambiente”²⁶², já que a Constituição da República reconhece o direito de propriedade e a liberdade econômica, conforme artigos 5º, XXII e XXIII, e 170, II, III, VI e parágrafo único. Nas palavras do autor²⁶³:

A outorga da licença ambiental guarda nítida semelhança com a da licença de construir. Em ambos os casos o particular tem o direito, desde que satisfeitas as condicionantes legais, a obter a respectiva licença; assim como, apenas após a expedição da licença, adquire o direito (antes mera perspectiva) de efetivamente instalar ou exercer determinada atividade, segundo as normas vigentes ao tempo da outorga. Na verdade, a licença ambiental, acreditamos, não é um ato administrativo constitutivo. Apenas em sua existência é que efetivamente constitui-se em marco de aquisição de um direito. Somente a regular emissão da licença ambiental é que supera a proibição de construção, instalação, ampliação e funcionamento de atividades potencialmente poluidoras, decorrente do artigo 10 da Lei nº 6.938/81. Seria ato constitutivo apenas no sentido de que firma o direito subjetivo de seu titular de, se cumpridas suas exigências e condicionantes, exercer a atividade licenciada e, se for o caso, de passar à fase seguinte do processo de licenciamento.

Entendimento diverso é no sentido de que o ato de licenciamento ambiental é uma autorização, que é um ato administrativo discricionário e precário editado sob critério de conveniência e oportunidade estatal, não havendo direito adquirido à sua obtenção. Em defesa desse entendimento, argumenta-se que o ato deve ser sempre renovado, é temporário, está

²⁵⁹ ANTUNES, op. cit., p. 139.

²⁶⁰ BRAGA, Rodrigo Bernardes. Considerações sobre o direito adquirido em matéria ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 35, p. 83, jul. 2004, p. 5.

²⁶¹ OLIVEIRA, op. cit., pp. 308-9.

²⁶² Ibid. p. 313.

²⁶³ Ibid. p. 317.

sujeito à revisão e, portanto, é precário. Destacam-se na defesa dessa corrente Curt e Terence Trennepohl²⁶⁴ e Paulo Affonso Leme Machado²⁶⁵.

Édis Milaré entende parcialmente presentes as características da autorização, pois, diante da dificuldade ou até mesmo impossibilidade de a lei formular exigências específicas para cada espécie de atividade ou empreendimento, a autoridade administrativa faria uso da discricionariedade técnica para o preenchimento das lacunas. Além disso, a ponderação entre os ônus e vantagens sociais se afastaria de considerações exclusivamente técnicas, levando a um juízo acerca da conveniência do empreendimento²⁶⁶.

Já Leme Machado considera que a atuação estatal no campo ambiental, imposta pela Constituição da República, tem função eminentemente preventiva, para a qual seria mais apropriada a autorização²⁶⁷.

Em reconhecimento a características das autorizações, deve-se ressaltar que o ato de consentimento ambiental não é definitivo, tendo validade transitória e exigindo de renovação. Nesse sentido é a previsão dos prazos máximos de duração das licenças ambientais, bem como da necessidade de renovações, pelo art. 18 da Resolução CONAMA nº 237/97:

Art. 18. O órgão ambiental competente estabelecerá os prazos de validade de cada tipo de licença, especificando-os no respectivo documento, levando em consideração os seguintes aspectos:

I - O prazo de validade da Licença Prévia (LP) deverá ser, no mínimo, o estabelecido pelo cronograma de elaboração dos planos, programas e projetos relativos ao empreendimento ou atividade, não podendo ser superior a 5 (cinco) anos.

II - O prazo de validade da Licença de Instalação (LI) deverá ser, no mínimo, o estabelecido pelo cronograma de instalação do empreendimento ou atividade, não podendo ser superior a 6 (seis) anos.

III - O prazo de validade da Licença de Operação (LO) deverá considerar os planos de controle ambiental e será de, no mínimo, 4 (quatro) anos e, no máximo, 10 (dez) anos.

§ 1º A Licença Prévia (LP) e a Licença de Instalação (LI) poderão ter os prazos de validade prorrogados, desde que não ultrapassem os prazos máximos estabelecidos nos incisos I e II.

§ 2º O órgão ambiental competente poderá estabelecer prazos de validade específicos para a Licença de Operação (LO) de empreendimentos ou atividades que, por sua natureza e peculiaridades, estejam sujeitos a encerramento ou modificação em prazos inferiores.

§ 3º Na renovação da Licença de Operação (LO) de uma atividade ou empreendimento, o órgão ambiental competente poderá, mediante decisão motivada, aumentar ou diminuir o seu prazo de validade, após avaliação do desempenho

²⁶⁴ TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence. *Licenciamento ambiental*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2013, p. 35.

²⁶⁵ MACHADO, op. cit., pp. 266-267.

²⁶⁶ MILARÉ, op. cit., p. 782.

²⁶⁷ MACHADO, op. cit., p. 266.

ambiental da atividade ou empreendimento no período de vigência anterior, respeitados os limites estabelecidos no inciso III.

§ 4º A renovação da Licença de Operação (LO) de uma atividade ou empreendimento deverá ser requerida com antecedência mínima de 120 (cento e vinte) dias da expiração de seu prazo de validade, fixado na respectiva licença, ficando este automaticamente prorrogado até a manifestação definitiva do órgão ambiental competente.

Caso adotada a natureza jurídica de autorização, não se reconheceria um direito prévio a empreender. Além disso, diante da maior revisibilidade, poderiam ser observadas as alterações ecológicas verificadas no desempenho da atividade e impostas novas exigências, diante da descoberta científica de novos riscos à saúde e ao equilíbrio ecológico.

A terceira corrente, de José Afonso da Silva²⁶⁸, defende que, a depender do conteúdo do ato, terá sido editado uma licença ou uma autorização. A licença se aplicaria para as hipóteses de um direito subjetivo preexistente ao exercício da atividade, enquanto a autorização consistiria na remoção de uma proibição geral, o que é feito pelo Estado por conveniência ou liberalidade.

Deve-se referir, ainda, a concepção que vê na licença ambiental características próprias, que se diferenciam das licenças e autorizações do Direito Administrativo, defendida, dentre outros, por Édís Milaré²⁶⁹ e Talden Farias²⁷⁰.

Para Paulo de Bessa Antunes, não é possível conferir à licença ambiental o mesmo regime jurídico da licença administrativa, a qual, uma vez deferida, passa a integrar o patrimônio jurídico do beneficiado como direito adquirido, só podendo ser cancelada em razão de violação às normas jurídicas. Também seria incabível o regime da autorização, tendo em vista os expressivos investimentos exigidos para os empreendimentos econômicos. Além disso, os prazos fixos e determinados, constantes das licenças ambientais, teriam por objetivo permitir a adaptação das exigências ambientais aos novos parâmetros decorrentes da evolução tecnológica²⁷¹.

Expressando essa realidade, o art. 4º do Decreto-lei nº 1.413, de 1975, prevê a possibilidade de o Estado determinar a uma indústria polente que altere sua localização e passe a utilizar equipamentos de proteção ao meio ambiente, ainda que tais obrigações inovem em relação ao ato original de licenciamento. Nos termos da legislação mencionada:

Art. 4º Nas áreas críticas, será adotado esquema de zoneamento urbano, objetivando, inclusive, para as situações existentes, viabilizar alternativa adequada de nova

²⁶⁸ SILVA, op. cit., pp. 278-282.

²⁶⁹ MILARÉ, op. cit., pp. 782-5.

²⁷⁰ FARIAS, op. cit., pp. 158-69.

²⁷¹ ANTUNES, op. cit., pp. 139-140.

localização, nos casos mais graves, assim como, em geral, estabelecer prazos razoáveis para a instalação dos equipamentos de controle da poluição.

Comentando a norma, que entende recepcionada pela Constituição de 1988, Antunes observa que essa adaptação do empreendimento a novas exigências ambientais se deve ao caráter dinâmico da ordem pública ambiental, que se sobrepõe aos prazos fixados nas licenças, que, por sua vez, são temporárias²⁷².

Adotamos a quinta concepção a respeito do tema, de Andreas Joachim Krell. O autor parte da ideia de que os conceitos clássicos de licença e autorização, tal como concebidos no Direito Administrativo, restringem a flexibilidade das normas ambientais e as possibilidades de controle judicial. Tendo como referencial a análise das fases do licenciamento ambiental, o autor atribui à licença prévia a natureza de licença, já que as leis tendem a definir os requisitos de sua concessão com maior densidade conceitual, enquanto as licenças de instalação e operação, por envolverem maior discricionariedade técnica do órgão ambiental, caracterizam-se como autorizações²⁷³.

3.5 Competência

Para uma análise da competência para o licenciamento ambiental, faz-se necessário ressaltar o princípio da cooperação, já que as questões ambientais impõem a articulação solidária de agentes públicos e privados, em todos os âmbitos, incluindo as esferas local, regional, nacional, comunitária e internacional²⁷⁴. No plano internacional, essa ideia é expressa, por exemplo, pelo princípio nº 7 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992²⁷⁵.

²⁷² ANTUNES, op. cit., p. 140.

²⁷³ KRELL, Andreas Joachim. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 168.

²⁷⁴ SARLET; FENSTERSEIFER, op. cit., p. 193.

²⁷⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <<http://pactoglobalcreapr.files.wordpress.com/2010/10/declaracao-do-rio-sobre-meio-ambiente.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2014: “Os Estados deverão cooperar com o espírito de solidariedade mundial para conservar, proteger e restabelecer a saúde e a integridade do ecossistema da Terra. Tendo em vista que tenham contribuído notadamente para a degradação do ambiente mundial, os Estados têm responsabilidades comuns, mas diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que lhes cabe na busca internacional do desenvolvimento sustentável, em vista das pressões que suas sociedades exercem sobre o meio ambiente mundial e das tecnologias e dos recursos financeiros de que dispõem”.

No Direito brasileiro, a atribuição para o licenciamento ambiental insere-se na competência administrativa comum, prevista pelo artigo 23, III, VI e VII, da CRFB²⁷⁶.

Inicialmente, a Lei nº 6.938/81, que sistematizou o licenciamento ambiental no plano nacional, conferiu a competência aos Estados. Após a promulgação da Constituição, seguiu-se a edição da Lei federal nº 7.804/1989, a qual permitiu a atuação supletiva do órgão federal. Em 1997, a Resolução nº 237, do CONAMA, foi editada, tornando-se a grande referência do tema.

A mencionada resolução adotou três critérios para a divisão de competências entre os entes federados, a saber, extensão do dano, localização e critério material. Como regra geral, prevalecia a extensão do dano. Assim, competia ao Ibama licenciar atividades com impacto sobre mais de um Estado-membro ou que superasse as fronteiras do país. Para os casos de impacto que ultrapassasse um município mas se limitasse a um estado, competente o órgão ambiental estadual. Sendo, porém, o impacto limitado a um município, a ele caberia exercer o licenciamento.

O artigo 6º da Resolução²⁷⁷ previa como hipótese de competência municipal pelo critério da extensão do dano os casos em que o impacto é local. Além disso, mesmo nos casos em que o impacto direto não fosse limitado aos limites territoriais municipais, o município seria competente se recebesse delegação dos estados, assim como o art. 5º, inciso IV permitia ao Estado-membro receber delegação de competência originária federal²⁷⁸.

Contudo, havia a interpretação de que os requisitos eram cumulativos. Assim, a competência municipal seria aplicável para hipóteses de dano local em que houvesse delegação dos Estados mediante convênio. Em defesa dessa concepção restritiva, argumentava-se que o artigo 10 da Lei nº 6.938/81 referia-se apenas aos órgãos federal e estadual, extrapolando a Resolução 237/97 os limites do poder regulamentar. Por outro lado, o

²⁷⁶ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:(...)
III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (...)
VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
VII - preservar as florestas, a fauna e a flora.

²⁷⁷ Art. 6º. Compete ao órgão ambiental municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio.

²⁷⁸ A possibilidade de delegação da competência foi mantida pela Lei Complementar nº 140/11, mas foi questionada na ADI 4.757 (pendente de julgamento), sob o argumento de que as competências constitucionalmente fixadas são irrenunciáveis e intransferíveis.

art. 23, inciso VI, da CRFB, era utilizado pelos defensores de uma competência municipal menos restrita²⁷⁹.

Ainda na Resolução 237/97, o critério da localização era previsto, em determinados casos, substituindo a extensão do impacto. Por exemplo, o art. 4º, I, da Resolução 237/1997, conferiu ao IBAMA a competência para licenciar atividades “localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades de conservação do domínio da União”. Quanto aos Estados, o artigo 5º previa a competência estadual para licenciar os empreendimentos localizados em mais de um Município, desde que dentro do território estadual, em unidades de conservação de domínio estadual e nas florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente.

Por fim, o critério material, também excepcional em relação à regra geral da extensão do dano, aplicava-se a atividades cujas peculiaridades demandavam regramento específico. Por exemplo, competia ao IBAMA licenciar atividades ligadas a material radioativo, energia nuclear e bases militares.

Mesmo diante do maior detalhamento da Resolução CONAMA nº 237/97, diversos foram os conflitos federativos a respeito do licenciamento ambiental, acarretando insegurança jurídica. Diante da exortação do constituinte para a edição de leis sobre a cooperação entre os entes políticos, nos termos do parágrafo único do art. 23²⁸⁰, foi editada a Lei Complementar nº 140, de 2011.

Os artigos 7º a 9º da Lei Complementar dispõem sobre a competência, prevendo os critérios material e de localização, deixando de adotar a extensão do dano como regra geral. Não obstante, os órgãos e entidades ambientais persistem adotando o critério da extensão do impacto ambiental²⁸¹. Como exemplo, no âmbito federal, mencione-se a Orientação Jurídica Normativa (OJN) 15/2010²⁸², editada pela Procuradoria-Geral Federal.

Interpretando-se a evolução legislativa no tema, pode-se dizer que compete à União licenciar empreendimentos situados nos locais elencados no art. 7º, inciso XIV, da LCp

²⁷⁹ ERTHAL, op. cit., pp. 58-59.

²⁸⁰ Art. 23 [...] Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

²⁸¹ No mesmo sentido, defendendo a aplicação da Resolução 237/97 do CONAMA até ulterior regulamentação da LCp 140/11, cf. WALCACER, Fernando Cavalcanti et al. Notas sobre a LC 140/2011. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 70, p. 39, abr. 2013, pp. 7-9.

²⁸² Disponível em <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=96663&id_site=1514>. Acesso em: 10 dez. 2014.

140/2011²⁸³, bem como atividades que constem da mesma lista. Não incidindo tais hipóteses, a competência é estadual, ressalvados os casos de impacto local, se o Conselho Estadual do Meio Ambiente (CONEMA) houver definido parâmetros para a ação municipal. Com a LCp 140/2011, não mais se aplica o critério da extensão do dano, exceto se vier a ser disciplinado por ato do poder executivo a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional²⁸⁴.

Ressalte-se ainda que a LCp 140/2011, além de prever as hipóteses de competência originária, manteve as competências subsidiária e supletiva, previstas pela Resolução CONAMA 237/1997.

No caso da atuação supletiva, prevista pelos artigos 2º, inciso II, 14, § 3º e 15²⁸⁵, um ente da Federação se substitui àquele originariamente detentor das atribuições, nas hipóteses definidas pela Lei Complementar: (1) inexistência de órgão ambiental capacitado ou de conselho de meio ambiente no Estado ou Município; ou (2) se houver omissão na análise do pedido formulado pelo interessado dentro do prazo fixado para tanto. Diante dessas hipóteses,

²⁸³ Art. 7º [...] XIV - promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades:

- a) localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país limítrofe;
- b) localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva;
- c) localizados ou desenvolvidos em terras indígenas;
- d) localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);
- e) localizados ou desenvolvidos em 2 (dois) ou mais Estados;
- f) de caráter militar, excetuando-se do licenciamento ambiental, nos termos de ato do Poder Executivo, aqueles previstos no preparo e emprego das Forças Armadas, conforme disposto na Lei Complementar no 97, de 9 de junho de 1999;
- g) destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen); ou
- h) que atendam tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento.

²⁸⁴ ERTHAL, op. cit., pp. 62-63.

²⁸⁵ Art. 2º Para os fins desta Lei Complementar, consideram-se: [...]

II - atuação supletiva: ação do ente da Federação que se substitui ao ente federativo originariamente detentor das atribuições, nas hipóteses definidas nesta Lei Complementar. [...]

Art. 14. Os órgãos licenciadores devem observar os prazos estabelecidos para tramitação dos processos de licenciamento. [...]

§ 3º O decurso dos prazos de licenciamento, sem a emissão da licença ambiental, não implica emissão tácita nem autoriza a prática de ato que dela dependa ou decorra, mas instaura a competência supletiva referida no art. 15. [...]

Art. 15. Os entes federativos devem atuar em caráter supletivo nas ações administrativas de licenciamento e na autorização ambiental, nas seguintes hipóteses:

- I - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado ou no Distrito Federal, a União deve desempenhar as ações administrativas estaduais ou distritais até a sua criação;
- II - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Município, o Estado deve desempenhar as ações administrativas municipais até a sua criação; e
- III - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado e no Município, a União deve desempenhar as ações administrativas até a sua criação em um daqueles entes federativos.

o órgão federal atua substituindo o estadual ou o Estado atua nos casos de competência originária municipal.

Já a atuação subsidiária, conforme disposto nos artigos 2º, inciso III, e 16, da Lei Complementar ²⁸⁶, decorre de pedido de auxílio formulado pelo ente federativo originariamente detentor das atribuições definidas na LCp 140/2011 e pode ser dar por meio de apoio técnico, científico, administrativo ou financeiro, sem prejuízo de outras formas de cooperação.

Fixada a distribuição de competência entre os entes federativos, cabe ressaltar que, no âmbito de cada ente federativo, o licenciamento é realizado por órgãos da administração direta, autarquias ou fundações públicas de Direito Público, sendo exemplo o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), que atua no plano federal.

Como exceção, mencione-se a Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (CETESB), que é uma sociedade de economia mista, como afirmado pelo artigo 1º do respectivo estatuto ²⁸⁷. Embora o controle societário seja público, uma sociedade dessa natureza tem intuito lucrativo e se rege pela lógica de mercado. Além disso, o STF já afirmou ser inviável o exercício do poder de polícia por pessoas jurídicas de Direito Privado ²⁸⁸. Portanto, é mais consentâneo com as características do licenciamento ambiental o seu exercício pela própria pessoa política ou, caso opte por descentralizar a atividade, se faça mediante a criação de uma pessoa jurídica de Direito Público ²⁸⁹.

²⁸⁶ Art. 2º Para os fins desta Lei Complementar, consideram-se: [...]

III - atuação subsidiária: ação do ente da Federação que visa a auxiliar no desempenho das atribuições decorrentes das competências comuns, quando solicitado pelo ente federativo originariamente detentor das atribuições definidas nesta Lei Complementar.

Art. 16. A ação administrativa subsidiária dos entes federativos dar-se-á por meio de apoio técnico, científico, administrativo ou financeiro, sem prejuízo de outras formas de cooperação.

Parágrafo único. A ação subsidiária deve ser solicitada pelo ente originariamente detentor da atribuição nos termos desta Lei Complementar.

²⁸⁷ Disponível em: < www.cetesb.sp.gov.br/userfiles/file/institucional/estatuto-social.pdf >. Acesso em: 30 mai. 2015.

²⁸⁸ Cf. STF, Tribunal Pleno, ADI 1717, Relator Min. Sidney Sanches, DJ 28/03/2003.

²⁸⁹ ERTHAL, op. cit., pp. 52-53.

3.6 A função administrativa de licenciamento ambiental e a separação de poderes

A identificação das distintas funções a cargo do poder soberano remonta a Aristóteles, que se refere à criação de normas gerais a serem observadas por todos, à aplicação dessas normas ao caso concreto (administração) e à solução dos conflitos gerados pela execução das normas gerais aos casos concretos (função jurisdicional)²⁹⁰.

A separação do exercício dessas funções é “o resultado empírico da evolução constitucional inglesa, qual a consagrou o *Bill of Rights* de 1689”²⁹¹. Essa teoria foi sistematizada por Locke²⁹², assumindo grande destaque a partir dos escritos de Montesquieu, que desenvolveu a teoria de que as três funções deveriam ser exercidas por órgãos distintos e independentes entre si²⁹³.

A atribuição das distintas funções estatais a atores diversos remonta às ideias e aos movimentos políticos das origens do Estado Liberal, como a Revolução Francesa de 1789 e as manifestações inglesas que levaram ao *Bill of Rights* de 1689. Pressupõe-se que a separação das funções e sua atribuição a diferentes agentes políticos seja um meio de conter o exercício do poder, evitando abusos e garantindo a liberdade individual. Essa finalidade é obtida tanto pela imposição de “colaboração e consenso” dos agentes políticos, quanto por “mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes estatais”²⁹⁴, o sistema de freios e contrapesos.

No Brasil, a Constituição de 1824 expressou quatro funções estatais, a saber, a executiva, a legislativa, a judicial e a moderadora. O imperador era considerado inviolável, sagrado e não submetido a qualquer forma de responsabilidade. Além disso, exercia a chefia do Poder Executivo e o poder moderador. Após a Proclamação da República, a Constituição de 1891 suprimiu o poder moderador e conferiu feição tripartite à separação de poderes. Por fim, a Constituição de 1934 dispunha que os poderes deveriam atuar coordenados, sem

²⁹⁰ Cf. ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultura, 1999.

²⁹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 135.

²⁹² Cf. LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 2001.

²⁹³ Cf. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondant, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachcô. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

²⁹⁴ DIMOULIS, Dimitri. Significado e atualidade da separação de poderes. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). *Constitucionalismo*. Os desafios no terceiro milênio. Belo Horizonte: Forum, 2008, pp. 145-146.

utilizar a tradicional referência à harmonia. Na tradição constitucional brasileira, a única constituição que não previu expressamente a separação de poderes foi a de 1937.

A separação de poderes não possui “uma fórmula universal apriorística e completa”²⁹⁵, já que a configuração do instituto observa as peculiaridades políticas, históricas e culturais de cada povo, mas mantém um núcleo básico. A Constituição de 1988 adotou-a, atribuindo aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário o exercício das funções típicas de administrar, legislar e julgar, num sistema de frios e contrapesos, em que cada Poder controla os demais.

Além disso, a Constituição também prevê expressamente o exercício atípico das referidas funções. Assim, se compete ao Poder Executivo administrar, essa atividade também compete aos demais Poderes, nos limites fixados pela Carta Maior: aos Poderes Legislativo e Judiciário cabe realizar os atos relativos à administração de seus servidores.

Nesse quadro, um Poder não pode usurpar as funções de outro. No caso das funções administrativas cuja competência seja exclusiva do Poder Executivo (ressalvado o exercício atípico por outros Poderes), cabe a ele exercê-las.

A invasão por outro Poder atenta contra a reserva de Administração, que é o conjunto de normas constitucionais que viabilizam que o Poder Executivo e a Administração Pública exerçam a função administrativa, protegendo seu núcleo essencial. Nas palavras de Arícia Fernandes Correia, trata-se de “um espaço autônomo – e, por isso, insubordinado – de exercício da função administrativa, normativa e concretizadora da tutela dos direitos fundamentais”²⁹⁶, que se divide em 2 espécies: a reserva de regulamento²⁹⁷, relacionada à função normativa de competência do Poder Executivo, e a reserva de administração em sentido estrito.

A segunda espécie tem por objetivo garantir “o exercício da função administrativa em seu conteúdo essencial e concreto”, incluindo atos e procedimentos administrativos, sem usurpação pela jurisdição ou pelo legislador, protegendo de ingerências o mérito

²⁹⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 98. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em 7 de agosto de 1997. Publicação do Acórdão: 31/10/1997 DJ pp. 55.539.

²⁹⁶ CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva de administração e separação de poderes. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 584-585.

²⁹⁷ Sobre o tema, cf. CYRINO, André Rodrigues. O Regulamento Autônomo e a EC nº 32/01: uma Reserva de Administração. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 3, n. 33, nov. 2003. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=4191>>. Acesso em: 2 jun. 2015.

administrativo. Essa prerrogativa assiste ao Poder Executivo, mas também aos outros Poderes, quando atipicamente exercem a função administrativa²⁹⁸.

Em relação à função legislativa, a reserva de administração impede que o parlamentar “a pretexto de legislar”, administre, o que ocorreria se o legislador incorresse em um campo próprio à execução, efetivando a lei²⁹⁹.

Ou seja, o legislador não pode executar a lei, editando abusivamente leis de efeito concreto ou leis que regulem um tema sem deixar qualquer espaço para a função administrativa, nos casos em que se faça necessária alguma liberdade de ação. É certo que a fixação desses limites é extremamente complexa, competindo ao Poder Judiciário apreciar tais questões, notadamente através do controle de constitucionalidade, mas se reconhece esse limite em favor da função administrativa³⁰⁰.

Dentre outras consequências da reserva de administração, pode-se mencionar as restrições ao controle judicial do mérito dos atos discricionários. Também não é possível ao Poder Legislativo revisar atos administrativos praticados pelo Poder Executivo no exercício da função administrativa, como condicionar a celebração de um contrato ou convênio à sua ratificação. Essa impossibilidade foi reconhecido pelo STF na ADI nº 342³⁰¹.

Ressalte-se ainda que a reserva de administração foi reconhecida expressamente pelo STF na ADI nº 3.343, em relação à prestação de serviços públicos³⁰², e no julgamento da

²⁹⁸ CORREIA, op. cit., p. 596.

²⁹⁹ Ibid. p. 597.

³⁰⁰ MACERA, Paulo Henrique. Reserva de administração: delimitação conceitual e aplicabilidade no direito brasileiro. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 1, n. 2, 2014, p. 344.

³⁰¹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 342. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sydney Sanches. Julgamento em 6 de fevereiro de 2003. Publicação do Acórdão: 11/04/2003 DJ p. 25: “EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. CONVÊNIOS: AUTORIZAÇÃO OU RATIFICAÇÃO POR ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO XXI DO ART. 54 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ, QUE DIZ: “Compete, privativamente, à Assembléia legislativa: XXI - autorizar convênios a serem celebrados pelo Governo do Estado, com entidades de direito público ou privado e ratificar os que, por motivo de urgência e de relevante interesse público, forem efetivados sem essa autorização, desde que encaminhados à Assembléia Legislativa, nos noventa dias subseqüentes à sua celebração”. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a regra que subordina a celebração de acordos ou convênios firmados por órgãos do Poder Executivo à autorização prévia ou ratificação da Assembléia Legislativa, fere o princípio da independência e harmonia dos poderes (art. 2º, da C.F.). Precedentes. 2. Ação Direta julgada procedente para a declaração de inconstitucionalidade do inciso XXI do art. 54 da Constituição do Estado do Paraná”.

³⁰² Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.343. Tribunal Pleno. Redator para o Acórdão: Ministro Luiz Fux. Julgamento em 01 de setembro de 2011. Publicação do Acórdão: 22/11/2011 DJe-221: “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 3.449/04 DO DISTRITO FEDERAL. PROIBIÇÃO DE COBRANÇA DE ASSINATURA BÁSICA NOS SERVIÇOS DE ÁGUA, LUZ, GÁS, TV A CABO E TELEFONIA. INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR E PRESTAR OS SERVIÇOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICAÇÕES E ENERGIA ELÉTRICA (CF, ART. 21, XI E XII, ‘b’, E 22, IV). FIXAÇÃO DA POLÍTICA TARIFÁRIA

medida cautelar na ADI nº 2.364, a respeito da iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo para projetos de lei que versem sobre o regime jurídico dos servidores públicos desse Poder³⁰³.

No ordenamento jurídico brasileiro, o licenciamento ambiental é um procedimento complexo, com participação da Administração Pública, do empreendedor e da população, por meio da audiência pública. É uma atividade própria à função administrativa, de competência do Poder Executivo, não sendo possível, segundo entende o STF, condicionar o licenciamento à autorização legislativa ou até mesmo submeter o Relatório de Impacto Ambiental - RIMA – à prévia apreciação pelo Poder Legislativo. Nos termos das ementas a seguir transcritas³⁰⁴⁻³⁰⁵:

COMO PRERROGATIVA INERENTE À TITULARIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO (CF, ART. 175, PARÁGRAFO ÚNICO, III). AFASTAMENTO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO ESTADO-MEMBRO PARA LEGISLAR SOBRE CONSUMO (CF, ART. 24, V E VII). USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS CUJO REGIME GUARDA DISTINÇÃO COM A FIGURA DO CONSUMIDOR (CF, ART. 175, PARÁGRAFO ÚNICO, II). PRECEDENTES. SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E GÁS. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO (CF, ART. 2º). PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. [...] 4. Ofende a denominada reserva de administração, decorrência do conteúdo nuclear do princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), a proibição de cobrança de tarifa de assinatura básica no que concerne aos serviços de água e gás, em grande medida submetidos também à incidência de leis federais (CF, art. 22, IV), mormente quando constante de ato normativo emanado do Poder Legislativo fruto de iniciativa parlamentar, porquanto supressora da margem de apreciação do Chefe do Poder Executivo Distrital na condução da Administração Pública, no que se inclui a formulação da política pública remuneratória do serviço público. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente”.

³⁰³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.364. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 1 de agosto de 2001. Publicação do Acórdão: 14/12/2001 DJ p. 23: “E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ESTADUAL, DE INICIATIVA PARLAMENTAR, QUE INTERVÉM NO REGIME JURÍDICO DE SERVIDORES PÚBLICOS VINCULADOS AO PODER EXECUTIVO - USURPAÇÃO DO PODER DE INICIATIVA RESERVADO AO GOVERNADOR DO ESTADO - INCONSTITUCIONALIDADE - CONTEÚDO MATERIAL DO DIPLOMA LEGISLATIVO IMPUGNADO (LEI Nº 6.161/2000, ART. 70) QUE TORNA SEM EFEITO ATOS ADMINISTRATIVOS EDITADOS PELO GOVERNADOR DO ESTADO - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA, COM EFICÁCIA EX TUNC. PROCESSO LEGISLATIVO E INICIATIVA RESERVADA DAS LEIS. - O desrespeito à cláusula de iniciativa reservada das leis, em qualquer das hipóteses taxativamente previstas no texto da Carta Política, traduz situação configuradora de inconstitucionalidade formal, insuscetível de produzir qualquer consequência válida de ordem jurídica. A usurpação da prerrogativa de iniciar o processo legislativo qualifica-se como ato destituído de qualquer eficácia jurídica, contaminando, por efeito de repercussão causal prospectiva, a própria validade constitucional da lei que dele resulte. Precedentes. Doutrina. [...] RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO E SEPARAÇÃO DE PODERES. - O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. Precedentes. Não cabe, desse modo, ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo, no estricto desempenho de suas privativas atribuições institucionais. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgride o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação ultra vires do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais”.

³⁰⁴ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.252. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 6 de abril de 2005. Publicação do Acórdão: 24/10/2008 DJe-202.

EMENTA: Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei nº 1.315/2004, do Estado de Rondônia, que exige autorização prévia da Assembléia Legislativa para o licenciamento de atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetivas e potencialmente poluidoras, bem como capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental. 3. Condicionar a aprovação de licenciamento ambiental à prévia autorização da Assembléia Legislativa implica indevida interferência do Poder Legislativo na atuação do Poder Executivo, não autorizada pelo art. 2º da Constituição. Precedente: ADI nº 1.505. 4. Compete à União legislar sobre normas gerais em matéria de licenciamento ambiental (art. 24, VI, da Constituição. 5. Medida cautelar deferida.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 187 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL. APROVAÇÃO PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. VÍCIO MATERIAL. AFRONTA AOS ARTIGOS 58, § 2º, E 225, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. É inconstitucional preceito da Constituição do Estado do Espírito Santo que submete o Relatório de Impacto Ambiental - RIMA - ao crivo de comissão permanente e específica da Assembléia Legislativa. 2. A concessão de autorização para desenvolvimento de atividade potencialmente danosa ao meio ambiente consubstancia ato do Poder de Polícia --- ato da Administração Pública --- entenda-se ato do Poder Executivo. 3. Ação julgada procedente para declarar inconstitucional o trecho final do artigo § 3º do artigo 187 da Constituição do Estado do Espírito Santo.

O mesmo se verifica quanto ao procedimento administrativo de tombamento. Compete ao Poder Legislativo a edição de normas gerais, abstratas e impessoais relativas a esse mecanismo de tutela do patrimônio histórico e cultural. Já a aplicação concreta dessas normas, definindo que o bem integra o patrimônio cultural a ser protegido, é de atribuição do Poder Executivo³⁰⁶, a quem cabe especificar as restrições ao direito de propriedade. E não compete ao Poder Legislativo, por editar normas gerais, fixar ou rever essas limitações no caso concreto, editando atos de tombamento de bens culturais³⁰⁷.

Outro fundamento para essa afirmação é de que a edição de lei não exige processo administrativo prévio, com participação do proprietário do bem. Assim, uma lei que tombasse um bem não contaria com a sua participação em contraditório³⁰⁸.

³⁰⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.505. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento em 24 de novembro de 2004. Publicação do Acórdão: 04/03/2005 DJ p. 10.

³⁰⁶ BAPTISTA, Patrícia. Discrecionabilidade e controle na tutela do patrimônio histórico e cultural: reserva da Administração na escolha entre interesses públicos concorrentes e os limites da intervenção dos Poderes Judiciário e Legislativo. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 15, n. 167, jan. 2015, pp. 66-74.

³⁰⁷ Em sentido contrário, defendendo que o tombamento pode ser veiculado por lei, cf. MACHADO, op. cit., p. 927. Cf também SANTANA, Jair Eduardo. *Competências Legislativas Municipais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, pp. 154-155.

³⁰⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 811.

Por outro lado, o processo administrativo de tombamento compulsório (o que não se inicia por indicativa do proprietário), regulado pelo art. 9º do Decreto-Lei nº 25/37³⁰⁹, prevê a participação do proprietário, por meio da sua notificação e da possibilidade de impugnação.

Essa questão foi inicialmente apreciada pelo STF nos autos da Representação de Inconstitucionalidade nº 1.312, em que uma lei gaúcha fez incidir o tombamento sobre determinado imóvel. Os ministros Célio Borja, relator, e Francisco Rezek entenderam que o tombamento realizado por lei violava a separação de poderes. Contudo, diante do advento da Constituição de 1988, o pedido foi julgado prejudicado e a questão restou inconclusa.

Já sob a égide da CRFB de 1988, a mesma questão voltou a ser apreciada, tendo o STF decidido que o tombamento realizado por lei viola a separação de poderes, já que se trata de uma típica atribuição administrativa para a qual o Poder Legislativo não possui atribuição. A ementa é a seguinte³¹⁰:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL N. 1.713, DE 3 DE SETEMBRO DE 1.997. QUADRAS RESIDENCIAIS DO PLANO PILOTO DA ASA NORTE E DA ASA SUL. ADMINISTRAÇÃO POR PREFEITURAS OU ASSOCIAÇÕES DE MORADORES. TAXA DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO. SUBDIVISÃO DO DISTRITO FEDERAL. FIXAÇÃO DE OBSTÁCULOS QUE DIFICULTEM O TRÂNSITO DE VEÍCULOS E PESSOAS. BEM DE USO COMUM. TOMBAMENTO. COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO PARA ESTABELEECER AS RESTRIÇÕES DO DIREITO DE PROPRIEDADE. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 2º, 32 E 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A Lei n. 1.713 autoriza a divisão do Distrito Federal em unidades relativamente autônomas, em afronta ao texto da Constituição do Brasil --- artigo 32 --- que proíbe a subdivisão do Distrito Federal em Municípios. 2. Afronta a Constituição do Brasil o preceito que permite que os serviços públicos sejam prestados por particulares, independentemente de licitação [artigo 37, inciso XXI, da CB/88]. 3. Ninguém é obrigado a associar-se em "condomínios" não regularmente instituídos. 4. O artigo 4º da lei possibilita a fixação de obstáculos a fim de dificultar a entrada e saída de veículos nos limites externos das quadras ou conjuntos. Violação do direito à circulação, que é a manifestação mais característica do direito de locomoção. A Administração não poderá impedir o trânsito de pessoas no que toca aos bens de uso comum. 5. O tombamento é constituído mediante ato do Poder Executivo que

³⁰⁹ Art. 9º O tombamento compulsório se fará de acordo com o seguinte processo:

- 1) o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por seu órgão competente, notificará o proprietário para anuir ao tombamento, dentro do prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, ou para, si o quisér impugnar, oferecer dentro do mesmo prazo as razões de sua impugnação.
- 2) no caso de não haver impugnação dentro do prazo assinado, que é fatal, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará por simples despacho que se proceda à inscrição da coisa no competente Livro do Tombo.
- 3) se a impugnação for oferecida dentro do prazo assinado, far-se-á vista da mesma, dentro de outros quinze dias fatais, ao órgão de que houver emanado a iniciativa do tombamento, afim de sustentá-la. Em seguida, independentemente de custas, será o processo remetido ao Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que proferirá decisão a respeito, dentro do prazo de sessenta dias, a contar do seu recebimento. Dessa decisão não caberá recurso.

³¹⁰ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.706. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento em 9 de abril de 2008. Publicação do Acórdão: 12/09/2008 DJE-172.

estabelece o alcance da limitação ao direito de propriedade. Incompetência do Poder Legislativo no que toca a essas restrições, pena de violação ao disposto no artigo 2º da Constituição do Brasil. 6. É incabível a delegação da execução de determinados serviços públicos às "Prefeituras" das quadras, bem como a instituição de taxas remuneratórias, na medida em que essas "Prefeituras" não detêm capacidade tributária. 7. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 1.713/97 do Distrito Federal.

3.7 Licenciamento ambiental no Regime Diferenciado de Contratações Públicas

A proteção ambiental no âmbito das licitações não recebia grande atenção até recentemente. Na redação original da Lei nº 8.666/93, que é a lei geral de licitações e contratos administrativos, o possível impacto ambiental de obras públicas só era mencionado, pelos artigos 6º, IX, e 12, VII, como um dos conteúdos necessários dos projetos básico e executivo³¹¹.

Em 2007, uma inovação pontual foi promovida. A Lei nº 11.445 acrescentou o inciso XXVII ao art. 24 da Lei nº 8.666/93, permitindo a dispensa de licitação para a contratação associações ou cooperativas de catadores de materiais recicláveis, formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda³¹².

Diante da necessidade de destacar a questão ambiental, o legislador, por meio da alteração do art. 3º Lei nº 8.666/93³¹³ pela Lei nº 12.349, de 2010, passou a reconhecer a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como um dos objetivos das licitações. Essa inovação acrescenta uma função regulatória à licitação, que deixa de ser voltada apenas

³¹¹ Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: [...]

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

Art. 12 Nos projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços serão considerados principalmente os seguintes requisitos: [...]

VII - impacto ambiental.

³¹² Art. 24. É dispensável a licitação: [...]

XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública.

³¹³ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

à seleção de uma proposta vantajosa do ponto de vista econômico e técnico, passando a focar também a promoção do crescimento econômico conjugado à preservação do meio ambiente³¹⁴.

A Lei nº 12.462/11, que veicula o RDC, contém diversas referências à matéria ambiental. Uma das diretrizes do novo regime, nos termos do art. 4º, III, é a busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, incluindo do ponto de vista ambiental, como os relativos ao desfazimento de bens e resíduos.

No caso de licitação para aquisição de bens, o art. 7º faculta à Administração Pública solicitar a certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada.

Além disso, no caso de obras, o art. 2º, IV, b, dispõe que o projeto básico deve assegurar a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento. E o art. 9º, § 2º, I, d, ao permitir a utilização da contratação integrada para as licitações de obras e serviços de engenharia, determina que o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os impactos ambientais da obra.

O art. 10 dispõe que, na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, sendo um dos critérios a sustentabilidade ambiental.

Ressalte-se ainda que o art. 19, § 1º, dispõe que o julgamento pelo menor preço ou maior desconto considerará o menor dispêndio para a administração pública, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório, incluindo nos custos indiretos aqueles relacionados ao impacto ambiental.

Causam maior controvérsia as normas veiculadas pelo art. 4º, § 1º, II, e § 2º, além do inciso II do parágrafo único do art. 14. Esas normas têm a seguinte redação:

Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

I - padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho e, quando for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas;

II - padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente;

III - busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

³¹⁴ JUSTEN FILHO, op. cit., nota 1, p. 496.

IV - condições de aquisição, de seguros, de garantias e de pagamento compatíveis com as condições do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10;

V - utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que não se produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação; e

VI - parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala.

§ 1º As contratações realizadas com base no RDC devem respeitar, especialmente, as normas relativas à:

I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;

II - mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;

III - utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais;

IV - avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;

V - proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; e

VI - acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

§ 2º O impacto negativo sobre os bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados deverá ser compensado por meio de medidas determinadas pela autoridade responsável, na forma da legislação aplicável.

Art. 14. Na fase de habilitação das licitações realizadas em conformidade com esta Lei, aplicar-se-á, no que couber, o disposto nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, observado o seguinte: [...]

Parágrafo único. Nas licitações disciplinadas pelo RDC: [...]

II - poderão ser exigidos requisitos de sustentabilidade ambiental, na forma da legislação aplicável.

Para possibilitar a aplicação do Direito, os textos legais, ainda que expressos em linguagem clara, devem ser interpretados³¹⁵. Isso porque o texto não se confunde com a norma jurídica³¹⁶.

Diante da centralidade das normas constitucionais, impõe-se interpretar os textos normativos considerando as disposições da Carta Magna. Diante da insuficiência da interpretação literal, passa-se a analisar a possibilidade de uma interpretação conforme à Constituição, por meio do eventual reconhecimento de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto³¹⁷.

³¹⁵ CINTRA DO AMARAL, op. cit., pp. 24-25.

³¹⁶ Cf. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

³¹⁷ Diferenciando a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e a interpretação conforme à Constituição, cf. MENDES; BRANCO, op. cit., p. 1267: “A interpretação conforme à Constituição é um mecanismo hermenêutico que, dentre mais de uma interpretação admissível, confere prevalência àquela compatível com a Constituição, já que se presume que o intuito do legislador foi o de editar uma norma

No caso em análise, o art. 4º, § 1º, II, e § 2º, bem como o inciso II do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 12.462/11 parecem veicular uma opção pela adoção de medidas mitigadoras ou compensatórias dos impactos ambientais causados pelas obras de infraestrutura.

Todavia, como exposto acima, o licenciamento ambiental é um procedimento administrativo participativo e democrático realizado no âmbito da função administrativa. Consequentemente, a reserva de administração impede que a lei disponha sobre o instituto de maneira concreta e exaustiva, tornando inútil a atuação técnica dos órgãos ambientais.

Portanto, no caso do RDC, a lei não pode estipular o licenciamento das obras, estabelecendo desde logo que serão aplicadas medidas compensatórias. O processo de licenciamento ambiental desenvolve-se com a emissão de uma licença a cada uma das três fases distintas em que se decompõe. No caso da licença prévia, a manifestação estatal atesta a viabilidade ambiental do empreendimento, aprova sua localização e estabelece os requisitos e condicionantes inicialmente aplicáveis.

Antes de se chegar a essa conclusão, é necessário que o órgão competente do Poder Executivo realize a análise técnica do empreendimento, em processo democrático e com observância do contraditório, contando com a participação do empreendedor, do Estado e da população, através de audiências públicas.

A prevalecer a aplicação da norma legal tal como enunciada, além da invasão de competência dos órgãos executivos, haveria verdadeiro atropelo das fases do licenciamento ambiental. A lei previu medidas compensatórias antes do exame da viabilidade ambiental do empreendimento, sua localização e maneiras de execução, tudo com foco na prevenção e

constitucional. (...) Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal”. Sobre a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto como uma espécie da interpretação conforme à Constituição, posição que adotamos diante da ausência de diferenças substanciais entre os institutos, cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 229: “Do ponto de vista didático, uma boa maneira de ordenar o tema é considerar a interpretação conforme a Constituição como um gênero que comporta as seguintes modalidades de atuação do intérprete: (i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes; (ii) a declaração de não incidência da norma a uma determinada situação de fato; ou (iii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma – geralmente a mais óbvia – e na afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição”.

mitigação de impactos aos recursos naturais. A prevalecer a interpretação literal da norma, a licença prévia será inútil.

Não obstante se tratar de uma fase de destacada importância no processo de licenciamento ambiental, nem sempre se confere a devida atenção à licença prévia. Nesse sentido é a crítica apresentada por Geraldo Mario Rohde, que analisou o caso da construção das usinas termelétricas “Uruguaiana” (600 MW), no município gaúcho de mesmo nome. O edital de licitação exigia do vencedor a obtenção de licença prévia, mas já fixava a sua localização, sem considerar que a aprovação da localização é própria à análise da licença prévia³¹⁸. Apenas por um raciocínio hipotético, se o órgão ambiental desaprovasse a localização do empreendimento, o licitante vencedor seria inadimplente, pois não teria conseguido obter a licença e o local indicado não seria observado.

E pode-se dizer que a falta de seriedade quanto à fase da licença prévia é uma das grandes responsáveis pelas controvérsias a respeito do licenciamento ambiental de obras públicas e privadas, pois acarreta diversos problemas e questionamentos que poderiam ser antevistos e solucionados em fase anterior à implantação e operação do empreendimento.

Cabe ainda ressaltar que a previsão de compensações ambientais pode não ser suficiente para atenuar o impacto ambiental. Imagine-se que determinado empreendimento traga inúmeros benefícios sociais e econômicos, mas acarrete a extinção de muitas espécies naturais. Diante do dever estatal de “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País” (art. 225, § 1º, II, da CRFB), o empreendimento não se mostra viável na localização proposta. Ou seja, em relação a impactos ambientais, nem tudo pode ser negociado³¹⁹. Nessa hipótese imaginada, deve ser buscada uma localização ou um modo de execução alternativos, evitando-se os impactos estimados. Deverá, portanto, ser dada preferência à implantação da atividade sob novas bases, caso isso seja possível após a ponderação dos custos e benefícios econômicos, sociais e ambientais.

Portanto, entendemos que os impactos ambientais decorrentes das obras públicas, afetando o meio ambiente natural ou o patrimônio histórico e cultural, devem ser objeto de um processo de licenciamento realizado pelos órgãos e entidades do Poder Executivo, a partir de uma análise global do empreendimento. Faz-se necessário investigar, por exemplo, a viabilidade da obra, localização e alternativas de execução, ponderando os custos e benefícios

³¹⁸ ROHDE, Geraldo Mario. Licença prévia - LP e prática de licenciamento ambiental no Brasil. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 18, p. 213, abr. 2000, pp. 3-6.

³¹⁹ MACHADO, op. cit., p. 233.

sociais, econômicos e ambientais, ponderando ainda as consequências positivas e negativas de realizar o empreendimento ou não (a chamada “opção zero”)³²⁰.

Entretanto, não é possível ao legislador fixar desde logo que as obras públicas de infraestrutura serão permitidas mediante a imposição de compensações. Tal proceder, além de constituir um indevido licenciamento pelo legislador, tornaria de pouca utilidade o licenciamento ambiental. Haveria um retrocesso indevido quanto a esse procedimento e uma perda da efetividade das normas ambientais, que seriam reservadas a um papel teatral.

Em análise crítica, vale observar que a regulação do RDC parece se basear na visão das normas ambientais como “exigências formais ou obstáculos burocráticos”, impedindo o desenvolvimento socioeconômico³²¹. Trata-se de uma concepção que se espera superada, diante da crise ecológica vivenciada pela humanidade.

3.7.1 O licenciamento ambiental no regime de contratação integrada

Como exposto acima, no regime de contratação integrada, que é um modo de realização das obras públicas regidas pelo RDC, a Administração Pública inicia a licitação a partir de um anteprojeto de engenharia, cabendo ao licitante vencedor elaborar os projetos básico e executivo, além da própria obra. Diante dessa peculiaridade, é necessário apresentar algumas considerações sobre o licenciamento ambiental.

Como exposto acima, o anteprojeto de engenharia, pressuposto da abertura da licitação, tem seu conteúdo mínimo estabelecido pelo art. 9º da Lei nº 12.462/11. Dentre os requisitos, destaca-se a avaliação da viabilidade ambiental do empreendimento, prevista pelo art. 9º, § 2º, I, d.

³²⁰ Em sentido semelhante é o pedido formulado na ADI nº 4.655: “Tais dispositivos não podem ser interpretados no sentido de que, havendo obras ou atividades potencialmente causadoras de danos ambientais/culturais, serão aplicadas apenas medidas mitigadoras e/ou compensatórias. O estudo de impacto ambiental, previsto no art. 225, § 1º, IV, da CR é o instrumento adequado para se avaliar a extensão do dano e, mediante ponderação de interesses, decidir-se se é possível e conveniente a realização da obra ou da atividade, e as condições em que se desenvolverão. Deve ser declarada a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto dos dispositivos acima impugnados, para afastar qualquer interpretação que dispense exigências estabelecidas nas normas que regulam o licenciamento ambiental, especialmente a avaliação sobre a possibilidade de realização da obra ou da atividade” (cf. nota de rodapé nº 40).

³²¹ PETERS, Edson Luiz. O Regime Diferenciado de Contratação (RDC) e o prévio licenciamento ambiental. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*. Curitiba: Zênite, n. 249, p. 1084-1092, nov. 2014, pp. 1084-1092.

Se essa análise ambiental deve constar do anteprojeto, na fase de planejamento da obra, fica claro que esse estudo é anterior aos projetos básico e executivo, cuja elaboração compete ao licitante vencedor. Além disso, os parâmetros de adequação aos impactos ambientais dizem respeito ao licenciamento ambiental, mais especificamente à fase de obtenção da licença prévia. Logo, a licitação sob a modalidade de contratação integrada só pode ser iniciada após a emissão da licença prévia.

Ressalte-se que a obtenção da licença prévia compete à Administração Pública, pois a ela cabe elaborar o anteprojeto de engenharia. Além disso, é a responsável e impulsionadora do empreendimento, ainda que contrate terceiro para executá-lo.

Essa interpretação adapta ao regime da contratação integrada a jurisprudência administrativa do Tribunal de Contas da União, segundo o qual não é possível iniciar licitação regida pela Lei n.º 8.666/1993 a partir de projeto básico mas sem a licença prévia, já que o atendimento das exigências ambientais é determinante na própria concepção do objeto licitado³²².

Ainda no regime da Lei n.º 8.666/1993, fixada a necessidade de licença prévia para o início da licitação, fica evidente que a mesma diz respeito à fase de planejamento do certame, motivo pelo qual sua obtenção não pode ser transferida ao futuro contratado. No mesmo sentido entendeu o plenário do TCU, que, por meio do acórdão n.º 1.005/2003, determinou ao DNIT (Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes) a obtenção das licenças

³²² Exemplo dessa orientação é a decisão proferida no Acórdão n.º 516/2003. Cf. Brasil. Tribunal de Contas da União. Processo n.º 015.144/2002-3. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Data da sessão: 14 de maio de 2003. Acórdão n.º 516/2003 Número da ata: 17/2003: “127. [...] A anterioridade da licença prévia em relação ao projeto básico se deve ao fato de a localização e a concepção do empreendimento e as suas condicionantes ambientais serem itens de extrema importância na elaboração do projeto básico, como se verá a seguir. [...]

133. Reforça o argumento de que a licença prévia deve anteceder o projeto básico, a previsão legal (Lei n.º 8.666/93, art. 6.º, inciso IX, alínea “a”) de que esse projeto deve trazer o desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza (Grifo nosso).

134. Ora, a solução (escolhida para o empreendimento) somente é definida na licença prévia. Não se podendo esquecer que o elemento ambiental, que deve figurar entre os elementos constitutivos do projeto básico, materializado nos planos e programas ambientais a serem implementados pelo empreendedor de forma a tornar o empreendimento sustentável ambientalmente, somente é definido na licença prévia.

135. Essas características do projeto básico impossibilitam que ele seja feito antes da licença prévia, haja vista aquela licença ser, como já mencionado, o primeiro alvará adquirido pelo empreendedor, com a aprovação da localização, da concepção e da viabilidade ambiental do empreendimento (Resolução Conama n.º 237/97, inciso I, art. 8.º).

136. 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”.

ambientais, deixando de delegar essa tarefa aos licitantes contratados³²³. No caso do RDC, como exposto acima, também é da Administração Pública a responsabilidade de obter a licença prévia.

Em relação às licenças de instalação e de operação, Caroline Marinho Boaventura Santos entende que a responsabilidade por obtê-las é da Administração Pública, por ser a empreendedora, além de responsável por fiscalizar se o contratado cumpre os requisitos e condicionantes fixados na licença prévia. Outro argumento é o de que o RDC não significaria a transferência ao particular de todos os riscos. Do contrário, poderia haver atraso na realização da obra e até mesmo acréscimos inesperados nos custos, devendo o Estado atuar para evitá-los³²⁴.

Discordamos do ponto, contudo, pois não há óbice algum à imputação ao particular da responsabilidade pelo pedido e deferimento das licenças de instalação e de operação. Nesse sentido foi a manifestação do plenário do TCU no acórdão nº 355/2007³²⁵.

A licença prévia é um pressuposto da deflagração da licitação. Como os contornos básicos do empreendimento, fixados por ocasião de sua emissão, já foram estabelecidos, a iniciativa das demais fases do licenciamento ambiental pode ser transferida ao particular.

³²³ Brasil. Tribunal de Contas da União. Processo nº 007.250/2003-0. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Adylson Motta. Data da sessão: 30 de março de 2003. Acórdão nº 1.005/2003 Número da ata: 29/2003: “2) Descrição: Atribuição de obrigação de providenciar licenciamento ambiental a licitante em Edital, contrariando os mandamentos da Resolução CONAMA nº 237/97, que determina que é dever do empreendedor a obtenção prévia de licença ambiental junto ao órgão ambiental competente. [...] Essa irregularidade foi verificada em relação aos procedimentos licitatórios para seleção de empreiteiras para os lotes I e II (Subtrecho: São Desidério-Correntina, Segmentos: Km 209 - São Desidério - ao Km 267 e Km 267 ao Km 344 - Correntina, respectivamente, lotes I e II), pois os editais de ambos os procedimentos (Edital nº 119/2002-5, do Lote I, e Edital nº 113/2002-5, do Lote II) apresentam no item 14.7 "g" a previsão de encargo de obtenção das licenças ambientais, com ônus total para as empreiteiras, contrariando as Resoluções CONAMA nos 001/86 e 237/97. A situação fere vários dispositivos das Resoluções CONAMA nos 001/86 e 237/97, que atribuem o dever de providenciar o licenciamento ambiental ao empreendedor da obra ou projeto, às suas expensas e de forma prévia relativamente à execução da obra ou projeto, a exemplo dos artigos 1º, II; 2º, caput; 3º, caput; 10, I e II; 11 e 14, todos da Resolução CONAMA nº 237/97, além dos artigos 7º e 8º da Resolução nº 001/86. Além do mais, há incompatibilidade lógica, pois se os empreiteiros tiverem tal incumbência, o início da obra ficará condicionado à obtenção de uma licença, que por definição é prévia, aumentando as incertezas quanto ao início e fim da obra, face ao comando contido no art. 14 da Resolução CONAMA nº 237/97, que estabelece prazos máximos para que o órgão ambiental analise e conceda a licença”.

³²⁴ SANTOS, Caroline Marinho Boaventura. Da responsabilidade da Administração Pública pela obtenção das licenças ambientais para obras e serviços executados sob o regime da contratação integrada. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 26 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50990>>. Acesso em: 27 maio 2015.

³²⁵ Brasil. Tribunal de Contas da União. Processo nº 011.101/2003-6. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Augusto Nardes. Data da sessão: 14 de março de 2007. Acórdão nº 355/2007 Número da ata: 09/2007: “6.3.12. Por fim, ao contrário do que defendem os responsáveis, a obtenção das licenças não é encargo da contratada. A preocupação com o meio ambiente deve ser de todos, Administração e contratada. No caso em foco, é sobretudo da Administração, pois é dela a iniciativa da obra. A licença prévia, com mais força, deveria ter sido por ela requerida, pois está ligada a uma fase anterior à contratação. As demais licenças também não deixam de ser de sua responsabilidade, sendo possível, entretanto, que ela delegue a incumbência de obtê-las à construtora”.

Assim, não há obstáculo a que o particular apresente os requerimentos e justificativas aos órgãos ambientais, prosseguindo nas fases subsequentes do licenciamento, que compreendem o detalhamento das imposições ambientais e a fiscalização quanto ao cumprimento de todos os requisitos até então estipulados.

Ressalte-se que a contratação integrada baseia-se no incremento da eficiência através da *expertise* do particular³²⁶. Não há razão para deixar de colher esses frutos na questão ambiental, tudo sob a fiscalização da Administração Pública contratante, dos órgãos ambientais e dos órgãos de controle externo. Além disso, como o contratado elabora os projetos básico e executivo, detalhando o empreendimento, parece lógico facultar que as demais fases do licenciamento ambiental prossigam sob a sua iniciativa.

³²⁶ REISDORFER, op. cit., p. 152.

CONCLUSÃO

Após a análise realizada acima, é possível elencar algumas conclusões relativas à questão proposta, a saber, como compatibilizar a proteção do meio ambiente e as inovações trazidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), instituído pela Lei nº 12.462/11, considerando a realização de obras públicas.

Inicialmente analisaram-se os distintos perfis de Estado, enfocando a transição do Estado Patrimonial ao Gerencial. O estatuto geral das licitações e contratos administrativos, veiculado pela Lei nº 8.666/93, baseia-se na premissa de que a diminuição da discricionariedade e liberdade do administrador público coibirá condutas ímprobas. Contudo, essa premissa é frequentemente desmentida pelos fatos. Por outro lado, esse modelo dificulta a agilidade e flexibilidade, comprometendo a eficiência que se espera da Administração Pública. Essas dificuldades levaram a uma nova visão do Estado, com o objetivo de aperfeiçoar a gestão pública. Esse o contexto do RDC.

Em seguida, abordaram-se os aspectos gerais do novo regime de licitação e contratações públicas, articulando-se ao contexto histórico de deficiências de infraestrutura, contrapostas às urgências, especialmente os compromissos assumidos pelo país para sediar grandes eventos desportivos internacionais, com impacto expressivo na economia, destacando-se o turismo.

Comentaram-se ainda diversos aspectos em torno da constitucionalidade da nova legislação, o que se propôs não só pela relevância de aferir a compatibilidade em face da Carta Magna, mas também porque esse traçado permitiu analisar diversos aspectos relativos ao novo regime.

Destacam-se as conclusões de que não houve vício formal na instituição do RDC, que resultou de uma emenda parlamentar no processo legislativo de apreciação da MP nº 527/11. É político-jurídico, a cargo dos Poderes Executivo e Legislativo, o controle dos requisitos de relevância e urgência para a edição de medidas provisórias. Diante da postura de auto-contenção judicial, não se mostrou presente o uso abusivo que permitisse a intervenção do Poder Judiciário. Além disso, inegável a necessidade de melhoria da infraestrutura do país, considerando ainda a iminência dos eventos desportivos internacionais.

Ressalte-se ainda que o RDC não é um tema estranho à redação original da MP, já que também se situa no âmbito do Direito Administrativo, mais especificamente a aviação civil e infraestrutura. E mesmo que não houvesse pertinência temática da emenda em relação às

disposições originais da MP, isso configuraria, no máximo, um conflito aparente de leis. Essa hipotética incompatibilidade foi solucionada pela Lei Complementar nº 95/98, que afastou a invalidade de lei que não observe seus preceitos relativos à elaboração e redação de atos normativos.

Passando-se à constitucionalidade material, vale observar que, em muitos aspectos, o RDC generaliza inovações utilizadas em hipóteses específicas das licitações e contratações públicas.

Verificou-se que a definição do regime licitatório admite uma leitura do princípio da legalidade que não é totalmente rígida. O legislador apresentou possibilidades ao administrador público para que decida, discricionariamente, o regime licitatório aplicável, sem arrolar o conjunto normativo específico para cada hipótese.

Em relação à publicidade dos atos e procedimentos administrativos, há que se observar os custos envolvidos, por força do princípio da economicidade, expresso nos artigos 37, *caput*, e 70, *caput*, da CRFB. Ademais, a nova legislação recebe os influxos da crescente importância da rede mundial de computadores, que certamente permite uma difusão das informações com intensidade muito superior do que a trazida pelos diários oficiais. A própria dispensa de publicação em jornal oficial, nos mesmos parâmetros atualmente previstos, é compensada mediante a obrigatoriedade de divulgação por meio eletrônico.

Novos mecanismos contratuais passam a ser previstos, como o sigilo do orçamento estimado, que é amplamente praticado no mercado privado. Trata-se de um sigilo apenas temporário, não aplicável aos órgãos de controle, e que tem o objetivo de potencializar a eficiência, já que a assimetria de informações entre o Estado e os licitantes pode ensejar propostas e contratos mais vantajosos para a Administração Pública. De qualquer maneira, resta demonstrado que o sigilo é uma faculdade pensada para assegurar maiores vantagens ao Estado, de modo que o mesmo poderá renunciar ao seu uso em caso de desvirtuamento. Como a publicidade é a regra no Estado Democrático de Direito, não há óbice à divulgação de informações relativas à gestão pública.

Também a remuneração variável constitui um mecanismo voltado à promoção da eficiência do contratado, impondo-se a fixação de critérios objetivos.

Acertadamente, o art. 9º da Lei nº 12.462/11 prevê a excepcionalidade da contratação integrada, que só cabe quando justificável técnica e economicamente, o que afasta a possibilidade de livre opção pela autoridade administrativa. Não se admite a sua utilização nas hipóteses em que o contrato se limite à realização de obras. Por outro lado, nas hipóteses de realização de obras de infraestrutura com atribuição ao agente privado da manutenção e

operação por período longo, não há impedimento a conceder maior liberdade para escolha dos meios mais eficientes para atingir os padrões contratuais. Isso porque o particular deverá arcar com as consequências econômicas de eventual subinvestimento. O dever de motivação dos atos estatais permite o controle da correta aplicação, restringindo-se a utilização da contratação integrada aos casos em que a mesma se mostre lógica do ponto de vista econômico.

Concluiu-se ainda que não é justificada a restrição de participação em licitação aos agentes que já passaram pelo procedimento de pré-qualificação permanente, tendo em vista a violação do princípio da igualdade, que impõe não apenas o dever de tratar isonomicamente todos os interessados, mas também o de ensejar oportunidade de disputa a quaisquer interessados que possam oferecer as indispensáveis condições de garantia, nos termos do artigo 37, XXI, da CRFB.

Analisadas essas e outras questões, que permitiram verificar a lógica do RDC, de compartilhamento da *expertise* dos agentes privados, passou-se a abordar a proteção jurídica do meio ambiente.

Os problemas intensificados no contexto da sociedade de risco, produto da industrialização, e uma nova concepção ética permitem a construção de uma juridicidade ambiental, em que o equilíbrio ecológico é reconhecido como uma das dimensões da dignidade da pessoa humana e indispensável à sobrevivência dos ecossistemas. Disso resulta uma ética de solidariedade, que se traduz no princípio da equidade intergeracional, superando-se a visão individualista e atomizada do homem.

Nos fundamentos da proteção ambiental, destacam-se os princípios da precaução e da prevenção, já que os danos ambientais são de custosa e difícil ou impossível reparação. Também se destaca a busca por efetividade das normas ambientais, evitando-se a sua função meramente teatral, de promessas nunca cumpridas.

Por fim, articulou-se a ideia de proibição de retrocesso ambiental, que não significa manter a natureza intocável, afinal a promoção do bem estar social e da dignidade humana muitas vezes exige prestações com impacto ambiental. Contudo, o nível de proteção alcançado não deve ser comprometido. Admitem-se medidas compensatórias, principalmente se as mesmas incrementarem a tutela ambiental.

Finalmente, no terceiro capítulo, analisou-se a relação entre as licitações e a proteção ambiental. É pouco expressiva a produção legislativa a respeito, ganhando dimensão maior apenas em 2010, com o reconhecimento do desenvolvimento nacional sustentável como um dos objetivos das licitações. A propósito, não obstante as críticas a seguir expostas, a Lei nº

12.462/11 dispõe em vários pontos sobre a matéria ambiental, o que se espera seja o início de uma maior atenção da legislação sobre contratação pública e da literatura especializada.

Propôs-se uma interpretação, com foco no paradigma constitucional, a partir das disposições específicas da lei, a qual, ainda que por falta de técnica, parece veicular uma opção pela adoção de medidas mitigadoras ou compensatórias dos impactos ambientais causados pelas obras de infraestrutura.

Essa opção política, todavia, desconsidera que o licenciamento ambiental é um procedimento administrativo participativo e democrático realizado no âmbito da função administrativa. Conseqüentemente, a reserva de administração impede que a lei disponha sobre o instituto de maneira concreta e exaustiva, tornando inútil a atuação técnica dos órgãos ambientais.

Faz-se necessário observar as distintas fases do procedimento de licenciamento ambiental, notadamente a licença prévia, que analisa a viabilidade ambiental do empreendimento, aprova sua localização e estabelece os requisitos e condicionantes inicialmente aplicáveis. Essa atividade de análise técnica do empreendimento deve ser realizada pelos órgãos competentes do Poder Executivo, em um processo democrático e com observância do contraditório, contando com a participação do empreendedor, do Estado e da população, através de audiências públicas.

Os impactos decorrentes das obras públicas, afetando o meio ambiente natural ou o patrimônio histórico e cultural, devem ser objeto de um processo de licenciamento realizado pelos órgãos do Poder Executivo, a partir de uma análise global do empreendimento. Faz-se necessário investigar, por exemplo, a viabilidade da obra, localização e alternativas de execução, analisando os custos e benefícios sociais, econômicos e ambientais, ponderando ainda as conseqüências positivas e negativas de realizar o empreendimento ou não (a chamada “opção zero”).

Entretanto, não é possível ao legislador fixar desde logo que as obras públicas de infraestrutura serão permitidas mediante a imposição de compensações. Tal proceder, além de constituir um indevido licenciamento pelo legislador, tornaria de pouca utilidade o licenciamento ambiental. Haveria um retrocesso indevido quanto a esse procedimento e uma perda da efetividade das normas ambientais, que seriam reservadas a um papel teatral.

Além disso, demonstrou-se que licença prévia é um pressuposto para a deflagração de licitações, tanto no regime geral da Lei n.º 8.666/1993 quanto no sistema de contratação integrada.

Abordou-se ainda a responsabilidade pela condução do licenciamento ambiental. Diante das características do planejamento das licitações e contratações públicas, a obtenção da licença prévia compete à Administração Pública, mas não há impedimento à transferência ao particular da responsabilidade pelo requerimento e obtenção das licenças de instalação e de operação. A propósito, essa delegação tem mais lógica ainda na contratação integrada.

Em análise crítica, vale observar que a regulação do RDC parece se basear na visão das normas ambientais como “exigências formais ou obstáculos burocráticos”, impedindo o desenvolvimento socioeconômico. Trata-se de uma concepção que se espera superada, diante da crise ecológica vivenciada pela humanidade.

Em suma, restou confirmada a possibilidade de compatibilização entre as obras públicas de infraestrutura reguladas pelo RDC e a tutela do meio ambiente, apresentando-se uma interpretação da questão que se espera possa contribuir para o debate de ideias.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. Os avanços e dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. (orgs.). *Reforma do estado e administração pública gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 173-199.

AHMED, Flávio. Licenciamento ambiental: Instrumento de prevenção de lesão ao meio ambiente. In: AHMED, Flávio; COUTINHO, Ronaldo (coords.). *Curso de Direito Ambiental*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pp. 141-160.

ALONSO JUNIOR, Hamilton. *Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

ARAÚJO, Sarah Carneiro. *Licenciamento ambiental no Brasil: uma análise jurídica e jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultura. 1999.

ATTANASIO JÚNIOR, Mario Roberto; ATTANASIO; Gabriela Muller Carioba. O dever de elaboração e implementação do zoneamento ecológico-econômico e a efetividade do licenciamento ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 43, p. 203, jul. 2006.

AURÉLIO, Bruno. A previsão da remuneração variável do contratado sob o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 101-116.

AYALA, Patryck de Araújo. Direito fundamental ao ambiente e a proibição de regresso nos níveis de proteção ambiental na constituição brasileira. In: PRIEUR, Michel. et al. *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2012. p. 207-246. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242559>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

BAPTISTA, Fernando; LIMA, André. Licenciamento ambiental e a resolução CONAMA 237/97. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 18, p. 299, abr. 2000.

BAPTISTA, Patrícia. Discricionariedade e controle na tutela do patrimônio histórico e cultural: reserva da Administração na escolha entre interesses públicos concorrentes e os limites da intervenção dos Poderes Judiciário e Legislativo. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 15, n. 167, p. 66-74, jan. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECK, Ulrich. *Risk society: towards a new modernity*. Londres: Sage Publications, 1992.

BELL, Daniel. *Information society*. Harvard: Perseus Books Group, 2006.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. *BDJur*, Brasília, DF, 4 dez. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/26184>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

_____. Introdução ao direito ambiental brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 48-82, abr./jun. 1999. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34690>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

_____. O Estado teatral e a implementação do direito ambiental. *BDJur*, Brasília, DF, 7 maio 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30604>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

_____. Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa. *BDJur*, Brasília, DF, 1992. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8746>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 57-130.

BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BRAGA, Rodrigo Bernardes. Considerações sobre o direito adquirido em matéria ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 35, p. 83, jul. 2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Infraestrutura Turística, Megaeventos Esportivos e Promoção da Imagem do Brasil no Exterior*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2011. Disponível em <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2508224.PDF>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin (org.). *Reforma do estado e administração pública gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 237-270.

CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º a 7º da Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 45-59.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português e da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1-11.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CHESNAIS, François; SERFATI, Claude. "Ecologia" e condições físicas de reprodução social: alguns fios condutores marxistas. *Crítica Marxista*, São Paulo, Boitempo, v.1, n.16, p. 39-75, 2003.

CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Breves notas sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp. 17-27.

CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva de administração e separação de poderes. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 575-612.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. Licenciamento ambiental irregular em áreas de preservação permanente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 27, p. 291, jul. 2002.

CUSCIANO, Rodrigo Felipe. A pré-qualificação permanente no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 195-206.

CYRINO, André Rodrigues. O Regulamento Autônomo e a EC nº 32/01: uma Reserva de Administração. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 3, n. 33, nov. 2003. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=4191>>. Acesso em: 2 jun. 2015.

DIAS, Roberto; FERREIRA, João Paulo. A publicidade no Regime Diferenciado de Contratações Públicas: algumas considerações críticas. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp. 61-72.

DIMOULIS, Dimitri. Significado e atualidade da separação de poderes. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). *Constitucionalismo. Os desafios no terceiro milênio*. Belo Horizonte: Forum, 2008, pp. 145-170.

DRUMMOND, José Augusto. O jardim dentro da máquina. *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, vol. 1, n. 2, 1988, pp. 276-298.

ERTHAL, Thiago Serpa. *Revisibilidade das licenças ambientais*. 2014. 173f. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 66.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 2. ed. Porto Alegre/São Paulo: Editora Globo e Editora da Universidade de São Paulo, 1975.

FARIAS, Paulo José Leite. *Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

FARIAS, Talden. *Licenciamento Ambiental: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Discriminação constitucional das competências ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 35, p. 39, jul. 2004.

FINK, Daniel Roberto. Audiência pública em matéria ambiental no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 695, p. 264, set. 1993.

_____; ALONSO JR, Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; FERREIRA, Paulo; MARI MORITA, Dione. *Licenciamento Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FREITAS, Rafael Vêras de; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados*. Disponível em: <<http://www.professorrafaeloliveira.com.br/Backoffice/noticias/pdf/O%20Regime%20Diferenciado%20de%20Contrata%C3%A7%C3%B5es%20P%C3%ABlicas.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2014.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUERRA, Sidney. O licenciamento ambiental de acordo com a LC 140/2011. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 66, p. 153, abr. 2012.

HOOD, Christopher. The “new public management” in the 1980s: variations on a theme. *Accounting, organizations and society*, Londres, v. 20, n. 2/3, 1995, pp. 93-109.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Comentários ao RDC: (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11)*. São Paulo: Dialética, 2013.

KRELL, Andreas Joachim. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. Licença ou autorização ambiental? Muita discussão em torno de um falso dilema. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 49, p. 56, jan. 2008.

LOBATO, José Danilo Tavares. O meio ambiente como bem jurídico e as dificuldades de sua tutela pelo direito penal. *Revista Liberdades*, n.5, set./dez., 2010. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=63>. Acesso em: 10 dez. 2014.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 2001.

MACERA, Paulo Henrique. Reserva de administração: delimitação conceitual e aplicabilidade no direito brasileiro. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 1, n. 2, 2014, pp. 333-376.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; e CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

MARRAFON, Marco Aurélio. ROBL FILHO, Ilton Norberto. Controle de Constitucionalidade no Projeto de Lei de Conversão de Medida Provisória em face dos “contrabandos legislativos”: salvaguarda do Estado Democrático de Direito. In: NOVELINO, Marcelo. FELLETT, André. *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 235-249.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 8. ed. São Paulo: RT, 2013.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondant, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOTA, Mauricio (coord.). *Função social do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

_____. *Fundamentos teóricos do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MOTTA, Ronaldo Serôa da. *Desafios Ambientais da Economia Brasileira*. Texto para discussão n° 509. Rio de Janeiro: IPEA, 1997. Disponível em: <<http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/1387.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, Antonio Inagê de Assis. *Introdução à legislação ambiental brasileira e licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PETERS, Edson Luiz. O Regime Diferenciado de Contratação (RDC) e o prévio licenciamento ambiental. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*. Curitiba: Zênite, n. 249, p. 1084-1092, nov. 2014.

PRESTES, Vanêsa Buzelato. A necessidade de compatibilização das licenças ambiental e urbanística no processo de municipalização do licenciamento ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 34, p. 84, abr. 2004.

PRIEUR, Michel. O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. Tradução de José Antônio Tietzmann e Silva. In: PRIEUR, Michel. et al. *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2012. pp. 11-54. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242559>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei n.º 12.462 e ao Decreto n.º 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 150-172.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro e PINTO JÚNIOR, Mario Engler. *Regime diferenciado de contratação: Licitação de Infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas*. São Paulo: Atlas, 2012.

ROCCO, Rogério. História da legislação ambiental brasileira: Um passeio pela legislação, pelo Direito Ambiental e por assuntos correlatos. In: AHMED, Flávio; COUTINHO, Ronaldo (coords.). *Curso de Direito Ambiental*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pp. 3-24.

ROHDE, Geraldo Mario. Licença prévia - LP e prática de licenciamento ambiental no Brasil. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 18, p. 213, abr. 2000.

SAMPAIO, Rômulo S. R.; LEAL, Guilherme J. S.; e REIS, Antonio Augusto (orgs.). *Tópicos de Direito Ambiental: 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTANA, Jair Eduardo. *Competências Legislativas Municipais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTOS, Caroline Marinho Boaventura. Da responsabilidade da Administração Pública pela obtenção das licenças ambientais para obras e serviços executados sob o regime da contratação integrada. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 26 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50990>>. Acesso em: 27 maio 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2014.

SCARPI, Vinicius. Equidade intergeracional: Uma leitura republicana. In: MOTA, Mauricio (coord.). *Fundamentos teóricos do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008., pp. 63-80.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. Comentários sobre a nova lei de competências em matéria ambiental (LC 140, de 08.12.2011). *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 66, p. 55, abr. 2012.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. A processualidade das licenças ambientais como garantia dos administrados. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 5, p. 81, jan.1997.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SUNSTEIN, Cass. *Leyes de miedo: Más allá del principio de precaución*. Trad. Verónica Inês Weinstabl y Servanda Maria de Hagen, Madrid: Katz, 2009.

TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence. *Licenciamento ambiental*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2013.

WAINER, Ann Helen. *Legislação Ambiental Brasileira: Subsídios para a História do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

WALCACER, Fernando Cavalcanti. et al. Notas sobre a LC 140/2011. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 70, p. 39, abr. 2013.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva*. Vol. 2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Editora UNB, 2004.

ZOCKUN, Mauricio. Apontamentos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas à luz da Constituição da República. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp 29-43.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.