

RISCOS AMBIENTAIS EM CONCESSÕES E PPPS¹

Mauricio Portugal Ribeiro²

1. Introdução

Nos contratos de obra pública tradicional, a responsabilidade por obter as licenças ambientais recai sobre a Administração Pública, que geralmente contrata a elaboração do projeto básico da obra e a análise dos seus impactos socioambientais e obtém junto ao órgão ambiental, pelo menos, a licença prévia do empreendimento e, muitas vezes, também a licença de instalação.

Nos contratos de concessão da década de 90, que na maioria das vezes eram concessões de projetos já existentes (“*brownfield*”) era comum o tratamento genérico do risco ambiental alocando-o completamente ao concessionário, em contexto em que (a) apesar de em plena operação o projeto não detinha licença ambiental operacional (a Administração Pública raramente providencia licenças operacionais para as infraestruturas sob sua responsabilidade); (b) muitas vezes não havia projeto básico das obras de expansão e melhorias a serem realizadas, apenas um programa genérico de investimentos, que era, inclusive insuficiente para iniciar o processo de licenciamento ambiental dessas melhorias e expansões. Entre os contratos de concessão recentemente modelados e celebrados ainda encontramos contratos desse tipo.

¹ Gostaria de agradecer a Carla Castro Malhano pela revisão de texto que fez nessa nota e por ter me ajudado com as referências e notas de rodapé. Eventuais erros e omissões são exclusivamente de minha responsabilidade.

² Mauricio Portugal Ribeiro é advogado especializado na estruturação, licitação e regulação de contratos de Concessões e PPPs nos setores de infraestrutura, sócio de Portugal Ribeiro Advogados (mauricio@portugalribeiro.com.br), e autor, entre outros, do livro “Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos”, publicado pela Editora Atlas, São Paulo, em 2011 e “Comentários à Lei de PPP – fundamentos econômico-jurídicos”, publicado pela Malheiros Editores, São Paulo, 2011 (esse último em coautoria com Lucas Navarro Prado).

Mas a observação, por exemplo, dos contratos de concessão federal de rodovias recentes (contratos da 3ª Etapa, Fase III, da ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres), pode-se notar a adoção de estruturas mais sofisticadas de distribuição de riscos ambientais, nos quais os riscos de licenciamento, cumprimento e custeio de condicionantes ambientais e remediação e custo de remediação de passivos e de pagamento de multas por passivos começam a ser diferenciados e disciplinados de forma específica.

Essa diferenciação dos riscos ambientais nos contratos da 3ª Etapa, Fase III, da ANTT foi produto de seguidos debates ocorridos com a iniciativa privada desde janeiro de 2013³, quando a minuta de contrato a ser utilizada nesses projetos foi colocada em consulta pública. E ainda que, na minha opinião, haja muito a avançar na direção da disciplina eficiente dos riscos ambientais em contratos de concessão, é preciso reconhecer que, com esses novos contratos, a ANTT fez uma evolução relevante nessa direção.

Nos últimos anos, nas oportunidades que tenho de me manifestar em público sobre os problemas mais comuns na modelagem de concessões e PPPs, tenho mencionado a distância entre aquilo que é detectado e tratado nos estudos técnicos e a forma como isso se reflete na modelagem econômico-financeira e sobretudo na modelagem do contrato de concessão ou PPP.⁴ Por exemplo, nos estudos de viabilidade de um dado projeto de infraestrutura, ocorre dos estudos socioambientais detectarem passivos socioambientais relevantes, mas, nas planilhas do estudo de viabilidade econômico-financeira, não se encontra qualquer referência a custos para lidar com esses passivos – a previsão desse custo na modelagem econômico-financeira do projeto é indispensável se o risco de lidar com os passivos for alocado ao concessionário. Tampouco encontra-se na minuta de contrato de concessão ou PPP cláusulas eximindo o concessionário dos custos e riscos desses passivos.

Essa dissociação entre estudos técnico-ambientais, modelagem econômico-financeira e minuta de contrato de concessão ou PPP é consequência da complexidade da tarefa de desenvolvimento de estudos de viabilidade de projetos de concessão, que requerem coordenação e interação entre as equipes de especialistas dessas áreas. Como muitas vezes os especialistas e os coordenadores do projeto como um todo têm pouca experiência em estruturar

³ Esse processo se iniciou com a audiência pública nº 131/2013, cujo objetivo era “tornar público e colher sugestões, contribuições ao Edital e Contrato para concessão das rodovias BR-262/ES/MG, BR-050/GO/MG, BR-060/153/262/DF/GO/MG, BR-153/TO/GO, BR-101/BA, BR-163/MT e BR-163/267/262/MS, integrantes da 3ª Etapa das Concessões Rodoviárias Federais – Fase III”. Disponível na internet: <http://3etapaconcessoes.antt.gov.br/index.php/content/view/1970/Audiencias_Publicas.html>

⁴ O mesmo posicionamento pode ser observado nos seguintes artigos: RIBEIRO, Maurício Portugal e PINTO, Gabriela Engler. Concessões de aeroportos e de rodovias federais: o erro de atribuir ao concessionário riscos controlados pelo poder concedente e as suas consequências. Disponível na internet: <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/20140204-riscos-controlados-por-uma-parte-e-atribuidos-a-outra-parte-publicado>>. RIBEIRO, Maurício Portugal. Proibição de indenização por investimentos não amortizados. Disponível na internet: <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/proibicao-de-indenizacao-por-investimentos-nao-amortizados>>. RIBEIRO, Maurício Portugal. Erros e acertos no uso do plano de negócios e da metodologia do fluxo de caixa marginal. Disponível na internet: <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/erros-e-acertos-no-uso-do-plano-de-negcios-e-da-metodologia-do-fluxo-de-caixa-marginal>>. RIBEIRO, Maurício Portugal. O risco de variação do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido pode ser alocado ao poder concedente em contratos de concessão e PPP? Disponível na internet: <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/o-risco-de-variacao-do-imposto-de-renda-e-da-contribuicao-social-sobre-o-lucro-liquido-em-concessoes-e-ppps-publicado>>.

projetos desse tipo, eles simplesmente não percebem a necessidade de compatibilizar os detalhes dos estudos técnico-ambientais, com os detalhes da modelagem econômico-financeira e do contrato.

No caso especificamente do operador do direito encarregado de prestar assessoria jurídica para a modelagem do projeto, é muito comum, particularmente no nosso ambiente jurídico formalista, que ele entenda a sua função como a de um escriba, que utiliza como base um contrato padrão⁵ (geralmente o último contrato utilizado naquele setor, pelo órgão público contratante), que é modificado somente para transformar em cláusula contratual decisões adotadas por outros especialistas (técnicos, econômico-financeiros etc.).

Mesmo um operador do direito que, preocupado em cumprir adequadamente as suas funções, tente se socorrer da literatura sobre o tema, provavelmente não terá mais sorte. É que nos livros de direito administrativo nada ou quase nada será encontrado sobre esse tema. No máximo, cumprindo sua função perinormativa⁶, nossos doutrinadores comentaram o art. 10, inciso VII, da Lei 11.079/2004 (“Lei de PPP”), que menciona a necessidade de licença ambiental ou de diretrizes para licenciamento ambiental do projeto para dar início à licitação.⁷ Esse operador do direito não encontrará porém nos livros de comentário à Lei de PPP ou em qualquer outro livro de direito administrativo qualquer pista sobre como devem ser tratados os riscos ambientais em contratos de concessão e PPP.⁸ E, nos livros sobre direito ambiental, os aspectos relevantes para uma disciplina em contrato de concessão estarão disseminados em diversas

⁵ Discutindo uma vez com um advogado que tinha sido responsável pela modelagem jurídica de um contrato de concessão de infraestrutura federal que utilizava o fluxo de caixa marginal como metodologia de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, percebi que ele não tinha compreendido as regras que em tese ele redigiu. Ele não se deu conta que o processo de revisão do fluxo de caixa marginal previsto naquele contrato transferia o risco de demanda do concessionário para o Poder Concedente. Dei-me conta, então, que ele não tinha redigido essas cláusulas, elas foram apenas copiadas de contrato anterior, e ele sequer tinha capacidade ou tinha se dado o trabalho de entendê-las.

⁶ Refiro-me ao fato da doutrina jurídica ser construída no Brasil quase sempre em torno dos dispositivos legais, como se os aspectos juridicamente relevantes de uma realidade fossem apenas aqueles explicitamente tratados em lei, quando, na prática, várias vezes as leis super regulam aspectos absolutamente irrelevantes de uma realidade e se omitem sobre outros extremamente relevantes de uma perspectiva jurídica.

⁷ O tema foi abordado, por exemplo, nos seguintes trabalhos: LOUREIRO, Caio de Souza. “Apontamento sobre a licitação para contratação de parcerias público-privadas” e GUIMARÃES, Fernando Vernalha. “Aspectos Jurídicos da licitação na parceria público-privada”, In: Revista de Contratos Públicos – RCP n 03, Belo Horizonte: Editora Fórum, março/agosto 2013, pp. 14 a 17 e pp. 82 a 85. PRADO, Lucas Navarro. “Condições prévias para a licitação de uma PPP” e SILVA, Danilo Tavares da. “Licitação na Lei nº 11.079/04”, In: Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas, coordenado por NETO, Floriano de Azevedo Marques; e SCHIRATO, Vitor Rhein, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 68 e 69 e , pp. 84 e 85. OLIVEIRA, Fernão Justen de. “Parceria Público-Privada. Aspectos de Direito Público Econômico”, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, pp. 171 a 173. BLANCHET, Luiz Alberto. “Parcerias Público-Privadas. Comentários à Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004”, Curitiba: Editora Juruá, 2009, pp. 67 a 69.

⁸ A alocação de riscos em contratos de PPP, embora muitas vezes sem enfoque nos riscos ambientais, foi objeto de análise em: GARCIA, Leonardo Lopes. Alocação de riscos, reajuste e revisão tarifária nas concessões de rodovias federais. Brasília, Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União, 2011. Disponível na internet: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2433031.PDF>>. ZANCHIM, Kleber Luiz. Contratos de Parceria Público-Privada (PPP). Risco e incerteza. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2012, p. 173. Danilo Tavares da. “Licitação na Lei nº 11.079/04” In: Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas, coordenado por NETO, Floriano de Azevedo Marques; e SCHIRATO, Vitor Rhein, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 86 a 90. Aspectos de Direito Público Econômico”, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, pp. 167 a 171. OLIVEIRA, Fernão Justen de. “Parceria Público-Privada. Aspectos de Direito Público Econômico”, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, pp. 167 a 171. BLANCHET, Luiz Alberto. “Parcerias Público-Privadas. Comentários à Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004”, Curitiba: Editora Juruá, 2009, pp. 32 a 33.

partes e capítulos diferentes do livro, o que tornará difícil o sucesso da sua empreitada de busca de referências para construir as cláusulas contratuais sobre risco ambiental.

Nesse contexto, a presente nota pretende iniciar reflexão sobre como devem ser as cláusulas dos contratos de concessão e PPP a respeito dos riscos ambientais.

Reconheço desde já o risco de, não sendo especialista nos aspectos ambientais, tratar de temas técnicos nessa área. Creio ser, contudo, necessário correr esse risco para iniciar o trabalho de construção dessa ponte entre a Teoria do Direito Administrativo sobre os contratos de concessão e PPP e as questões de natureza ambiental.⁹

Para aconselhar a distribuição de riscos ambientais a seguir descrita, segui as melhores práticas em distribuição de riscos em contratos, conforme princípios que já enunciei diversas vezes em outros escritos de minha autoria, aos quais remeto os leitores que tiverem interesse na compreensão desses princípios.¹⁰

2. Categorias importantes para a distribuição do risco ambiental

Para distribuição dos riscos ambientais em contratos de concessão e PPP, é importante distinguir as seguintes categorias e atividades:

- (a) Condução do processo de licenciamento perante o órgão ambiental – dessa perspectiva é preciso definir qual das partes será responsável por assumir a posição de “empreendedor” no processo de licenciamento ambiental.
- (b) Custeio e condução dos estudos para licenciamento ambiental – é preciso definir quem contrata e quem arca com o custo dos estudos para realização do licenciamento ambiental, particularmente do EIA – Estudo de Impacto Ambiental e o RIMA – Relatório de Impacto Ambiental.
- (c) Dano ambiental¹¹ – ocorrências que gerem impactos negativos ao meio ambiente. Esses danos não necessariamente são ilícitos. Muitas vezes, eles são indispensáveis para a

⁹ Note-se que já cuidei do tema do tratamento de populações atingidas pelos projetos de infraestrutura implantados por meio de contratos de concessão e PPP no artigo de minha autoria intitulado “Desapropriações e desocupações em concessões e PPPs: custos, riscos, sensibilidade política, e os Princípios do Equador”, disponível em versão preliminar no seguinte link: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/desapropriacao-e-reassentamento-final-para-publicacao>.

¹⁰ RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs. Melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Editora Atlas, 2001. RIBEIRO, Maurício Portugal e PINTO, Gabriela Engler. Concessão de aeroportos e de rodovias federais; o erro de atribuir ao concessionário riscos controlados pelo poder concedente e as suas consequências. Disponível na internet: <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/20140204-riscos-controlados-por-uma-parte-e-atribuidos-a-outra-parte-publicado>>. RIBEIRO, Maurício Portugal e GALÍPOLO, Gabriel. Subsídio a investimento em concessões e PPPs. Disponível na internet: <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/subsidio-a-investimento-em-concessoes-e-ppps>>.

¹¹ Para Édis Milaré, dano ambiental é “a lesão aos recursos ambientais, com a conseqüente degradação-alteração adversa ou – in pejus – do equilíbrio ecológico e da qualidade ambiental” (MILARÉ, Edis. *Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. pp. 421e 422.). Ou, como afirma Leite: “o dano ambiental deve ser compreendido como toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não ao meio ambiente), diretamente como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e indiretamente a terceiros tendo em vista interesses próprios individualizáveis e que refletem o macrobem” (LEITE, Jose Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 56)

implantação ou operação de uma dada infraestrutura e, por isso, no processo de licenciamento do empreendimento, a realização do dano ambiental é tratado por meio do estabelecimento de condicionantes ao licenciamento.

- (d) Passivo ambiental¹² – são situações de risco eminente de realização de danos ambientais ou danos ambientais realizados no passado na área de domínio do projeto, a ficar sob a responsabilidade do concessionário. Essas situações e danos precisam ser reparados, sob pena inclusive do concessionário ser responsabilizado por eles.
- (e) Condicionantes ambientais¹³ – são as exigências realizadas pelos órgãos ambientais, ao longo do processo de licenciamento, para mitigação dos danos que podem ser minorados e compensação daqueles danos que não podem ser minorados.

3. A distribuição do risco de licenciamento ambiental

3.1. Contexto legal em relação a licenciamento ambiental de projetos a serem implantados por meio de contratos de concessão ou PPP

Não há exigência legal geral de obtenção de licença ambiental antes da licitação de concessões e PPPs.

A Lei Federal 8.987/95 (Lei Geral de Concessões) não tratou do tema do licenciamento ambiental.¹⁴

A Lei de PPP, contudo, mencionou no seu artigo 10, inciso VII, que a abertura do processo licitatório está condicionada à obtenção de “(...) *licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.*”

Portanto, para os projetos de concessão comum, não há exigência legal genérica de haver licença prévia ou diretrizes para licenciamento ambiental para abertura do processo licitatório. Existe, contudo, essa exigência para os contratos de PPP.

Essa diferença de tratamento entre as PPPs e as concessões em relação ao licenciamento ambiental a rigor não se justifica. Ela existe apenas porque a Lei de PPP, sendo mais recente,

¹² Os passivos ambientais podem ser definidos como as “áreas ambientalmente degradadas ou em vias de degradação” (Pesquisa e estudos de viabilidade de PPP. Projeto BR-040, p. 231), devendo-se atentar ao seu distanciamento da definição contábil, mais comumente utilizada, que se contrapõe aos ativos ambientais e segundo a qual é “toda agressão que se praticou/pratica contra o meio ambiente e consiste no valor dos investimentos necessários para reabilitá-lo, bem como multas e indenizações em potencial.” (Ibracon NPA nº 11 – Balanço e ecologia, item 09, p. 02).

¹³ “Condicionantes são recomendações definidas pelo Órgão Ambiental e que o empreendedor deverá atender pois fazem parte da licença ambiental. A necessidade de entregar relatórios periódicos de monitoramento da qualidade da água ou do ar em determinados prazos, pode ser um exemplo. Caso o empreendedor não atenda qualquer condicionante da licença, esta poderá ser suspensa, não ser concedida nas etapas sucessivas ou não ser renovada.” (Licenciamento ambiental. O que são condicionantes? Disponível na internet: <<http://www.ibama.gov.br/supesba/licenciamento-ambiental>>)

¹⁴ A única menção a questões ambientais na Lei 8.987/95 é a constante do art. 29, nos seguintes termos:

“Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

(...)

X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação;”

absorveu diversas preocupações que não foram tratadas quando da elaboração da Lei Geral de Concessões.¹⁵

Note-se que não há uma interpretação definitiva do que sejam essas “diretrizes para o licenciamento ambiental” previstas na Lei de PPP. O regulamento previsto na lei para estabelecer como devem ser elaboradas essas diretrizes jamais foi emitido. Sequer tenho notícia de que algum órgão ambiental tenha se dedicado à discussão desse tema.¹⁶

Na falta de regulamento sobre o tema, a interpretação mais comum tem sido que consubstancia “diretrizes para o licenciamento” o termo de referência aprovado pelo órgão ambiental competente para o licenciamento, com as condições necessárias para a realização do Estudo de Impacto Ambiental – EIA e do Relatório de Impacto Ambiental – RIMA para o empreendimento.

Portanto, para início da licitação de PPPs é preciso ou haver licença ambiental do empreendimento ou haver diretrizes para o licenciamento ambiental, o que significa, no contexto atual, o termo de referência para realização do EIA-RIMA do projeto, aprovado pelo órgão ambiental competente para o licenciamento.

Já para as concessões comuns, conforme mencionado acima, não há exigência legal genérica de qualquer cumprimento de requisito da perspectiva ambiental para dar início à licitação. Em alguns setores, contudo, como as licitações para exploração de potencial hidrelétrico, há exigência legal de obtenção de licença ambiental antes da licitação da concessão.¹⁷

3.2. Qual a lógica de não se exigir licença prévia ambiental antes da licitação de concessões e PPPs?

Em primeiro lugar, é preciso distinguir a concessão de projetos *brownfield* (existentes e já em operação) da concessão de projetos *greenfield* (não existentes, que serão ainda construídos). Em projetos *brownfield*, o problema central é a regularização ambiental e obtenção da licença operacional, que a Administração Pública raramente se preocupa em obter para as infraestruturas que opera. Essa regularização ambiental e obtenção da licença operacional tende a ser muito mais simples do que o processo de licenciamento para projetos *greenfield*. Portanto,

¹⁵ A Lei nº 8.666/1993 também não tratou diretamente sobre a realização de licenciamento ambiental em obras públicas, limitando-se a exigir a que “as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório” (Art. 7º, § 2º, I).

Para o TCU, no entanto, “Quando da elaboração do projeto básico, é necessário verificar se o empreendimento necessita de licenciamento ambiental, conforme dispõem as resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) nº 001/1986 e nº 237/1997 e da Lei nº 6.938/1981. Se preciso, deve-se elaborar Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), como partes integrantes do Projeto Básico.” (TCU, Obras Públicas. Recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras de edificações públicas. Brasília: 3ª edição, 2013, p. 17). “É entendimento pacífico na jurisprudência do TCU que a Licença Prévia (LP) deve existir antes da instauração da licitação [de obras públicas], pois o atendimento das exigências ambientais é determinante na própria concepção do objeto”. (Processo nº TC 017.008/2012-3, Acórdão nº 2086/2012, relatora Ministra Ana Arraes, Plenário, julgamento realizado em 20/06/2012 e publicado no DOU em 08/08/2012)

¹⁶ Existem, no entanto, iniciativas setoriais isoladas para o estabelecimento de diretrizes para o licenciamento ambiental, tal como a Portaria Interministerial nº 288/2013, que institui parâmetros para a regularização ambiental das rodovias federais através do Programa de Rodovias Federais Ambientalmente Sustentáveis – PROFAS.

¹⁷ Lei nº 10.847, de 15 de março de 2004, “Art. 4º Compete à EPE: (...) VI- obter a licença prévia ambiental e a declaração de disponibilidade hídrica necessárias às licitações envolvendo empreendimentos de geração hidrelétrica e de transmissão de energia elétrica, selecionados pela EPE.”.

para as anotações a seguir, estarei me referindo aos problemas de licenciamento de projetos *greenfield*, de projetos novos ainda não implantados, salvo quando eu especificamente mencionar os projetos *brownfield*.

É preciso também separar as situações ambientais especiais, como por exemplo, a implantação de projetos na Amazônia Legal ou em quaisquer tipos de APAs – Áreas de Proteção Ambiental. Evidentemente, que projetos a serem implantados nessas áreas passarão naturalmente por processo de licenciamento mais difícil. Para as anotações a seguir, estarei me referindo à implantação de projetos em situação normal, que não tenham impactos sobre áreas especialmente protegidas da perspectiva ambiental.¹⁸

Dadas essas premissas, é preciso reconhecer, em primeiro lugar, que a obtenção da licença prévia ambiental do empreendimento antes da licitação do contrato de concessão ou PPP dá maior segurança às partes quanto aos custos envolvidos no cumprimento das condicionantes ambientais estabelecidas para a implantação do empreendimento e quanto aos passivos a serem remediados. Por isso que, em regra, seria desejável a obtenção da licença prévia ambiental do empreendimento antes da licitação do contrato de concessão ou PPP.

Além disso, é preciso reconhecer também que, na maioria dos projetos de concessão e PPP, a razão principal porque o Poder Concedente não obtém a licença prévia ambiental antes da licitação da concessão ou da PPP são as dificuldades operacionais e os prazos necessários para a Administração Pública contratar projeto básico de engenharia e EIA-RIMA.

Note-se que a Lei de PPP exige atualmente estudos de engenharia em nível de detalhamento de anteprojeto¹⁹ para início da licitação de PPP, enquanto que vários dos órgãos ambientais exigem estudos de engenharia em nível de detalhamento de projeto básico para emissão da licença prévia ambiental.

Nesse contexto, a decisão de obter a licença ambiental antes da licitação da PPP implicaria na obrigação do Poder Concedente contratar e desenvolver projeto básico. O problema nesse caso são, como já mencionei acima, os prazos e a capacidade operacional da Administração Pública de contratar esses projetos.

Enquanto que um anteprojeto, de, por exemplo, uma linha de metrô de superfície de 20 km de extensão em área urbana, pode ser feito em 4-5 meses, um projeto básico precisa de em torno 9 meses a um ano para ser feito adequadamente.

Some-se a isso os prazos para a contratação desse projeto básico e do anteprojeto.

Enquanto o anteprojeto pode ser obtido por meio de uma PMI – Processo de Manifestação de Interesse, que demora algo em torno de 2 meses até início dos estudos. Muitas vezes é difícil

¹⁸ O tema é regulamentado pela Lei nº 9.985/2000, que define as unidades de conservação como sendo o “espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção”, do qual são espécies as Área de Proteção Ambiental – APA, Área de Relevante Interesse Ecológico, Floresta Nacional, Reserva Extrativista, Reserva de Fauna, Reserva de Desenvolvimento Sustentável, Reserva Particular do Patrimônio Natural, Estação Ecológica, Reserva Biológica, Parque Nacional, Monumento Natural e Refúgio de Vida Silvestre.

¹⁹ Sobre isso, vide RIBEIRO, Mauricio Portugal. A Lei 12.766 (resultante da conversão da medida provisória 575/12) e o Nível de Detalhamento dos Estudos de Engenharia em PPPs. Disponível na internet: <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/a-lei-1276612-e-o-detalhamento-dos-estudos-de-ppp>>

obter estudos com grau de detalhamento de projeto básico por meio de PMI. Isso porque, na PMI, o ente privado autorizado a realizar os estudos corre o risco de não obter o reembolso dos custos do projeto, e o custo de projeto básico é muito mais alto do que o de um anteprojeto, de maneira que, muitas vezes, os entes da iniciativa privada estão dispostos a correr o risco de não receber o reembolso do custo do anteprojeto, mas não estão dispostos a correr o risco de não receber o reembolso do custo do projeto básico.

Daí que o prazo para início de uma licitação de PPP, que pode ser em torno de 6 meses (4 meses para realização do anteprojeto e 2 meses de procedimento de PMI precedentes ao início do estudo) passa para algo em torno de 11 meses se a iniciativa privada aceitar uma PMI com exigência de entrega de projeto básico (2 meses de procedimento mais 9 meses de execução do projeto básico), e passa para algo em torno de pelo menos 15 meses se o Poder Concedente resolver contratar o projeto básico (9 meses para execução mais 6 meses para a licitação).²⁰

Se a intenção for ter licença prévia ambiental antes da licitação, some-se aos prazos para obtenção do projeto básico, pelo menos o prazo para a execução do EIA-RIMA, que pode ser de 1 ano.²¹

Portanto, se exigirmos que a licença prévia ambiental seja emitida antes da licitação da concessão ou PPP, estaríamos falando de adiar o início da licitação da PPP ou concessão entre 23 meses (11 meses para obtenção do projeto básico via PMI e mais 1 ano para realização do EIA-RIMA) e 27 meses (15 meses para obtenção de projeto básico contratado por licitação, mais 1 ano para realização do EIA-RIMA).

E esse adiamento por 2 anos da publicação do edital da concessão ou PPP tem efeitos relevantes do ponto de vista político. Ele pode implicar em impedir a contratação da concessão ou PPP dentro do mandato do Chefe do Poder Executivo, ou impedir que as obras principais decorrentes do contrato de concessão ou PPP fiquem prontas dentro do seu mandato, o que lamentavelmente eliminaria os incentivos políticos para a realização do projeto.

As considerações acima explicam por que, na prática, não há incentivos para os agentes públicos obtenham licença ambiental prévia antes da licitação de projetos de concessão ou PPP. Mas, é necessário agora explicar porque em alguns casos faz sentido da perspectiva econômica deixar para obter a licença ambiental prévia após a contratação da concessão ou PPP.

Com o objetivo de maximizar a eficiência na execução do contrato de concessão ou PPP, muitas vezes o Poder Concedente estabelece no contrato indicadores quantitativos e qualitativos do serviço a ser prestado e delega ao concessionário a atribuição de encontrar a melhor forma de alcançar aqueles indicadores de serviço, transferindo-lhe, inclusive a responsabilidade de

²⁰ Notem que desconsidere para esses cálculos os prazos para processamento e aprovação interna dos estudos, que em alguns entes governamentais podem ser prazos bastante relevantes de mais de 3 meses.

²¹ A realização de licitação pública para a contratação de EIA-RIMA pode, em situação normal, demorar mais de 6 meses. E a elaboração do EIA-RIMA pode levar em torno de um ano (algumas vezes é necessário, por exemplo, análise do potencial impacto ambiental do projeto ao longo das quatro estações do ano). Estamos supondo que o prazo da licitação pública para a contratação do EIA-RIMA nesse caso pode ser desconsiderado, pois ela poderia ser realizada ao longo da elaboração do projeto básico, ou o EIA-RIMA poderia ser contratado, inclusive, em conjunto com o projeto básico de engenharia. Note-se que após o prazo para a realização do EIA-RIMA há o prazo para a sua aprovação, que inclui, por exemplo, a realização de audiência pública, e finalmente a emissão propriamente da licença ambiental. Pode-se dizer que o prazo de um ano que estamos considerando é bastante agressivo nesse contexto.

realizar o projeto básico e o executivo da infraestrutura a ser implantada e utilizada para a prestação dos serviços.

Note-se que o fato da Lei de PPP exigir atualmente a disponibilização pelo Poder Concedente de estudos de engenharia em nível de detalhamento de anteprojeto, como condição para início da licitação, não impede o Poder Concedente de, no contrato de concessão ou PPP, dar ampla liberdade de escolha ao concessionário da melhor forma de atingir os indicadores de serviço. É que a função do anteprojeto exigido na Lei de PPP é a definição do custo de referência dos investimentos para o estabelecimento do preço-teto para efeito da licitação. A Lei de PPP não exige, contudo, que o anteprojeto seja vinculante para o concessionário. Portanto, os contratos de PPP (assim, aliás, como os de concessão) podem estabelecer que o concessionário não está vinculado ao anteprojeto disponibilizado pelo Poder Concedente; pode, ainda, estabelecer que o concessionário está vinculado a apenas alguns aspectos do anteprojeto e não a outros.²²

A transferência para o concessionário da obrigação de realizar os projeto básico e executivo de engenharia é, de um lado, um mecanismo para lhe dar espaço para encontrar a forma mais eficiente (menor custo) para atingir o nível de serviço estabelecido no contrato. Por outro lado, ao transferir essa obrigação para o concessionário, o Poder Concedente elimina as chances do concessionário responsabilizar o Poder Concedente por deficiências de projeto de engenharia que eventualmente impeçam o concessionário de atingir os indicadores de serviço previstos no contrato.

Se o contrato não vincular o concessionário ao anteprojeto, o concessionário poderá adotar soluções de engenharia para implantar o projeto completamente diferentes daquelas pensadas pelo Poder Concedente.

Nesse caso, mesmo que houvesse licença ambiental prévia, seria necessária a sua alteração.

Nesse contexto, faz sentido deixar a obtenção da licença ambiental para após a contratação do concessionário, para que o processo de licenciamento seja realizado em cima das soluções de engenharia que efetivamente irá utilizar.

3.3. Quem deve assumir a posição de “empreendedor” para efeito do processo de licenciamento ambiental?

Os contratos de concessão e PPP precisam definir qual das partes assumirá a posição de empreendedor no processo de licenciamento ambiental.

Em grandes projetos *greenfield*, me parece fazer sentido que, formalmente, o empreendedor para efeito do licenciamento ambiental seja o órgão público contratante da PPP, particularmente se o órgão ambiental competente para licenciamento do projeto for da mesma esfera de governo do órgão contratante da PPP.

É que os órgãos contratantes geralmente têm interlocução mais fácil com o órgão ambiental do que qualquer concessionário que vier a ser contratado. Além disso, o envolvimento formal do órgão contratante no procedimento de licenciamento ambiental sinaliza para o órgão ambiental

²² Em contratos de PPP e concessão bem feitos, a principal forma de controle do desempenho do concessionário é a sua vinculação a indicadores de serviço previstos no contrato (ainda que seja necessário muitas vezes a vinculação também a aspectos do anteprojeto ou do projeto básico de engenharia existente).

e para a iniciativa privada a prioridade política da implantação do projeto e isso, na prática, pode influir no prazo necessário para a realização do licenciamento do projeto.

Note-se que em projetos cujo licenciamento é considerado difícil pode-se condicionar a eficácia plena do contrato de concessão ou PPP à obtenção da licença prévia pelo Poder Concedente. Imagine-se, por exemplo, uma PPP para construir uma nova ponte sobre a Baía de Guanabara ou para implantar um túnel de metrô subaquático (ou por baixo do leito da Baía de Guanabara), ligando a Praça Araribóia na Cidade de Niterói à Praça XV na Cidade do Rio de Janeiro, ou ainda uma PPP de uma ponte cortando a Baía de Todos os Santos, ligando a Ilha de Itaparica à Cidade de Salvador. Se a PPP ou concessão desses projetos for contratada sem licença prévia ambiental, a depender das dificuldades esperadas no licenciamento, pode fazer sentido condicionar a eficácia plena do contrato ou a emissão da ordem de serviço para início da implantação à obtenção da licença ambiental prévia pelo Poder Concedente no prazo estipulado para tanto no contrato.

É comum que, após a obtenção da licença prévia ambiental, o concessionário assuma a posição de empreendedor para a continuidade do processo de licenciamento (obtenção da licença de instalação e operacional). É que, obtida a licença prévia ambiental, o restante do procedimento de licenciamento traz menores riscos em relação ao descumprimento dos prazos esperados para a sua realização e em relação ao eventual estabelecimento de novas obrigações de natureza socioambiental.

3.4. Quem deve contratar e custear os estudos de impacto ambiental?

É preciso que o contrato de concessão ou PPP estabeleça quem deve custear os estudos de impacto ambiental.

Na minha opinião, faz sentido que esses estudos sejam contratados pelo concessionário. É que o concessionário consegue em prazos mais curtos que o Poder Concedente contratar os estudos de impacto ambiental. Para contratação desses estudos, o Poder Concedente tem que fazer licitação, o que, como já notamos, no item 3.2 acima, pode impactar os prazos para a implantação do projeto.

Além disso, considerando a facciosidade da cultura em torno da Lei 8.666/93 na direção de contratações pelo critério melhor preço e as dificuldades de aferir qualidade de empresas de consultoria usando a Lei 8.666/93, a tendência é que, se o Poder Concedente ficar responsável pela contratação da consultoria ambiental, ele terminará contratando empresa que não detém a capacitação adequada.

Em relação ao custo dos estudos, muitas vezes ao longo do processo de licenciamento, o órgão ambiental exige estudos adicionais, em vista dos resultados do EIA-RIMA. Essa possibilidade de exigência de estudos adicionais cria incerteza sobre o custo dos estudos no momento da licitação do contrato de PPP e concessão. Por isso, acho que a melhor forma de tratar desse tema no contrato de concessão ou PPP é estabelecer um custo de referência para esses estudos e estabelecer o direito do concessionário solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato se o estudo custar mais que o valor de referência, e o direito do Poder Concedente solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se o estudo custar menos que o valor de referência.

4. As compensações e mitigantes ambientais

É comum que o processo de licenciamento ambiental estabeleça condicionantes, que tomam a forma de compensações ambientais ou de mitigantes ambientais.

As mitigantes ambientais são condicionantes cujo objetivo é a redução do impacto ambiental de um dado projeto.

As mitigantes ambientais podem envolver a exigência de modificações relevantes na obra, que alterem substancialmente o seu custo. Por exemplo, imagine-se uma obra de implantação de uma rodovia, cujo projeto enfrente uma região pantanosa pelo método de corte e aterro. Caso o estudo de impacto ambiental detecte que a área pantanosa tenha flora e fauna únicas, é possível que seja exigida, como mitigação ambiental, por exemplo, a substituição do corte e aterro por implantação de ponte com efeito de melhor preservação das características originárias da região pantanosa. Uma exigência desse tipo pode ter impacto relevante sobre o custo de implantação do projeto.

Já as compensações ambientais ocorrem quando o impacto ambiental não pode ser evitado ou mitigado e, por isso, deve ser compensado. Elas tomam em regra a forma de destinação de recursos pecuniários para fins ambientalmente benéficos ou para custeio de programas ambientais compensatórios. Há compensações legalmente pré-estabelecidas. Por exemplo, a destinação de um percentual do custo de determinado tipo de obra para fins ambientalmente benéficos. Outras compensações são estabelecidas discricionariamente pelo órgão ambiental competente ao longo do processo de licenciamento.

Quando a concessão ou PPP é licitada sem licença ambiental prévia, há grande incerteza sobre a natureza e o custo das mitigantes e compensações a serem exigidas pelo órgão ambiental, e é natural que o contrato de concessão e PPP atribua ao Poder Concedente o risco de variação do custo das mitigantes ou compensações ambientais em relação ao valor estimado nos estudos ambientais disponibilizados pelo Poder Concedente. Isso significa que o concessionário terá direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso as condicionantes e mitigantes exigidas pelo órgão ambiental quando do processo de licenciamento tenham custo superior ao originalmente estimado pelo Poder Concedente, nos seus estudos ambientais preliminares.

Mesmo quando o risco de variação do custo das mitigantes e compensações ambientais é atribuído ao Poder Concedente, geralmente o contrato de PPP ou concessão atribui ao concessionário a obrigação de cumprir as mitigantes e condicionantes ambientais. É que não faria sentido que tais mitigantes e condicionantes fossem cumpridas pelo Poder Concedente: em primeiro lugar, porque o concessionário terá, de qualquer modo, que estar mobilizado para realizar a obra. Além disso, o Poder Concedente provavelmente não conseguirá cumprir com essas mitigantes e condicionantes diretamente. Terá que contratar terceiros para isso, o que provavelmente atrasaria a implantação da infraestrutura. E, no caso de algumas mitigantes ambientais – particularmente aquelas que dizem respeito a modificações na solução de engenharia a ser adotada para implantação do empreendimento – sequer seria possível o cumprimento por outro ente senão o responsável pela realização da obra.

5. A distribuição do risco de dano ambiental

Obras de infraestrutura geralmente provocam danos ambientais, impactos negativos que são consequência da própria realização da obra.

Para gerar os incentivos corretos, o risco e os custos dos danos ambientais decorrentes de um dado empreendimento devem ser atribuídos ao responsável por conduzir a implantação desse empreendimento (nesse caso, o concessionário), pois ele é quem pode prevenir, minorar e remediar os danos ambientais decorrentes da realização da obra.

A concessionária, por sua vez, poderá, no contrato de construção do empreendimento, transferir parte desse risco para a construtora que contratar.

6. A distribuição do risco de passivos ambientais

Os passivos ambientais podem ser definidos como danos ambientais ocorridos no passado e que continuam a produzir efeitos ou a demandar reparação quando da assunção pelo concessionário da área na qual será implantado o projeto.

Entre os especialistas em Direito Ambiental, há entendimento de que, por lei, a responsabilidade por passivos ambientais é “*per rem*” ou “*in re ipsa*”, isto é segue o imóvel no qual se situa o passivo.

Esse entendimento cria o risco do concessionário ser responsabilizado por passivos ambientais para os quais ele não contribuiu, simplesmente em vista da sua relação (de domínio, detenção ou posse, a depender do previsto no contrato de concessão) com o imóvel no qual esses passivos se localizam.

Por essa razão, é preciso que o contrato de concessão ou PPP trate o risco de passivos ambientais conforme descrito nas próximas rubricas.

6.1. Como o estudo de viabilidade da concessão e o contrato devem lidar com os passivos ambientais existentes na área a ser objeto de concessão?

Em qualquer caso – mas particularmente se se tratar de um projeto *brownfield* – é preciso que os estudos de viabilidade do projeto realizados pelo Poder Concedente mapeiem os passivos ambientais existentes e que, quando da publicação do edital de concessão, seja disponibilizado relatório técnico-ambiental com a descrição da localização e das condições dos passivos ambientais encontrados e, também, o cronograma a ser exigido do concessionário para a remediação desses passivos (porque, evidentemente, o concessionário precisará de tempo para realizar as intervenções necessárias para resolver os passivos existentes).

Com base nessa lista de passivos, é viável geralmente o contrato de concessão ou PPP transferir para o concessionário o custo e o risco de lidar com os passivos constantes da lista.

Ao longo do prazo da consulta pública e do prazo para elaboração da proposta, o concessionário poderá avaliar os passivos e verificar o custo para remediá-los, que constará da sua proposta.

É comum atualmente contratos de concessão ou PPP separarem a responsabilidade pelos passivos conforme o momento da sua ocorrência: passivos ocorridos antes da transferência da área para o concessionário seriam de responsabilidade do Poder Concedente; passivos ocorridos após a transferência das áreas para o concessionário seriam de responsabilidade do concessionário. A dificuldade prática de utilização desse sistema é que nem sempre é fácil definir quando exatamente o dano ambiental gerador do passivo ocorreu. Por isso, acho mais eficiente que a transferência de responsabilidade sobre os passivos se dê com base em um

cadastro feito antes da licitação e que defina por quais passivos o concessionário ficará responsável após a transferência das áreas.

6.2. Como o contrato deve lidar com o risco de multa por passivos ambientais existentes?

Ao assinar o contrato e assumir a área de domínio da concessão, o concessionário poderá ser multado pelo órgão ambiental pelos passivos existentes nessa área, mesmo se não tiver concorrido para a ocorrência desses passivos e mesmo que não tenha havido prazo para remediá-los desde que assumiu a área.

Por essa razão, é importante que o contrato de concessão ou PPP proteja o concessionário contra multas aplicadas pelo órgão ambiental até o prazo estipulado no contrato para a remediação pelo concessionário de cada um dos passivos ambientais cadastrados. Evidentemente, passado o prazo estipulado no contrato para o concessionário remediar os passivos, a responsabilidade por eventuais multas deve recair sobre o concessionário.

6.3. Como lidar com o risco de passivos não revelados pelos estudos de viabilidade disponibilizados pelo Poder Concedente?

É possível que existam outros passivos na área da concessão que não tenham sido detectados pelos estudos realizados pelo Poder Concedente. Por exemplo, o vazamento subterrâneo de substâncias perigosas. Imagine-se que, na área de domínio onde será implantado o projeto, haja um antigo posto de gasolina e que tenha ocorrido um vazamento subterrâneo de combustíveis, que não tenha sido detectado na vistoria realizada pelos consultores ambientais do Poder Concedente.

Para lidar com essa situação, é preciso criar regra contratual que gere o incentivo no concessionário para revelar o passivo ambiental e, além disso, lhe dê o espaço necessário para remediar o passivo revelado.

Na minha opinião, a regra ideal é a que estabeleça a obrigação do concessionário de revelar o passivo, apresentando ao Poder Concedente (ou agência reguladora) relatório com a descrição do passivo, custo e cronograma para remediá-lo.

O Poder Concedente deve então analisar a documentação e o passivo descrito no documento e se chegar à conclusão de que, de fato não se trata de passivo causado pelo concessionário, apreciar o custo e cronograma sugerido pelo concessionário e estabelecer o custo de referência e o cronograma em que o passivo deve ser remediado.

A regra contratual deve estipular que o custo definido pelo Poder Concedente para a remediação do passivo será objeto de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em favor do concessionário, de maneira que a remediação desse passivo não afete as condições econômico-financeiras do concessionário.

Ao longo do cronograma para a remediação do passivo, o contrato deve estabelecer que qualquer multa imposta ao concessionário pelos órgãos ambientais, em virtude da existência do passivo revelado, lhe dará direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.