

NOTA TÉCNICA Nº 07/2016/CONAMP

Proposta de Emenda à Constituição n nº 65, de 2012

Ementa: Acrescenta o § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para assegurar a continuidade de obra pública após a concessão da licença ambiental. Dispõe que a apresentação do estudo prévio de impacto ambiental importa autorização para a execução da obra, que não poderá ser suspensa ou cancelada pelas mesmas razões a não ser em face de fato superveniente.

A **Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP)**, entidade de classe de âmbito nacional que representa mais de 16 (dezesesseis) mil Promotores e Procuradores de Justiça do Ministério Público brasileiro, membros do Ministério Público dos Estados, Militar e do Distrito Federal e Territórios, com o objetivo de colaborar para o bom desenvolvimento do processo legislativo, vem externar o seu posicionamento sobre a respeito da PEC nº 65, de 2012, que pretende acrescentar "o § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para assegurar a continuidade de obra pública após a concessão da licença ambiental", no sentido de que " a apresentação do estudo prévio de impacto ambiental importa autorização para a execução da obra, que não poderá ser suspensa ou cancelada pelas mesmas razões a não ser em face de fato superveniente", em conformidade com os argumentos e fundamentos que serão expostos a seguir.

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Inicialmente, cumpre pontuar que a PEC em referência objetiva acrescentar o § 7º ao art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nos seguintes termos:

Art. 1º. O art. 225 da Constituição passa a vigorar acrescido do seguinte § 7º.

Art. 225. 225.

.....
.....
.....

*§ 7º A apresentação do estudo prévio de impacto ambiental importa autorização para a execução da obra, que não poderá ser suspensa ou cancelada pelas mesmas razões a não ser em face de fato superveniente.
(NR)*

Antes de passarmos diretamente aos comentários ao enunciado normativo supra, consideramos relevante tecer, ainda que sucintamente, algumas importantes considerações sobre o EIA/RIMA e o contexto em que ele se insere.



Licenciamento Ambiental e Estudo Prévio de Impacto Ambiental

De acordo com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, "a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento (...)" (Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, art. 10).

O Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA trata o *licenciamento* como o "procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades (...)" tais como os referidos acima, "considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso" (Resolução CONAMA n. 237, de 19 de dezembro de 1997, art. 1º, incisos I e II).

Os dados que instruem o licenciamento ambiental dizem respeito a duas variáveis necessárias à finalidade do procedimento: a vulnerabilidade socioambiental do local da atividade, assim como os potenciais efeitos – tanto da instalação quanto de seu funcionamento (art. 2º, §2º da Resolução CONAMA n. 237, de 19 de dezembro de 1997). Quando, em razão da conjugação daqueles dois fatores, houver probabilidade de que a potencial poluição causada pela atividade seja significativa, a norma constitucional do art. 225, §1º, inciso IV, exige que o licenciamento ambiental seja mais complexo e exauriente quanto às informações consideradas. O licenciamento ambiental passa a incorporar uma série de atos necessários para a elaboração, publicidade, discussão, análise, aprovação e decisão.

O EIA é, na verdade, mais do que um Estudo. Representa verdadeiro processo, dentro do processo de licenciamento. Todo o seu conteúdo e rito são regidos, por força da delegação legislativa do art. 8º, inciso I da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, para o CONAMA que por sua vez editou a Resolução CONAMA n. 1, de 23 de janeiro de 1986. As normas específicas que dão normatividade ao conteúdo mínimo e ao processo de publicidade e participação pública do EIA incorporam-se e formam o devido processo legal do licenciamento, condicionando a validade de todas as licenças ambientais que forem emitidas para o Projeto analisado.

Dentre os principais elementos que diferenciam um licenciamento sujeito à EIA e seu respectivo relatório (RIMA) dos demais está a necessidade de apresentação de alternativas locacionais e tecnológicas ao Projeto, assim como a análise comparativa de seus impactos (arts. 5º, inciso I e 6º, inciso II, Resolução CONAMA n. 1, de 23 de janeiro de 1986).

Com essa exigência, considerada pela matriz norte-americana como "o coração do EIA" (*Council on Environmental Quality* - CEQ Regulations for Implementing NEPA, Section 40 C.F.R. §1502.14), garante-se que a decisão do órgão ambiental é informada quanto à configuração do Projeto que apresentar os menores impactos socioambientais. E, para além de ser uma importante etapa do licenciamento prévio, a avaliação do estudo de alternativas e outros congêneres, que necessariamente precisam ser orientados e aprovados pelo Poder Público, confere efetividade ao princípio da prevenção ambiental.

A publicidade do EIA – de todos os seus elementos – foi incorporada com a exigência do próprio instrumento no ordenamento jurídico brasileiro. Não em apenas uma lei qualquer, mas na própria Constituição da República, em seu art. 225, §1º, inciso IV ("exigir, [...] estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade"). A exigência

foi confirmada pela Resolução CONAMA n. 237, de 19 de dezembro de 1997, cujo art. 3º determina a mesma imposição de publicidade ao EIA (“[...] prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.”).

Em última análise, a publicidade é a condição base para a participação pública no processo decisório com base em EIA. E participação pública efetiva é igualmente um elemento fundamental do processo de avaliação de impactos ambientais.

Nesse contexto, percebe-se a relevante finalidade do EIA para fins de provocar, ensejar, uma decisão racional, técnica, legal e transparente pelo órgão ambiental sobre a viabilidade socioambiental de um empreendimento potencial ou efetivamente causador de significativa degradação. Ao fazê-lo, bem de ver, o Poder Público, por intermédio do órgão ambiental licenciador, estará: (i) primando pelos princípios da prevenção e precaução, extraídos inclusive de Tratados internacionais (“ECO-92”); (ii) exercendo o seu Poder de Polícia, na modalidade consentimento de polícia, a fim de garantir o princípio da supremacia do interesse público; (iii) ultrapassando apenas a 1ª etapa de um processo trifásico, em bases democráticas, sem prejuízo do remanescente e indeclinável “poder de autotutela”, que lhe permite, assim como ao Judiciário, garantir a necessária higidez e juridicidade do licenciamento, mantendo-o infenso de nulidades.

II. SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA PROPOSTA

Como cediço, o **art. 225, caput**, da CRFB/1988, ao inaugurar o Capítulo “Do Meio Ambiente”, consagrou o direito fundamental – difuso, de “3ª geração” e indisponível - ao meio ambiente. E, para além de consagrar um direito fundamental, cuja doutrina e a jurisprudência reconhecem como indissociável da vida, notadamente da vida em condições dignas (art. 1º, III, CRFB/1988), o Poder Constituinte originário também estabeleceu um dever fundamental, notadamente ao Poder Público. *In verbis*:

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

Ora, ao possibilitar que a mera “apresentação” do EIA/RIMA “importa autorização para a execução da obra”, acrescentando que esta “não poderá ser suspensa ou cancelada pelas mesmas razões a não ser em face de fato superveniente”, a Proposta em discussão acaba por enfraquecer sobremaneira o grau de proteção ambiental conferido pelo sistema vigente.

Com a proposta, o dever de defesa e preservação, mandamento este de natureza intergeracional, acaba por ser consideravelmente amainado, retirando do Poder Público a inafastável obrigação, materializada em atos de poder de polícia, de tutelar o direito fundamental ao meio ambiente. Ou seja, flexibiliza-se não só a proteção, tornando-a deficiente (vg. com aumento dos riscos e danos), como também o próprio conteúdo do direito.

Com isso, o ordenamento jurídico brasileiro, que atualmente é reconhecido mundialmente por ter uma Constituição (*Lex Matter*) efetivamente preocupada com a tutela do meio ambiente, enveredará, infelizmente, na contramão das modernas Constituições e sistemas normativos que: (i) balizando o poder de conformação legislativa, notadamente pelos Poderes Constituídos (vg. Legislativo), busca evitar a denominada “proteção deficiente” do direito fundamental; (ii) primam pela manutenção ou até mesmo

progresso dos direitos fundamentais, como ao meio ambiente equilibrado, evitando retrocessos.

Corroborando o quanto acima exposto, e que se aplica, por idênticas razões, para demonstrar o mesmo vício (de inconstitucionalidade material) em relação ao **§1º do art. 225 da CRFB/1988** (*"para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público"*), valemo-nos das seguintes lições doutrinárias:

*"A proteção ambiental constitucional não só legitima e facilita, como também obriga a intervenção estatal, legislativa ou não, em favor da manutenção e recuperação dos processos ecológicos essenciais. (...) Não há como se admitir o progresso material em relação à existência humana sem que haja, de igual maneira, o progresso – ou, no mínimo, a manutenção – dos níveis de proteção jurídica do substrato natural da vida, especialmente para os processos ecológicos essenciais" (Antonio Herman Benjamin, *apud* Cristina Godoy de Araujo Freitas, Temas de Direito Ambiental, MPSP, Imprensa Oficial, 2015, p.25/26).*

"Há defeito de proteção quando as entidades sobre as quais recai o dever de proteção adotam medidas insuficientes para a garantia da proteção constitucionalmente adequada dos direitos ambientais" (José Joaquim Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra, Almedina, 7ª Ed., 2003, p.273).

Na linha dessas lições doutrinárias, vale observar também a jurisprudência cristalizada ao longo dos anos sobre a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente, podendo-se conferir, dentre outros, os seguintes precedentes:

"(...) todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161)", STF, in ADI-MC 3540/DF, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 01/09/2005, DJ 03-02-2006.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE PARALISAÇÃO DE EXTRAÇÃO DE ARGILA. IMPETRANTE QUE ESTAVA COM A LICENÇA DE OPERAÇÃO VENCIDA. CABIMENTO DA PARALISAÇÃO DE ATIVIDADES COMO ALTERNATIVA ÚNICA OFERECIDA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ENQUANTO NÃO FOR CONFERIDA A LICENÇA AMBIENTAL PELO ÓRGÃO COMPETENTE. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ATUOU NO SEU LEGÍTIMO PODER DE POLÍCIA, CONSUBSTANCIADO NO DEVER DE FAZER CESSAR ATIVIDADE AMBIENTALMENTE NOCIVA. APELO DESPROVIDO. A atividade poluidora ou causadora de danos ambientais deve merecer pronta atuação da Administração Pública, a quem incumbe a obrigação de propiciar à população a efetividade do direito ao meio ambiente saudável, essencial à garantia de subsistência da vida humana neste planeta. O princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal não reserva a mínima discricionariedade à Administração Pública, mas impõe o dever inquestionável de atuar na tutela ambiental para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por isso é que os agentes públicos, diante do comando específico das normas ambientais e do princípio da eficiência, têm o dever jurídico de adotar e executar as



medidas mais eficazes para a satisfação desse bem da vida. (TJ-SP - APL: 35561920108260306 SP 0003556-19.2010.8.26.0306, Relator: Renato Nalini, Data de Julgamento: 25/08/2011, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Data de Publicação: 01/09/2011)

Para além da contrariedade aos preceitos fundamentais supracitados, dispositivos estes consagrados pelo Poder Constituinte originário, temos que a Proposta em discussão também contraria a efetiva exigência do EIA/RIMA para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ao meio ambiente, uma vez que:

(i) contenta-se, pura e simplesmente, com a mera apresentação do EIA/RIMA;

(ii) conseqüentemente, torna prescindível a aprovação do EIA/RIMA pelo Poder Público para fins de autorização do início de execução da obra; e

(iii) assim, elimina todo um sistema procedimental alicerçado em décadas de evolução quanto ao tema "avaliação de impactos", seja por reduzir as prerrogativas e poderes do órgão público licenciador (vg. impondo uma "condição resolutiva" de validação cujo marco temporal, para além de preclusivo, confunde-se com a própria apresentação do estudo pelo particular!), seja por desconstituir um itinerário lógico-racional faseado (LP, LI e LO), fundamental para a efetivação do princípio da prevenção.

Quanto ao ponto, e pela pertinência, colacionamos os seguintes julgados:

(...) 7. Em respeito ao princípio da legalidade, é proibido ao órgão ambiental criar direitos de exploração onde a lei previu deveres de preservação. Pela mesma razão, mostra-se descabido, qualquer que seja o pretexto ou circunstância, falar em licença ou autorização ambiental tácita, mormente por quem nunca a solicitou ou fê-lo somente após haver iniciado, às vezes até concluído, a atividade ou o empreendimento em questão. (STJ, REsp 1245149/MS, T2 - SEGUNDA TURMA, DJe 13/06/2013).

"Embora o licenciamento ambiental possa, conforme a natureza do empreendimento, obra ou atividade, ser realizado, conjunta ou isoladamente, pela União, Distrito Federal e Municípios, não compete a nenhum deles - de modo direto ou indireto, muito menos com subterfúgios ou sob pretexto de medidas mitigatórias ou compensatórias vazias ou inúteis - dispensar exigências legais, regulamentares ou de pura sabedoria ecológica, sob pena de, ao assim proceder, fulminar de nulidade absoluta e insanável o ato administrativo praticado..." (STJ, REsp 1245149/MS, 2ª Turma, DJe 13/06/2013)

"Mister não confundir prescrições técnicas e condicionantes que integram a licença urbanístico-ambiental (= o posterius) com o próprio Epla/Rima (= o prius), porquanto este deve, necessariamente, anteceder aquela, sendo proibido, diante da imprescindibilidade de motivação jurídico-científica de sua dispensa, afastá-lo de forma implícita, tácita ou simplista, vedação que se justifica tanto para assegurar a plena informação dos interessados, inclusive da comunidade, como para facilitar o controle administrativo e judicial da decisão em si mesma" (REsp 769753/SC, 2ª Turma, DJe 10/06/2011)



Impende observar que os precedentes jurisprudenciais acima, se não bastassem para corroborar a inconstitucionalidade da Proposta à luz do inciso **IV do § 1º do art. 225 da CRFB/1988**, ainda demonstram o seguinte: a PEC em discussão parece subtrair, até mesmo do Poder Judiciário, a possibilidade de controle jurisdicional da legalidade do ato ("licença") praticado.

Com isso, trilha-se caminho já repellido pelo Supremo Tribunal Federal em casos análogos, quando considerou que proposições desta natureza violam frontalmente o princípio da inafastabilidade do controle judicial – garantia fundamental prevista no inciso **XXXV do art. 5º da CRFB/1988**.

Por fim, e igualmente relevante, não se pode olvidar que a Proposta em tela também esbarra nos incisos **III e IV do §4º, do art. 60 da CRFB/1988**, que, como se sabe, preceitua o seguinte: "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: os direitos e garantias individuais".

Com efeito, ao tratar das denominadas cláusulas pétreas, bem como das demais limitações ao denominado poder de reforma, o Pretório Excelso tem enfatizado que "o poder constituinte derivado não é ilimitado, visto que se submete ao processo consignado no art. 60, § 2º e § 3º, da CF, bem assim aos limites materiais, circunstanciais e temporais dos parágrafos 1º, 4º e 5º do aludido artigo" (STF, RE 587.008, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 2-2-2011, Plenário, DJE de 6-5-2011, com repercussão geral).

No mesmo diapasão, o Supremo Tribunal Federal, ao destacar a especial relevância e as características do direito fundamental ao meio ambiente, asseverou que:

"O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade." (MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, DJ de 17-11-1995.)

Permitir o funcionamento imediato e a continuidade de obra sem a integral observância das etapas do licenciamento, gize-se, significa afastar a realização de audiência pública, cuja especial relevância foi destacada acima.

Com efeito, a mencionada PEC afronta, a um só tempo, preceitos diretamente ligados à democracia, como o artigo 1º (princípio democrático), além do artigo 2º, no que diz com a separação dos Poderes. Isso porque confere ao mero trâmite administrativo deflagrado pela apresentação do EIA/RIMA valor paralisante das funções típicas do Judiciário, obstaculizando o exercício e o pronunciamento jurisdicional quanto à juridicidade dos atos e processos administrativos.



Além disso, também afronta o núcleo duro do direito fundamental consagrado no artigo 225, *caput* e parágrafo 1º, V do texto constitucional, pois possibilita o funcionamento de empreendimento potencialmente causador de significativa degradação sem controle do poder público por meio do licenciamento ambiental, além de ultrajar o próprio inciso IV do mesmo artigo 225, parágrafo 1º, ao desnaturar o Estudo Prévio de Impacto Ambiental-EIA em autorização ou licença definitiva.

Noutro giro, a par das justificativas acima detalhadas, que incluem o capítulo do Meio Ambiente dentro o rol de cláusulas pétreas da Constituição Federal, a elevação do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado como equivalente à preservação da vida digna, assim reconhecido como direito fundamental da pessoa humana, reforçam a posição de vedação de propostas de emendas à constituição tendentes a supressão dos direito e das garantias individuais, consignada no § 4º, IV, do artigo 60 da CFRB.

Basilar princípio da disciplina jurídica Direito do Ambiente, a preservação do equilíbrio ecológico do ambiente como um direito fundamental da pessoa humana está amparado em diversas passagens do texto constitucional, a começar pelo disposto no artigo 1º, III da CRFB que estabelece como um dos fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana.

Na medida em que a própria CRFB definiu o direito ao meio ambiente equilibrado como essencial a sadia qualidade de vida, impõe à produção da legislação infraconstitucional, mais ainda, do próprio poder constitucional derivado, limites que representem retrocesso nas garantias originariamente conferidas ao bem jurídico tutelado.

Portanto, a PEC 65 enquadra-se dentre as vedações constantes do artigo 60, parágrafo 4º, III e IV da Constituição.

Assim, a **Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP)** se manifesta **contrariamente à PEC 65/2012.**

Brasília, 19 de maio de 2016


NORMA ANGÉLICA REIS CARDOSO CAVALCANTI
Presidente da CONAMP