



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

GRUPO DE TRABALHO INTERCAMERAL

4ª Câmara de Coordenação e Revisão

6ª Câmara de Coordenação e Revisão

Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão

NOTA TÉCNICA - A PEC 65/2012 e as Cláusulas Pétreas

“A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar em processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito a compensação e reparação de danos”. (Princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro – 1992).

1. Introdução:

A Quarta Câmara de Coordenação e Revisão, a Sexta Câmara de Coordenação e Revisão e a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, todas do Ministério Público Federal, solicitaram a elaboração de Nota Técnica a propósito da constitucionalidade da Proposta de Emenda Constitucional 65/2012, de autoria do Senador Acir Gurgacz (PDT-RO), aprovada em 27/04 p.p. na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal.

Referida Proposta acrescenta o § 7º ao art. 225 da Constituição Federal, com o seguinte teor: **“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”**.

Segundo a Justificativa apresentada para a PEC 65, “uma das maiores dificuldades da Administração Pública brasileira, e, também uma das razões principais para o seu desprestígio, que se revela à sociedade como manifestação pública de ineficiência, consiste nas obras inacabadas ou nas obras ou ações que se iniciam e são a seguir interrompidas mediante

decisão judicial de natureza cautelar ou liminar, resultantes, muitas vezes, de ações judiciais protelatórias”.

A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, por meio de Parecer da lavra do Senador Blairo Maggi (PR-MT), aprovou o mérito da proposta que, segundo aduz, “visa garantir segurança jurídica à execução das obras públicas, quando sujeitas ao licenciamento ambiental. A proposta inova o ordenamento jurídico na medida em que não permite a suspensão de obra ou o seu cancelamento após a apresentação do estudo prévio de impacto ambiental (EIA), exceto por fatos supervenientes”.

2. **Emendas constitucionais e cláusulas pétreas: controle judicial e interpretação¹:**

Beira o truísmo a afirmação de que o poder de reforma da Constituição é juridicamente limitado. O seu exercício deve observar uma série de limites definidos pelo poder constituinte originário, dentre os quais figuram as cláusulas pétreas, que, na Carta de 1988, estão elencadas no art. 60, § 4º: " I- a forma federativa de Estado; II- o voto direto, secreto, universal e periódico; III- a separação dos poderes; IV- os direitos e garantias individuais"².

No Brasil, é incontroverso o cabimento de controle jurisdicional da atuação do poder constituinte derivado. Afinal, os preceitos constitucionais que instituem limites ao poder de reforma da Constituição são autênticas normas jurídicas, cuja violação não pode ser afastada do conhecimento dos tribunais. A jurisprudência do STF sobre o assunto remonta a 1926³ e, sob a égide da Constituição de 1988, diversas emendas constitucionais já foram invalidadas no todo ou em parte pela Corte, em razão da inobservância dos limites materiais ao poder de reforma. O primeiro precedente de invalidação ocorreu no julgamento do ADI nº 937⁴, em que o STF declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da EC nº 3/93. Naquele histórico julgamento, ressaltou o Ministro Celso Mello:

“É preciso não perder de perspectiva que as emendas constitucionais podem revelar-se incompatíveis, também elas, com o texto da Constituição a que aderem. Daí a sua plena sindicabilidade jurisdicional, especialmente em face do núcleo temático protegido no art. 60, §4º, da Carta Federal (...) As cláusulas pétreas representam, na realidade, categorias normativas subordinantes que, achando-se pré-excluídas, por decisão da Assembléia Nacional Constituinte evidenciam-se como temas insuscetíveis de modificação pela via do poder constituinte derivado.”

A Corte tem admitido, inclusive, a possibilidade de controle preventivo de constitucionalidade das emendas constitucionais, a partir de mandados de segurança impetrados por parlamentares. A hipótese tem fundamento no texto expresso da Constituição, que veda não apenas a aprovação, mas a própria deliberação congressual de proposta de emenda ofensiva a cláusula pétrea: *"não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...)"* (art. 60, §4º, CF)⁵.

¹ Este Capítulo consiste na reprodução integral do texto de autoria do ex-procurador regional da república Daniel Sarmento, constante da Nota Técnica: A PEC 215/00, elaborada em a pedido da 6ª CCR/MPF.

² Além destes limites expressos, discute-se ainda a existência de limites implícitos ao poder reformador.

³ HC nº 18.178, Rel. Min. Hermenegildo Barros. Julg. 1º.10.1926. *Arquivo Judiciário*, v. XVII, n. 5, p. 341. Naquele feito, o STF apreciou a validade de emenda constitucional, mas a confirmou.

⁴ Rel. Min. Sydney Sanches. *DJ*, 18 mar. 1994.

⁵ Cf. BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2004, pp. 44-45; MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 142-143.

O primeiro precedente na matéria é ainda anterior à promulgação da Constituição de 1988. No MS 20.257/DF, julgado em 1980, em que se apreciava possível violação de cláusula pétrea por emenda constitucional à Carta de 67/69, consignou o Ministro Moreira Alves:

*"Aqui, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer - em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas - que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a, taxativamente. A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição."*⁶

Esta orientação foi mantida pela Corte após o advento da Constituição de 1988 e tem sido reiterada em diversos julgados. No MS 21.642/DF, por exemplo, o STF afirmou: *"O controle de constitucionalidade tem por objeto lei ou emenda constitucional promulgada. Todavia, cabe ser exercido quando a Constituição taxativamente vede a sua apresentação ou deliberação. Legitimidade ativa privativa dos membros do Congresso Nacional"*.⁷

É verdade que, em precedente recente⁸, o STF rejeitou a possibilidade de controle preventivo de constitucionalidade de **lei**, supostamente ofensiva a cláusula pétrea. Na decisão, todavia, destacou-se que a hipótese não se confundia com a de controle preventivo de emenda constitucional. Neste último caso, como já ressaltado, o próprio texto constitucional foi expresso ao vedar não apenas a edição de emenda constitucional ofensiva aos limites materiais ao poder de reforma, como a própria deliberação parlamentar sobre a proposta da emenda, o que não ocorre com os atos normativos infraconstitucionais. E, além desta razão textual para a distinção, há outra, de natureza substantiva, ressaltada com propriedade no voto proferido no referido precedente pelo Ministro Marco Aurélio:

"O processo de aprovação de emendas corresponde ao momento de reforma do texto constitucional, de modificação de parâmetros de validade de toda a ordem jurídica nacional. Em se tratando dos riscos de alteração da Constituição, é necessário que o controle sobre esta atividade seja reforçado, considerando os aspectos fundantes da ordem constitucional e a defesa da identidade do pacto originário. No tocante aos projetos de lei, os poderes políticos interpretam e aplicam a Constituição no tráfego cotidiano. Isso não implica mudança do texto constitucional, apenas o desenvolvimento legislativo do conteúdo normativo da Carta - o desenvolvimento político do projeto constitucional. Nessa última situação, amolda-se perfeitamente o controle repressivo exercido pelo Supremo, se provocado, permitida a plena deliberação do Parlamento."

Assentada a premissa do cabimento do controle preventivo de constitucionalidade de emenda constitucional, cumpre discutir a interpretação das cláusulas pétreas. Trata-se de tema delicado, que envolve, de um lado, a necessidade de salvaguarda dos valores mais

⁶ MS 20.256, Rel. Min. Décio Miranda, RTJ 99/1031.

⁷ MS 21.642, Rel. Min. Celso Mello, RDA 191/200. No mesmo sentido, MS 21.747, Rel. Min. Celso Mello; MS 21.648, Rel. Min. Ilmar Galvão.

⁸ MS 32.033, Relator Min. Gilmar Mendes, Redator p/ ac. Min. Teori Zavacski, j. 20/06/2013.

básicos da ordem jurídica, e, do outro, o respeito ao princípio democrático, que postula o reconhecimento do direito ao autogoverno popular de cada geração⁹.

É que os limites materiais ao poder de reforma representam o grau máximo de entrincheiramento das normas jurídicas, que são retiradas do alcance até mesmo das maiorias qualificadas necessárias à aprovação de mudanças constitucionais. Só uma ruptura institucional, com nova convocação do poder constituinte originário, pode se sobrepor às cláusulas pétreas. Diante da gravidade da restrição, recomenda-se equilíbrio na interpretação dos limites materiais ao poder de revisão, para que eles não se convertam em instrumento de "governo dos mortos sobre os vivos", nem engessem em demasia a ordem constitucional, impedindo-a de se adaptar às novas necessidades e anseios sociais.

Isso não significa, todavia, que as cláusulas pétreas devam ser interpretadas sempre restritivamente, mas sim que a sua exegese deve se voltar, antes de tudo, à proteção dos princípios e valores básicos de uma sociedade democrática e inclusiva, não se prestando a justificar o entrincheiramento definitivo de decisões contingentes do poder constituinte originário, ou de meros interesses corporativos de grupos bem posicionados, que tenham logrado êxito na arena constituinte. Em outras palavras, as cláusulas pétreas devem funcionar como a "*reserva de Justiça*" da Constituição, nas belas palavras de Oscar Vilhena Vieira¹⁰.

É verdade que o Texto Magno vedou qualquer reforma "*tendente a abolir*" cláusulas pétreas. Nada obstante, não se deve interpretá-lo de forma a interditar qualquer mudança constitucional atinente aos temas salvaguardados, mas tão somente aquelas alterações que possam comprometer os valores, instituições e bens jurídicos tutelados pelos limites materiais ao poder reformador¹¹. Nesta linha, a jurisprudência do STF tem entendido, com acerto, que "*as limitações materiais ao poder de reforma, que o art. 60, § 4º, enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege*"¹².

Assim, cabe analisar se a PEC 65 ofende ou não a cláusulas pétreas da Constituição de 1988. Em outras palavras, cumpre perquirir se as mudanças pretendidas pelos proponentes da PEC têm ou não o condão de ferir os valores básicos albergados no art. 60, § 4º, da Carta de 1988. Demonstrar-se-á abaixo que isto ocorre em relação à autorização concedida para a execução de obra tão só com a apresentação do EIA, independentemente de sua análise pelos órgãos licenciadores e sem possibilidade de revisão e controle administrativo e judicial, o que ofende os limites materiais, previstos nos incisos III e IV do preceito - separação de poderes e direitos e garantias fundamentais.

⁹ A questão foi desenvolvida amplamente por SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Forum, 2012, pp. 291-318. Sobre o tema, veja-se, também, VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999; BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 159-187; BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁰ *Op. cit.*

¹¹ Neste sentido, a lição de Luis Roberto Barroso: "*A locução "tendente a abolir" deve ser interpretada com equilíbrio. Por um lado, ela deve servir para que se impeça a erosão do conteúdo substantivo das cláusulas pétreas protegidas. De outra parte, não deve prestar-se a ser uma inútil muralha contra o vento da história, petrificando determinado status quo. A Constituição não pode abdicar de sua própria identidade, assim como da preservação e promoção de valores e direitos fundamentais; mas não deve ter a pretensão de suprimir a deliberação majoritária legítima dos órgãos de representação popular; juridicizando além da conta o espaço próprio da política*". (*Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Op. cit.*, p. 168).

¹² Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, proferido no MS 23.047, DJU 14/11/2003.

3. O Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado como Cláusula Pétrea e o Princípio de Vedação ao Retrocesso Ambiental.

Em relação ao tema, posicionamo-nos em conformidade com a lição de Antonio Augusto Cançado Trindade, segundo o qual a apreciação da evolução paralela do sistema de proteção dos direitos humanos e o assim chamado “subsistema” da proteção ambiental, ambos representativos de dois grandes desafios do nosso tempo levam, ao final, à conclusão de que o direito ao meio ambiente saudável integra o rol expandido de direitos humanos, com fundamento no princípio da solidariedade.¹³

A inter-relação entre o subsistema de proteção ambiental e o subsistema de direitos humanos é, assim, inquestionável, visto que exurgem dos vários tratados antes mencionados, preceitos e previsões que se inter-relacionam em mútua dependência.¹⁴

Cite-se, a propósito, a Declaração de Estocolmo, que foi a precursora para o reconhecimento, em âmbito nacional, do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como um direito fundamental entre os direitos sociais do homem, com característica de “direitos a serem realizados” e “direitos a não serem perturbados”, no dizer de José Afonso da Silva¹⁵

Reafirmando os princípios internacionais de proteção ambiental da Declaração de Estocolmo – que influíram na elaboração do capítulo do meio ambiente da Constituição brasileira de 1988 – sobreveio a Declaração de Princípios do Rio de Janeiro, por ocasião da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, que ficou conhecida como ECO/92.¹⁶ e que, ainda, acrescentou outros princípios, sobre o *desenvolvimento sustentável e meio ambiente*, por exemplo. Já no Primeiro Princípio põe-se a correlação de dois direitos fundamentais do homem: o direito ao desenvolvimento e o direito a uma vida saudável.

A Convenção da Diversidade Biológica – CDB –, por sua vez, é o instrumento legal, obrigatório e vinculante,¹⁷ assinado também durante a ECO/92. Traz, logo em

¹³ Cf. TRINDADE, A. A. Cançado, “O caráter global dos temas ambientais reflete-se na questão da conservação da diversidade biológica e é ilustrado, principalmente, pelos problemas ligados à poluição atmosférica (como a redução da camada de ozônio e a mudança climática global). Esses problemas, de início considerados essencialmente locais, revelariam depois seu acentuado caráter global. A ameaça de danos resultantes do aquecimento planetário, por exemplo, é um problema de proporções consideráveis para muitas nações, sendo difícil atribuir suas causas a um único Estado ou grupo de Estados. Por isso, ele demanda uma abordagem inovadora, com base nas estratégias de prevenção, adaptação e significativa cooperação internacional. Nesse sentido, a Assembleia Geral da ONU, com a Resolução nº 43/53, de 1988, reconhece ser a mudança climática um interesse comum da humanidade e determina a tomada de ação imediata para cuidar do problema dentro da estrutura global. Em decorrência da abordagem globalista, a mudança climática adquire a feição de “interesse comum da humanidade”, em duas convenções de 1992, tratando a primeira especificamente da matéria e a segunda se devotando à diversidade biológica”. TRINDADE, A. A. Cançado. *Os direitos humanos e meio ambiente*. In: SYMONIDES, J (Org.). *Direitos humanos, novas dimensões e desafios*. Brasília: UNESCO, 2003. p. 166-167.

¹⁴ Cf. RAMOS, A. C., “Por interdependência entendo a mútua dependência entre os direitos humanos protegidos, pois o conteúdo de um pode vir a se vincular ao conteúdo de outro, demonstrando a interação e a complementaridade entre eles, bem como que certos direitos são desdobramentos de outros”. In RAMOS, A. C. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 203.

¹⁵ In *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros Ed., 1994, p. 43/44.

¹⁶ Anteriormente, assentado no documento “Nosso Futuro Comum” pela denominada Comissão Brundtland, instituída pela ONU, a noção de *desenvolvimento sustentável* foi consolidada de vez na Conferência da ONU-ECO 92, que produziu cinco importantes documentos: duas convenções (sobre mudança climática e biodiversidade); duas declarações (sobre uso sustentável de florestas e sobre meio ambiente e desenvolvimento); e um programa de ação (a Agenda 21). A Convenção da Diversidade Biológica conta hoje com 191 membros: 189 países e a União Européia (cf. CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. Disponível em: <<http://www.cdb.int>>. Acesso em 28 ago. 2008).

¹⁷ Segundo Flávia Piovesan, citando Louis Henkin, *International Law*, p. 416: “O termo ‘tratado’ é geralmente usado para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, que são regulados pelo Direito Internacional. Além do termo ‘tratado’, diversas outras denominações são usadas para se referir aos acordos internacionais. As mais comuns são Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio, como também Tratado ou Acordo

AD

seu preâmbulo, a afirmação do valor intrínseco da diversidade biológica e de outros valores a ela associados, bem como em relação a seus componentes, dentre estes, os valores social e econômico.

Ressalta ela a importância da diversidade biológica para a vida da biosfera, reafirma os direitos soberanos dos Estados sobre seus próprios recursos biológicos, incumbindo-os, em contrapartida, da sua conservação e utilização sustentável. Aliás, referido documento internacional tem, declaradamente, uma preocupação com a redução ou perda da diversidade biológica em decorrência de atividades humanas degradadoras do meio ambiente.

Para José Afonso da Silva, tais documentos trouxeram consigo a esperança de um novo “humanismo ecológico”, bem sintetizada na lúcida ponderação:

“O que é importante – escrevemos de outra feita – é que se tenha a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Cumpre compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente. É que a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: a qualidade da vida.”¹⁸

Assim, situada a questão ambiental no campo dos direitos humanos e, portanto, integrante das cláusulas pétreas, releva notar que os aspectos centrais da legislação ambiental, que têm a ver com a proteção das bases da vida, inequivocamente, também merecem a proteção que resulta da aplicação do princípio da proibição do retrocesso, que apreendido como premissa ético-político jurídica, no dizer do Ministro do STJ Herman Benjamin, tem como síntese moral “o progresso como marca da civilização”.¹⁹

Reproduz-se a seguir o entendimento do Ministro Herman Benjamin, expresso por ocasião da análise das alterações inflingidas ao Código Florestal brasileiro, mas que parecem ter sido escritas também para o caso *sub examen*, senão vejamos:

“Desde o iluminismo pelo menos, civilizar vem sendo conjugado com progredir; nos planos material e espiritual, o que significa avançar sempre nas conquistas políticas, sociais, econômicas e jurídicas – nunca retroceder ou reduzir o patamar já alcançado. Nenhum político seria eleito, ou reeleito, se do palanque eleitoral anunciasse estar satisfeito com o grau de desenvolvimento do País e, portanto,

Internacional. Alguns termos são usados para denotar solenidade (por exemplo, Pacto ou Carta) ou a natureza suplementar do acordo (Protocolo)”. In PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 43-44.

¹⁸ In **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 44.

¹⁹ In STJ – Publicações Institucionais. **Hermenêutica do Novo Código Florestal – Doutrina: edição comemorativa – 25 anos**. Cap. 5.1. Princípio da Proibição do Retrocesso. Para o autor Hermann Benjamin “o princípio da proibição de retrocesso revela o primeiro norte ou baliza da hermenêutica ambiental-florestal, na perspectiva constitucional. Uma matéria nova no Direito brasileiro, em franco desenvolvimento teórico e jurisprudencial, que já foi, entretanto, reconhecida pelo STJ, em mais de um precedente, um deles na Primeira Sessão, da relatoria do Ministro Teori Zavascki, um juiz que sabe casar, como ninguém, o rigor técnico-jurídico com corajosa inovação à luz dos preceitos do social, que orientam nosso Estado de Direito”.

ter chegado a hora de estagnar: Ora, se é assim com as pautas econômica e social (nível de riqueza, grau de desemprego, qualidade dos serviços públicos, etc.), descabe mudar de figura na proteção do meio ambiente e das bases da vida, tanto mais quando se considera a continuada e até crescente degradação do Planeta. Em termos jurídicos, essa ideia de progresso irreversível foi, primeira e bem recentemente, transportada para o sistema dos Direitos Humanos. Perguntemos, de novo, de modo retórico: tirante uns poucos déspotas, no poder ou fora dele, seria a tortura admissível aos povos civilizados, mesmo sob o pretexto de defesa da segurança nacional? Aí um tema sobre o qual a sociedade chegou a um compromisso inegociável, definitivo, de cunho não provisório, um dogma mesmo, que amarra as presentes e até as futuras gerações. A ideia de não retrocesso ou de proibição de retrocesso aplica-se a situações e valores dessa ordem e magnitude. A questão que se põe, então, é sobre merecer a proteção das bases da vida garantias semelhantes. O quadro axiológico da máxima se amolda perfeitamente a certos aspectos centrais da legislação ambiental. Nesse debate, relevante lembrar que, a cada ano, mais espécies da flora e fauna são adicionadas à Lista Vermelha, divulgada regularmente pela UICN. Noutras palavras, se, com toda a disciplina legal que erguemos nos últimos 30 ou 40 anos, não paramos de perder organismos vivos, porta-vozes da história de centenas de milhões de anos da evolução, sem falar de habitat preciosos e até biomas inteiros (como a Mata Atlântica brasileira), que justificativas jurídicas – mas principalmente éticas – estariam a amparar o afrouxamento do ordenamento existente, cujas eventuais falhas ou omissões, muito ao contrário, clamariam por acentuado rigor no combate à degradação?”²⁰

Portanto, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental, indisponível, que encontra seu núcleo normativo no Capítulo VI do Título VIII da CF, que só contém o art. 225, com seus parágrafos e incisos. Pertence a todos, incluindo aí as gerações presentes e as futuras, sejam brasileiros ou estrangeiros. O dever de defender o meio ambiente e preservá-lo, no entanto, é imputado ao Poder Público e à coletividade, coletividade esta que inclui toda a sociedade brasileira, inclusive as comunidades tradicionais (índigenas, quilombolas, etc.), que têm o direito de ser consultados e de participar ativamente dos processos de controle da qualidade ambiental, que possam vir a ter repercussão sobre sua qualidade de vida, sob pena de ofensa, inclusive, aos tratados internacionais, tais como a Convenção 169 da OIT, Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais da ONU, Convenção Americana dos Direitos Humanos, entre outros que o Brasil se obrigou a observar.

Consideradas tais premissas, todas elas fundamentadas no direito interno e no direito internacional dos direitos humanos, pode-se concluir, sem sombra de dúvida, que a Proposta de Emenda Constitucional 65/2012 subverte, a um só tempo, a função de um dos instrumentos mais importantes de atuação administrativa na defesa do meio ambiente – o Estudo Prévio de Impacto Ambiental – EIA, bem como fulmina a estrutura técnico-jurídica em que se fundamenta o devido processo de licenciamento ambiental, com suas indispensáveis etapas (viabilidade ambiental, instalação e operação) para obras com significativo impacto ambiental, justamente aquelas para as quais a Constituição Federal expressamente exige o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, ao qual se deve dar publicidade.

²⁰ *In ob. cit.*, p. 8.

Como mais adiante se demonstrará de modo didático, o EIA é um estudo de natureza técnica e é considerado um verdadeiro mecanismo de planejamento, na medida em que insere a obrigação de levar em consideração o meio ambiente antes da realização de obras e atividades e antes da tomada de decisões que possam ter algum tipo de repercussão sobre a qualidade ambiental. Pela sua própria natureza, não equivale a uma licença ou autorização para execução do que quer que seja. A simples apresentação deste estudo não tem o condão de *autorizar* desde logo a execução de uma obra ou atividade, pela total inadequação deste instrumento para esse fim. Necessariamente, deverá ser analisado pelos órgãos de controle ambiental, submetido ao crivo da população interessada, seja por meio de consultas ou audiências públicas, complementado e corrigido quando se mostrar necessário (e a prática demonstra que a qualidade desses estudos deixa muito a desejar, exigindo atenção redobrada em sua análise) e, quando necessário, submetido, inclusive, ao controle do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Assim, a pretensão veiculada na PEC em análise localiza-se fora do território do razoável, quer do ponto de vista técnico-científico, quer do ponto de vista jurídico, afrontando a lógica da efetividade que deve orientar a função legislativa de modo geral, a par de afrontar *o núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação a Constituição Federal pretende via do seu artigo 225, seus parágrafos e incisos, que traçam a disciplina do Direito Ambiental pátrio.*

Isto posto, não há como concordar com a singela justificativa da referida PEC 65, que, a pretexto de garantir a “segurança jurídica” na execução das obras públicas, proíbe eventual suspensão ou cancelamento de referidas obras, quando sujeitas ao licenciamento ambiental, com a mera *apresentação* do Estudo de Impacto Ambiental. Como já se referiu acima, a simples apresentação de um EIA ou qualquer outra avaliação de impacto ambiental prevista na legislação, não constitui uma “carta branca” para a imediata execução de uma obra, sem que a tal estudo se dê a publicidade que exige a própria Constituição Federal e sobre ele possam exercer o devido controle preventivo os próprios órgãos ambientais envolvidos, bem ainda outros órgãos externos, como o Ministério Público, além dos cidadãos em geral e a sociedade civil.

Tudo isso pela simples razão de que tal instrumento, muitas vezes, pode se mostrar inadequado, incompleto ou mesmo inidôneo, não se prestando, nestes casos, a cumprir o seu principal objetivo, de *instrumento de prevenção de degradações irremediáveis*. Assim, proibir que os órgãos ambientais e até o Poder Judiciário impeçam o prosseguimento da obra, mesmo que o estudo prévio tenha falhas graves e possa causar danos ambientais irreversíveis, constitui afronta às cláusulas pétreas da divisão funcional dos poderes e ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual não se pode proibir um interessado de pedir medida judicial contra lesão ou ameaça de lesão a direito (artigo 5º, inciso XXXV). Há que se possibilitar a análise prévia dos impactos ambientais da obra ou atividade a ser empreendida, e isso só é possível com a observância da sistemática de licenciamento ambiental ora vigente, onde o EIA cumpre um importante papel, mas não se substitui ao regime das licenças ambientais, destinadas a possibilitar o controle de empreendimentos potencialmente causadores de degradação ambiental.

AAA

4. O Atentado ao Núcleo Essencial do Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado:

4.1. Supressão de etapas do devido processo de licenciamento ambiental e o impedimento ao exercício do controle dos atos do Poder Público.

O licenciamento ambiental é um procedimento do qual fazem parte o EIA, o

RIMA, o “relatório de ausência de impacto ambiental significativo” (RAIAS) e a licença ambiental propriamente dita. É um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, nos termos do artigo 9º, inciso IV, da Lei 6.938/81²¹ e tem como objetivo primordial a preservação e a conservação do meio ambiente (art. 2º *caput*). Dessa forma, tem que ser utilizado sempre e permanentemente para atender a esse fim específico da PNMA.

Tal procedimento administrativo, por sua vez, desenvolve-se em três fases, não se limitando a uma só licença expedida em um único momento. Nele estão previstas três etapas para a implantação de um empreendimento potencialmente degradador do meio ambiente, a cada uma dessas etapas correspondendo uma licença específica, expedida pelo Poder Público. São elas:

- a) Licença Prévia - LP: concedida na etapa inicial do licenciamento. É a fase preliminar de planejamento da atividade, em que o empreendedor manifesta a sua intenção de realizar um determinado empreendimento, **sendo então elaborados os estudos de viabilidade do projeto (entre eles o estudo de impacto ambiental). Analisados, discutidos e aprovados esses estudos iniciais, o órgão administrativo ambiental expede a LP**, passando à segunda etapa;²²
- b) Licença de Instalação - LI: concedida na fase de elaboração do Projeto Executivo, que é um projeto mais detalhado e no qual são fixadas as prescrições de natureza técnica, capazes de compatibilizar a instalação do empreendimento com a proteção do meio ambiente.;²³
- c) Licença de Operação - LO: autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores;

Portanto, como enfatiza Álvaro Luiz Valery Mirra, em obra aqui já referida, **“o licenciamento ambiental pressupõe três etapas e a expedição de três licenças, necessária e sucessivamente. Isto significa que não se pode suprimir nenhuma dessas etapas e nem se pode iniciar uma nova etapa antes do encerramento da etapa anterior, com a correspondente concessão da licença cabível, sob pena de configurar-se flagrante ilegalidade no exercício da atividade”**.²⁴

Continua aquele autor esclarecendo que *“este é um momento importante em que pode aparecer a necessidade de controle desses atos do Poder Público. De fato, não é raro que um empreendedor acabe atropelando esse processo e se antecipando a uma ou outra das etapas, antes de obter licença para tanto. Tampouco se pode afastar a possibilidade de o Poder Público conceder uma ou mais dessas licenças antes de terminada a fase própria que enseja a sua outorga. Num caso e no outro a atividade será ilegal e poderá (deverá) ser impugnada ou embargada”*.²⁵

4.2. Ofensa aos Princípios do EIA: obrigatoriedade, anterioridade, publicidade.

4.2.1. Do Estudo Prévio de Impacto Ambiental.

O Estudo de Impacto Ambiental – EIA - e o respectivo Relatório de Impacto Ambiental – RIMA – são instrumentos de licenciamento ambiental, sendo, em verdade, seu pressuposto básico²⁶. É o EIA, portanto, um dos instrumentos mais importantes de atuação

²¹ In MILARÉ, Édis e BENJAMIN, Antonio Herman V. *Estudo Prévio de Impacto Ambiental*. São Paulo: RT, 1993, p. 89.

²² In MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública*. São Paulo: RT, 1995, p. 40.

²³ Op. cit., p. 40.

²⁴ Ob. cit., p. 40/41

²⁵ Ob. cit. p. 41

²⁶ Cf. MILARÉ & BENJAMIN, 1993.

administrativa na defesa do meio ambiente. Vem previsto na Constituição Federal (art. 225, § 1º, inciso IV) e na lei nº 6938/81 (art. 9º, III), tendo sido regulamentado pelo CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente), por intermédio da Resolução nº 001/86.

De acordo com o ensinamento de Alvaro Luiz Valery Mirra, na obra anteriormente referida, “trata-se de um mecanismo de planejamento, na medida em que insere a obrigação de levar em consideração o meio ambiente antes da realização de atividades e da tomada de decisões que possam ter algum tipo de repercussão sobre a qualidade ambiental. Tem, ademais, *caráter eminentemente preventivo de danos ao meio ambiente*”²⁷

O artigo 2º da Resolução nº 001/86 do CONAMA é expresso ao condicionar à elaboração do EIA-RIMA o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, como aquelas arroladas em seus vários incisos.

O EIA se submete, a um só tempo, a *diretrizes gerais*, fundadas na Constituição Federal, na legislação infraconstitucional e nos princípios de direito ambiental e de direito administrativo e a *atividades técnicas mínimas*. Dentre estas, podemos citar o diagnóstico ambiental da área de influência do projeto, a análise de seus impactos ambientais, a definição de medidas mitigadoras dos impactos negativos e a elaboração de um programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos.²⁸

A avaliação de impacto ambiental a ser procedida por meio do EIA-RIMA, como instrumento fundamental da Política Nacional do Meio Ambiente, é, pois, de cumprimento obrigatório por parte dos setores governamentais e não governamentais, por força da legislação antes citada. **A participação direta da coletividade, no acompanhamento e na discussão da viabilidade ou não da implantação de empreendimentos potencialmente degradadores do meio ambiente, é regra básica e fundamental de qualquer avaliação de impactos ambientais, que não pode, em hipótese alguma, ser violada** (art. 11 da Resolução nº 001/86).

Portanto, de acordo com o texto constitucional, o EIA deve ser **prévio**, quer dizer, elaborado e aprovado antes da instalação de uma obra ou atividade potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente.

O EIA está inserido, pois, na primeira etapa do processo de licenciamento e deve ser exigido, elaborado e aprovado antes da expedição da Licença Prévia (LP), como condição desta.

4.2.2. O conteúdo do Estudo de Impacto Ambiental.

O EIA, como previsto nos artigos 5º e 6º da Resolução 001/86 do CONAMA, deve realizar uma série de análises e avaliações. São elas:

- 1) O diagnóstico ambiental da área de influência do Projeto, que tem como objetivo descrever a situação ambiental da área atingida, antes da implantação do empreendimento, levando em consideração aspectos ecológicos e socioeconômicos;
- 2) A análise dos impactos ambientais do projeto e de eventuais alternativas para o empreendimento, inclusive a alternativa de não execução do projeto, sempre obrigatória;
- 3) Na constatação de impactos ambientais negativos (adversos), a definição de medidas

²⁷ Ob. cit., pág. 42.

²⁸ In MILARÉ, Édís e BENJAMIN, Antonio Herman V. *Estudo Prévio de Impacto Ambiental*. São Paulo: RT. 1993.

mitigadoras, que são aquelas destinadas a impedir, suprimir ou diminuir as consequências desfavoráveis da atividade, com avaliação, ainda, da eficiência dessas medidas;

4) A elaboração de programas de acompanhamento e monitoramento dos impactos positivos e negativos, a ser efetivado depois da implantação do empreendimento;

Todos esses dados devem constar do estudo de impacto ambiental; **são indispensáveis.** ²⁹

Em relação à importância de tais requisitos conclui o ilustre autor Álvaro Luiz Valery Mirra, na renomada obra aqui já referida, *Ação Civil Pública – Lei 7.347/85 – Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação*, sob a Coordenação de Édis Milaré:

“Diante de um EIA, impõe-se verificar se todas as análises previstas nos arts. 5º e 6º da Resolução nº 001/86 foram contempladas, pois o descuido do estudo com relação a qualquer desses aspectos compromete a validade de todo o processo de licenciamento.

Nessa matéria, vale, ao nosso ver, para o Brasil, a lúcida orientação da jurisprudência dos tribunais administrativos franceses: um EIA que não contempla todos os pontos mínimos do seu conteúdo, previstos na regulamentação, é um estudo inexistente; e um EIA que não analisa de forma adequada e consistente esses mesmos pontos é um estudo insuficiente. E tanto num caso (inexistência do EIA) quanto no outro (insuficiência do EIA) o vício que essas irregularidades acarretam ao procedimento de licenciamento é de natureza substancial. Consequentemente, inexistente ou insuficiente o estudo de impacto não pode a obra ou a atividade ser licenciada e se, por acaso, já tiver havido o licenciamento, este será inválido. (apud Michel Prieur, *Droit de L'Environnement*, 2ª édition, Paris, Dalloz, 1991, pp. 83-84)

Nada obstante os precisos termos do regramento em comento, são frequentes os estudos ambientais, apresentados por empreendedores, que deixam de contemplar atividades técnicas obrigatórias, razão pela qual não configuram suporte válido à emissão das licenças ambientais, que, assim, são nulas de pleno direito.

4.2.3. A influência do EIA sobre o licenciamento do empreendimento.

Elaborado e analisado o EIA, deve ele ser aprovado. O objetivo fundamental do EIA, como visto, é orientar a decisão da Administração e informá-la sobre as consequências ambientais de um determinado empreendimento.

Como observa Antonio Herman Benjamin, o estudo de impacto ambiental atua, basicamente, no plano da motivação do ato administrativo, relativo ao licenciamento. E é essa motivação que permitirá a quem se julgar prejudicado (o empreendedor ou a coletividade) atacar judicialmente a decisão administrativa.³⁰

O EIA serve, assim, à explicitação dos motivos que levaram o administrador a decidir pelo licenciamento ou não da atividade potencialmente lesiva ao meio ambiente. Portanto, o EIA reduz – embora não elimine – a discricionariedade da Administração. Diminui, e muito, aquele “resíduo de liberdade” do administrador na escolha da melhor solução que atenda ao

²⁹ In MILARÉ, Edis. *Ação Civil Pública*. São Paulo: RT, 1995, p. 50.

³⁰ *A Principiologia* ..., cit. Pp. 67-69. Igualmente

interesse público.

No caso do licenciamento ambiental, elaborado o EIA, o órgão público tem o dever de decidir pela melhor alternativa, **tendo em vista a finalidade legal do licenciamento: a proteção do meio ambiente**. E a melhor solução será aquela apontada no EIA, se este for elaborado corretamente.

Assim, o EIA é de crucial importância para a tomada de decisão pela Administração, no âmbito do procedimento de licenciamento ambiental. Evidentemente que um estudo inexistente ou insuficiente macula, via de consequência, a decisão administrativa que nele se embasou.

Cumpra finalizar esta explanação com a necessidade de realização da audiência pública, como decorrência do princípio da participação pública no licenciamento ambiental, bem ainda pela sua importância para tomada da decisão administrativa pelo órgão ambiental, trazendo à colação o entendimento do ilustre professor de Direito Ambiental, Paulo Affonso Leme Machado³¹, sobre o tema:

A audiência pública é a última grande etapa do procedimento do estudo prévio de impacto ambiental. Inserida nesse procedimento com igual valor ao das fases anteriores, é ela, também, base para a “a análise e parecer final”. A audiência pública – devidamente retratada na ata e seus anexos – não poderá ser posta de lado pelo órgão licenciador, como o mesmo deverá pesar os argumentos nela expendidos, como a documentação juntada. Constituirá nulidade do ato administrativo autorizador – que poderá ser invalidada pela instância administrativa superior ou por via judicial – quando o mesmo deixar de conter os motivos administrativos favoráveis ou desfavoráveis ao conteúdo da ata e de seus anexos.

Deve ser frisado que a audiência pública poderá ser repetida – sem limites de vezes – diante da constatação de vícios formais do estudo prévio de impacto ambiental e do relatório de impacto ambiental. Sanados esses vícios, terão os interessados oportunidade de comentar o mérito ou a fundamentação do EPIA-RIMA e outra audiência. (g.n.).

Bem por isso é imprescindível a realização de audiência pública, após a apresentação do EIA pelo empreendedor e antes da emissão das Licenças ambientais de uma grande obra, causadora de significativa degradação do meio ambiente, na dicção constitucional, uma vez que as contribuições e críticas nela recolhidas, necessariamente, devem ser consideradas por ocasião da elaboração dos pareceres técnicos que embasam aquele ato da Administração Pública. Ao permitir a execução de obra de grande impacto ambiental, sem a discussão prévia e aprovação do EIA, a norma *sub examen* exclui, de maneira truculenta e inconstitucional, a participação da sociedade no procedimento do licenciamento de que trata, o que não pode ser tolerado pela ordem jurídica vigente, tanto no plano do direito interno quanto no plano do direito internacional dos direitos humanos.

Cabe, ainda, referir que o correto licenciamento pela autoridade competente é tão relevante que a construção, instalação ou funcionamento de obra potencialmente poluidora, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e

³¹ In *Direito Ambiental Brasileiro*, 7ª ed., Ed, 1998, pág. 191.

regulamentares, foi erigida à categoria de crime pela Lei 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais). Senão vejamos:

Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes:

Pena – detenção de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Aliás, vale mencionar que referido diploma preceitua, inclusive, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, em seu artigo 3º.

Em relação aos “crimes contra a administração ambiental”, dispõe:

“Art. 66. Fazer o funcionário público afirmação falsa ou enganosa, omitir a verdade, sonegar informações ou dados técnico-científicos em procedimentos de autorização ou de licenciamento ambiental:

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

“Art. 67. Conceder o funcionário público licença, autorização ou permissão em desacordo com as normas ambientais, para as atividades, obras ou serviços cuja realização depende de ato autorizativo do Poder Público:

Pena – detenção de um a três anos e multa.

Por último, cabe aqui, também, lembrar que cabe a revisão do procedimento de licenciamento, consoante expresso permissivo do artigo 9º, inciso IV, da Lei 6.938/81. De modo que o licenciamento, mesmo depois de concluído, comporta controle quanto à sua aptidão de, concretamente, em cada situação específica, propiciar a efetiva proteção do meio ambiente. ³²Quer dizer, a Administração Pública tem como corrigir os vícios do procedimento de licenciamento, acaso verificados, para tanto podendo revogar ou alterar as licenças já concedidas, para conformá-las às exigências legais e técnicas mais compatíveis com o caso concreto.

4.2.4. O EIA e a ofensa aos Princípios da Informação e da Participação Pública.

Segundo a lição do Prof. Paulo Affonso Leme Machado, “a prática dos princípios da informação ampla e da participação ininterrupta das pessoas e organizações sociais no processo das decisões dos aparelhos burocráticos é que alicerça e torna possível viabilizar a implementação da prevenção e da precaução para a defesa do ser humano e do meio ambiente”³³ (ps. 121, *Direito Ambiental Brasileiro*).

As licenças ambientais, expedidas sem a prévia realização de audiência pública, solicitada pelo Ministério Público ou demais interessados com base na legislação ambiental em vigor, é nula, consoante expressos termos do artigo 2º, § 2º da Resolução CONAMA nº 009/87, como atrás referido. Tal recusa, de outra parte, configura afronta à Constituição Federal, artigo 225, § 1º, inciso IV, que encerra o princípio da publicidade do EIA e da participação pública no procedimento de licenciamento.

³²In ob. Cit. Pág. 42

³³In *Direito Ambiental Brasileiro*. 21ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2013. p.121.

Tendo em vista as lacunas, erros e contradições muitas vezes encontrados nos Estudos Ambientais apresentados pelos empreendedores, torna-se a referida audiência pública ainda mais importante, pois constitui um momento em que a comunidade envolvida apresenta seus questionamentos, propiciando o controle social dos estudos e conclusões alcançados pela equipe técnica do EIA.

A falta de oportunidade de acesso à informação e de participação pública no processo de licenciamento ambiental pode configurar, *ab initio*, ofensa ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 19), bem como ofensa à Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (artigo 13). Não se olvide a Convenção 169 da OIT, que assegura o direito fundamental à consulta prévia e ao consentimento livre e informado dos denominados povos e comunidades tradicionais. Pelas especificidades que apresentam, tais direitos serão mais detalhadamente examinados a seguir.

4.2.4.1. Os direitos de participação e consulta livre, prévia e informada estão previstos nos arts. 6º e 7º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT

Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Artigo 7º

1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e

cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria.

3. Os governos deverão zelar para que, sempre que for possível, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas.

4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam.

A **Convenção 169 da OIT** foi ratificada pelo Estado brasileiro e passou a produzir efeitos no âmbito interno com a publicação do Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Dessa forma, em razão do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 466.343/SP, a respeito do **status normativo supralegal dos tratados internacionais de DH**, a convenção deve produzir efeitos sobre todas as medidas legislativas ou administrativas, políticas e sobre programas, suscetíveis de afetar diretamente povos indígenas e tribais. É, inclusive, **juridicamente possível sustentar a invalidade de quaisquer atos legislativos ou normativos editados com a inobservância desse direito.**

Convém registrar que a **Convenção define de forma abrangente os povos tribais** como aqueles "cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial", Povos indígenas são definidos como os descendentes "de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas". Para ambos, "a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção".

A propósito da abrangência subjetiva da Convenção, o Ministério Público Federal, por sua 6ª Câmara de Coordenação e Revisão (Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais), editou enunciado pelo qual declara que "**as comunidades tradicionais estão inseridas no conceito de povos tribais da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho**". Desta forma, para fins de aplicação da Convenção 169 no âmbito interno, comunidades de pescadores tradicionais, por exemplo, devem ser consideradas como sujeitos dos direitos previstos nos arts. 6º e 7º do Tratado.

A **Corte Interamericana de Direitos Humanos**, por sua vez, reconheceu a incorporação da Convenção 169 ao sistema regional de proteção dos DH, nos precedentes *Pueblo Samaramaka v. Suriname* (2007) e *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Equador* (2012).

Na sentença do caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Equador*, de 27 de junho de 2012, a Corte IDH, definiu, inclusive, **standards para se avaliar se uma determinada medida governamental observou ou não o requisito da consulta às populações afetadas**. São eles: a consulta deve ser realizada **em caráter prévio**; a consulta deve ser feita de **boa fé e com o objetivo de se chegar a um acordo**; a consulta deve ser **adequada e acessível**; os

Estudos de Impacto Ambiental devem ser realizados em cooperação com os povos afetados; a consulta deve ser informada.

4.2.5. O EIA e a ofensa ao Princípio da Precaução: diagnóstico do risco ambiental

Da maior relevância para o direito ambiental é a observância do princípio da precaução.

Como se sabe, tanto o princípio do desenvolvimento sustentável quanto o princípio da precaução foram consagrados na Declaração unânime dos países integrantes da ONU, firmada no Brasil, e encontram-se consagrados no artigo 225 da Constituição Federal. Eis o inteiro teor do princípio nº 15 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992:

15 – Para proteger o meio ambiente medidas de precaução devem ser largamente aplicadas pelos Estados, segundo suas capacidades. Em caso de risco de danos graves ou irreversíveis a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas visando prevenir a degradação do meio ambiente.

A propósito do tema, assim discorre o Professor Paulo Affonso Leme Machado³⁴:

Não é preciso que se tenha prova científica absoluta de que ocorrerá dano ambiental, bastando o risco de que o dano seja irreversível para que não se deixem para depois as medidas efetivas de proteção ao ambiente. Existindo dúvida sobre a possibilidade futura de dano ao homem e ao meio ambiente, a solução deve ser favorável ao ambiente e não ao lucro imediato – por mais atraente que seja para as gerações presentes.

De igual modo, já tivemos a oportunidade de abordar o alcance jurídico deste importante Princípio de Direito Ambiental³⁵:

O princípio da precaução diz respeito à necessidade de se agir com cautela quando existam dúvidas ou incertezas acerca do dano que pode ser causado por determinada atividade. Em outras palavras, a incerteza científica sobre o resultado de certas ações humanas não pode servir para afastar medidas preventivas. Havendo fundado receio de que determinada atividade antrópica possa gerar danos ao ambiente, ou seja, considerado o perigo e a ausência de informações sobre ele, providências devem ser tomadas no sentido de afastá-lo ou minimizá-lo.

Portanto, pelo princípio da precaução, havendo suspeita de que a atividade traga risco ao meio ambiente, devem o Poder Judiciário e o Poder Público assumir conduta estritamente cautelosa, proibindo ou regulando a atividade suspeita, impondo padrões de segurança rigorosos, etc.

O princípio da precaução, sem definir hermeticamente, delimita o processo de licenciamento ambiental, o qual atende à principiologia do Direito Constitucional Ambiental, na

³⁴ *In Direito Ambiental Brasileiro*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, pág. 571

³⁵ *In LEUZINGER, Márcia Dieguez e CUREAU, Sandra. Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 52.

medida em que devem ser adotados todos os instrumentos legislativos e administrativos necessários, voltados à precaução e à redução de riscos. O princípio da precaução consiste em referência indispensável em todas as abordagens relativas aos riscos, visando à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade do equilíbrio ambiental do planeta.

Nesse passo, é certo que o EIA consiste no instrumento jurídico de prevenção do dano ambiental. Como ensina Paulo Affonso Leme Machado, a aplicação do princípio da precaução relaciona-se intensamente com a avaliação prévia das atividades humanas. Assim, “*o Estudo Prévio de Impacto Ambiental insere na sua metodologia a prevenção e a precaução da degradação ambiental. Diagnosticado o risco, pondera-se sobre os meios de prevenção*”.³⁶

No entanto, lembre-se, que apenas o EIA elaborado de acordo com todos os requisitos legais e constitucionais é capaz de cumprir o relevante papel de prevenir danos ao meio ambiente.

Os compromissos internacionais assumidos pela República Federativa do Brasil andam pelo mesmo caminho acima traçado.

A Convenção da Diversidade Biológica (Decreto Legislativo 02, de 3.2.1994, promulgada pelo Decreto 2.519, de 16.3.1998) traz como considerando do seu “Preâmbulo” que: “*Observando também que, quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça*”.

O art. 3º da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima preceitua como princípio que: “*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.*”

5. Ofensa ao Postulado da Separação de Poderes e ao Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição (ou Princípio do Controle Jurisdicional ou Princípio da Indeclinabilidade), expresso no art. 5º, XXXV, da CF.

A PEC que se ora discute, não bastasse afrontar os princípios constitucionais de direito ambiental e da administração pública destacados acima, viola flagrantemente o princípio da inafastabilidade da jurisdição e, mais grave, o postulado da separação dos poderes.

Desde a primeira Constituição da República do Brasil, promulgada em 1891, o nosso país adota a teoria clássica de Montesquieu de tripartição de poderes³⁷. Ao redor do mundo, quase a totalidade dos Estados também a adota, com maior ou menor flexibilidade.

Na CRFB de 1988, a tripartição de poderes vem estampada no artigo 2º³⁸, ainda que hoje se permita uma interpenetração dos poderes, em um modelo em que eles desempenham funções atípicas, além daquelas ínsitas à sua existência. Neste sentido, é função típica do Poder Judiciário a função jurisdicional, ou seja, a de dizer o direito no caso concreto,

³⁶In ob.cit. p. 119.

³⁷ Artigo 15: São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.

³⁸ Artigo 5º: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

D

[Assinatura]

[Assinatura]

dirimindo os conflitos quando da aplicação da lei, sem prejuízo de suas funções atípicas, de natureza legislativa e executiva.

Não se olvida, absolutamente, o sistema de freios e contrapesos, de integração e cooperação, a assegurar o equilíbrio dinâmico entre os poderes. A própria Constituição incumbiu-se de estabelecer diversos mecanismos de controle mútuo. O que não se admite, entretanto, é a usurpação de funções típicas ou aniquilamento prático da autonomia de cada Poder. Isso, sim, romperia o núcleo político e jurídico do sistema.

A PEC 65, com o texto aprovado pela CCJ, aniquilará a apreciação pelo Poder Judiciário da legalidade na execução das obras, ou, ao menos, afastará a possibilidade de interrupção das obras, ainda que determinada por uma decisão judicial fundamentada. Ou seja, retira do Judiciário, senão a própria apreciação da legalidade, uma das principais ferramentas de coercibilidade de suas decisões, tornando-as inócuas.

Isso significa subtrair o núcleo político do princípio da separação de poderes, mediante o afastamento da função jurisdicional, típica do Poder Judiciário, e das condições materiais de seu exercício imparcial e independente.

Veja-se que, aqui, a disposição normativa em nada se assemelha com uma mera limitação ao poder geral de cautela do juiz, mas corresponde, sim, ao total afastamento da jurisdição, na medida em que impede que, mesmo diante de flagrante ilegalidade, uma decisão judicial seja proferida para saná-la ou evitá-la.

A justificação da PEC deixa bem claro este objetivo, quando menciona expressamente, logo no seu primeiro parágrafo:

“Uma das maiores dificuldades da Administração Pública brasileira, e, também uma das razões principais para o seu desprestígio, que se revela à sociedade como manifestação pública de ineficiência, consiste nas obras inacabadas ou nas obras ou ações que se iniciam e são a seguir interrompidas mediante decisão judicial de natureza cautelar ou liminar, resultantes, muitas vezes, de ações judiciais protelatórias”. (g.n.)

E, adiante, volta a tecer críticas ao Poder Judiciário, afirmando:

“Pior do que isso: muitas vezes chega a iniciar a obra, mas a conclusão é frustrada por uma decisão judicial que, não raro, resulta da inquietude da oposição diante dos possíveis efeitos positivos, junto à cidadania, de uma dada obra pública”. (g.n.)

A justificação sugere que o Poder Judiciário é manipulado por interesses políticos, desconsiderando por completo o nosso sistema recursal e até mesmo institutos como as suspensões de segurança e de liminar, que, como se sabe, são instrumentos utilizados comumente para se obter, judicialmente, a continuidade de obras.

Não é difícil verificar o explícito propósito da Proposta de Emenda: impedir que decisões judiciais interrompam ou frustrem as obras, mesmo que elas sejam promovidas ao arripio da lei. 

Portanto, não têm aplicação aqui os precedentes do STF, em casos como a ADC  

nº 4³⁹ e a ADI nº 223⁴⁰, em que se reconheceu a possibilidade de norma infraconstitucional impor restrições ao poder cautelar do juiz. Absolutamente, não.

No caso da PEC 65, ainda que se trate de alteração da própria Constituição Federal, expressão do Poder Constituinte Derivado Reformador, não se busca estabelecer restrições ou limitações ao poder de cautela do juiz, mas sim afastar por completo a possibilidade de análise de ato do Poder Executivo pelo Poder Judiciário, em flagrante violação à separação dos poderes.

Como se viu, pelo postulado da inafastabilidade da jurisdição, é garantida a possibilidade de análise de atos do Poder Executivo pelo Poder Judiciário. Aliás, não somente do Poder Executivo, cabendo ao Poder Judiciário a análise da legalidade e constitucionalidade dos atos dos três Poderes constitucionais para, vislumbrando mácula no ato impugnado, afastar a sua aplicação. É o que decidiu o STF no AI 640.272-AgR⁴¹.

Ocorre que, ao dispor que a apresentação do estudo prévio de impacto ambiental importa autorização para a execução da obra e que não será possível a sua suspensão ou o seu cancelamento, a PEC 65 faz com que o Judiciário fique impossibilitado de prestar a tutela jurisdicional, porque não terá como verificar o acerto ou o desacerto de tal autorização e seus critérios. Por via oblíqua, estará sendo afastada da apreciação do Judiciário lesão a direito, em

³⁹ “Em conclusão, o Tribunal, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade, proposta pelo presidente da República e pelas Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, para declarar a constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/1997 (...). Entendeu-se, tendo em vista a jurisprudência do STF no sentido da admissibilidade de leis restritivas ao poder geral de cautela do juiz, desde que fundadas no critério da razoabilidade, que a referida norma não viola o princípio do livre acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). O Ministro Menezes Direito, acompanhando o relator, acrescentou aos seus fundamentos que a tutela antecipada é criação legal, que poderia ter vindo ao mundo jurídico com mais exigências do que veio, ou até mesmo poderia ser revogada pelo legislador ordinário. Asseverou que seria uma contradição afirmar que o instituto criado pela lei oriunda do Poder Legislativo competente não pudesse ser revogada, substituída ou modificada, haja vista que isto estaria na raiz das sociedades democráticas, não sendo admissível trocar as competências distribuídas pela CF. Considerou que o Supremo tem o dever maior de interpretar a Constituição, cabendo-lhe dizer se uma lei votada pelo Parlamento está ou não em conformidade com o Texto Magno, sendo imperativo que, para isso, encontre a viabilidade constitucional de assim proceder. Concluiu que, no caso, o fato de o Congresso Nacional votar lei, impondo condições para o deferimento da tutela antecipada, instituto processual nascido do processo legislativo, não cria qualquer limitação ao direito do magistrado enquanto manifestação do Poder do Estado, presente que as limitações guardam consonância com o sistema positivo. Frisou que os limites para concessão de antecipação da tutela criados pela lei sob exame não discrepam da disciplina positiva que impõe o duplo grau obrigatório de jurisdição nas sentenças contra a União, os Estados e os Municípios, bem assim as respectivas autarquias e fundações de direito público, alcançando até mesmo os embargos do devedor julgados procedentes, no todo ou em parte, contra a Fazenda Pública, não se podendo dizer que tal regra seja inconstitucional. Os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes incorporaram aos seus votos os adendos do Min. Menezes Direito.” (ADC 4, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-10-2008, Plenário, Informativo 522.)

⁴⁰ Ação direta de inconstitucionalidade contra a Medida Provisória 173, de 18-3-90, que veda a concessão de "medida liminar em mandado de segurança e em ações ordinárias e cautelares decorrentes das Medidas Provisórias números 151, 154, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 167 e 168": indeferimento do pedido de suspensão cautelar da vigência do diploma impugnado: razões dos votos vencedores. 42 Sentido da inovadora alusão constitucional à plenitude da garantia da jurisdição contra a ameaça a direito: ênfase à função preventiva da jurisdição, na qual se insere a função cautelar e, quando necessário, o poder de cautela liminar. Implicações da plenitude da jurisdição cautelar, enquanto instrumento de proteção ao processo e de salvaguarda da plenitude das funções do Poder Judiciário. Admissibilidade, não obstante, de condições e limitações legais ao poder cautelar do juiz. A tutela cautelar e o risco do constrangimento precipitado a direitos da parte contrária, com violação da garantia do devido processo legal. Consequente necessidade de controle da razoabilidade das leis restritivas ao poder cautelar. Antecedentes legislativos de vedação de liminares de determinado conteúdo. Critério de razoabilidade das restrições, a partir do caráter essencialmente provisório de todo provimento cautelar, liminar ou não.

⁴¹ AI 640.272-AgR. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em Constituição e o Supremo - Versão Completa :: STF - Supremo Tribunal Federal [http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp\[30/04/2015 17:24:01\]](http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp[30/04/2015 17:24:01]) 2-10-2007, Primeira Turma, DJ de 31-10-2007.) No mesmo sentido: AI 746.260-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 9-6-2009, Primeira Turma, DJE de 7-8-2009

RB

afrenta ao artigo 5º, XXXV da CRFB⁴².

Aliás, não apenas a apreciação do Poder Judiciário resta frustrada, como também a atuação dos órgãos de controle e fiscalização, como o Ministério Público e os próprios órgãos ambientais federais, estaduais e municipais.

Resta flagrante, portanto, a violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, que impõe ao Poder Judiciário aplicar o direito ao caso concreto. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio: *“A garantia constitucional alusiva ao acesso ao Judiciário engloba a entrega da prestação jurisdicional de forma completa, emitindo o Estado-juiz entendimento explícito sobre as matérias de defesa veiculadas pelas partes. Nisto está a essência da norma inserta no inciso XXXV do art. 5º da Carta da República.”*⁴³

6. A Absoluta Inconsistência da Justificativa da PEC 65 - O licenciamento e a corrupção

A operação Lava Jato vem demonstrando a íntima relação dos empreiteiros de grandes obras públicas com a corrupção. Um dos exemplos mais evidentes é a simbólica UHE Belo Monte, no Pará, a obra de infraestrutura mais cara do país. Seu processo de licenciamento ambiental resultou até agora em 24 ações judiciais, promovidas pelo Ministério Público Federal.

A contribuição premiada de Otávio Marques de Azevedo, ex-presidente da Andrade Gutierrez, revelou que foram destinados 150 milhões de reais de propina, divididos em partes iguais ao PT e ao PMDB. Os recursos entraram como doações legais às campanhas eleitorais de 2010, 2012 e 2014.

O fato acima demonstra que, mesmo diante do processo de licenciamento ambiental mais monitorado do país, havia certeza de que as licenças ambientais seriam emitidas. E mais: revela que o licenciamento ambiental era um mero formalismo. Embora tenham sido estabelecidas dezenas de condicionantes, muitas delas não foram cumpridas, deixando de atenuar os impactos sofridos pela população local.

A PEC 65/2012, aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, consolida o descaso para com a população diretamente atingida por obras que, pela complexidade e gravidade de seus impactos, necessitam passar pelo processo de licenciamento ambiental. Ela impede a suspensão do licenciamento nos casos mais rotineiros, quais sejam, quando não são cumpridas as condicionantes pelo responsável da obra.

Trata-se, em suma, do que vem acontecendo com a UHE Belo Monte, mas, desta feita, sem que o governo necessite recorrer a um instituto dos tempos da ditadura militar, conhecido como *Suspensão de Segurança*. Por ele, basta que o Governo recorra ao presidente do tribunal imediatamente superior ao juízo que concedeu a ordem para a paralisação do licenciamento ou da obra, para que esta decisão seja suspensa, sem ser necessário adentrar no mérito da causa.

A proposta aprovada retira totalmente do Judiciário e do próprio órgão licenciador qualquer controle efetivo sobre o cumprimento de condicionantes socioambientais. Sua consequência direta é o favorecimento da corrupção.

⁴² XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁴³ RE 172.084/MG, DJ 3/3/1995

7. Conclusão

A Proposta de Emenda Constitucional nº 65/2012, ao acrescentar o § 7º ao art. 225 da Constituição, com a redação apresentada e aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal, altera por completo a sistemática vigente acerca do licenciamento ambiental, em flagrante violação a Cláusulas Pétreas da Constituição, a princípios constitucionais explícitos e a compromissos internacionais assumidos pelo Brasil perante a comunidade internacional.

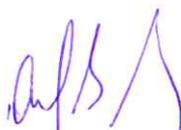
A justificação da PEC não encontra respaldo fático ou jurídico, e o seu conteúdo fragiliza a proteção do meio ambiente, diminuindo drasticamente ou até mesmo eliminando o padrão de proteção ambiental atualmente proporcionado pela legislação em vigor.

A modificação proposta – e seus reflexos analisados nessa Nota Técnica – contraria frontalmente as disposições constitucionais que tratam das obrigações do Poder Público para dar efetividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, se aprovada pelo Congresso Nacional, colocará em risco não somente o equilíbrio ambiental, mas o bem-estar de toda a população, desta geração e das futuras.

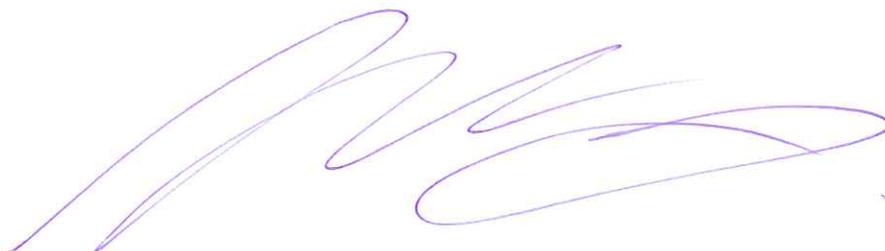
Brasília, 3 de maio de 2016.



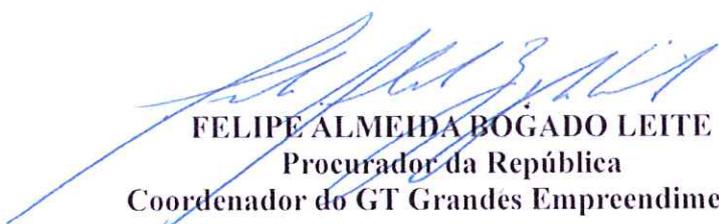
SANDRA CUREAU
Subprocuradora-Geral da República
Coordenadora da 4ª CCR



DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA
Subprocuradora-Geral da República
Coordenadora da 6ª CCR



AURÉLIO VEIGA RIOS
Subprocurador-Geral da República
Procurador Federal dos Direitos do Cidadão



FELIPE ALMEIDA BOGADO LEITE
Procurador da República
Coordenador do GT Grandes Empreendimentos

Integrantes do GT-GE:

ELIANA PERES TORELLY DE CARVALHO
Procuradora Regional da República

FABIANA KEYLLA SCHNEIDER
Procuradora da República

FELÍCIO DE ARAÚJO PONTES JÚNIOR
Procurador Regional da República

GISELE ELIAS DE LIMA PORTO LEITE
Procuradora Regional da República

JOÃO AKIRA OMOTO
Procurador Regional da República

MÁRCIA BRANDÃO ZOLLINGER
Procuradora da República

MARCO ANTÔNIO DELFINO DE ALMEIDA
Procurador da República

MARIA LUÍZA GRABNER
Procuradora Regional da República

SÉRGIO GARDENGHI SUIAMA
Procurador da República

TIAGO MODESTO RABELO
Procurador da República

WILSON ROCHA ASSIS
Procurador da República