

Estudo de impacto ambiental como limite à discricioniedade administrativa: é possível vincular?

*Study on the environmental impact as a limit to administrative discretion:
is it possible to link?*

Patrícia Aparecida de Melo

Graduanda no curso de Direito UNIPAM. e-mail: paty_ap_melo@hotmail.com.

Raquel Nascimento Cunha

Orientadora. Professora do curso de Direito do UNIPAM. e-mail: quelcn@unipam.edu.br

Resumo: Diante dos últimos acontecimentos relacionados ao rompimento da Barragem Fundão, no Distrito de Bento Rodrigues, em Minas Gerais, passou-se a noticiar a capacidade destruidora de obras de grande porte. Entretanto, a sociedade brasileira poucas vezes se importou com os danos e impactos causados ao meio ambiente, salvo quando eles efetivamente ocorrem. E, diante de um quadro de crise econômica e descrença da população, a cobrança por mudança na fiscalização de empreendimentos potencialmente poluidores se aguçou. Em razão disso, surgiram diversas indagações acerca da discricioniedade do poder público diante do Estudo de Impacto Ambiental e da liberação de licenças para empresas que não se adaptem a esse estudo. Acrescenta-se a importância da participação popular em audiências públicas do EIA e a sua dispensa nas demais etapas do licenciamento. Importa saber se a participação do Ministério Público, protetor constitucional do meio ambiente, é ineficaz. Os resultados revelam que a liberação da licença para as empresas em questão pode estar fundada em interesses políticos, muito mais do que na viabilização econômica.

Palavras-chave: Estudo de Impacto Ambiental. Meio ambiente. Discricioniedade Administrativa.

Abstract: The last events related to the disruption of Fundão Dam, in Bento Rodrigues, in Minas Gerais, led to the report of the destructive capacity of great works. However, the Brazilian society rarely cared about the damage and impacts to the environment, except when they do occur. And considering an economic situation of crisis and distrust of the population, the charge for change in the supervision of potentially polluting enterprises sharpened. Because of this, there were several questions on the discretion of the government before the Environmental Impact Assessment and the release of licenses for companies that are not suited to this study. Besides of this, there is the importance of popular participation in public hearings of the EIA and its dismissal in the remaining stages of licensing. It is important to know if the participation of the Public Ministry, as the constitutional protector of the environment, is ineffective. The results reveal that the release of the license to the companies concerned may be founded on political, more than on economic viability.

Keywords: Environmental Impact Assessment. Environment. Administrative discretion.

1. Introdução

O direito brasileiro, nos últimos anos, tem criado diversos instrumentos de tutela ambiental. Mesmo contendo somente um artigo, a Constituição de 1988 trouxe um capítulo destinado a essa proteção, evidenciando o quanto essas medidas são necessárias. Dos instrumentos de proteção ambiental, os preventivos demonstram em maior potencial sua capacidade de amparo ao meio ambiente, já que a reparação e a repressão implicam um dano manifestado.

Para que haja controle preventivo, a Constituição elencou a necessidade obrigatória de Estudo de Impacto Ambiental (EIA) nas obras e atividades potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental. Ocorre que esse estudo prévio não vincula a Administração quanto à liberação de licenças e, mesmo com o EIA desfavorável, o Poder Público poderá conceder licenças às empresas solicitadoras.

Diante de um contexto de crise nacional, com uma população desacreditada, surge um desastre ambiental em Bento Rodrigues-MG, em que uma barragem se rompe e atinge cidades e ecossistemas, matando pessoas e biomas importantes para o país, bem como afetando a economia por onde a lama desenhou seu caminho. Com esse fato, diversos setores começaram a questionar e a investigar a responsabilidade desse desastre, tentando alçar respostas rápidas, porém sem evidências, com intuito de sanar a inquietação da população.

Dentre as indagações, algumas assumem maior relevância: o EIA não deveria vincular a autoridade pública, já que aquela é formada por especialistas no assunto? E mais: se o EIA é um instrumento de proteção ao meio ambiente, como é possível o gestor público, por mera conveniência e/ou oportunidade deixar de observar o estudo desfavorável, enquanto que o favorável torna-se vinculado? Acrescenta-se ainda uma incógnita: não seria necessária maior participação do Judiciário, enquanto protetor constitucional do meio ambiente, ainda na fase do EIA, com intuito de verificar possíveis irregularidades no processo de licença?

Por meio deste trabalho, buscar-se-á verificar a possibilidade de o Poder Público se vincular ao Estudo do Impacto ambiental na concessão de licenças ambientais. Além disso, será verificada a participação do Ministério Público na fiscalização procedimental do EIA. Além disso, o trabalho busca discorrer também sobre pontos e aspectos que proporcionarão maior entendimento do tema abordado, como licença ambiental e estudo de impacto ambiental.

Acrescenta-se, por fim, que será averiguada a alternativa mais benéfica para o bem comum, compatibilizando com os princípios constitucionais ambientais, diante das alternativas apresentadas. Espera-se, com os resultados alcançados, contribuir, ainda que minimamente, com alternativas para melhor proteção ao meio ambiente, respeitando os princípios constitucionais.

Com o intuito de alcançar os objetivos propostos, o presente trabalho selecionou técnicas metodológicas que melhor se adaptam ao desenvolvimento do trabalho. Quanto ao tipo de pesquisa, a opção feita foi pela modalidade bibliográfica/webliográfica. Além disso, foi realizada uma pesquisa documental. No caso em pauta, esses dados primários foram encontrados no ordenamento jurídico, bem como em entidades relacionadas pelo Poder Público para emitir pareceres acerca do tema. Constata-se que o tipo de pesquisa

foi direcionada pela busca de obras publicadas dos diversos autores sobre o assunto que será abordado, com intuito de se chegar a uma conclusão sobre a propositura do trabalho. O tratamento dispensado aos dados foi de forma descritiva e, quanto ao procedimento técnico, foi adotada a forma quantitativa, que se apresenta neste trabalho pela verificação da possibilidade de vinculação do Estudo de Impacto Ambiental desfavorável ao Poder Público para não liberação da Licença Ambiental.

O trabalho em pauta assumiu relevância substancial diante dos últimos acontecimentos relacionados ao rompimento da Barragem Fundão, no Distrito de Bento Rodrigues, em Minas Gerais. Nesse sentido, tornou-se importante pesquisar sobre a real aplicação do Estudo de Impacto Ambiental. Dessa feita, o presente estudo teve como escopo a elaboração de uma compilação acerca das visões de estudiosos do assunto.

Nessa perspectiva, observou-se que o EIA não vincula o Poder Público, e o Judiciário somente é acionado quando há repressão ou reparação do dano, mas não no quesito prevenção. Desse modo, o presente trabalho toma relevo no sentido de verificar a possível vinculação da Administração ao EIA, bem como a maior participação do Judiciário, como protetor constitucional do meio ambiente que é.

Acrescenta-se que a verificação da revisão das licenças é um tema pouco abordado e de suma seriedade, uma vez que o quadro da licença inicial pode sofrer mudanças, e essas podem se tornar nocivas ao meio ambiente.

Este trabalho se reverteu de importância, uma vez que é necessária a compatibilização do artigo 225, que estabelece que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” para as presentes e futuras gerações, com o artigo 170, inciso VI, em que a ordem econômica deve atender à defesa do meio ambiente, assegurando a todos uma existência digna.

2. Licenciamento

Antes de adentrarmos no assunto do Estudo de Impacto Ambiental, fazem-se necessárias algumas definições acerca de licenciamento ambiental, no intuito de inserir o estudo no contexto de proteção do meio ambiente. Em função disso, cabe diferenciar licença administrativa de licenciamento ambiental. Conforme os ensinamentos de Fiorillo (2012, p. 222), “licença é espécie de ato administrativo unilateral e vinculado, pelo qual a Administração faculta àquele que preencha os requisitos legais o exercício de uma atividade”. Essa definição é ampliada pela Resolução do CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente) n. 237/97, art. 1º, II, no que tange à definição dessas atividades como sendo aquelas “utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental”.

O mesmo autor acrescenta que o licenciamento “é o complexo de etapas que compõe o procedimento administrativo, o qual objetiva a concessão de licença ambiental”. O CONAMA também fez referência ao licenciamento ambiental na Resolução 237/97, em seu art. 1º, I, atentando para a consideração das disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso. Conclui-se que a licença administrativa é ato declaratório e vinculado, ao contrário da licença ambiental.

Em razão de sua especial proteção, o licenciamento ambiental tem um caráter mais emaranhado, conforme citado por Milaré (2014, p. 791):

ao contrário do licenciamento tradicional, marcado pela simplicidade, o licenciamento ambiental é, como dito, processo de caráter complexo, em cujas etapas podem intervir vários agentes dos diversos órgãos do Sisnama, e que deverá ser precedido de uma avaliação de impactos ambientais capaz de subsidiar sua análise.

Esse entendimento se subtrai do rito procedimental do pedido descrito no art. 10 da Resolução do CONAMA n. 237/97, a saber:

- I - Definição pelo órgão ambiental competente, com a participação do empreendedor, dos documentos, projetos e estudos ambientais, necessários ao início do processo de licenciamento correspondente à licença a ser requerida;
- II - Requerimento da licença ambiental pelo empreendedor, acompanhado dos documentos, projetos e estudos ambientais pertinentes, dando-se a devida publicidade;
- III - Análise pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados e a realização de vistorias técnicas, quando necessárias;
- IV - Solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, uma única vez, em decorrência da análise dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados, quando couber, podendo haver a reiteração da mesma solicitação caso os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios;
- V - Audiência pública, quando couber, de acordo com a regulamentação pertinente;
- VI - Solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, decorrentes de audiências públicas, quando couber, podendo haver reiteração da solicitação quando os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios;
- VII - Emissão de parecer técnico conclusivo e, quando couber, parecer jurídico;
- VIII - Deferimento ou indeferimento do pedido de licença, dando-se a devida publicidade.

Apesar de esse artigo ressaltar a importância da publicidade do pedido da licença ambiental, a audiência pública pode ser dispensada, salvo se for solicitada por entidade civil, pelo MP, ou por 50 ou mais cidadãos, conforme Resolução do CONAMA n. 09/97, art. 2º. Após o deferimento do pedido, surgem três etapas, também definidas pela Res. CONAMA n. 237 art. 8º:

- a) Licença prévia: trata-se da aprovação pelo Poder Público da localização e da concepção da atividade ou empreendimento, atestando a sua viabilidade ambiental, bem como estabelecendo requisitos e condicionantes que deverão ser atendidos para alcançar a próxima etapa.
Nesse momento, surge uma dúvida: e se houver deslocamento da localização geográfica, deverá haver um novo licenciamento? A lei não tem resposta para a indagação. Entretanto, conforme lembrado por Milaré (2014, p. 794), essa questão foi enfrentada

no licenciamento ambiental do AHE de Jirau, no Rio Madeira, em Rondônia. Nesse caso, houve um deslocamento do eixo da barragem em cerca de 10 quilômetros a montante do rio. Discutiu-se se isso implicaria a alteração da localização aprovada pela licença prévia já expedida, momento em que a Procuradora Federal Andréa Vulcanis afirmou se tratar de quesito técnico, “não importando exatamente o quanto a alteração tenha se dado em distância, mas sim o quanto ocorreu de alterações nas condições ambientais inicialmente propostas”.

- b) Licença de instalação: possui validade de seis anos, tendo por finalidade autorizar a implementação do empreendimento ou atividade, conforme as especificações descritas nos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes.
- c) Licença de operação: autoriza a atividade ou empreendimento a iniciar sua operação, sendo necessária a verificação do efetivo cumprimento do que consta nas licenças anteriores, bem como das medidas de controle ambiental e condicionantes determinadas.

As condicionantes descritas nas etapas, como seu nome já evidencia, condicionam a próxima etapa ao cumprimento de certas exigências colocadas na etapa atual. Há uma divisão dessas em medidas preventivas e mitigadas e medidas compensatórias. Conforme descrito por Milaré (2014, p. 796), “as medidas preventivas procuram evitar a ocorrência de impactos negativos ao meio ambiente”. Na medida do possível, o órgão licenciador deve impor medidas de não agressão ao meio ambiente, configurando o princípio da prevenção, agindo antecipadamente. Derani (2008, p. 151) descreve esse princípio como essencial, asseverando que “se resume na busca do afastamento, no tempo e no espaço, do perigo; na busca também da proteção contra o próprio risco e na análise do potencial danoso oriundo do conjunto de atividades”. Entretanto, há casos em que não é possível evitar a intervenção no meio ambiente, uma vez que a atividade ou empreendimento é de relevância. Para esses casos as medidas serão mitigadoras, com intuito de atenuar os impactos negativos. Como terceira espécie do condicionante, surgem as medidas compensatórias, com intuito de compensar os impactos ambientais negativos e não mitigáveis. Milaré (2014, p. 798) afirma que essas medidas “têm natureza jurídica absolutamente distinta das medidas preventivas e mitigadoras, pois não guardam relação direta com os aspectos técnicos do empreendimento”. O autor acrescenta que elas podem ser vistas como uma recompensa por eventuais impactos negativos não mitigáveis e que as perdas deverão ser ponderadas para que o meio ambiente “não sofra diminuição quantitativa ou qualitativa dos seus componentes e atributos sem que algo se lhes dê em retribuição”.

Diante das definições e etapas elencadas, torna-se necessário discorrer sobre a competência para o licenciamento, mais precisamente os critérios para a determinação da competência licenciatória.

Conforme o disposto no art. 23, III, VI e VII da Constituição da República, o licenciamento no que tange ao meio ambiente é de competência administrativa ou material, ou seja, é comum para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Em razão dessa ampla tutela, tornou-se corriqueira a existência de conflitos e de superposição de competências, resultando em oneração ou mesmo inefetividade da proteção ao

meio ambiente. *Verbi gratia* é a antiga redação do art. 10 da Lei 6.938/81: o critério para determinação do órgão responsável pelo licenciamento era único, qual seja, determinado pela abrangência dos prováveis impactos ambientais direto nas etapas anteriormente descritas, o que poderia ser exigido pelos três níveis de governo.

Para resolver essa questão, veio à tona a LC 140/11, permitida pelo parágrafo único do art. 23 da Carta Maior. Assim, essa lei elucidou a questão, conforme apresentado por Milaré (2014, p. 806):

[...] no propósito de fixar normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção do meio ambiente, adotou, para a definição do órgão licenciador, tal qual já preconizado pela Res. Conama 237/1997, um critério múltiplo, baseando não só na amplitude dos impactos, como também na localização, na dominialidade, no porte, no potencial poluidor e na natureza da atividade ou empreendimento, conferindo o licenciamento a um único nível de competência.

Como se percebe, a Lei Complementar solucionou a questão acerca da fixação de um único órgão licenciador. No entanto, levantou-se uma questão ao autor supracitado: nos casos em que empresas poluidoras atuem em determinado local, mas sua carga poluidora será percebida em outro local distante, como ficará esse critério múltiplo? O próprio autor (2014, p. 806) leva a crer que não há resposta, pois

a bem ver, tudo indica que o legislador, no caso, acabou dizendo menos do que deveria (*Lex minus dixit quam voluit*), abrindo ensejo para interpretações equivocadas, como a adotada pelo Ibama, que acabam por sonegar competências licenciatórias do ente federativo, que no caso concreto, suporta, com mais intensidade, os impactos ambientais.

Dessa forma, a competência se dará pelo responsável do espaço que emite ou por aquele que sofre os impactos diretos.

3. Estudo prévio de impacto ambiental

Em 1981, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, ou simplesmente, Estudo de Impacto Ambiental, foi elencado como instrumento preventivo de tutela do meio ambiente, conforme dispôs o art. 9º, III, da Lei 6.938. Apesar disso, a lei não se tornou uma arma eficaz de proteção ambiental, uma vez que não havia exigência de exposição de conteúdo mínimo, nem mesmo que deveria ser anterior às licenças ambientais.

A Constituição da República de 1988 elevou o EIA à natureza constitucional por meio do art. 225, §1º, IV, sendo um importante instrumento de proteção ao meio ambiente quanto às obras e atividades potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental.

Diante da indefinição da Carta Maior acerca da expressão “significativa degradação ambiental”, o próprio texto constitucional estabeleceu uma presunção *juris tantum* de que toda atividade é causadora de impacto ao meio ambiente. Entretanto, não serão todas as atividades e empreendimentos que necessitarão do EIA. Para tanto, no início do pedido de licenciamento ambiental, o proponente do projeto deverá anexar o RAIAS para exame do órgão público licenciador, para verificação da necessidade ou não do estudo. Fiorillo (2012, p. 234) preceitua que “o RAIAS é uma ‘espécie’ de EIA, porquanto deverá conter informações de técnicos habilitados que justifiquem a desobrigação de se fazer o estudo prévio de impacto ambiental”.

Conforme Resolução do Conama n. 237/97, art. 11, esse estudo deve ser realizado por uma equipe técnica multidisciplinar, não se impondo que a equipe técnica seja independente do proponente do projeto, apenas que este arcará com os custos do estudo. Por isso, coloca-se em questão a imparcialidade desse estudo.

Entretanto, foi possível perceber que o CONAMA atentou para a possibilidade de desvio de finalidade da equipe multidisciplinar e, logo, determinou em seu art. 11, Resolução 237, que esta deverá ser habilitada e que “o empreendedor e os profissionais que subscrevem os estudos previstos no caput deste artigo serão responsáveis pelas informações apresentadas, sujeitando-se às sanções administrativas, civis e penais”.

Por meio do Decreto 99.274/90, que regulamenta a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, foi adjudicada ao CONAMA a competência de fixação dos critérios norteadores do EIA, resultando na Resolução n.1/86, contendo o conteúdo do estudo e seu encadeamento de atos.

Na visão de Cappelli (2003, p.280), o EIA é

a investigação tecnicocientífica, realizada por equipe multidisciplinar, tem por finalidade avaliar sistematicamente os impactos positivos e negativos que advirão ao meio ambiente a partir da introdução ou expansão de atividade capaz de causar significativa degradação ambiental.

Todavia, é de se observar a utilização de EIA e RIMA (Relatório de Impacto Ambiental) como expressões sinônimas. Porém, há de ser feita essa distinção, uma vez que não se confundem. Sendo assim, Fiorillo (2012, p. 231) afirma que

a existência de um relatório de impacto ambiental tem por finalidade tornar compreensível para o público o conteúdo do EIA, porquanto este é a elaboração segundo critérios técnicos. Assim, em respeito ao princípio da informação ambiental, o RIMA deve ser claro e acessível, retratando fielmente o conteúdo do estudo, de modo compreensível e menos técnico. O relatório de impacto ambiental e o seu correspondente estudo deverão ser encaminhados para o órgão ambiental competente para que se procedam a análises sobre o licenciamento ou não da atividade.

Ainda quanto à importância da publicidade do EIA e do RIMA, Pfeiffer (1995, p. 29 a 30) acrescenta que

a Constituição cuidou não somente de exigir a realização do Estudo Prévio, mas de expressamente determinar a sua publicidade. Aliás, se não houvesse tal exigência, o próprio estudo perderia muito de sua utilidade. Como a sua elaboração fica a cargo de uma equipe multidisciplinar, contratada pelo proponente, a publicidade visa justamente a permitir que a população possa participar ativamente das discussões a respeito da viabilidade da obra ou atividade licenciada, realizando, sempre que possível, pesquisas e estudos próprios.

Milaré (2014, p. 780) adita que

visando a dar vida ao preceito constitucional da publicidade dos atos administrativos, a Lei 10.650, de 16.04.2003, ao dispor sobre o acesso público ao dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama, estabeleceu que o registro de apresentação do estudo de impacto ambiental, bem como o ato de sua aprovação ou rejeição, deverão ser publicados em Diário Oficial e ficar disponíveis, no respectivo órgão, em local de fácil acesso ao público.

Quanto à equipe multidisciplinar, o autor (2014, p. 773) defende que

andou bem o Conama ao referendar aquilo que a prática já apontava como mais sensato – a vinculação da equipe técnica ao proponente do projeto –, até porque não se pode perder de vista que é o empreendedor o maior interessado na qualidade do EIA, a qual sempre poderá ser questionada por qualquer do povo, via ação popular, ou pelos legitimados para a tutela jurisdicional do meio ambiente, via ação civil pública.

Como bem visto, diferentemente do licenciamento ambiental em que se pode dispensar a audiência pública, o EIA não possui a mesma qualidade, uma vez que se associa ao RIMA como mecanismo de tornar evidente e acessível ao público o conteúdo do estudo.

A atuação pública é de suma importância, como expõe Machado (2006, p. 241), que afirma que “pode não haver participação efetiva do público pela ausência de comentários; contudo, não se concebe EIA sem a possibilidade de serem emitidas opiniões por pessoas e entidades que não sejam o proponente do projeto, a equipe multidisciplinar e a Administração”.

Caminhando ao licenciamento ambiental, essa participação efetiva do público se torna reduzida, uma vez que a audiência pública pode ser dispensada, como já falando anteriormente. A possibilidade de nova verificação do EIA poderá se dar, uma única vez, pelo órgão ambiental competente e inscrito no SISNAMA, conforme descreve o art. 10, IV, Resolução Conama 237/1997.

4. Discricionariedade e O EIA

Apesar de sua obrigatoriedade, o EIA é utilizado como orientação, informação e fundamentação para a tomada de decisão do Estado, não possuindo a característica de

vincular, e mesmo se posicionando contrário à liberação de licença ambiental: esta pode ser deferida, pois não a integra como um dos seus elementos internos (BENJAMIN, 1992, p. 6). Desse modo, essa desvinculação, que resulta em discricionariedade administrativa, se torna arriscada se a Administração Pública não sopesar de forma adequada a preservação do meio ambiente com o desenvolvimento econômico do país. Em posicionamento defensivo da atual condição, Érika Bechara (*apud* Fiorillo, 2012 p. 223) sustenta que “a não vinculatividade do Poder Público deve-se ao fato de que o EIA não oferece uma resposta objetiva e simples acerca dos prejuízos ambientais que uma determinada obra ou atividade possa causar”.

A essa visão soma-se a previsão constitucional em seu artigo 170, inciso VI, em que a ordem econômica deve atender à defesa do meio ambiente, assegurando a todos uma existência digna, bem como no artigo 225, *caput*, que estabelece que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” para as presentes e futuras gerações. Assim a própria carta prevê a possibilidade de compatibilização do desenvolvimento econômico e social e a preservação do meio ambiente.

Diante dessas análises, a doutrina e a jurisprudência moderna já vêm entendendo que o EIA tenderá para a vinculação ao Poder Público. Isso porque, antes desse estudo de impacto ambiental ser obrigatório para a liberação de licença ambiental em alguns empreendimentos, o administrador possuía vasta liberdade de avaliação, o que atualmente necessita de uma motivação da decisão proferida.

Dessa forma, Benjamin (1992, p. 8) defende que o EIA deve atuar efetivamente na análise e decisão do Poder Público, não podendo ser resumido à mera formalidade. Em função disso, o autor afirma que a licença conferida contrariamente ao estudo e aos princípios norteadores do Direito Ambiental está sujeita à invalidação.

No mesmo sentido de limite ao Poder Público, Marchesan, Steigleder e Cappelli *apud* Aragão (2012, p. 277) ressalvam que

...muito embora as conclusões oriundas do estudo prévio de impacto ambiental não vinculem a decisão administrativa com relação ao licenciamento da atividade pretendidas, elas constituem um limite à liberdade de atuação do Poder Público. Isso significa que o administrador público poderá optar por uma solução distinta daquela proposta pelo RIMA, desde que tal decisão seja devidamente motivada e justificada. No entanto, a adoção de solução contrária à proteção do meio ambiente implicará a ilegalidade da obra ou atividade.

A própria participação pública direta no EIA é fruto de uma crise de confiança na administração pública e surge como mecanismo de fiscalização e controle dessa liberdade motivada instituída à esta. Esse estado se dá pelo trato do administrador público quando se fala de questões ambientais, visto que o país adota, quanto ao estudo para liberação do licenciamento ambiental, um posicionamento discricionário deste ente e esta oportunidade e conveniência por vezes pode tender à não proteção do meio ambiente.

Granziera (2011, p. 398) afirma que a participação direta não vincula a decisão administrativa, mas poderá servir de base para o parecer final quanto ao projeto, que ainda deverá ser devidamente motivado:

o fator político, assim, permeia e, se não condiciona, influi para mais ou para menos, dependendo do caso, no processo de tomada de decisão. Esse fator marca a diferença com que hoje se tratam as políticas públicas, em que não mais o Poder Executivo decide isoladamente, mas em um cenário que conta com a participação da sociedade civil.

Cunha Júnior (2011, p. 40) acrescenta que “a atividade administrativa seja exercida de modo a atender a todos os administrados, ou seja, a coletividade, e não a certos membros em detrimento de outros, devendo apresentar-se portanto, de forma impessoal”.

Dessa forma, a discricionariedade, mesmo sendo *sui generis*, deve ser exercida em sincronia e em conformidade com o princípio da impessoalidade da Administração Pública, configurando como um limite à conveniência do Poder Público.

5. EIA no contexto atual: o judiciário, o legislativo e a sociedade como protetores do meio ambiente?

Dentre as ações cíveis de alçada do Ministério Público, a “ação civil pública”, ação que serve de instrumento para a defesa dos interesses difusos e coletivos, poderá ser proposta não só por este órgão como também pelos colegitimados ativos destacados no *caput* do art. 5º da Lei 7.347/85, repetido pelo art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, sendo essa legitimidade ao mesmo tempo disjuntiva e concorrente, na medida em que todos podem agir sozinhos sem autorização dos demais, mas todos estão autorizados para a promoção da demanda.

A legitimação do Ministério Público para a defesa do meio ambiente também está assentada na CF/88, no seu art. 129, III e § 1º, caracterizando-se a possibilidade da instituição ministerial ajuizar ação como parte legítima ou como fiscal da lei.

Apesar de o MP poder atuar na prevenção e preservação do meio ambiente, e até mesmo na intervenção em casos de descumprimento dos procedimentos do EIA, o que se noticia todos os dias é sua atuação quando os estragos já foram gerados, como ocorreu em Mariana.

A própria superlotação do sistema judiciário pode justificar a falta de conhecimento de condutas contrárias ao procedimento do EIA ou a precariedade na tutela do meio ambiente, e em razão disso, o meio ambiente ainda tende a continuar à mercê da discricionariedade administrativa.

Apesar de as audiências públicas serem obrigatórias no EIA, são dispensadas no transcorrer das etapas do licenciamento ambiental e, com isso, a proteção ao meio ambiente fica defasada. Uma vez que diversos institutos ressaltam a proteção ao meio ambiente pelo MP, não poderia ser considerado até mesmo inconstitucional a dispensa dele nessas etapas, uma vez que possíveis irregularidades somente poderão ser verificadas em casos de danos e não no início da realização da obra?

Em contraponto do judiciário, que tem a função de atuar como protetor do meio ambiente, o legislativo brasileiro vem tentando flexibilizar essa proteção, indo de encontro inclusive com a tendência estrangeira que, desde a década de 70, vem atuando na preservação ambiental, conforme salienta Antunes (2010, p. 276):

é importante observar que já no ano de 1974 a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) recomendou aos seus integrantes que adotassem em suas legislações nacionais normas que tornassem obrigatórios os EIA.

Conforme o autor, países como Estados Unidos, França, Japão, Canadá, Holanda e até mesmo o Uruguai possuem regulamentação em defesa do meio ambiente por meio do EIA e tendem a aperfeiçoá-la, lembrando que alguns desses países são os maiores poluidores do mundo.

Ocorre que no Brasil, a CCJ do Senado, em 27 de abril deste ano, emitiu parecer favorável à PEC 65/2012, apresentada pelo senador Acir Gurgacz (PDT/RO), também empresário do ramo de transporte rodoviário e urbano.

Esse projeto inclui ao artigo 225 o seguinte texto:

§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.

Em razão disso, o Ministério Público Federal emitiu uma nota técnica contrária a esse parecer. Inicialmente, ela afirma que, como direito fundamental, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental e não pode ser suprimido, conforme consta na CF/88, art. 60, §4º, IV, bem como pode ferir previsões internacionais:

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 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 via a ter repercussão sobre a 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.

O MPF acrescenta que o legislador não atentou para o fato de que o que importa na execução da obra é a licença ambiental e não o EIA, que é um estudo ambiental que deve ser apresentado pelo empreendedor para análise da viabilidade e das condições do projeto ao órgão ambiental em etapa anterior à concessão da licença ambiental prévia:

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, complementando e corrigindo 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.

O MPF afirma que o EIA é condição para o licenciamento ambiental, sendo realizado antes da licença prévia. Além disso, as análises e avaliações contidas no art. 5º e 6º da Resolução 01/86 do Conama são indispensáveis ao estudo. A nota técnica enfatiza que

as licenças ambientais, expedidas sem 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 art. 2º, §2º da Resolução CONAMA nº 009/87. Tal recusa, de outra parte, configura afronta à Constituição Federal, art. 225, §1º, inciso IV, que encerra o princípio da publicidade do EIA e da participação no procedimento de licenciamento.

E ainda há a questão da ofensa ao postulado do Princípio de Pesos e Medidas e ao princípio da inafastabilidade da jurisdição

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.

A PEC, conforme descrito acima, tenta impedir que decisões judiciais interrompam ou frutem obras, mesmo que estas sejam demandadas ao arrepio da lei. Acrescenta-se a impossibilidade de análise de ato do Poder Executivo pelo Poder Judiciário, em afronta à separação de poderes e à inafastabilidade da jurisdição à lesão ou ameaça de lesão a direito, como também afasta a atuação dos órgãos de controle e fiscalização do licenciamento ambiental.

Por fim, o MPF relembra que a operação Lava Jato demonstrou uma relação entre empreiteiros de grandes obras públicas com a corrupção. Casos envolvendo a UHE Belo Monte e a Andrade Gutierrez demonstram que “mesmo diante do processo de licenciamento ambiental mais monitorado do país, havia certeza de que as licenças ambientais seriam emitidas”. Tratava-se de um mero formalismo! E ao observar o senador que propôs a PEC, trata-se de empresário do ramo de transporte rodoviário e urbano (Wikipédia).

Se por um lado o Judiciário vem enfrentado dificuldades na proteção ao meio ambiente e o Legislativo tende à redução dessa tutela, surge um projeto de lei de iniciativa popular no estado de Minas Gerais que propõe maior rigidez nas normas de segu-

rança para as barragens de rejeitos de mineração. O projeto, ainda sem número, encabeçado pela campanha “Mar de lama nunca mais” já conta com pouco mais de 56 mil assinaturas, sendo necessárias apenas 10 mil para enviá-lo à Assembleia Legislativa de Minas Gerais (ALMG). Esse envio se deu no dia 5 de julho. Tanto o MP quanto a sociedade civil estão acompanhando a tramitação da proposição na Assembleia mineira.

6. Resultados e conclusões

Com a propositura do trabalho, buscou-se defender a vinculação do Poder Público ao EIA. Com o transcorrer do trabalho, percebeu-se que, quando o EIA tem parecer viável à realização da obra, nesse caso há vinculação. O inverso não é verdade. Quando há parecer negativo, a Administração possui o condão de liberar o empreendimento, dando continuidade ao processo licenciatório, desde que devidamente fundamentado. Sendo assim, não há vinculação nem discricionariedade absolutas. Todavia, a motivação elencada pelo administrativo na liberação do empreendimento com EIA desfavorável pode ser qualquer justificativa com sua devida fundamentação. Ocorre que essa alegação, mesmo que subsidiada por seus fundamentos, pode não ser a melhor opção. Contudo, como a decisão administrativa prevalece, a contestação de todas as alegações resultará em medida judicial, vez em que aquele que libera o empreendimento dificilmente mudará seu posicionamento.

A melhor alternativa seria a vinculação total ao EIA, uma vez que o estudo é realizado por profissionais em sua área de atuação, sendo mais capacitados para dizer se o empreendimento causa significativos danos ao meio ambiente. Ficando essa decisão de liberação sob os cuidados do Poder Administrativo e baseado na sua mera conveniência, surge uma insegurança jurídica e a falta de padrões quanto à liberação de obras em todo o país. A mera conveniência, apesar de devidamente motivada, é subjetiva, enquanto que estudos técnico-científicos que lastreiam o EIA possuem caráter objetivo.

Em razão do exposto, a efetiva participação popular em audiências públicas na discussão do estudo, pedindo elucidação em possíveis falhas e mudanças mais protetivas ao meio ambiente e aos interesses das comunidades diretamente afetadas, é de suma importância. Entretanto, um aspecto levantado neste trabalho é a dispensa da audiência pública no transcorrer da licença ambiental conforme Resolução do CONAMA n. 03/97, art. 2º. A atuação efetiva dos grupos inicialmente descritos fica restrita ao EIA, que é somente o início do processo, enquanto que, em casos de irregularidades, a atuação na proteção ao meio ambiente se dará pelo MP, por entidade civil ou por 50 ou mais cidadãos. Tal limitação, ao ver das autoras deste trabalho, pode ir de encontro com o art. 225 da Carta, que impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender o meio ambiente, bem como ao Princípio da Publicidade.

Quanto à questão levantada no trabalho acerca da proteção ambiental pelo MP, não poderia ser considerada até mesmo inconstitucional a dispensa dele nessas etapas, uma vez que possíveis irregularidades somente poderão ser verificadas em casos de danos e não no início da realização da obra. Embora esse assunto não conste no rol de discussões dos doutrinadores, este trabalho defende a necessidade da participação obri-

gatória do Ministério Público, não somente no EIA, mas em todas as etapas de concretização do empreendimento, como forma de garantir a execução da obra em conformidade com o estudo, bem como sendo importante instrumento de fiscalização da atuação impessoal administrativa na liberação das etapas da licença. É cediço que as audiências públicas não possuem caráter decisório e sim consultivo. Porém, a convocação para atuação nesses casos de danos já ocorridos dará conhecimento a possíveis irregularidades que poderiam percebidas ao longo do tempo, se a participação do MP fosse mais evidente.

É preciso lembrar ainda que, nos casos em que a poluição ocorre em um local e a carga poluidora em outro, o legislador da LC 140/11 não elucidou a questão. Em razão disso, as entidades avaliadoras poderão interpretar a questão. Esse aspecto se reveste de relevância, uma vez que o EIA tem a capacidade de demonstrar a extensão dos danos no caso de liberação pelo poder público do empreendimento. Entretanto, o Ibama, conforme Milaré (2014, p. 806), sonega o direito ao ente federativo que suporta com maior intensidade essa carga.

Acrescenta-se que pouco se fala de outro mecanismo protetor ao meio ambiente, qual seja o Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV). Trata-se de um instrumento de planejamento urbano estabelecido pela lei 10.257/01, ou Estatuto da Cidade, necessitando de regulamentação dos municípios por lei específica, em que elencaria os empreendimentos passíveis desse estudo, assim como o EIA, por avaliar impacto. Porém, ele diverge em relação ao objeto, por abranger projetos públicos ou privados, sendo eles habitacionais, institucionais ou comerciais, cujo EIA não é obrigatório. Isso porque, quando se exige o EIA, dispensa-se o EIV, uma vez que aquele é mais amplo e abrange este. Nota-se que, apesar de não ser possível vincular o poder público ao EIA, é possível reduzir sua discricionariedade por meio desse mecanismo de proteção do meio ambiente urbano, uma vez que aumenta a fiscalização quanto a empreendimentos que inicialmente não sofreriam esse tipo de vistoria.

Quanto à lei regulamentadora do EIV, alguns municípios já legislaram sobre o tema, como Manaus, Natal, Porto Velho, São Paulo e Rio de Janeiro. Apesar de uma aparente proteção, esses decretos e leis apresentam falhas que são alvo de críticas. Exemplo disso é o Estatuto da Cidade do Rio de Janeiro, em seu art. 445, parágrafo único, conter a seguinte redação: “Os órgãos públicos afetos a cada item que compõem o relatório de impacto de vizinhança responsabilizar-se-ão pela veracidade das informações contidas nos respectivos pareceres”, colocando em dúvida quanto a realização desses pareceres.

Uma crítica ao procedimento atual do estudo amplo está no fato de que, aparentemente, o EIA somente legitima decisões puramente econômicas e tomadas previamente, ou seja, o estudo é um apêndice de uma deliberação já acertada, independentemente do conteúdo apresentado. Essas atitudes são dirigidas por influência política no empreendimento, e, em certos casos, o estudo de impacto ambiental é realizado após a implantação do empreendimento, por não ter sido considerado potencialmente lesivo ao meio ambiente. A racionalidade atual, voltada para a degradação ambiental em prol da evolução econômica e científica tende e pede por mudança.

E nesse processo de edificação de um novo comportamento, a sustentabilidade pode ser o norte para novas ações protetivas, e o EIA teria papel fundamental na construção dessa racionalidade ambiental no que tange à participação da sociedade e do MP

na fiscalização governamental e suas ações em relação às empresas potencialmente poluidoras.

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARAGÃO, Alexandra et al. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Os princípios do Estudo de Impacto Ambiental como limites da discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1992. n. 317, p. 25-45, jan./mar. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/8746>>. Acesso em 21 fev. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto Federal nº 99.274, de 6 de junho de 1990. *Dispõe sobre a especificação de sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d99274.htm> . Acesso em: 21 abr. 2016.

BRASIL. Lei complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, s. 1.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de jul. de 2001. *Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 21 abr. 2016.

BRASIL. Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado), e dá outras providências.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 21 abr. 2016.

CAPPELLI, Silvia. Acesso à Justiça, à informação e à participação popular em temas ambientais no Brasil, in: LEITE, José Rubens Morato; Dantas, Marcelo Buzzaglio. *Aspectos Processuais do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. *Metodologia científica*. 4 ed. São Paulo: Makron Books, 1996.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. Resolução n. 237 de 19 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental e altera a Resolução no 1/86 (revoga os art. 3º e 7º). *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, n. 247, s. 1, p. 30841-30843, 22 dez. 1997.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. Resolução n. 9 de dezembro de 1987. Dispõe sobre a realização de Audiências Públicas no processo de licenciamento ambiental. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, S. 1, p. 12945, 5 jul. 1990.

CONSELHO NACIONAL DE MEIO AMBIENTE. Resolução nº 1, de 23 de janeiro de 1986. Estabelece as definições, as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>. Acesso em: 21 abr. 2016.

CUNHA JÚNIOR, Direley da. *Curso de Direito Administrativo*. 10 ed. São Paulo: Editora Jus Podivim, 2011.

DERANI, Cristiane. *Direito econômico ambiental*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 13 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

MACÊDO, Manoel Moacir Costa. *Metodologia científica aplicada*. Brasília: Scala Gráfica e Editora, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2014.

MINAS GERAIS. *Projeto de Lei de Iniciativa Popular*. Estabelece normas de segurança para as barragens destinadas à disposição final ou temporária de rejeitos de mineração no Estado. Campanha Mar de Lama Nunca Mais Em votação na assembleia de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.mardelamanuncamais.com.br/wp-content/uploads/2016/04/projeto-de-lei-seguranca-barragens-1.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Nota técnica – A PEC 65/2012 e as Cláusulas Pétreas*. Brasília, 3 mai. 2016. Disponível em:< <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/nota-tecnica-pec-65-2012/>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. A publicidade e o direito de acesso a informações no licenciamento ambiental. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 44, p. 49-70, dez. 1995.

RAMPAZZO, Lino. *Metodologia científica*. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

RIO DE JANEIRO. *Lei Orgânica do Município*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Município, 2010. 224 p. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4946719/4126916/Lei_Organica_MRJ_comaltdo205.pdf>. Acesso em: 23 out. 2016.