

OS LIMITES DO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

THE LIMITS OF THE DERIVED CONSTITUENT POWER IN RELATION TO THE ENVIRONMENTAL LICENSING

*Leonardo Cunha Silva**

*Luísa Cortat Simonetti Gonçalves***

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo rediscutir, sob a perspectiva da Teoria do Poder Constituinte, aspectos em relação ao fundamento das cartas constitucionais e suas alterações futuras. Na perspectiva proposta, esse instrumental teórico é usado para questionar quais os limites materiais do poder constituinte reformador às regras ambientais da Constituição da República Federativa do Brasil, em especial seu art. 225, § 1º, IV, diante de iniciativas legislativas propostas pelo Congresso Nacional para alterar a matéria. Nesse contexto, chegou-se à conclusão que os limites materiais ao poder constituinte reformador em matéria de licenciamento ambiental seguem o mesmo objetivo da busca pelo equilíbrio intergeracional já proposto pela noção de limites gerais presentes no poder constituinte reformador criado pela teoria clássica do poder constituinte. Nada obstante, na seara ambiental, esses parâmetros intergeracionais são inseridos em contexto próprio de reconhecimento da interdependência entre o meio ambiente e o homem e a impossibilidade de efetividade da noção retributiva de responsabilidade.

Palavras-chave: Poder constituinte; Limites; Licenciamento ambiental.

ABSTRACT

This paper aims to debate, in accordance with the Constituent Power Theory, issues in relation to constitutional text's foundation and its future

* Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Bolsista do Programa de Iniciação Científica da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. leonardocunhasilva@hotmail.com.

* Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especialista em Economia e Meio Ambiente pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Bacharel em Direito pela FDV com período de estudos na Universidade de Coimbra. Licenciada em Física pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professora da FDV. Advogada e consultora jurídica em desenvolvimento sustentável. Coordenadora de Extensão e de Relações Institucionais e Internacionais da FDV. luisacs@gmail.com.

amendments. Viewed in the proposed perspective, this Theory is applied to question what is the derived constitutional power's material limits in the environmental rules of Brazilian constitution, especially under the article 225, § 1º, IV, regarding bills under consultation at the Congress. In such context, it is concluded that constituent power's material limits in relation to environmental licensing follows a intergenerational perspective. Besides that, in the environmental context, this intergenerational perspective is grounded on acknowledgment of the interdependence between the human being and the environment and on the impossibility of a retributive concept of responsibility.

Keywords: Constitucional power; Limits; Environmental licensing.

INTRODUÇÃO

No começo do ano de 2016, uma notícia em relação ao Congresso Nacional causou espanto e preocupação dentre os grupos de proteção ambiental. Trata-se da aprovação, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado, da Proposta de Emenda à Constituição n. 65/2012, que altera a redação do art. 225 da Constituição Federal no que tange ao licenciamento ambiental.

Em suma, a proposta acrescenta um § 7º ao art. 225 da Constituição Federal nos seguintes dizeres: “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”.¹

A proposta se insere em um contexto de busca por flexibilização ou simplificação das normas de licenciamento ambiental e no grau de interferência que o processo de obtenção de licenças ambientais tem nos empreendimentos públicos e particulares. Esse debate envolve diversos atores² e foi objeto de várias pesquisas.³

¹ BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição n. 65/2012*. Autoria do senador Acir Gurcacz. Acrescenta o § 7º ao art. 225 da Constituição, para assegurar a continuidade de obra pública após a concessão da licença ambiental. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/120446.pdf>>. Acesso em: 23/01/2017.

² NOTÍCIAS AGRÍCOLAS. Governo, ambientalistas e empresas buscam acordo sobre licenciamento ambiental. *Notícias Agrícolas*, 13 set. 2016. Disponível em: <http://www.noticiasagricolas.com.br/noticias/politica-economia/179241-governo-ambientalistas-e-empresas-buscam-acordo-sobre-licenciamento-ambiental.html#.V_PjDvkrK00>. Acesso em: 20/09/2016. SENADO. Burocracia ambiental trava crescimento econômico, diz Dornelles. *Jornal do Senado*, Brasília, 12 abr. 2007. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/jornal/edicoes/2007/04/12/burocracia-ambiental-trava-o-crescimento-economico-diz-dornelles>>. Acesso em: 06/09/2016.

³ Por exemplo: CNI. Confederação Nacional das Industrias. *Licenciamento ambiental: propostas de aperfeiçoamento*. Brasília: CNI, 2014. HOFMANN, Rose Mirian. *Gargalos do licenciamento federal no Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

Tendo isso em vista, não é apenas a Proposta de Emenda à Constituição n. 65/2012 que leva esse assunto à discussão pelo Congresso brasileiro, mas também, por exemplo, o Projeto de Lei n. 3.729/2004, que busca criar a Lei Geral do Licenciamento Ambiental, e o Projeto de Lei do Senado n. 654/2015, que propõe uma modalidade de licenciamento ambiental especial para empreendimentos de infraestrutura considerados estratégicos e de interesse nacional.

Não obstante, a Proposta de Emenda à Constituição n. 65/2012, de autoria do Senador Acir Gurcacz, levanta, em sua justificativa, aspecto de grande relevância jurídico-política. Segundo o Senador:

Nesses procedimentos [de discussão de questões ambientais], perde-se muito tempo e desperdiçam-se recursos públicos vultosos, em flagrante desrespeito à vontade da população, à soberania popular, que consagra, em urnas, um programa de governo, e com ele, suas obras e ações essenciais.⁴

A PEC n. 65/2012, nesse sentido, desenha, em sua justificativa, uma colisão entre a vontade popular e os “entraves” gerados pelo procedimento de licenciamento ambiental e as medidas judiciais tomadas nesse contexto.

O caso ganha contornos ainda mais peculiares quando se observa que o texto proposto, além de gerar uma ampla flexibilização do procedimento de licenciamento ambiental, é apresentado ao Congresso Nacional na forma de Emenda à Constituição, o que invoca, nesse sentido, o poder constituinte reformador desse órgão.

Essas iniciativas do Poder Legislativo ilustram um cenário propício para rediscussão de temas de direito constitucional, que, sob a perspectiva do direito ambiental, ganha novos contornos. Assim sendo, esse cenário em que as disputas dos diversos interesses sociais no que tange a matéria têm como palco o Congresso Nacional, que é convocado, inclusive, para alterar a Constituição Federal, torna-se relevante questionar quais os limites materiais do poder constituinte reformador às regras ambientais da Constituição da República Federativa do Brasil, em especial seu art. 225, § 1º, IV.

O ESCOPO INTERGERACIONAL DOS LIMITES MATERIAIS DO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR

As categorias jurídicas denominadas constituição, poder constituinte originário e poder constituinte derivado, por mais que pareçam comuns no atual

⁴ BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição Federal n. 65/2012*. Autoria do senador Acir Gurcacz. Acrescenta o § 7º ao art. 225 da Constituição, para assegurar a continuidade de obra pública após a concessão da licença ambiental. p. 2. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/120446.pdf>>. Acesso em: 06/09/2016.

estágio do constitucionalismo brasileiro, não são elementos ontológicos⁵ do direito, mas frutos de um longo processo de consolidação de determinadas teorias e tradições nas sociedades modernas.

Até mesmo aqueles autores que defendem uma presença perene do elemento “constituição” na formação dos mais diversos tipos de agrupamentos sociais humanos, como Maurício Fioravanti, reconhecem as profundas distinções que esse fenômeno apresentou no decorrer dos tempos.

Na Idade Média, por exemplo, momento anterior às formulações teóricas acerca do Poder Constituinte, Fioravanti aponta que a noção de constituição se apresentava como uma concepção em que as condições econômicas, sociais e políticas estavam além da capacidade de regulamentação positiva. Nesse sentido, deixa de ser, como outrora na Antiguidade, a projeção de um modelo ideal de sociedade, mas “uma ordem jurídica dada, a preservar, a defender frente a todos aqueles que pretendem introduzir alterações arbitrárias nos equilíbrios existentes”.⁶

Ao explicar o modelo medieval e feudal, Raymundo Faoro⁷ aponta como esse modelo de sociedade não consegue alcançar a figura do Estado Moderno, uma vez que se limita a conciliar uma homogeneidade nacional no que diz respeito aos privilégios contratualmente reconhecidos, ou seja, desconhece a noção de unidade de comando para privilegiar funções privativas de senhores territoriais pertencentes a uma camada autônoma.

É a partir dos movimentos revolucionários do século XVIII que a constituição passa a ter seu sentido moderno, enquanto rompimentos das relações ou forças sociais previamente existentes.⁸ Nesse sentido, as experiências constituintes americana e francesa representaram, respectivamente, o desejo dos colonos americanos de romper com a metrópole inglesa no fim do século XVIII e finalidade dos revolucionários franceses em destruir as instituições do Antigo Regime.⁹

⁵ O termo é aqui utilizado no sentido exposto por João Maurício Adeodato ao falar da perspectiva holística da teoria do conhecimento, termo utilizado pelo autor ao dizer daquela abordagem em que “a teoria do conhecimento e da ciência devem fazer corresponder proposições verdadeiras a tais objetos preexistentes, buscando sempre um princípio ontológico unificador. (...) Dessa tendência faz parte a tradição platônica e aristotélica com suas diversas formas de ontologia essencialista”. ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 303.

⁶ Tradução livre. No original: “un orden jurídico dado, a preservar, a defender frente a todos aquellos que pretendan introducir alteraciones arbitrarias en los equilibrios existentes”. FIORAVANTI, Maurício. *De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta Editora, 2001. p. 37.

⁷ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2001. p. 33.

⁸ FIORAVANTI, Maurício. *De la antigüedad a nuestros días*, p. 100.

⁹ FIORAVANTI, Maurício. *De la antigüedad a nuestros días*, p. 103.

Nesse contexto, o fenômeno revolucionário passa a ser teorizado, bem como legitimado, e as construções teóricas associadas ao poder constituinte são elaboradas. Em resumo, esses processos históricos culminaram na fixação do “poder supremo da nação e da razão” (*suprema potestas nationis et rationis*).¹⁰

A valorização da nação representa a consolidação do Estado Moderno, que, como explica Max Weber, destrói toda a formação corporativa do sistema feudal, enquanto o elemento racional altera a forma de dominação social. A dominação burocrático-racional distingue a ordem jurídica objetiva da subjetiva e faz com que aquele que exerce a dominação não o exerça por direito próprio, gerando uma despersonalização da dominação, comuns no sistema feudal e patrimonial.¹¹

A alteração do eixo da legitimidade do exercício do poder – que deixa de ser dos contratos entre donos de terras, ou da vontade de um princípio de direito divino – para uma base racional e nacional é fundamento para a formação da noção de povo. Como aponta Bonavides:

A teoria do poder constituinte só se faz inteligível à luz de considerações sobre o problema da legitimidade, cujo debate ela necessariamente provoca, porquanto emergiu de uma distinta concepção de autoridade governativa; uma concepção em que a titularidade do poder era deferida exclusivamente e por inteiro à Nação, única legítima para postular obediência ou estabelecer o comando da sociedade.¹²

O quadro que se delineia a partir disso é uma tensão interna entre dois sentidos do poder constituinte. Politicamente, o poder constituinte tem como função fazer com que os governados se subordinem a essa soberania racional, mas, juridicamente, o poder constituinte, ao ser exercido, se torna poder constituído (constituição), com a missão de conformar o comportamento do corpo social.¹³

Assim, tensões geradas pela dicotomias entre poder constituinte e poder constituído, povo e constituição, soberania e legalidade precisaram ser mitigadas. A alternativa encontrada foi a concepção que a democracia possui momentos de agitação política, que, a depender de sua radicalização, rompem com o ordenamento jurídico constituído. No entanto, após esses eventos, a vida política tende a se conformar aos limites constitucionalmente impostos.

Outra solução historicamente encontrada pelo constitucionalismo foi a inserção, no próprio texto positivo das Constituições, a delimitação das possibilidades

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 143.

¹¹ WEBER, Max. *Economia e sociedade*. São Paulo: Editora UnB, 2004. p. 60-61; 230. 2. v.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 145.

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 148-153.

de revisão do poder constituinte originário. Surgiram, nesse sentido, as chamadas constituições flexíveis, rígidas e semirrígidas.¹⁴

As constituições flexíveis são aquelas que fundam um ordenamento jurídico plenamente horizontal, em que os órgãos políticos por ela instituídos tem plena autoridade para alterá-la. Assim, há uma constante presença do poder constituinte originário na vida parlamentar cotidiana. São exemplos o modelo da Nova Zelândia e da Inglaterra, cujo parlamento pode propor qualquer mudança no ordenamento jurídico e essa mudança será aprovada pelo mesmo procedimento que qualquer outra norma.¹⁵

Entretanto, as constituições rígidas são aquelas que criam um ordenamento jurídico verticalizado, estabelecendo limites ou regras especiais para a manifestação do poder constituinte, que, nesse caso, é meramente reformador. Na maioria das vezes, esses limites se apresentam na forma de um procedimento mais difícil de aprovação de proposta que aquele estabelecido para a aprovação de leis infraconstitucionais.¹⁶

Esse é o caso brasileiro, em que a própria Constituição, em seu art. 60, disciplina que ela poderá sofrer alterações por meio de emendas propostas pelas Câmaras do Congresso Nacional, pelo Presidente da República ou pelas Assembleias Legislativas das unidades da Federação.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal já analisou alguns casos acerca dos limites materiais do poder constituinte reformador na Constituição de 1988. O entendimento do Supremo Tribunal rejeita que esses limites materiais criem algum grau de hierarquia entre as próprias normas constitucionais, mas permite que o poder constituinte reformador seja limitado. É o que se depreende da ADI 815:

As cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao poder constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo poder constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio poder constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas.¹⁷

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 118-119.

¹⁵ AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à constituição: um atento ao poder reformador*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2000. p. 67-68.

¹⁶ AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à constituição: um atento ao poder reformador*, p. 67-68.

¹⁷ BRASIL. Ação Direta de inconstitucionalidade n. 815. Relator Min. Moreira Alves. *Diário da Justiça*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 10 maio 1996.

O fundamento normativo da limitação do Poder Constituinte está no art. 60, § 4º da Constituição Federal e as limitações materiais têm como maior referência o inc. IV desse dispositivo constitucional, que veda as emendas que buscam abolir direitos e garantias fundamentais. O Supremo Tribunal Federal tem entendido, nesse sentido, que se trata de um núcleo temático intangível à reforma, tal como se depreende da ADI 466:

O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade.¹⁸

Dentro desse contexto, observa-se, ainda, que o Supremo resguarda essa imutabilidade por meio dos instrumentos de controle de constitucionalidade, permitindo o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade contra emendas à Constituição.

Um aspecto de grande debate em relação à proteção desse núcleo imutável da Constituição é seu alcance. Como o inc. IV do § 4º do art. 60 do texto constitucional disciplina que não serão objetos de emendas “os direitos e garantias individuais”, já se discutiu se a proteção dada por essa norma seria aplicada apenas aqueles direitos presentes no art. 5º do texto constitucional, o que foi rechaçado na ADI 939-7/DF pelo voto do Min. Carlos Veloso, ao dizer que:

Ora, a Constituição, no seu art. 60, § 4º, inciso IV, estabelece que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais”. Direitos e garantias individuais não são aqueles que estão inscritos nos incisos do art. 5º. Não. Esses direitos e essas garantias se espalham por toda a Constituição.

Assim, não sendo o limite material disposto no art. 6º, § 4º, inc. IV da Constituição Federal passível de ser topograficamente identificado, foram necessárias construções teóricas mais rebuscadas para sistematizar essas restrições

¹⁸ BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 466. Relator Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 10 maio 1991.

ao poder constituinte derivado. Uma dessas teorias é a que se vincula Oscar Vilhena Vieira,¹⁹ ao defender que a constituição possui uma “reserva de justiça”.

Pensar a Constituição como “reserva de justiça” é, na visão de Vieira, entendê-la como “ponto de encontro entre moralidade política e direito positivo”, de forma que o sentido de direitos e garantias individuais deve ser compreendido como aqueles “elementos essenciais à proteção da dignidade humana e que habilitem a democracia, como procedimento de decisões entre seres racionais, iguais e livres”. Isso significa que as cláusulas pétreas são aqueles elementos estruturantes que garantem um perene processo de transformação e adequação social sem a violação à autodeterminação da comunidade política. Em outras palavras:

Através das limitações constitucionais as gerações futuras terão resguardados os seus direitos de se autogovernarem, frente às ameaças das gerações presentes de impor ideias absolutas que vinculem o futuro. O absolutismo das cláusulas superconstitucionais somente se justifica se for um absolutismo em torno das condições essenciais à autonomia presente e futura. Nesse sentido, devem ser habilitadoras das gerações futuras, favorecendo a perpétua possibilidade de escolha da melhor forma de organização constitucional.²⁰

Já do ponto de vista pragmático dentro da dinâmica política, Mendes e Branco lembram que, além de manter o projeto básico instituído pelo constituinte, as cláusulas pétreas evitam que condições políticas pontuais, como maiorias eventuais, atrapalhem uma experiência constituinte duradoura.²¹

Assim sendo, observado que os limites materiais da reforma constitucional não se limitam aos direitos e garantias constitucionais, bem como demonstrado seu escopo maior de garantir a liberdade perpétua das diversas gerações para se autogerarem, é possível analisar como esses elementos se integram na formação dos limites do poder reformador no que tange às normas ambientais.

O LICENCIAMENTO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO DE CONFLITOS INTER E INTRAGERACIONAIS

Sob uma perspectiva tradicional do fenômeno jurídico, em que esse teria como principal função a pacificação dos conflitos interpessoais por meio do processo, o Estado teria poucos instrumentos prévios à instauração das lides para evitar a geração de conflitos. A partir de um estado de inércia,

¹⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

²⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça*, p. 226.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 123.

o Estado aceita a provocação do interessado e sua cooperação, instaurando um processo e conduzindo-o até ao final, na medida apenas em que o interesse deste em obter a prestação jurisdicional coincidir com aquele interesse público de atuar a vontade do direito material e, com isso, pacificar e fazer justiça.²²

Assim, de forma substitutiva²³ à vontade das partes e pautado sobre o ideal de justiça corretiva, em que o juiz busca igualar partes que, por um comportamento ilícito, foram desigualladas, o Estado penaliza o acusado retirando dele o ganho indevido.²⁴

Não é em sentido diferente que, na *Teoria pura do direito*, Hans Kelsen sustenta que a responsabilidade jurídica está vinculada ao princípio retributivo, que “liga uma conduta conforme à norma com a recompensa e uma conduta contrária à norma com a penitência ou com a pena e, assim, pressupõe uma norma que prescreva ou proíba essa conduta”.²⁵

Essa responsabilidade-imputação, fundada no princípio retributivo, “é estabelecida no termo de um processo que identifica o autor de uma ação passada em que é então intimado a prestar contas dela e a pagar o preço correspondente”.²⁶

No entanto, essa noção de responsabilidade não gera respostas a um dos principais desafios contemporâneos, que é a questão ambiental.

O centro da questão ambiental está no reconhecimento da interdependência entre o ser humano e o meio ambiente, que põe em evidência a questão acerca de quais comportamentos alcançam uma relação sustentável entre a utilização dos recursos naturais e a continuação da sua existência para atender às futuras necessidades dessa e das próximas gerações. Trata-se, portanto, de um problema translocal e transgeracional,²⁷ o que é incompatível com a noção de responsabilidade-imputação.

Em relação ao aspecto translocal, a noção de responsabilidade-imputação não é satisfatória porque muitos fenômenos contemporâneos não partem de condutas individualizáveis, mas de ações cumulativas não deliberadas.

Para exemplificar o primeiro motivo da insuficiência do modelo tradicional de responsabilidade, pode-se imaginar o caso de dois indivíduos: James Turner e Hu Wang. Supondo-se que eles, desconhecendo a intenção um do outro, decidem matar uma inimiga em comum, em um mesmo momento e desta mesma forma:

²² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 152.

²³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 150.

²⁴ ARISTOTELES, *Ética à nicômaco*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 4-b.

²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 103.

²⁶ OST, François. *A natureza à margem da lei: ecologia à prova do direito*. Lisboa: Piaget, 1995. p. 308.

²⁷ OST, François. *A natureza à margem da lei*, p. 374-376.

envenenamento. Cada um deles, ignorante em relação a quais substâncias são nocivas à saúde humana, adicionaram na comida de seu desafeto, Gaia Pachamama, medicamentos que, isoladamente, são inofensivos, mas, em conjunto, geraram a morte desejada.

Segundo o Código Penal brasileiro, nem James Turner nem Hu Wang podem ser responsabilizados pelo crime de homicídio. Isso ocorre porque nenhuma das condutas realizadas gerou um risco objetivo à vida da vítima.²⁸ O raciocínio é semelhante a alguém que tenta matar outro com uma bala de festim. Não há, nesses casos, nenhuma possibilidade de dano e, portanto, não há por que punir os indivíduos.

Ao se transportar essa mesma racionalidade para a questão do efeito estufa e o aquecimento global, alcança-se a ideia de milhões de americanos, chineses e brasileiros consumindo recursos naturais. Nada obstante, a nenhuma empresa, usina de energia ou pessoa pode ser imputada a responsabilidade pelos fenômenos de mudança climática, se seus comportamentos forem analisados isoladamente.

Portanto, observa-se que grande parte dos fenômenos ambientais representam um resultado geral, como a morte no exemplo anterior. No entanto, analisadas individualmente, as condutas são incapazes de gerá-los. Esse é o primeiro problema contemporâneo que a relação de responsabilidade imputação não consegue resolver. Já em relação ao segundo motivo, o caráter transgeracional da questão ambiental, observa-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não é de titularidade apenas da geração presente, mas também das “futuras gerações”, tal como disposto no art. 225 da Constituição Federal.

Assim, o direito precisa “conciliar as subtrações justificadas pelo usufruto a curto prazo, com as medidas impostas pela permanência a longo prazo”.²⁹ No entanto, a noção de imputação não está preparada para lidar com situações futuras de longo prazo. A imputação precisa da certeza da descrição de determinada conduta para gerar o vínculo entre a hipótese do ilícito e a sanção jurídica. De resto, o campo da incerteza do horizonte de possibilidades do futuro é entendido como esfera individual da liberdade e, portanto, lícita.³⁰ Isso ignora a

atitude de prudência, que impõe, simultaneamente, a obrigação de procurar saber, a abstenção na dúvida persistente, a orientação segundo a hipótese de superveniência da conjuntura mais desfavorável, e, finalmente, a manutenção de opções o mais amplamente abertas ao futuro.³¹

²⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 542. 1. v.

²⁹ OST, François. *A natureza à margem da lei*, p. 375, 310 e 374.

³⁰ Trata-se da norma geral negativa, também pensada por Hans Kelsen, no sentido de que o indivíduo “é ponto terminal de uma imputação apenas possível com base nessa ordem normativa” *Vide* KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 104.

³¹ OST, François. *A natureza à margem da lei*, p. 375.

Daí observa-se a necessidade do alargamento da noção de responsabilidade para as questões ambientais, que deve ser entendida como “responsabilidade por risco”³², ou, nas palavras de Ost, uma responsabilidade voltada para o futuro, de forma que, “em lugar de procurar os culpados das ações passadas, ela serviria para definir o círculo das pessoas solidariamente investidas de novas missões”.

Portanto, um direito voltado para os desafios ambientais da sociedade contemporânea precisa se conceituar enquanto “arte de decidir sobre um fundo de irresolubilidade”, de forma a definir “a rede das obrigações, o labirinto das alianças, a linha das filiações”. Da mesma forma, o ato de interpretar precisa deixar de ser entendido como fixação cognoscitiva de significado do enunciado jurídico e deve passar a ser uma “reinterpretação permanente sob a forma do debate argumentado (...) que autoriza a busca permanente de sua formulação mais justa”.³³

Por fim, a responsabilidade entendida enquanto prudência implica (i) “a obrigação de saber, para tentar avaliar as consequências mais longínquas possíveis das nossas opções”; (ii) “a escolha da via menos onerosa para os beneficiários da nossa responsabilidade, e, em caso de dúvida, a abstenção de agir”; (iii) “comanda, em todas as circunstâncias, a medida e a pena”.³⁴

Para atender a essas novas necessidades, o escopo do Direito precisa repensar sua função primária, de forma que instrumentos de gestão tornam-se mais adequados que medidas retributivas efetivadas pela jurisdição.

É nesse contexto de necessidade de novos instrumentos jurídicos que o licenciamento ambiental surge como “principal instrumento de realização preventiva do controle ambiental”, identificando-se como o

procedimento administrativo pelo qual o órgão competente verifica a localização, instalação, ampliação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais considerados efetivos ou potencialmente poluidores ou que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.³⁵

Além da vantagem de fugir do caráter corretivo dos outros instrumentos jurídicos de realização do direito objetivo, o licenciamento ambiental permite o diálogo setorial de diversos atores, técnicos e políticos, na avaliação do impacto inter e intrageracionais que empreendimentos potencialmente poluidores podem gerar.

³² SOARES, Guido Fernando da Silva. *Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 722.

³³ OST, François. *A natureza à margem da lei*, p. 375, 22.

³⁴ OST, François. *A natureza à margem da lei*, p. 375, 310.

³⁵ FINK, Daniel Roberto; ALONSO JR., Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Tendo tudo isso em vista, pode-se observar que a liberdade do poder constituinte reformador, em relação às normas de proteção ambiental e de licenciamento ambiental é plena em relação ao aperfeiçoamento desses procedimentos. Não obstante, esse poder encontra na figura do desenvolvimento sustentável, e gerenciável por meio de uma responsabilidade-projeto, seu limite material na esfera ambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria dos limites do poder constituinte reformador na era do desenvolvimento sustentável

A teoria do poder constituinte é a sistematização acadêmica do processo histórico de constitucionalização iniciados no séc. XVIII. Mais do que uma tese prescritiva acerca da forma das rupturas e revoluções sociais, é uma teoria que busca exemplificar fenômenos observados em diversas partes do mundo, nos quais os principais exemplos são o americano e o francês.

Interpretada pelos autores positivistas, o Poder Constituinte Originário foi explicado sob a perspectiva unilateral da dimensão estatista e normativa do fenômeno, de forma que era entendido enquanto fenômeno meramente social, uma força político-social tão grande que não vê limites na ordem jurídica ora vigente.³⁶

Uma vez que a nova ordem jurídica é estabelecida, aqueles processos constituintes que geram constituições rígidas culminam no afastamento do poder constituinte originário e no surgimento do poder reformador, que “para modificar um texto jurídico, de conotações políticas, dentro de parâmetros legais traçados no ordenamento, sua natureza, inexoravelmente, tem de ser jurídica”.³⁷ Sendo jurídico e tendo como fundamento de validade o poder constituinte originário, o poder constituinte reformador é a este subordinado, precisando, nesse sentido, respeitar a estrutura jurídica do ordenamento já posto.

Nos Estados Democráticos de Direito, para além dos limites formais das constituições rígidas, também pode haver limites materiais, que, no caso brasileiro, se encontra no art. 60, § 4º, inc. IV da Constituição. Apesar desse dispositivo mencionar que não poderá ser objeto de emenda a abolição dos direitos e garantias individuais, observa-se que esse núcleo imutável não tem correspondência topográfica com outra parte da constituição, como com os incisos do art. 5º, por exemplo.

Esse núcleo rígido da constituição é observado com base nos pressupostos da democracia e da dignidade humana, o que permite que tentativas de reforma à constituição que violem direitos fora do rol do art. 5º também possam ser contidas pelo Supremo Tribunal Federal. O exemplo da inconstitucionalidade da emenda à constituição que violava o princípio da anterioridade com a instituição de um novo tributo é exemplo disso na jurisprudência da Corte.

³⁶ AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à constituição*, p. 93.

³⁷ AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à constituição*, p. 129.

Uma vez que o poder constituinte reformador está subordinado ao binômio dignidade humana e democracia, ele pode aperfeiçoar e atualizar os instrumentos constitucionais, mas não gerar mudanças que limitem a autodeterminação das futuras gerações, sob o risco de gerar um absolutismo de uma geração sobre outra, ou engessar o ordenamento jurídico aos novos desafios.

Nesse contexto, a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e os instrumentos de gestão ambiental criados pelo poder constituinte originário também subordinam o poder constituinte reformador.

Mais que isso, a construção de um desenvolvimento intergeracional sustentável exige que nas propostas de alterações às normas constitucionais sobre o licenciamento ambiental, as mudanças propostas não frustrem ou desnaturem a natureza preventiva desse instrumento e a perspectiva de responsabilidade projeto que ele carrega em si.

Assim sendo, os limites materiais ao poder constituinte reformador em matéria de licenciamento ambiental segue o mesmo objetivo da busca pelo equilíbrio intergeracional já proposto pela noção aos limites gerais presentes no poder constituinte reformador criado pela teoria clássica do poder constituinte. Não obstante, na seara ambiental, esses parâmetros intergeracionais são inseridos em contexto próprio de reconhecimento da interdependência entre o homem e a impossibilidade de efetividade da noção retributiva de responsabilidade.

Portanto, o licenciamento ambiental, tendo em vista as mudanças propostas com os projetos de lei e a proposta de emenda à Constituição que tramitam pelo Congresso, por respeito aos ditames materiais do poder constituinte originário, não pode ser alterado no que tange a ser instrumento de mitigação de danos e internalização de custos pelos danos ambientais, mas pode ser alterado para permitir um procedimento mais eficiente e, nesse sentido, menos oneroso ao solicitando, como no que tange à relação do tempo para aquisição das licenças ambientais, ou aos custos.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à constituição: um atentado ao poder reformador*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2000.

ARISTOTELES. *Ética à nicômaco*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 1. v.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros: 2014.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 466. Relator Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 10 maio 1991.

BRASIL. Ação Direta de inconstitucionalidade n. 815. Relator Min. Moreira Alves. *Diário da Justiça*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 10 maio 1996.

BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição Federal n. 62/2012*. Autoria do senador Acir Gurcacz. p. 2. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/120446.pdf>>. Acesso em: 06/09/2016.

BRASIL. Senado Federal. *Proposta de emenda à constituição n. 65 de 2012*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/120446.pdf>>. Acesso em: 18/09/2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 152.

CNI. Confederação Nacional das Industrias. *Licenciamento ambiental: propostas de aperfeiçoamento*. Brasília: CNI, 2014.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2001.

FINK, Daniel Roberto; ALONSO JR., Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FIORAVANTI, Maurício. *De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta Editora, 2001.

HOFMANN, Rose Mirian. *Gargalos do licenciamento federal no Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NOTÍCIAS AGRÍCOLAS. Governo, ambientalistas e empresas buscam acordo sobre licenciamento ambiental. *Notícias Agrícolas*, 13 set. 2016. Disponível em: <http://www.noticiasagricolas.com.br/noticias/politica-economia/179241-governo-ambientalistas-e-empresas-buscam-acordo-sobre-licenciamento-ambiental.html#.V_PjDvkrK_00>. Acesso em: 20/09/2016.

OST, François. *A natureza à margem da lei: ecologia à prova do Direito*. Lisboa: Piaget, 1995. p. 308.

SENADO. Burocracia ambiental trava crescimento econômico, diz Dornelles. *Jornal do Senado*, Brasília, 12 abr. 2007. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/jornal/edicoes/2007/04/12/burocracia-ambiental-trava-o-crescimento-economico-diz-dornelles>>. Acesso em: 06/09/2016.

SOARES, Guido Fernando da Silva. *Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. São Paulo: Editora UnB, 2004. 2. v.

Data de recebimento: 01/11/2016

Data de aprovação: 18/01/2017