

PROPUESTA DE ENMIENDA A LA CONSTITUCIÓN N. 65 DE 2012: ¿LICENCIA AMBIENTAL?

Heron José Santana Gordilho¹

Universidade Federal da Bahia (UFBA) |

Raissa Pimentel S. Siqueira²

Universidade Federal da Bahia (UFBA) |

RESUMEN

Este artículo es una nota legislativa que, basada en el método histórico-evolutivo, promueve el análisis de la Propuesta de Enmienda Constitucional n. 65, del 12 de diciembre de 2012, que tiene busca promover cambios en el procedimiento de licencia de empresas potencialmente causadoras de significativo impacto, en lo que toca a un modo más apurado de hacerlo. La sección inaugural estará dedicada al análisis de las licencias ambientales, en la calidad de instrumento de la Política Nacional Ambiental, buscando la lógica que impregna el procedimiento de tres fases, sin perjuicio al análisis del rito especial conferido a las empresas que potencialmente causan significativo impacto ambiental. Enseguida, la propuesta será informada en las Cámaras Legislativas para, al fin y al cabo, registrar los efectos que resultarían de la eventual aprobación, la ruptura de la lógica trifásica de la licencia ambiental, además de la violación de los principios de quien contamina paga y la participación popular.

Palabras clave: Estudio de Impacto Ambiental (EIA); licencia ambiental; principio de participación; principio de quien contamina paga; Relatorio de Impacto Ambiental (RIMA).

1 Post Doctor por la Pace University Law School. Doctor en Derecho por la Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Profesor de PPGD en UFBA y PPGD en la Universidade Católica de Salvador (UCSAL). Miembro de la World Academy of Art & Science (WAAS). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8485-3729> / e-mail: heron@ufba.br

2 Doctorando en Derecho Público y Máster en Relaciones Sociales y Nuevos Derechos, área de concentración Derecho Ambiental, por el Programa de Postgrado en Derecho de la UFBA. Especialista en Derecho Inmobiliario de la Universidade de Salvador (UNIFACS). Profesora universitaria ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8364-0270> / e-mail: raissapimentelss@gmail.com

CONSTITUTIONAL AMENDMENT PROPOSAL N. 65 FROM 2012: IT IS A REQUIEM FOR THE ENVIRONMENTAL LICENSING?

ABSTRACT

This article is a legislative note that, based on the historical-evolutionary method, promotes the analysis of the Proposed Constitutional Amendment n. 65, of December 12, 2012, aimed at promoting changes to the licensing procedure of projects that potentially cause significant impact, in order to make it faster. The inaugural section will be devoted to the analysis of environmental licensing, as an instrument of the National Environmental Policy, seeking the logicity that permeates the three-phase procedure, without prejudice to the analysis of the special rite conferred to enterprises potentially causing significant environmental impact. Then, the proposal will be reported in the Legislative Houses to finally record the effects that would result from the eventual approval, the breach of the three-phase logic of environmental licensing, as well as the violation of the principles of polluter pays and popular participation.

Keywords: *Environmental Impact Report (RIMA); Environmental Impact Study (EIA); environmental license; polluter pays principle; principle of participation.*

INTRODUCCIÓN

La licencia ambiental es, sin duda, un tema que suscita discusiones cercanas entre los numerosos agentes sociales, directa o indirectamente, involucrados en las disputas asociadas con el binomio crecimiento económico/salvaguarda de los recursos ambientales.

Por un lado, sus argumentos reverberan en que el procedimiento administrativo trifásico, que se caracteriza por ser complejo, despacio y costoso, resulta daños a las actividades económicas responsables de la expansión del país. Por otro lado, las acusaciones resuenan sobre la emisión de licencias y otros actos autorizados de una manera inponderada, basada en análisis puramente formales de estudios viciosos – según lo realizado por la parte interesada –, a la reducción de la tutela efectiva de bien ambiental.

En el contexto de los debates sobre la necesidad de mejorar la legislación ambiental, el Senado Federal propuso la Enmienda Constitucional n. 65 de 2012, de 12 de diciembre de 2012, del senador Acir Marcos Gurgacz y otros³, con el objetivo de alterar el procedimiento de licencia ambiental para proyectos que potencialmente causen un impacto ambiental significativo, a fin de hacerlo más apurados

Los congresistas que fueron signatarios de la propuesta mencionada pretendían añadir una enmienda la Constitución Federal para incorporar un séptimo párrafo en su artículo 225, con la siguiente redacción: “La presentación del estudio de impacto ambiental previo requiere autorización para la ejecución de la obra, lo cual no puede ser suspendido o cancelado por los mismos motivos, a menos que se trate de un hecho que se superviniente” (GURGACZ *et al.*, 2012).

Como la justificación del texto inicial defiende la necesidad de acelerar la ejecución de las obras públicas, se conjetura que la enmienda, si se aprueba, en realidad haría inocuo el proceso de licencia ambiental de emprendimiento y/o actividades, públicas o privada.

A pesar de los argumentos basados en la justificación publicada por los proponentes, a partir de la lectura de la declaración normativa propuesta, se puede inferir la existencia de discrepancias entre los

³ Otros senadores signatarios de la propuesta: Antônio Carlos Valadares, Armando Monteiro, Casildo Maldaner, Cássio Cunha Lima, Cidinho Santos, Clésio Andrade, Cristovam Buarque, Cyro Miranda, Eduardo Amorim, Eduardo Lopes, Eunício Oliveira, Gim Argello, Humberto Costa, Inácio Arruda, Jayme Campos, João Vicente Claudino, Lobão Filho, Marco Antônio Costa, Mário Couto, Paulo Bauer, Romero Jucá, Sérgio “Petecão”, Sérgio Souza, Vital do Rêgo, Waldemir Moka, Walter Pinheiro, Wellington Dias e Wilder Morais.

reclamos fundacionales y el marco legal existente con respecto a la licencia ambiental, especialmente con respecto a la necesidad de cumplir con el procedimiento trifásico y fidelidad a los principios de prevención, quien contamina paga y participación popular.

El tema inaugural de este artículo estará dedicado a las licencias ambientales como instrumento de la Política Nacional Ambiental. Con este fin, se tomarán en cuenta las consideraciones del preámbulo sobre las externalidades ambientales y se realizará un breve examen de los fundamentos de los principios de quien contamina paga y de prevención.

A continuación, se analizará el procedimiento de licencia ambiental trifásico, buscando inferir su lógica y enfocándose en los requisitos esenciales y los efectos legales de la emisión de cada una de las tres licencias acumulativas y necesarias para el funcionamiento del emprendimiento/ actividad.

Posteriormente, se realizará un estudio de las peculiaridades inherentes a las licencias ambientales en empresas que pueden causar un impacto ambiental significativo, a lo que la Constitución Federal de 1988 se encargó de exigir un rito especial de procedimiento administrativo, con la realización de un Estudio Preliminar de Impacto Ambiental y la viabilidad posterior de instancias de manifestación popular sobre los resultados.

Finalmente, considerando que estas empresas fueron el objeto inmediato de los cambios constitucionales propuestos, se realizará un análisis de la PEC. n. 65/2012, y por razones históricas, se analizará el procesamiento de la Propuesta en las Cámaras Legislativas y los efectos que resultarían de la aprobación de la Propuesta, en cuyo momento se buscará dilucidar las inconsistencias percibidas entre los argumentos establecidos por los congresistas signatarios con preocupación en justificar el cambio previsto y el real significado/efecto jurídico del dispositivo que se incorporará al diploma constitucional.

1 LICENCIAMIENTO AMBIENTAL

Para una mejor comprensión del contexto legal que impregna la propuesta de la PEC n. 65/2012, un sobrevuelo de locales que conforman la licencia ambiental es conveniente, por lo que se registrará a continuación cierta información esencial sobre el procedimiento administrativo en cuestión.

1.1 fundamentos principiológicos de la licencia ambiental

A medida que la Constitución de la República Federativa de Brasil eleva el entorno ecológicamente equilibrado a la condición de valor tutelado, la propia carta, en su Artículo 170, establece la libre empresa entre los fundamentos del orden económico brasileño, asegurando el ejercicio de actividad productiva en el país.

Como consecuencia, a menudo inevitable, de la actividad productiva y del consumidor, es posible verificar la ocurrencia de pérdidas imputadas a personas ajenas a la relación económica existente entre el productor/proveedor de servicios y el consumidor/beneficiario – los *outsiders*, por lo tanto, – teniendo como característica la inexistencia de compensación a los perjudicados (ARAGÃO, 2014).

Tales efectos nocivos, dijeron externos a los mercados, porque no se tienen en cuenta en los costos y las decisiones de quienes los producen, representan el “precio cero”, configurando externalidades negativas.⁴

Alexandra Aragão (2014) ilustra el concepto mencionado del acto de adquirir un automóvil: la relación existente entre el consumidor y el proveedor de la propiedad seguramente traerá beneficios a los concesionarios. Sin embargo, la circulación de un nuevo vehículo puede conducir a una mayor congestión del tráfico, lo que afecta a otros conductores.

Se nota que, a la luz de este ejemplo, el autor señala la ocurrencia de una externalidad social, porque en el mismo escenario también es posible vislumbrar una externalidad ambiental, ya que la congestión del tráfico se corroborará con el aumento de la contaminación atmosférica, debido a la emisión de gases de efecto invernadero. Otro ejemplo esclarecedor es el de una industria que, debido a su proceso de producción, genera altos niveles de contaminación del agua y el aire, lo que los hace de calidad inferior para el disfrute de la población.

El problema de las externalidades negativas se vuelve alarmante cuando afecta repetidamente al medio ambiente y puede llegar a agotarse, como se ilustra en el clásico *La tragedia de los comunes*, de Garrett Hardin (1968).

El problema descrito por Hardin involucra a un grupo de pastores

⁴ En términos simples, la externalidad significa el impacto causado por las acciones de un individuo o grupo en particular para cerrar a terceros, pero no participando directa o indirectamente en la acción que genera el resultado. Pueden parecer positivos cuando el resultado para el tercero es beneficioso para ellos, o negativos, en cuyo caso ese tercero puede continuar sufriendo una pérdida (generalmente una devaluación de sus activos ya sea tangible o intangible) (HOWDEN, 2013).

que usan un área de pasto común para sus rebaños, donde cada pastor es consciente de los costos y beneficios asociados con agregar un animal al área de pasto común.

El beneficio que obtendrá a través del nuevo animal conllevará costos e implicaciones al mantener al animal en el área, tales como la reducción de la cantidad y la calidad de los pastos disponibles, costes estos que se compartirán entre todos los pastores. Se deduce que, si todos los pastores lo hacen, después de un tiempo el área común seguramente será destruida (1968).

La hipótesis de Hardin es aplicable a los bienes ambientales, siempre que los bienes de uso común de la gente sean de libre acceso para la población. Los que menos explotan los recursos naturales terminan asumiendo los costos generados por aquellos que los usan en mayor escala (MACHADO, 2015).

Alexandra Aragão explica que la propiedad común y el libre acceso a los bienes ambientales eventualmente conducen al desarrollo de actividades económicas sin el cálculo adecuado de los costos sociales, incluidas las externalidades, ya que solo se analizan los costos de producción (ARAGÃO, 2014).

La internalización inadecuada de las externalidades negativas corrobora no solo con la exposición de los recursos naturales al riesgo de degradación severa, sino también con la configuración de las injusticias sociales.

Para corregir este escenario, solo es necesaria una respuesta estatal imperativa: el Estado debe manejar preventivamente los instrumentos de política pública a su disposición para evitar la ocurrencia de externalidades socioambientales.

En este sentido, para guiar la conducta del poder público para inducir la internalización de las externalidades negativas resultantes de la actividad que causa la degradación ambiental, el principio de quien contamina paga surge de la publicación de la Recomendación C (72) 128, emitida en 1972 por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), con el objetivo de proteger el medio ambiente armonizando los costos de producción y evitando distorsiones en los precios de los productos en el mercado internacional (PIMENTA; GORDILHO, 2018).⁵

5 [...] “Los recursos ambientales son generalmente limitados y su uso en actividades de producción y consumo puede llevar al deterioro. Cuando el costo de este deterioro no se calcula adecuadamente en el sistema de precios, el mercado no refleja la escasez de dichos recursos, tanto a nivel nacional como internacional. El principio que se utilizará para asignar los costos de prevención de la contaminación y las medidas de control para alentar el uso racional de los escasos recursos ambientales y evitar

Positivizado como principio jurídico, aunque de naturaleza económica, aplicable a la política ambiental europea, que describe el tema de los costos de prevención y restauración relacionados a las actividades contaminantes, el mandamiento se incorporó a la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Principio 16), como producto de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Brasil en 1992.

La lógica que involucra el principio de quien contamina paga es, por lo tanto, una lógica económica, ya que no se habla de un mandamiento preeminentemente represivo y sancionador, ya que innumerables actividades/empresas resultan en impactos negativos en el medio ambiente y, sin embargo, como corolario del desarrollo sostenible, son licenciados regularmente por el poder público, pero en una directriz consternatoria, de carácter preventiva.

A través de la incorporación de este principio al universo jurídico, se evita la privatización de las ganancias y la socialización de las pérdidas, lo que exige que el contaminador asuma los costos necesarios para mitigar y/o eliminar las pérdidas sociales resultantes de la actividad productiva (LEITE, 2015).

Sin embargo, un principio, una vez adoptado por el sistema legal como un comando para optimizar la conducta, depende de instrumentos específicos destinados a su operación efectiva, de modo que el principio de quien contamina paga busca limitar la discreción del poder público, al paso que impide que la administración permita que aquellos que no participaron en la acción que resultó en la contaminación sufran los daños resultantes de la acción perjudicial.

Los principios de precaución y prevención son los dos subprincipios del principio de quien contamina paga: precaución, cuando la actividad puede conducir a la contaminación ambiental y requiere el uso de un cuidado excepcional en su implementación; y prevención en sentido estricto, cuando existe la certeza de que un determinado tipo de actividad puede causar daños, lo que requiere la adopción de medidas de mitigación (PIMENTA; GORDILHO, 2018).

distorsiones en el comercio internacional y la inversión es el llamado “principio de quien contamina paga”. Este principio significa que el contaminador debe asumir los costos de implementación mencionados anteriormente, medidas decididas por las autoridades públicas para garantizar que el medio ambiente se encuentre en un estado aceptable. En otras palabras, el costo de estas medidas debe reflejarse en el costo de los productos y servicios que causan contaminación en la producción y/o consumo “.

Las licencias ambientales y la posibilidad relacionada de imponer restricciones surgen como instrumentos de operacionalización del principio de prevención, ya que prescribe, ya sea al poder público o las legislaturas, la adopción de intervenciones para prevenir la ocurrencia de daños ambientales mínimamente predecibles.

La medida en que la agencia ambiental impone al emprendedor, como condición *sine qua non* a la emisión una licencia ambiental, por ejemplo, la obligación de instalar cierto filtro en las chimeneas de su planta industrial realiza una intervención profiláctica para evitar la emisión de gases contaminantes a niveles nocivos.

El carácter preventivo se evidencia en que impone al contaminador la adopción de medidas destinadas a mitigar y contener los daños – y los costos – que serían absorbidos por la sociedad en forma de externalidades, si las medidas reparadoras no fueron requeridas.

Hay una búsqueda, también, por desalentar la conducta socialmente poco interesante del emprendedor, de la imputación de la necesidad de absorber los costos de las acciones destinadas a prevenir el daño ambiental, lo que implica aumentar el valor final del producto o servicio (ROCHA, 2013).

Al mismo tiempo, a la medida que los costos se transfieren al consumidor final, la justicia social es prestigiosa, ya que aquellos que realmente se benefician del producto o servicio están gravados, no sufriendo el colectivo con los costos de la contaminación, ya sea financiera o social.

Solo en el curso del procedimiento de licencia ambiental, cuando se realiza el diagnóstico de posibles daños y externalidades, a partir del análisis de los estudios de impacto ambiental, es posible que las autoridades públicas establezcan las condiciones para la autorización de la actividad o emprendimiento.

1.2 Procedimiento trifásico de licencia ambiental

La licencia ambiental surge en el sistema legal brasileño con la Ley n. 6,938/81, que estableció la Política Nacional Ambiental (PNMA), que la ha elegido como uno de los más preeminentes instrumentos (BRASIL, 1981, art. 9).

Este es un procedimiento administrativo mediante el cual la agencia ambiental competente autoriza la construcción, instalación, expansión y operación de actividades y/o empresas que usan o potencialmente contaminan recursos ambientales o que pueden causar degradación ambiental.

La dinámica de las licencias ambientales en la cualidad de un procedimiento necesariamente trifásico regulada por el Decreto n. 99,274, del 6 de junio de 1990, que, al regular la PNMA, cumplió con la obligación de obtener, por parte del supuesto empresario, tres licencias distintas, acumulativas y otorgadas sucesivamente, a saber: Licencia Preliminar (LP), Licencia de Instalación (LI) y licencia de operación (LO) (BRASIL, 1990, art. 19).

La obtención de la primera de ella la LP, no importa en la autorización para realizar la actividad o para que el empresario comience la ejecución de los trabajos necesarios para la implementación efectiva de su establecimiento. Ella apenas, y únicamente, simboliza la aprobación por parte del gobierno de la ubicación y el diseño del proyecto, que debe ser implementado por la parte interesada solo después del análisis y discusión de los estudios ambientales realizados por el personal técnico del órgano de licencias con el objetivo de atestiguar su viabilidad ambiental (CONAMA, 1986, art. 8).

Con motivo de la expedición de LP se enumerarán las condicionantes, que son medidas de control y acciones necesarias para la corrección absoluta o, al menos, la mitigación de los impactos ambientales negativos que generará la empresa, y cuya incorporación en el proyecto ejecutivo es indispensable para el logro de licencia posterior (BECHARA, 2007).

Por lo tanto, después de expresar el interés en emprender un proyecto en particular y obtener el LP, el empresario es responsable de hacer ajustes al proyecto, a fin de incorporar las pautas y condiciones estipuladas, y luego, una vez más, ir a la agencia de licencias con un Proyecto Ejecutivo cuidadosamente preparado, que incluye, entre otros aspectos, los detalles de los procesos que se adoptarán durante la implementación y las tecnologías que se utilizarán para mitigar los impactos ambientales negativos, solicitando autorización para comenzar la implementación obtenida con la expedición de LI.

Una vez que se ha construido la infraestructura del proyecto, bajo los términos de la LI, el empresario aún no está autorizado para comenzar sus actividades, y se requiere una verificación final por parte de la agencia ambiental para verificar el cumplimiento efectivo de las condiciones y parámetros asignados, una evaluación que finalmente permitirá la obtención de la LO (CONAMA, 1986, art. 8).

La multiplicidad de fases del procedimiento de licencia ambiental se justifica por la necesidad de hacer los ajustes necesarios al proyecto para

que la actividad económica sea compatible con la protección del medio ambiente.

De acuerdo con Maria Luiza Granzinera (2014, p. 421):

[...] La licencia ambiental no pretende hacer que la implementación de un proyecto sea inviable. Su función principal es buscar todos los medios posibles para dicha implementación, a menos que los riesgos de daños indiquen falta de certeza sobre los efectos futuros de este emprendimiento.

Así, luego de realizar los antojos del emprendedor, y dadas las características de la actividad a desarrollar, así como el diagnóstico del medio ambiente (bajo enfoque ecológico y social), la agencia técnica tendrá dos oportunidades para determinar los ajustes necesarios al proyecto, a fin de para aprovecharlo, tras corregidos los aspectos frágiles por parte de los interesados.

1.3 Licencia de emprendimientos potencialmente causadores de significativo impacto – procedimiento extraordinario: EIA/RIMA como exigencia constitucional

A pesar del cumplimiento necesario con el procedimiento de licencia ambiental trifásico, el legislador constituyente se hizo cargo de la obligación de elaborar un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) preliminar para proyectos que posiblemente causen un gran impacto ambiental, imponiendo a las autoridades públicas la obligación de “exigir, de acuerdo con la ley, para la instalación de trabajos o actividades que son potencialmente causadoras de una degradación ambiental significativa, estudio previo de impacto ambiental, que se publicará “ (BRASIL, 1988, art. 225, § 1, IV).

El EIA representa la herramienta más sólida asociada con la licencia ambiental, ya que recopila datos de los más diversos espectros y ejes, para un análisis cuidadoso de los impactos ambientales en el escenario paradigmático que surge de una actividad determinada.

De la edición del primer acto normativo de minería del Consejo Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), la Resolución n. 001, del 23 de enero de 1986, definió la EIA como un estudio técnico a ser realizado por un equipo multidisciplinario debidamente calificado, con el objetivo, entre otras directrices, de identificar y evaluar sistemáticamente los impactos ambientales generados en las fases de implementación y operación del

proyecto propuesta por el presunto emprendedor, incluida la elaboración de alternativas tecnológicas y de ubicación (CONAMA, 1986, arts. 5 y 7).

En términos simples, es un estudio complejo que debe llevar a cabo un equipo compuesto por profesionales de las áreas más diversas, como biólogos, agrónomos e incluso antropólogos, entre otros, para apoyar el análisis y la decisión del organismo de licencias sobre la autorización instalación y posterior operación de la actividad y/o emprendimiento.

La Constitución Federal estableció la necesidad de una amplia difusión del contenido de la EIA a la sociedad, a fin de reunir preguntas y sugerencias, y debido a que es un documento predominantemente técnico, la EIA debe estar acompañada de un documento sintético y un lenguaje accesible, que consigne las conclusiones del estudio, que es el Relatorio de Impacto al Medio Ambiente (RIMA).⁶

En lo que toca al procedimiento, una vez que se haya expresado el interés del emprendedor en llevar a cabo una determinada actividad considerada potencialmente causante de una degradación ambiental significativa, y tras haber preparado el EIA/RIMA en los parámetros estipulados por la agencia ambiental, habrá llegado el momento de permitir la participación de la sociedad.

Con este fin, el organismo de licencias, una vez recibido el estudio mencionado, deberá notificar a la sociedad sobre su existencia, así como la posibilidad de programar audiencias públicas para aclarar su contenido material y recibir sugerencias, un momento llamado Paulo Afonso Leme Machado (2015, p. 299) como una “fase de comentarios”, después de la publicación de avisos específicos en un vehículo de comunicación local, asignando un mínimo de 45 días (CONAMA, 1987, art. 1).

Las audiencias públicas pueden ser programadas por la oficina por el organismo de licencias de la oficina, pero también por el Fiscal Público o cualquier entidad civil legalmente establecida, o incluso por un grupo de 50 o más ciudadanos. Tal es la importancia dada a las audiencias públicas que, si no lo hace, previa solicitud de cualquiera de las legítimas implicará la nulidad de la licencia (CONAMA, 1987, art. 2).

No es suficiente, las copias de la EIA/RIMA deben incluirse en el folio del documento del organismo de licencias, y cualquier parte interesada debe tener acceso a ellas incluso antes de que se celebren las audiencias públicas, a riesgo de invalidar la fase de comentarios y, por lo tanto, de la

⁶ Esto explica Paulo Afonso Leme Machado: “El estudio es más amplio que el informe y lo abarca en sí mismo. EPIA comprende la encuesta de literatura científica y legal relevante, trabajo de campo, análisis de laboratorio y la preparación del informe en sí (MACHADO, 2015, p. 277).

licencia ambiental emitida posteriormente, ya que constituye una afrenta a las disposiciones del art. 25, § 1, IV, da CF. (MACHADO, 2015).

1.3.1 EIA y el principio de participación popular

La participación de las partes interesadas en la fase de comentarios representa la puesta en práctica del principio de participación social, que es el Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que destaca la necesidad de compartir las decisiones entre las autoridades públicas y la sociedad (ONU, 1992).

Para la plena implementación del principio de participación popular, el Estado debe promover el acceso a la información y los mecanismos para controlar y mitigar los impactos de las decisiones tomadas en el contexto de las políticas públicas.

Participación pública, acceso a la información y acceso a la justicia⁷ deben considerarse amalgamados como dimensiones estratificadas de un deber estatal destinado a garantizar la realización del derecho fundamental al medio ambiente ecológicamente equilibrado, de conformidad con el *caput del artículo 225* de la CF.

La existencia de un derecho fundamental a un entorno equilibrado impone un deber relacionado al Estado de garantizar la efectividad de este derecho mediante la implementación de un aparato procesal, combinando acciones positivas y negativas.

Al considerar el derecho a participar en la toma de decisiones ambientales como una garantía fundamental, cualquier incumplimiento por parte del Estado de promover el acceso a la información – *in casu*, de la no disponibilidad de EIA/RIMA para el análisis y registro de comentarios – o no permitir sustancialmente la participación de la población en los procedimientos administrativos que conducirán a la toma de decisiones, como la no celebración de audiencias públicas o la celebración de estas en lugares de difícil acceso para las partes interesadas, puede considerarse vergonzoso para el ejercicio de un derecho o incluso a la eliminación de una posición jurídica.

El principio de participación es un consecuente lógico del principio

⁷ Participación pública, el acceso a la información y el acceso a la justicia, además, se ajustan al trípole de Aarhus, resultante de la Convención sobre el acceso a la información, la participación pública en el proceso de toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, celebrada en Aarhus, en Dinamarca, el 25 de junio de 1998, que aunque Brasil no está entre los signatarios, ya que es un evento celebrado dentro de la Unión Europea, es un faro de acción estatal a nivel internacional (CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2015).

democrático, el principio estructurante del estado de derecho democrático, que, además de reunir reglas de procedimiento, requiere que las autoridades públicas adopten medidas que garanticen la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones ambientales (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014).

Frank Fischer (2000) señala la importancia de establecer instancias de participación ciudadana directa en elecciones públicas que involucren el medio ambiente, sugiriendo que el modelo de democracia representativa – donde los representantes tienen la prerrogativa de convertir la opinión pública en una toma de decisiones efectivas implica una concepción elitista de la democracia como incluso los representantes más liberales,⁸ por regla general, tienen una visión distorsionada de los anhelos de la sociedad.

Entonces, fue manifiesto el *animus* del legislador constituyente al presentar la licencia de empresas y actividades que pueden causar una degradación ambiental significativa a la discusión y el control social, precisamente debido a la magnitud de los impactos que se causarán.

Solo después de la viabilidad de la manifestación popular, la agencia de licencias puede finalizar la fase preliminar de la evaluación de los impactos derivados de la realización del proyecto, sopesando las ventajas y los daños sociales y ambientales.

2 PROPUESTA DE ENMIENDA CONSTITUCIONAL N. 65/2012

Con base en las premisas anteriores, el análisis de las implicaciones que pueden surgir de la eventual aprobación de la Enmienda Constitucional n. 65 de 2012.

2.1 Breve resumen del procedimiento

Como se señaló en las notas introductorias, la Propuesta en consideración tenía como objetivo promover cambios en el procedimiento de licencia ambiental en proyectos que potencialmente causen un impacto ambiental significativo, con el objetivo de hacerlo más rápido.

Archivado en el Senado Federal el 13 de diciembre de 2012, fue remitido de inmediato al Comité de Constitución, Justicia y Ciudadanía (CCJ), y por distribución de fecha 04.02.2013, le correspondió al senador Armando Monteiro, que el 04.02.2014, por razones no revelado, devolvió

⁸ El término parece ser usado por el autor en el sentido de adherentes a la participación popular.

el proyecto a la Secretaría de CCJ sin más análisis para su posterior distribución.

El 1 de octubre de 2015, tras un año y siete meses sin procesamiento, por nombramiento del presidente del CCJ, senador Waldir Maranhão, el asunto fue remitido al entonces senador Blairo Maggi para su análisis y preparación del informe preliminar.⁹

El 7 de marzo de 2016, el Senador Blairo Maggi, después de revisar los requisitos formales y materiales necesarios para llevar a cabo la hazaña, envió su informe al Comité, dando su voto a favor de aprobar la Propuesta: “[...] opina por constitucionalidad, legalidad y buena técnica de la Enmienda a la Constitución n. 65 de 2012 y vote sobre el fondo para su aprobación” (GURGACZ, 2012).

Tras la publicación de la votación del Relator, el asunto se incluyó en el orden del día para su consideración por los otros miembros del Comité, de modo que, el 27.04.2016, después de la deliberación del órgano, el informe antes mencionado se adoptó como dictamen n. 469 de 2016 de la CCJ (SENADO FEDERAL, 2016), ratificando la continuación del procesamiento del PEC 65/12, que fue enviado a la Plenaria del Senado Federal para su votación.

El 18 de mayo de 2016, fue archivado por el Senador Randolfe Rodrigues el requerimiento n. 358/2016, solicitando la devolución de PEC 65/12 para procesamiento conjunto con PEC 153/15, aún bajo revisión en el CCJ, emitido con el propósito de enmendar el art. 225 de la Constitución Federal para incluir, entre los mandatos del gobierno, la promoción de prácticas y la adopción de criterios de sostenibilidad en sus planes, programas, proyectos y procesos de trabajo, ya que son propuestas antagónicas de los asuntos asociados (RODRIGUES, 2016a).

La solicitud formulada por el senador de Pernambuco fue aprobada el 19.05.2016, de modo que la propuesta fue devuelta al CCJ para su consideración adicional, y el 02.06.2016, por nombramiento del presidente de la Comisión, Randolfe Rodrigues fue nombrado relator.¹⁰

El senador Rodrigues, siete días después de la recepción del documento, expresó la inconstitucionalidad del PEC 65/12, recomendando su presentación y la constitucionalidad de la PEC 153/15 (RODRIGUES, 2016b).

Después de la presentación de este nuevo Informe, mientras la escritura

⁹ Procedimiento disponible en: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/109736>. Acceso en: 14 de julio de 2016.

¹⁰ En 12.05.2016, el senador Blairo Maggi fue nombrado Ministro de Agricultura, Ganadería y Abastecimiento por el entonces Presidente de la República Provisional, Michel Temer.

permanecía pendiente de la inclusión de la agenda para la votación de los otros miembros de la Cámara, CCJ recibió declaraciones de diferentes órganos, algunos para cuestionar la constitucionalidad del PEC 65/12, otros que expresaron su acuerdo con la constitucionalidad, una situación que ciertamente corroboró con la aprobación, por parte de la Comisión, el 08.03.2016, de la solicitud firmada por los senadores Randolfe Rodrigues y Acir Gurgacz (2016), para hacer posible retirar las Propuestas de la agenda de votación para que puedan realizarse, de forma preparatoria, audiencias públicas específicas sobre este impase.

El 21.12.2018, se presentó la propuesta, de conformidad con el § 1 del art. 332 del Reglamento Interno, es decir, en vista del cierre de la legislatura, aunque no se ha apreciado el mérito, lo que permite su eliminación en cualquier momento, a solicitud de los proponentes.¹¹

2.2 Implicaciones prácticas de la eventual aprobación

Del análisis del documento inicial de PEC 65/2012, se puede inferir que la propuesta presentada tiene el alcance de agregar un séptimo párrafo al artículo 225 de la Constitución Federal, con la siguiente redacción: “La presentación del estudio de impacto ambiental anterior requiere autorización para la ejecución de la obra, que no puede suspenderse ni cancelarse por los mismos motivos, excepto ante un hecho superviniente” (GURGACZ *et al.*, 2012).

Entre las razones enlistadas por los proponentes para justificar la Enmienda, la necesidad de acelerar la ejecución de las obras dirigidas por el poder público, dado que las obras inacabadas o suspendidas debido a omisiones en las licencias ambientales terminan agobiando a la máquina del estado, perjudicando el interés social e imputando una reputación negativa al gobernante.

Según Gurgacz:

Una de las mayores dificultades de la Administración Pública brasileña, y también una de las principales razones de su falta de prestigio, que se revela a la sociedad como una manifestación pública de ineficiencia, consiste en obras inacabadas u obras o acciones que comienzan y son posteriormente interrumpidas por decisión judicial de carácter cautelar o cautelar, que muchas veces resulta de acciones judiciares proletarias [...] En estos procedimientos, se desperdicia una gran cantidad de tiempo y se desperdician grandes recursos públicos, en flagrante desprecio por la voluntad de la población, por la soberanía popular, que había consagrado en una urna un programa

¹¹ En el momento del cierre de este escrito, no hay audiencias públicas programadas.

gubernamental y con él sus obras y acciones esenciales. Todo esto ocurre en un daño flagrante no solo al alcalde o al ayuntamiento, sino a todos los habitantes del lugar. Además, se sabe que es costoso mantener una obra pública paralizada, y estos costos son mucho más que financieros, ya que incluso la democracia y la representación se erosionan cuando nos enfrentamos a tales cuadro de esta naturaleza [...] Por lo tanto, la propuesta presentada aquí garantiza que un trabajo una vez iniciado, después de la concesión de la licencia ambiental y otros requisitos legales, no pueda suspenderse o cancelarse solo ante nuevos hechos, lo que supervisa la situación que existía cuando los trabajos fueron preparados y publicados los estudios que se refieren la Carta Magna (GURGACZ *et al.*, 2012).

Una simple lectura de las justificaciones presentadas por PEC 65/12 revela la incongruencia entre el dispositivo y los motivos subyacentes de la propuesta, ya que el dispositivo no diferencia las obras públicas o privadas, alegando que la lentitud y las intervenciones en el proceso de licencia violan el interés público.

La disposición propone que la licencia ambiental para la implantación de cualquier empresa o actividad pública o privada sea resultado del simple depósito de la EIA ante el órgano ambiental, además de establecer una garantía constitucional de que los trabajos de implementación de estas actividades o empresas no pueden ser exagerados por eventual divergencias con respecto al contenido material de la EIA presentada.

La disposición propone que la licencia ambiental para la implantación de cualquier empresa o actividad pública o privada sea resultado del simple depósito de la EIA ante el órgano ambiental, además de establecer una garantía constitucional de que los trabajos de implementación de estas actividades o empresas no pueden ser exagerados por eventual divergencias con respecto al contenido material de la EIA presentada.

La autorización para el inicio de los trabajos de implementación del proyecto solo se puede otorgar después de darse cuenta de que las medidas de mitigación y acondicionamiento, establecidas con el objetivo de reducir los impactos y evitar las externalidades sociales y ambientales, se han cumplido mínimamente, de modo que la adopción por las partes interesadas del proyecto. Las medidas consignadas a la LP constituyen una condición *sine qua non* para obtener la LI.

La declaración “Por lo tanto, la propuesta presentada aquí asegura que un trabajo una vez iniciado, después de la concesión de la licencia ambiental y otros requisitos legales, no puede suspenderse o cancelarse solo ante nuevos hechos, [...]” (GURGACZ *et al.*, 2012) es inconsistente, ya que no se puede hablar de otorgar la licencia ambiental antes de que

comience el trabajo. Por lo contrario. El texto asegura, contrariamente a la lógica e incluso al argumento presentado, la posibilidad de construir sin LP y LI.

Es necesario resaltar los argumentos de que solo el aplazamiento del análisis de las proyecciones de los datos de la EIA – tales como la estipulación de condiciones y medidas de mitigación – se pospondría un momento después del comienzo del trabajo, para que la autorización fuera precaria, permitiendo una adecuación posterior del proyecto.

Esto no me parece ser la intención de PEC 65/12, ya que establece que la presentación de la EIA “[...] requiere autorización para llevar a cabo el trabajo, que no puede suspenderse ni cancelarse por las mismas razones excepto ante hechos supervinientes” (GURGACZ *et al.*, 2012).

De acuerdo con Daniel Degenszajn (2010, p. 85):

Hecho superveniente (lat. *superveniens*) en definición simple, es el hecho que *ocurre más tarde* o de que *sobreviene* (superveniente). Para el proceso, la definición modesta encuentra correspondencia en el hecho que ocurrió después de la distribución de la petición inicial, es decir, el hecho que sigue a la presentación de la demanda.

Si comparamos la definición de superveniencia en procedimientos civiles con el procedimiento administrativo de licencia ambiental, nos daremos cuenta de que la declaración sugiere que el trabajo no puede suspenderse “por las mismas razones”, es decir, por las razones ya mencionadas en el estudio presentado, aunque no analizados.

Aquí está la estructura silogística de la declaración:

- **Premisa 1:** La presentación de la EIA requiere autorización para la ejecución del trabajo;
- **Premisa 2:** una vez que se inicia el trabajo, no puede suspenderse ni cancelarse con el apoyo de los datos consignados en la EIA;
- **Premisa 3:** Comenzando la ejecución de la obra, solo puede suspenderse o cancelarse debido a un hecho superveniente la presentación de la EIA.

Se puede inferir, por lo tanto, como resultado de la interpretación lógico-deductiva, que el análisis posterior de los datos ya enumerados en la EIA antes de la emisión de la autorización no puede constituir un hecho superveniente, ya que no puede considerarse un “hecho nuevo”.

PEC 65/12 establece que la duración del procedimiento de licencia ambiental perjudica a la democracia, ya que los gobernantes elegidos por el pueblo tienen un poder notarial previo para decidir sobre la conveniencia y puntualidad de las obras públicas en interés de la sociedad. Por lo tanto,

la decisión tomada en beneficio de la comunidad reflejaría el ejercicio de la representación indirecta.

Resulta que la democracia deliberativa se ejerce a través de instancias directas, intermedias e indirectas, y en materia de medio ambiente, el ejercicio de la forma más directa posible es la manifestación del propio cuerpo social a través de instancias deliberadas, como las audiencias públicas de la EIA, momento que las partes interesadas pueden revelar desacuerdos sobre el proyecto y sugerir la imposición de restricciones que deben observarse en la etapa de construcción.

La PEC 65/2012 parece ignorar la importancia del ejercicio de la democracia directa, cuando proponen la autorización para construir un trabajo que cause un impacto significativo sin observar la manifestación directa de las personas afectadas, lo que plantea un revés en lo que toca a la operacionalización del principio de participación popular.

CONCLUSIÓN

Como hemos visto, la concesión de licencias ambientales en Brasil es un procedimiento complejo, donde el Gobierno requiere una serie de estudios técnicos destinados a inducir a los empresarios públicos y privados a internalizar las externalidades negativas resultantes de actividades que causan degradación ambiental.

La PEC 65/12, con el objetivo de simplificar este procedimiento, autoriza la ejecución de estos trabajos a partir de la simple presentación de la EIA, un documento que eventualmente reemplaza la Licencia Ambiental.

Además, la PEC 65/12 establece que esta licencia no puede suspenderse ni cancelarse, excepto en el caso de un hecho superviniente, de modo que los reclamos de la comunidad afectada por la degradación ambiental derivada del trabajo no pueden constituir hechos supervinientes, incluso si son informes sobre la EIA.

Por lo tanto, entendemos que el PEC 65/12, tal como está, infringe los principios de la contaminación y los principios de participación popular, ya que suprime la participación directa de la población en la toma de decisiones ambientales, lo que lo hará imposible, la mayoría de las veces, la internalización de las externalidades negativas derivadas del trabajo o actividad.

REFERENCIAS

ARAGÃO, A. *O princípio do poluidor-pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2014. (Série Direito Ambiental para o século XXI, v. 1).

BECHARA, E. *Uma contribuição ao aprimoramento do instituto da compensação ambiental previsto na lei 9.985/2000*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041032.pdf>. Acesso em: 27 de julho de 2019.

BRASIL. *Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 1981.

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

BRASIL. *Decreto n. 99.274, de 6 de junho de 1990*. Regulamenta a Lei n. 6.902, de 27 de abril de 1981, e a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõem, respectivamente sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 1990.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Decisão 2005/370/CE relativa à celebração, em nome da Comunidade Europeia, da Convenção sobre o acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria de ambiente*. Bruxelas, 17 fev. 2015. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32005D0370>. Acesso em: 22 de julho de 2019.

CONAMA – CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. *Resolução n. 001, de 23 de janeiro de 1986*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1986.

CONAMA – CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. *Resolução n. 009, de 03 de dezembro 1987*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990.

CONAMA – CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE.

Resolução n. 237, de 19 de dezembro 1997. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1997.

DEGENSZAJN, D. R. *Alteração dos fatos no curso do processo e os limites de modificação da causa petendi.* 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

FISCHER, F. *Citizens, experts, and the environment: the politics of local knowledge.* Durham: Duke University Press, 2000.

GRANZEIRA, M. L. M. *Direito ambiental.* 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

GURGACZ, A. M. *et al. Proposta de Emenda à Constituição n. 65 de 2012.* Texto Inicial. Disponible en: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/109736>. Acceso en: 14 junio 2016.

GURGACZ, A. M. *Relatório à PEC n. 65, de 2012.* Disponible en: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/109736>. Acceso en: 14 de junio de 2019.

HARDIN, G. The tragedy of the commons. *Science Magazine*, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, 1968. Disponible en: <http://www.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full>. Acceso en: 20 de julio de 2019.

HOWDEN, D. *As externalidades e as mudanças climáticas: a importância da subjetividade na economia.* 2013. Disponible en: <http://mises.org.br/Article.aspx?id=1736>. Acceso en: 20 de diciembre de 2015.

LEITE, J. R. M. (Coord.) *Manual de direito ambiental.* São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, P. A. L. *Direito ambiental brasileiro.* 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Recommendation of the Council on Guiding Principles concerning International Economic Aspects of Environmental Policies C (72)128.* Paris: OECD, 1972. Disponible en: <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=4&InstrumentPID=255&Lang=en&Book=False>. Acceso en: 23 de julio de 2019.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. 14 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 16 de julho de 2019.

PIMENTA, Paulo R. L. e GORDILHO, Heron J. S., Fins do princípio do poluidor-pagador. *Revista Brasileira de Direito IMED*, v. 14, p. 361-379, 2018. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2080/1613>. Acesso em: 16 de julho de 2019.

ROCHA, Júlio. C. S. *Direito Ambiental do trabalho: mudanças de paradigma na tutela jurídica à saúde do trabalhador*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RODRIGUES, R. *Relatório à PEC n. 65, de 2012*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/109736>. Acesso em: 14 de junho de 2016.

RODRIGUES, R. *Senado Federal, Requerimento n. 358, de 2016a*. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=19/05/2016&paginaDireta=00389>. Acesso em: 14 de julho de 2016.

RODRIGUES, R.; GURGACZ, A. M. *Requerimento n. 39, de 2016b*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/109736>. Acesso em: 14 de junho de 2016.

SARLET, I. W; FENSTERSEIFER, T. *Princípios do direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SENADO FEDERAL. *Parecer n. 469 de 2016 da CCJC*. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=29/04/2016&paginaDireta=00059>. Acesso em: 14 de julho de 2016.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 815-DF. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. *Diário da Justiça*, 10 maio 1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547>. Acesso em: 28 de julho de 2016.

VEIGA NETO, F. C. *A construção dos mercados de pagamento por serviços ambientais e suas implicações para o desenvolvimento sustentável*

no Brasil. 2008. Tese (Doutorado Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento, Agricultura e Sociedade) – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Artículo recibido en: 13/06/2019.

Artículo aceptado en: 04/09/2019.

Cómo citar este artículo (ABNT):

GORDILHO, H. J. S.; SIQUEIRA, R. P. S. Propuesta de enmienda a la Constitución n. 65 de 2012: ¿licencia ambiental?. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 16, n. 36, p. 281-302, sep./dic. 2019. Disponible en: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1562>. Acceso en: día de mes de año.