

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1026716-47.2021.4.01.0000

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE

AGRAVANTE: NORTE ENERGIA S/A

Advogados do (a) AGRAVANTE: EDIS MILARE SP-129895-A, FRANCISCO QUEIROZ CAPUTO NETO – DF11707-A, GUILHERME LEITE CHAMUM AGUIAR – DF51143-A, JULIÃO SILVEIRA COELHO – DF17202-A, MARCOS SEREJO DE PAULA PESSOA – DF522806-A, PEDRO HENRIQUE MACIEL FONSECA – DF343115-A.

AGRAVADO: ASSOCIAÇÃO YUDJA MIRATU DA VOLTA GRANDE DO XINGU, ASSOCIAÇÃO INDIGENA JURUNA UNIDOS DA VOLTA GRANDE DO XINGU, ASSOCIAÇÃO INDIGENA KORINA JURUNA DA ALDEIA PAKISSSAMBA , ASSOCIAÇÃO INDIGENA ARARA UNIDOS DA VOLTA GRANDE DO XINGU, ASSOCIAÇÃO DE RESISTENCIA INDIGENA ARARA DO MAIA, ASSOCIAÇÃO BEBO XIKRIN DO BOCAJA, ASSOCIAÇÃO INDIGENA KARUATXE, ASSOCIAÇÃO INDIGENA DOS MORADORES DE ALTAMIRA – AIMA, ASSOCIAÇÃO INDIGENA JURUNA KUXIMA DA ALDEIA SÃO FRANCISCO, ASSOCIAÇÃO INDIGENA DA ALDEIA CURUA, ASSOCIAÇÃO INDIGENA KURUAYA ALDEIA IRINAPANE, ASSOCIAÇÃO DO POVO INDIGENA KAYAPO DA ALDEIA KARARAO, ASSOCIAÇÃO INDIGENA DO POVO ARARA DA CACHOEIRA SECA, ASSOCIAÇÃO INDIGENA ASURINI AWAETE, ASSOCIAÇÃO INDIGENA AITEX, ASSOCIAÇÃO INDIGENA ARAWETE DO MEDIO XINGU, ASSOCIAÇÃO UGOROGMO, - ASSOCIAÇÃO DO POVO INDIGENA ARARA , ASSOCIAÇÃO INDIGENA XIPAIA E KURUAYA DA ALDEIA KUJUBIM, ASSOCIAÇÃO INDIGENA JUAKETE DO RIO XINGU, ASSOCIAÇÃO AGRICOLA REPRESENTANTE DO INDIO REGIAL DE ALTAMIRA XIPAIA E CURUAIA – KIRINAPA, ASSOCIAÇÃO JURUNA TUBYA, ASSOCIAÇÃO INDIGENA BERE XIKRIN DA TI BACAJA, ASSOCIAÇÃO TYOPOREMO, DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, UNIÃO FEDERAL, INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS – IBAMA, MINISTÉRIO PUBLICO FEDERAL (PROCURADORIA).

Advogados do (a) AGRAVADOS: DANIEL FRANK CAVALCANTI DE ALMEIDA – PA21226-A, JOSE DIOGO DE OLIVEIRA – PA16448-A.

VOTO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE (RELATOR):

A decisão aqui impugnada restou lavrada, pelo juízo monocrático, com estas letras:

O Ministério Público Federal ajuizou a presente Ação Civil Pública em face da NORTE ENERGIA e IBAMA, objetivando o reconhecimento de “situação de ilegalidade que se consolidou mediante a operação da UHE Belo Monte sem a

existência de um mecanismo de mitigação apto a garantir a partida equilibrada das águas do Rio Xingu”.

Narra a inicial (id 487599388), em apertada síntese de que: i) autorização do desvio do fluxo de águas do Rio Xingu para a geração de energia pela usina foi condicionada a preservação dos usos múltiplos dos recursos hídricos; ii) para atender a essa finalidade foi estipulado no EIA o denominado “Hidrograma de consenso” que seria o principal instrumento de mitigação dos impactos oriundos da UHE Belo Monte, cuja função seria efetuar o controle de vazões por meio da alternância dos 2 ciclos hidrológicos controlados pela Concessionária (ciclo/hidrograma A, da alternância com a liberação de 4000 m³/s para a Volta Grande do Xingu no mês de maior cheia; ciclo/hidrograma B, com a liberação mensal máxima de 8000 m³/s), permitindo a recuperação dos ecossistemas afetados; iii) não houve participação dos povos indígenas e comunidades tradicionais na escolha das vazões do hidrograma debate acerca dos indicadores socioambientais a serem observados na implementação da medida mitigatória; iv) as comunidades não foram informadas sobre os impactos associados; v) análise técnica do IBAMA, em 2009, não aprovou o Hidrograma de consenso requisitando do empreendedor a complementação dos estudos técnicos; vi) mesmo assim, o processo de licenciamento seguiu sem novos dados e a viabilidade do hidrograma teria ferida na fase de operação da usina quando a alternância dos fluxos seria submetida a testes e monitoramento; vii) contudo logo na fase inicial da operação da UHE Belo Monte foram constatados impactos de magnitude não esperado colocando em xeque os prognósticos concebidos no EIA e a ferramenta “hidrograma de consenso” ; viii) diante do desequilíbrio in cascata gerada pelo desvio do fluxo hídrico o hidrograma pode não apenas ser ineficaz mas ele próprio funcionar como um impacto não previsto; iv) em razão desse risco equipe técnica do IBAMA, em 2019, asseverou a necessidade de revisão do mecanismo entendendo na ocasião não se impraticável a hidrograma A, determinando a realização de estudos complementares para definir um fluxo sustentável de vazões na Volta Grande do Xingu vivo e formulou um “hidrograma provisório”, o qual vigorou a partir de abril de 2020, e manteve-se no início da chuva em novembro e dezembro de 2020 EE foi estendida para janeiro de 2021; x) em 14/12/2020 a Norte Energia apresentou um relatório tratando de dois dos três eixos dos estudos complementares; xi) em 22/01/2021 a empresa apresentou um novo documento ao IBAMA solicitando a aplicação do hidrograma b no ano de 2021, aliada a um pacote de medidas como contrapartidas; xii) mesmo sem novos subsídios técnicos a apontar a viabilidade do hidrograma de consenso em 8/02/2021 o Presidente do IBAMA autorizou sua operação pela empreendedora.

Neste quadro, o MPF argui que a medida adotada pelo Presidente do IBAMA configura ato administrativo viciado padecendo de grave vício de fundamentação técnica afastando a postura precaucionaria do órgão vi expondo a Volta Grande à situação de não retorno face aos riscos de perdas definitivas ao ecossistema da região decorrente de possível cultura permanente da conectividade entre sistemas e Rio, isto sem a empreendedora tenha demonstrado a viabilidade técnica da ação que pretende implementar.

Questiona, ainda o conjunto de contrapartidas a utilização do hidrograma, denominado “Plano Xingu+” tipo de questão medidas sem respaldo técnico consoante manifestações prévias da equipe técnica do IBAMA.

Defende a necessidade de definição de um novo hidrograma ecológico e “efetivamente” de consenso que tenha como uma de suas bases a consulta prévia livre informada dos povos atingidos.

Requer, assim a concessão de tutela de urgência para que se aplique durante o ano de 2021, o “Hidrograma Provisório” definido pelo IBAMA no bojo do Parecer Técnico nº 133/2019/IBAMA/COHID; que se determine aos réus o prazo de 30 dias para que apresentem cronograma detalhado para a realização de todas as etapas dos estudos complementares; Além de outras determinações aos réus detalhados nos pedidos que se prestariam a garantir na visão do autor o escorreito andamento do licenciamento ambiental vi fazendo observar os princípios da informação e da transparência além de providências atinentes ao Termo de Compromisso Ambiental (TCA n. 3/2021-GABIN).

Despacho id. 491842392 determinou a intimação dos requeridos para que se manifestem quanto ao pedido de tutela de urgência.

O IBAMA Apresentou a manifestação id. 516317884.

Autarquia relata o procedimento era o extrativo percorrido no que toca ao Hidrograma de Consenso. Sustenta que, no curso do procedimento a Norte Energia S/A apresentou a carta 006/2021 – PR no qual solicitava a retomada da aplicação do Hidrograma B, propondo medidas de mitigação adicionais ao Trecho de Vazão Reduzida da UHE Belo Monte.

Assim as partes firmaram o Termo de Compromisso Ambiental – TCA n. 3/2021-GABIN, autorizando a Norte Energia S/A, a operar o Hidrograma B até 31/01/2022 sendo que a Nota Técnica n. 9/2021/COHID/CGTEF/DILIC atestou a regularidade ambiental da utilização deste mecanismo. neste contexto, argumenta que não procede a tese de que o Ibama autorizou a alteração do Hidrograma de Consenso, mas tão somente o Hidrograma B, O que está autorizado desde a licença de instalação do empreendimento mesmo porque estaria acompanhado de medidas adicionais para a mitigação dos impactos no TVE.

Desse modo o Ibama defende que a medida adotada buscou concretizar a política pública de licenciamento destacando a natureza discricionária dos atos levados a efeito.

Quanto aos requerimentos relativos aos princípios da informação e transparência vi alega ausência de interesse de agir por ser possível acessar os documentos produzidos nos processos da UHE Belo Monte (SEI IBAMA nº 02001.001848/2006-75 e SEI IBAMA n. 02001.011114/2020-52). em relação à consulta prévia argui que não há regulamentação formal da Convenção 169/OIT que no caso concreto o poder público adotou as providências necessárias para ouvir e possibilitar a participação das comunidades interessadas cujas contribuições colhidas em audiências públicas influenciaram no processo de licenciamento ambiental em favor das populações indígenas. Todavia, o expediente questionado pelo MPF trata-se de ato intermediário e imanente ao licenciamento ambiental entendendo a autarquia que seria inviável e excessivamente burocrático realizar consulta prévia em cada etapa interna do processo de licenciamento.

A Norte Energia S/A adicionou, via evento id. 517486863, discorrendo inicialmente sobre o histórico e aspecto técnicos do projeto. Aborda os conceitos e elementos que subsidiaram a formulação do hidrograma de consenso no âmbito do

licenciamento ambiental vem afirmando que o EIA sempre considerou que impactos socioambientais significativos seriam causados ao TVE, além de questionar as afirmações do autor quanto ao procedimento administrativo e medidas adotadas ou recomendadas pelo IBAMA, tais como alegada impossibilidade de implementação do hidrograma de consenso e o suposto atraso na entrega dos estudos complementares.

A concessionária também trata da celebração do TCA, o qual contemplou medidas adicionais de mitigação e compensação sem prejuízo da apresentação dos estudos complementares.

No plano jurídico argui: a impossibilidade de concessão de tutela provisória ao argumento de que os pedidos tem caráter satisfativo irreversível do que a ação proposta substancia tentativa de burla a decisão proferida nos autos nº 0022487-47.2010.4.01.0000 a qual vir ao deferir o pedido para suspender os efeitos da medida liminar proferida na ACP n. 0025999-75.2010.4.01.3900, teria assentado a validade e necessidade de manutenção do Hidrograma de Consenso; a incompatibilidade dos pedidos de tutela de urgência com a tese de nulidade do TCA; o autor elaborou pedidos e determinados bem como a ausência de interesse de agir na medida em que o MPF formula pretensões sem que haja resistência dos réus em implementar as obrigações concernentes ao licenciamento ambiental da UHE.

Trabalha, ainda vida o conceito de periculum in mora inverso enumerando possíveis implicações (inclusive ambientais) que poderiam advir do deferimento dos pedidos do MPF.

Ao tratar da ausência do requisito do perigo da demora nos pedidos do MPF, a requerida aborda os pontos elencados na inicial, isto é de a observância do princípio da precaução no curso do licenciamento ambiental; os impactos prognosticados pelo EIA (os quais não destoariam daqueles recentemente aferidos pelo IBAMA e pelo monitoramento realizado pela empresa); a prestação de informações quanto aos estudos complementares - detalhando as etapas/eixos já entregues; ver sol sobre TCA n. 003/2021-GABIN, seus termos e eventuais sanções por descumprimento e no ensejo descreveu, e detalhou o Plano de Ação Xingu+, cujas ações não teriam correlação com o Plano Básico Ambiental.

A empresa teceu considerações sobre o princípio da separação dos poderes e a imperativa observância do postulado da segurança jurídica frente à alegada tentativa de rediscussão quanto ao Hidrograma de Consenso. Por fim, relata as atividades oficinas e consultas realizadas aos indígenas como forma de enfatizar a participação das comunidades afetadas na elaboração do Hidrograma.

A União Federal requereu o seu ingresso no feito na qualidade de assistente simples do IBAMA em id. 519360848.

A ASSOCIAÇÃO YUDJA MIRATU DA VOLTA GRANDE DO XINGU e outras associações indígenas requereram sua habilitação no feito, na condição de litisconsorte ativo facultativo do MPF – evento id. 546333367.

É o relatório. Decido.

Inicialmente considerando que as associações indígenas comprovaram que foram constituídas há mais de 1 ano, e quem tem como suas finalidades institucionais a proteção dos grupos indígenas (atos constitutivos anexos a peça id. 546333362), em consonância com o inciso V, do art. 5º, da Lei nº 7.347, e tendo em vista que o §2º do mesmo art. 5º possibilita a habilitação de “associações legitimadas”, defiro o pedido de habilitação de ASSOCIAÇÃO YUDJA MIRATU DA VOLTA GRANDE DO XINGU, ASSOCIAÇÃO INDIGENA JURUNA UNIDOS DA VOLTA GRANDE DO XINGU e outras na condição de litisconsorte do MPF, com fundamento no art. 18, par, único, do CPC.

*Quanto ao requerimento para concessão de prazo em dobro às Associações, com fulcro no art. 61 do Estatuto do Índio, **defiro-o**, porquanto o objeto da presente ação versa, em parte, sobre terras e domínios de comunidade indígenas.*

***Defiro** também o ingresso da Defensoria União na condição de litisconsorte do MPF, em razão de sua representatividade para tratar de interesses de pessoal hipossuficientes atingidas pela definição do Hidrograma de Consenso, objeto dos autos.*

Em relação ao pedido da União na qualidade de assistente simples do IBAMA, vislumbro interesse jurídico do ente federal no deslinde do feito, porquanto a matéria debatida nos autos tem como uma de suas vertentes a geração energética pela UHE Belo Monte, podendo, em tese, repercutir no equilíbrio entre oferta e demanda de energia elétrica no país. Ademais, não se olvida que os potenciais de energia hidráulicas são bens da União (art. 20, VIII, CF/88), evidenciando o interesse da União em lide que discuta a exploração dessa matriz energética.

*Pelo exposto, **defiro** o requerimento da União (id. 519360848) para ingresso na qualidade de assistente simples do IBAMA, consoante disposto nos artigos 119 a 123, do CPC. Efetue a Secretaria as alterações necessárias.*

No tocante a alegação do IBAMA no sentido de que o Termo de Compromisso Ambiental firmado com a Norte Energia S/A consubstancia uma decisão política, possuindo natureza discricionária, cumpre observar que, nos processo de licenciamento ambiental, as decisões pautam-se pela discricionariedade técnica, vale dizer “[...] a conduta administrativa a ser adotada depende de uma averiguação técnica passível de um resultado conclusivo, o qual é consequente de um exame que a Administração teve de efetuar como condição para decidir-se” (MELLO, 2014, p. 441).

Nesse sentido, não se vislumbra margem discricionária na decisão que tem por finalidade aferir se determinada atividade tem potencial de causar danos ao meio ambiente, competindo à Administração Pública socorrer-se de critérios técnicos para a escolha da conduta administrativa a ser adotada, de modo que a sua atuação não consiste e uma escolha propriamente dita, mas numa decisão pautada necessariamente em critérios técnicos.

No caso dos autos, cumpre investigar se o termo de compromisso impugnado se orientou pela análise técnica das questões ambientais envolvidas, não havendo discricionariedade pura e simples, mas sim a exigência de que as decisões tomadas no licenciamento observem as análises necessárias ao embasamento da conduta administrativa.

Não há, portanto, discricionariedade alguma, o que também afasta o argumento de que a questão discutida nos autos é imune a apreciação judicial, por ofensa à Separação de Poderes.

Quanto a legação de impossibilidade de concessão de tutela provisória, ao argumento de que os pedidos têm caráter irreversível, não assiste razão a Norte Energia S/A, uma vez que o mesmo argumento é utilizado pela autora ao sustentar que os danos advindos da celebração do TCA impugando contém o risco de irreversibilidade. Sendo assim, cumpre aferir nesta decisão a quem, aparentemente, assiste, razão, tanto do ponto de vista da plausibilidade do direito quanto em relação a existência de risco de dano grave ou de difícil reparação.

Quanto ao caráter satisfativo das medidas liminares, melhor sorte não assiste a Norte Energia S/A, uma vez que, como referido no Parecer Técnico n.º 133/2019-COHID/CGTEF/DILIC, a adoção do Hidrograma de Consenso depende da análise dos estudos complementares a serem apresentados ao IBAMA, sendo passível de revisão tanto as medidas efetivadas para mitigação dos impactos quanto o próprio Hidrograma de Consenso, se for o caso.

Também não assiste razão a requerida quanto a alegação de que a ação proposta consubstancia tentativa de burla à decisão proferida nos autos n.º 0022487-47.2010.4.01.0000 a qual, ao deferir o pedido para suspender os efeitos da medida liminar proferida na ACP n.º 0025999-75.2010.4.01.3900, teria assentado a validade e necessidade de manutenção do Hidrograma de Consenso.

Considerando que a presente ação tem por objeto discutir o Hidrograma de Consenso a partir de evidências sugeridas pelo órgão ambiental no Parecer Técnico n.º 23/2021-COHID/CGTEF/DILIC, é indubitável que a causa de pedir desta ação é significativamente diversa da que consta na ACP n.º 0025999-75.2010.4.01.3900.

Aliás, como bem ressaltado pelo IBAMA, por meio do Parecer Técnico n.º 23/2021-COHID/CGTEF/DILIC, “constam da licença previa da UHE Belo Monte tanto a previsão do Hidrograma, quanto a possibilidade de sua alteração”, não havendo direito adquirido à implementação do Hidrograma de Consenso, com alternância de vazões, visto que o órgão ambiental detém a prerrogativa de alterá-lo, na hipótese de serem identificados importantes impactos ao meio ambiente.

A presente ação busca reverter os efeitos do termo de compromisso assinado entre o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e a Norte Energia S/A, por meio do qual ficou estabelecido que “a UHE Belo Monte operará o denominado Hidrograma de Consenso, mediante a execução de medidas adicionais de mitigação e compensação dos impactos do empreendimento para o trecho de Vazão Reduzida (TVZ), observado o período de teste prévio à alternância do hidrograma de que trata o item 2.16 da Licença de Operação (LO n. 1.317/2015)”.

O Parecer Técnico 111/2019-COHID/CGTEF/DILIC, de outubro de 2019, apontou deficiências nos dados enviados pela Norte Energia S/A sobre a Volta Grande do Xingu. Mesmo assim, foi possível observar que as condições apresentadas demonstrariam um aumento dos impactos previstos no EIA com antecedência à implementação do Hidrograma de Consenso em sua integralidade. Referido

parecer recomendou a não instalação do Hidrograma A até que o IBAMA analisasse os estudos complementares de obrigação da concessionária.

No Parecer Técnico 122/2019-COHID/CGTEF/DILIC (id. 484985859), de novembro de 2019, constatou-se que os resultados e impactos previstos na EIA, com a alternância entre o Hidrograma A e B, já estavam em curso, mesmo com a implementação parcial do Hidrograma B (menos severo), sendo identificados impactos de magnitude maior que o esperado.

*No referido Parecer, ressaltou-se “(...) que as medidas mitigadoras não estão sendo suficientes e eficientes. Principal medida mitigadora apresentada no EIA e PBA, **libertação de maior vazão (que o hidrograma mínimo) com a alternância dos hidrogramas A e B, tem liberado vazios bem superiores (conforme figura 2 deste parecer) e não está sendo suficiente para mitigar os impactos de redução de vazam neste trecho. Portanto, deve-se ajustar as medidas mitigadoras inclusive o hidrograma”.***

Por sua vez, o Parecer Técnico 133/2019-COHID/CGTEF/DILIC (id. 484896892), concluiu que seria “impraticável a implementação do Hidrograma A” e recomendou, com fundamento no princípio da precaução que a partir de 2020 fosse adotado um Hidrograma provisório baseado nas vazões médias mensais aplicadas entre 2016 e 2018 (figura 03) até que a Norte Energia S/A apresentar-se estudos complementares necessários à avaliação de impactos pelo órgão ambiental.

Em consequência, o Despacho nº 7393655/2020-GABIN (id. 517492366), acolheu o parecer técnico 133/2019-COHID/CGTEF/DILIC, determinando a aplicação do Hidrograma provisório para o ano de 2020 a fim de garantir maior segurança jurídica aos licenciamento ambiental do empreendimento sendo mantido textos previstos para a implementação do Hidrograma de consenso (Hidrograma A e B) com adoção a partir do ano de 2021, com a possibilidade de implementação do Hidrograma A e B de acordo com a condição hidrológica anual.

Posteriormente, o Parecer Técnico nº 17/2021-COHID/CGTEF/DILIC, de fevereiro de 2021, ao avaliar a primeira segunda parte dos estudos complementares ao plano de gerenciamento integrado da Volta Grande do Xingu considerou insatisfatórias as respostas dadas aos questionamentos do IBAMA, constantes no parecer técnico nº 11/2019, haja vista a incompatibilidade entre os dados apresentados pelo relatório e os observados pelo parecer e pela falta de Independência técnica dos dados.

Quanto ao questionamento acerca do comportamento hidrodinâmico decorrente da elevação da vazam do TVR além do HC, o aludido parecer apontou falhas no estudo que impedem que o Ibama obtenha respostas razoáveis e seguras em colaboração ao processo de tomada de decisão sobre a viabilidade do Hidrograma de consenso, sendo o estudo silente, ademais, acerca da capacidade do Hidrograma provisório de estabelecer condições mais próximas aos naturais garantindo o equilíbrio ambiental necessário.

O parecer concluiu que as condições de degradação ambiental podem piorar com a implementação definitiva das vazões alternada do Hidrograma de consenso sugerindo a devolução do relatório técnico para readequação.

Por fim, no parecer técnico nº 23/2021-COHID/CGTEF/DILIC, não obstante as conclusões dos pareceres anteriores, procedeu-se à análise de minuta de Termo de

Compromisso voltada a autorizar a empresa Norte Energia S/A a operar o Hidrograma B até 5 de janeiro de 2022, mediante execução de medidas adicionais de mitigação e compensação dos impactos dos empreendimentos para o Trecho de Vazão Reduzida.

Pois bem.

Diante do histórico de manifestações técnicas do IBAMA, verifica-se que a empresa ré está em atraso desde 2019 na apresentação de estudos complementares necessários à análise técnica da viabilidade de implementação do Hidrograma de Consenso.

No Parecer Técnico nº 133/2021-COHID/CGTEF/DILIC o Ibama já havia concluído que o órgão não possuía informações suficientes para a determinação do Hidrograma mínimo necessário para que os processos ecológicos da fauna e flora fossem mantidos no TVR. Por conta disso, recomendou-se, à luz do princípio da precaução, a adoção de um Hidrograma provisório baseado nas vazões médias mensais aplicadas entre 2016 e 2018 até que os estudos complementares solicitados fossem apresentados.

No mesmo sentido, a Nota Técnica nº 18/2020-COHID/CGTEF/DILIC, de outubro de 2020, ao considerar que os resultados do monitoramento na região indicavam que os impactos no TVR apresentavam magnitude maior do que a indicada no EIA, reputou “necessária a apresentação e avaliação dos estudos complementares solicitados antes de deliberar se as vazões do ‘Hidrograma de Consenso’ são suficientes para garantir a qualidade ambiental no TVR”.

Não obstante, em fevereiro de 2021, apenas oito dias após a emissão do Parecer Técnico n 17/2021-COHID/CGTEF/DILIC, que julgou inadequadas os estudos complementares apresentados até aquele mês, o Ibama aprovou o Parecer Técnico nº 23/2021-COHID/CGTEF/DILIC, afirmando a plausibilidade de assinatura do Termo de Compromisso para adoção do Hidrograma de Consenso, mediante medidas de mitigação e compensação dos impactos da UHE Belo Monte para o TVR.

Produzido em 12 páginas, este último parecer técnico dedicou apenas duas páginas para o exame do plano de ação proposto pela concessionária e análise da minuta do termo de compromisso, não fazendo nenhuma referência específica sobre a suficiência das medidas adicionais propostas nem sobre o caráter experimental dos projetos voltados a mitigar os impactos ambientais decorrentes de implementação do Hidrograma de Consenso.

Como bem ressaltado no parecer técnico nº 02/2021, produzido pelo Ministério Público Federal (id. 487818447), “não é possível verificar a existência de manifestação técnica que fundamente a mudança de posição do órgão ambiental”, não havendo nenhuma análise ulterior que informe a conclusão do Ibama no sentido de que os impactos verificados até o momento são mais graves do que os previstos no EIA.

Embora a Norte Energia S/A, por meio de Carta 006/2021-PR, de 22/01/2021, (id. 487837872) afirme ter finalizado os estudos e monitoramentos requeridos pelo Ibama, tais estudos foram considerados inadequados por meio do Parecer Técnico nº 17/2021-COHID/CGTEF/DILIC, de fevereiro de 2021, que ressaltou a possibilidade de a degradação ambiental piorar com a implementação definitiva

das vazões alternadas do Hidrograma de consenso e ainda concluiu pela inadequação dos estudos apresentados.

O simples fato de que as medidas de mitigação dos impactos terem sido ampliados por meio do Termo de Compromisso Ambiental (TCA n. 3/2021-GABIN), como afirmado Nota Técnica n. 9/2021/COHID/CGTEF/DILIC (id.516329853), não é suficiente, luz do princípio da precaução, para garantir a viabilidade da adoção do Hidrograma de consenso, uma vez que tais medidas adicionais não passaram por uma análise técnica, sendo admitida a aplicação do Hidrograma B até 31/01/2022 mesmo diante de constatação de que os impactos para alguns componentes do Índice de Sustentabilidade Socioambiental (ISSA) já está acima do previsto pelo e a vírgula o que denota que os Hidrogramas A e B não são seguros para a manutenção da biodiversidade do TVR, do Parecer Técnico n.º 133/2019-COHID/CGTEF/DILIC.

Parecem temerárias, demais, algumas das medidas adicionais pactuadas no Termo de Compromisso Ambiental (TCA n. 3/2021-GABIN) (id.51634-6367), exemplo “projeto experimental de distribuição alimentos alóctones dos peixes e aos quelônios”. Apesar de não ter sido divulgada a sua metodologia, verifica-se que o projeto citado se assemelha ao “Projeto experimental de mitigação de impactos sobre peixes e quelônios na Volta Grande do Xingu” objeto de análise do Parecer Técnico n.º 22/2020-SEAM-SANTAREM-PA/GEREX-SANTAREM-PA/SUPES-PA (id. 48783-7884), de janeiro de 2020.

Referido parecer considerou o projeto experimental de disponibilização de alimentos para peixes e quelônios inviável e acenou para a possibilidade de que o Hidrograma de consenso causa o desaparecimento do tracajá na região. O documento também criticou o fato de que o projeto proposto não está embasado cientificamente.

Da mesma forma, o grande experimental de biotecnologia aplicada à reprodução de peixes nativos da Volta Grande do Xingu não conta com manifestação técnica sobre sua viabilidade bases científicas, sendo incertos os impactos ambientais associados à sua implementação, bem como sua capacidade de mitigação dos impactos produzidos pela adoção do Hidrograma de Consenso.

Cumprir frisar que, diante da ausência de certeza científica acerca dos riscos causados por uma determinada atividade, o princípio ambiental da precaução preconiza que, na hipótese de perigo de dano grave e reversível, sendo adotadas medidas eficazes para impedir a degradação do meio ambiente. Segundo Romeu Thomé, “o princípio da precaução trás a sua essência é uma verdade ética de cuidado, que não se satisfaz apenas com ausência de certeza dos malefícios, mais privilegia a conduta humana que menos agrida, ainda que eventualmente o meio natural” (THOMÉ, 2018, p. 68).

Esse dever de cuidar do balizou a análise contida no Parecer Técnico n.º 133/2019-COHID/CGTEF/DILIC, afirmar que diante da inexistência de dados que possibilitem respostas seguras era recomendável que o Norte Energia S/A abdicasse do Hidrograma de Consenso A e B mantendo a média mensal das vazões praticadas nos últimos 4 anos, pós emissão do da LO n.º 1317/2015.

Relativamente ao Hidrograma B, o citado parecer considerou que “os dados presentes no processo de licenciamento são insuficientes para garantir que não

haverá piora drástica nas condições ambientais e de modo de vida na Volta Grande do Xingu no caso de sua implementação”. Logo, percebe-se que a manutenção do Hidrograma B até 31/01/2022 já representa um risco de dano grave irreversível para o meio ambiente, sendo acertado, primeira vista, a decisão que estabeleceu um programa provisório até que as informações solicitadas a Norte Energia S/A sejam apresentadas e avaliadas pelo órgão ambiental.

As considerações feitas pela União e Norte Energia S/A acerca de risco para a segurança energética nacional não afastam a conclusão acima exposta, uma vez que a concessionária não pode se valer de argumentos estranhos ao licenciamento ambiental para se eximir do seu dever de prestar as informações necessárias à análise do órgão ambiental, bem como de mitigar e compensar os impactos ambientais negativos, inclusive mediante o ajuste do Hidrograma.

Ademais, se os riscos a segurança energética nacional tivessem condão de afastar eventuais insuficiências nas obrigações assumidas pela concessionária, o argumento poderia ser utilizado no âmbito do licenciamento ambiental para que esta se eximisse das condicionantes previstas na LO nº 1317/2015, conferentes ao acompanhamento especial do TVR submetido ao Hidrograma de Consenso, ao que, por óbvio não aconteceu justamente em razão da inviabilidade de uma discussão travada nestes termos.

Aparentemente, não prospera a alegação do IBAMA no sentido de que o Hidrograma B já estava autorizado desde a licença de instalação do empreendimento, pois, como visto, o Parecer Técnico n.º 133/2019-COHID/CGTEF/DILIC, considerou insuficientes os dados presentes nos processos de licenciamento para garantir que não haverá piora drástica nas condições ambientais e de modo indivíduo da Volta Grande do Xingu no caso de sua implementação.

Neste ponto, o aludido parecer deixou claro que as razões efetivamente praticadas “não chegaram ao piso do hidrograma mais conservador (B), no entanto, já estavam presentes impactos de magnitudes superiores às previstas no TVR motivo pelo qual, além de considerar impraticável hidrograma A, recomendou a não utilização do Hidrograma B até que as informações solicitadas a Norte Energia S/A sejam apresentadas e avaliadas pelo órgão ambiental.

Quanto aos pedidos para que os réus sejam obrigados a tornar públicos e acessíveis em sistema de informações na internet registro de todas as reuniões realizadas entre a Norte Energia S/A seus prepostos ou equipes contratadas (pessoas físicas ou jurídicas) e o Ibama, entendo pertinente à medida uma vez que a interesse da comunidade atingida pelo empreendimento obter informações relativas ao licenciamento ambiental, de modo a subsidiar sua participação no processo de tomadas de decisões.

Nesse sentido, cumpre lembrar que consoante Princípio 10 da Declaração do Rio de 92:

*O melhor modo de tratar as questões ambientais é com a participação de todos os cidadãos interessados, em vários níveis. No plano nacional, **toda a pessoa deverá ter acesso adequado à informação sobre o meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, incluída a informação sobre os materiais e as atividades que oferecem perigo em suas comunidades, assim como a oportunidade de***

participar dos processos de adoção de decisões. Os estados deverão facilitar e fomentar a sensibilização e a participação do público colocando a informação à disposição de todos. Deverá ser proporcionado acesso efetivo aos preços procedimentos judiciais administrativos entre os quais o ressarcimento de danos e recursos pertinentes.

A propósito do assunto a Constituição em seu artigo 225, §1º, IV, preceitua, a quem compete ao poder público assegurar a defesa e a preservação do meio ambiente o devendo, tanto para tanto, “exigir, na forma da lei, para instalação de obra atividade com potencial causadora de significativa degradação do meio ambiente, **estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade**”.

Considerando que a presente ação tem por objeto a revisão do hidrograma aplicável ao empreendimento, bem como dos impactos efetivamente provocados pela atividade, impõe-se a observância do dever constitucional acima descrito.

Pela mesma razão, cumpre deferir o pedido para que as os réus tornem públicos acessíveis em sistema de informações na internet os relatórios de monitoramento ambiental e os referentes à implementação das medidas previstas no licenciamento como medidas mitigadoras ou compensatórias.

Quanto à prevenção de que sejam divulgados, diariamente, os dados referentes à cota invasão de fluente total da barragem Pimentel aos quais deverão ser disponibilizados em base horário no decorrer do dia do tão logo seja concluída a sua integralização horária na hora seguinte do registro do lado do dado”, reputo necessário a maior elucidação acerca da viabilidade disponibilidade da medida, motivo pelo qual postergo sua apreciação para a sentença.

Finalmente, quanto ao pedido para que “seja determinado ao Ibama a realização de consultas prévias livres e informadas junto aos povos indígenas e tradicionais da Volta Grande do Xingu”, para definição do hidrograma ser aplicado ao trecho de vazão reduzida bem como fixação de medidas preventivas mitigadoras vitórias ou compensatórias que se vem a adotar fechar as suas, cumpre verificar o disposto no artigo sexto da Convenção nº 169 da OIT sobre provas indígenas e tribais, in verbis:

O artigo 6º 1. Ao aplicar as disposições da presente convenção os governos deverão:

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

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

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

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

Na espécie não resta dúvida de que a discussão dos autos diz respeito a medidas administrativas suscetíveis de afetar os povos indígenas e tradicionais da Volta Grande do Xingu, pois, conforme disposto no EIA (id. 484937893, p. 172):

*Ao longo da campanha de campo foi possível observar que é notável e uterina relação de dependência dessas famílias indígenas da volta do Rio Grande para com o Rio Xingu e seu emaranhado conjunto de Igarapés. **O Rio Xingu, além de ser desde tempos imemoriais uma referência simbólica sempre presente, principalmente na mitologia juruna este paia, é por excelência o principal ecossistema de exploração e uso, pois é dali que tiram a parte fundamental de sua alimentação - o peixe - onde obtém a água para beber lavar roupa e a louça, e é também o principal meio de deslocamento da azul base, barcos e voadeiras usadas nas viagens para visitar os parentes comprar e vender mercadorias buscar atendimento à saúde ou outros serviços disponíveis no centro urbano de Altamira.***

Indispensável, portanto, participação dos povos indígenas e tradicionais da Volta Grande do Xingu na discussão acerca do hidrograma de consenso, na condição de principais atingidos pelos impactos ambientais do empreendimento.

Presente a plausibilidade do direito alegado na apresentação e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ao meio ambiente **DEFIRO EM PARTE OS PEDIDOS DE URGÊNCIA FORMULADOS NA INICIAL** para determinar que a União e a Norte Energia S/A procedam conforme a seguir se expõe.

1. Em atenção ao princípio da precaução, cumpre ao Ibama e a Norte Energia S/A aplicar, no trecho de vazão reduzida, durante o ano de 2021, um regime de vazão equivalente, no mínimo, ao previsto no hidrograma provisório definido no Parecer Técnico n.º 133/2019-COHID/CGTEF/DILIC, enquanto não estabelecida as vazões seguras a serem praticadas na Volta Grande do Xingu, devendo ser cumprida a obrigação no prazo de 5 dias, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais);

2. A partir de fevereiro 2022, deve ser aplicado ao trecho de vazão reduzido um regime de vazões suficiente para garantir a efetiva sustentabilidade ética ambiental da Volta Grande do Xingu, de acordo com os estudos complementares a serem apresentados pela concessionária Norte Energia S/A, até 31/12/2021, desde que previamente aprovados por parecer técnico do IBAMA;

3. Determino que o IBAMA e a Norte Energia S/A apresentem, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, cronograma detalhado quanto à realização de todas as etapas dos três eixos dos Estudos Complementares, tomando como data final o dia 31/12/2021 (Termo de Compromisso Ambiental (TCA n. 3/2021-GABIN, cláusula 1.2), com definição de datas específicas que considerem os diferentes ciclos hidrológicos, para apresentação dos resultados parciais aos quais deve ser dada publicidade.

4. Determino que o IBAMA, na análise de processos de avaliação de hidrograma de consenso para a redefinição das vazões praticadas no Trecho de Vazão Reduzida, observe como premissas essenciais: a) o dever de manutenção dos ecossistemas, dos modos de vida navegação na Volta Grande do Xingu; b) o

respeito ao princípio da precaução; c) a tecnicidade das decisões; d) respeito ao princípio da informação e da transparência, e; e) consulta prévia, livre informada das populações tradicionais moradoras da Volta Grande do Xingu. O cumprimento dessa obrigação deve ser passível de verificação na medida do possível através da disponibilização de informações sobre o processo de licenciamento o objeto dos autos, competido ao IBAMA, no prazo de 10 dias, informar os dados para acesso ao sistema de informação na internet acerca do licenciamento ambiental em apreço.

5. Na hipótese de Norte Energia S/A deixar de apresentar os estudos complementares (total ou parcialmente) ou sendo esses considerados insuficientes (total ou parcialmente) a finalidade a que se destinam, competirá ao IBAMA à complementação dos estudos, diretamente ou por meio de terceiros contratados, cujos custos ficaram a cargo da Norte Energia S/A;

6. Na hipótese de as conclusões técnicas apontarem diversos cenários a serem testados, a partir de diferentes vazões máximas e mínimas para aplicação de hidrogramas variados no Trecho de Vazão Reduzida, deverá Norte Energia S/A iniciar o período de testes a partir do cenário que destinar o maior volume de água para o trecho de vazão reduzida, promovendo se a redução gradual das vazões, até o patamar mínimo que assegura a sustentabilidade etinoambiental do Trecho de Vazão Reduzida;

7. Na hipótese de os estudos complementares exigidos pelo Ibama não se mostrarem conclusivas insuficientes para a definição de um valor seguro de vazões para o trecho de vazão reduzida, seja por conta da qualidade das informações seja, ainda, por não terem sido entregues até o dia 30/12/2021, deverá norte energia AS aplicar para os meses de janeiro, fevereiro, março, abril e maio de 2022 o hidrograma provisório definido no Parecer Técnico n.º 133/2019-COHID/CGTEF/DILIC, até que seja definido um cenário que se mostra adequado à sustentabilidade é que no ambiental do Trecho de Vazão Reduzida.

8. No tocante aos estudos complementares:

a) relativamente aos Estudos de Sensoriamento Remoto Orbital (SRO) de Modelagem Hidráulica Bidimensional (MMH2D), deverá Norte Energia S/A apresentar os mapas das Manchas de Inundação com vazões acima de 8.000 m³/s cúbicos por segundo com o cenário de Rio com Barramento e o estudo com as áreas de tempo médio de inundação das florestas aluviais alagadas antes e depois da formação do trecho de vazão reduzida vida além das demais recomendações do Parecer Técnico n.º 17/2021-COHID/CGTEF/DILIC, no prazo de 90 dias, competindo ao Ibama tornar público o seu resultado;

b) relativamente à identificação das áreas mais importantes para alimentação e reprodução da ictiofauna e quelônios, a ser entregue até 31/12/2021, a Norte Energia S/A deverá tornar público os resultados parciais obtidos nos regimes hidrológicos do Rio Xingu, durante o ano de 2021, à medida em que sejam entregues pelas equipes contratadas, respeitando o cronograma que estabelecido com o IBAMA. Ademais, quanto os estudos iniciados em dezembro de 2020, deverá empresa ré apresentar os resultados dessa etapa hidrológica, no prazo de 30 dias, a contar de sua intimação;

c) Determino ao IBAMA que acompanha a realização dos estudos complementares e comunica a este juízo: 1) o cumprimento dos prazos definidos para cada etapa; 2) a avaliação técnica quanto a adequação das abordagens adotadas em cada uma das etapas de sua suficiência para análise de mérito pretendidas com os Estudos Complementares; 3) se dos dados contidos nos estudos parciais são possíveis conclusões sobre a existência de danos qualitativa ou quantitativa de novos ou superiores àqueles já aferidos no âmbito do licenciamento, que possam demandar alteração no hidrograma ou medidas adicionais de proteção, prevenção mitigação compensação e em caso positivo quais as medidas efetivamente adotadas;

9. Quanto a garantia do princípio da informação e da transparência no licenciamento ambiental, determina o IBAMA e a Norte Energia S/A, obrigação de tornar público e acessível em sistema de informação na internet:

a) todas as reuniões realizadas entre a Norte Energia S/A, seus prepostos ou equipes contratadas pessoas físicas ou jurídicas e o IBAMA as quais deverão ser gravadas ou, em caso de possibilidade técnica comprovada registradas em atas descritivas dos temas discutidos dos argumentos apresentados e das conclusões eventualmente obtidas;

b) os relatórios de monitoramento ambiental e os referentes à implementação das medidas previstas no licenciamento como medidas mitigadoras ou compensatórias.

10. Determino, ainda, com fulcro na Convenção 169 da OIT, realização pelo IBAMA de Consultas Prévias Livres e Informadas junto aos povos indígenas e tradicionais da Volta Grande do Xingu de maneira culturalmente apropriada para a definição do hidrograma se aplicado ao Trecho de Vazão Reduzida, inclusive quanto a eventuais cenários de teste, bem como fixação de medidas preventivas mitigadoras ou compensatórias que se vem adotar;

11. Quanto às obrigações assumidas no Termo de Compromisso Ambiental (TCA n. 3/2021-GABIN), determino:

a) à Norte Energia S/A que, a despeito da não aplicação do Hidrograma B no ano de 2021, promova a implementação integral das medidas previstas no Termo de Compromisso Ambiental, em especial no que se refere aos prazos para apresentação dos Estudos Complementares, bem como as obrigações já decorrentes das licenças ambientais e do Plano Básico Ambiental, concebidos como ações complementares à implementação de um hidrograma ecológico artificial;

b) à Norte Energia S/A que se abstenha de implementar o projeto Experimental de Biotecnologia Aplicada à reprodução de peixes Nativos na Volta Grande do Xingu, até que sejam apresentados dados que demonstrem sua base técnica e a ausência de risco ambiental associado a esse tipo de cultivo artificial, os quais deverão ser objeto de consulta prévia, livre e informada às comunidades indígenas e ribeirinhas moradoras do Trecho de Vazão Reduzida;

c) A manutenção integral das garantias oferecidas pela Norte Energia S/A em decorrência do Termo de Compromisso Ambiental - TCA n. 3/2021-GABIN.

Em caso de descumprimento das medidas acima impostas aos réus, com exceção do item 1 supra, fixo o pagamento de multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por dia de atraso.

Examinando o pedido de antecipação de tutela recursal formulado nestes autos, pronunciei-me nestes termos:

“(…)

Registre-se, inicialmente, que o pleito veiculado pela recorrente, alusivo à desistência do pedido de concessão de efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento, encontra-se prejudicado, diante da decisão por mim pleiteada, nesta data, nos autos do AI nº **1029364-97.2021.4.01.0000, interposto pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais – IBAMA, impugnando a mesma decisão aqui agravada, com estas letras:**

“(…)

Quanto ao mais, não obstante os fundamentos deduzidos pela recorrente, não vejo presentes, na espécie, os pressupostos do art. 1.019, I, do CPC, a autorizar a concessão da almejada antecipação de tutela recursal, na medida em que não conseguem infirmar as lucidas razões em que se amparou a decisão agravada, notadamente em face do seu caráter nitidamente precautivo e, por isso, compatível com a tutela cautelar do agravo, manifestada nas letras e na inteligência do referido dispositivo legal, afinando-se, assim, com a orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito deste egrégio tribunal, no sentido de que “a tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, com direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, caput), já instrumentalizada, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a consequente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada). No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais, o texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231, e §§), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e comunidades indígenas, bem como habilita-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Ria +20)” e de que “nos termos do art. 231, §3, da Constituição Federal, “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivadas com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”, em harmonia com o disposto no artigo 6º, item, 1, alíneas a e b, da Convenção nº 169 da OIT”. (AG 0076857-68.2013.4.01.0000/MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF p. 388 de 13/06/2014) e de que “em se tratando, pois, de suposta emissão irregular de autorização de licença ambiental, expedida, tão-somente, pelo órgão ambiental municipal, como no caso, afigura-se legítima a atuação do IBAMA, na condição de responsável pela ação fiscalizadora decorrente de lei, a fim de coibir abusos e danos no meio ambiente,

pois é da competência gerencial-executiva e comum da União, Estados, do Distrito Federal e dos municípios proteger as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, as paisagens naturais notáveis, os sítios arqueológicos e o meio ambiente e, ainda, preservar as florestas, a fauna e flora (CF, art. 23, incisos II, IV e VII). Nessa linha de determinação, a Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011, que fixa normas para cooperação entre a União, 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 a poluição em qualquer de suas formas e a preservação, da fauna e da flora, não revogou o inciso III do parágrafo 1º do art. 19 do Código Florestal, no sentido de que “nos empreendimentos potencialmente causadores de impacto ambiental nacional ou regional, definidos em resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA”, como no caso, a competência para respectivo licenciamento é do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA”. (AMS 0004662-08.2006.4.01.3500/GO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.1466 de 21/08/2015).

*Assim posta a questão, não restam dúvidas acerca dos impactos que o empreendimento descrito nos autos irão causar, ou já estão causando, às comunidades indígenas em referência, a reclamar a observância da regra do § 3º do art. 231 da Constituição Federal, na determinação de **que “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra de riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivadas com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”** – grifei.*

*Nessa linha de inteligência, trago à baila recente precedente jurisprudencial deste egrégio Tribunal, **in verbis**:*

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA. UHE TELES PIRES. LICENÇA DE INSTALAÇÃO. AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL E AUDIÊNCIA PRÉVIA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS AFETADAS. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO À NORMA DO §3, DO ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EIA/RIMA VICIADO E NULO DE PLENO DIREITO. AGRESSÃO AOS PRINCÍPIOS DE ORDEM PÚBLICA DA IMPESSOALIDADE DA MORALIDADE AMBIENTAL (CF, ART. 37, CAPUT). ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. CONCESSÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 2º DA LEI Nº 8437/92 E AO ART. 63 DA LEI Nº 6001/73. NÃO OCORRÊNCIA. CONTROLE JUDICIAL DO ATO IMPUGNADO EM SEDE DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA E DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE. DA EXISTÊNCIA RECURSAL. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E DIFUSOS. INDEFERIMENTO. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. EMPREENDIMENTO HIDRELÉTRICO DE ABRANGÊNCIA REGIONAL. PRELIMINARES DE LUDICIDADE PROCESSUAL POR AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO E DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. REJEIÇÃO.

(...)

IX - Na ótica vigilância da Suprema corte, “a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de ídolo meramente econômica, ainda mais se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a regi, está subordinada, entre outros princípios gerais, aquele que privilegia a defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI) que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural viva primeiro ambiente cultural, meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral (...) o princípio do desenvolvimento sustentável além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, enquanto suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia subordinada no entanto a invocação deste postulado quando ocorrentes situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável a cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais dos pontos o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da geração idade das pessoas, assim reduz guardado em favor das presentes e futuras gerações (ADI-MC nº 3540/DF – Rel. Min. Celso de Mello - DJU de 03/02/2006). Nessa visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza Vila dos direitos humanos universais, com abrangência dos direitos fundamentais à dignidade à cultura dos povos indígenas vivo na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, uma perspectiva intergeracional, bom eu promulgo se a Carta Ambiental da França (02.03.2005), estabelecendo que o futuro é a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e por isso o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo só preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, após a diversidade biológica, desenvolvimento da pessoa humana e o Progresso das sociedades estão sendo afetadas por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a ser exigido às autoridades públicas aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável.

X - A tutela constitucional, que impõe ao poder público e a toda a coletividade o dever de defender e preservar para as presentes e futuras gerações, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso fundamental feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, caput), já instrumentaliza, em seus comandos normativos o princípio da precaução quando houver dúvidas sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, tomasse a decisão mais conservadora evitando-se a ação e a consequente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade pode ser danosa, ela deve ser evitada). No caso concreto impõem se Como maior rigor a observância desse princípio para por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também são aguardar a proteção da Posse de uso de terras indígenas com suas crenças e tradições culturais, aos quais o texto constitucional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na linha determinante de que os estados devem reconhecer apoiar de forma apropriada a identidade da cultura e interesses de sua população e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da Eco-92, reafirmado na Rio +20).

XI - Nos termos do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser ativadas com autorização do Congresso Nacional ouvidas as comunidades afetadas ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”.

XII - Na hipótese dos autos a localização da UHE Teles Pires encontra-se inserida na Amazônia legal (municípios de Paranaíta-MT, Alta Floresta-MT e Jacareacanga -PA) e sua instalação causará interferência direta no mínimo existência se ao ecológico das comunidades indígenas Kayabi, Mundurukú e Apiaká, com reflexos negativos irreversíveis para a sua sadia qualidade de vida e patrimônio cultural em suas terras imemorais e tradicionalmente ocupadas em pondo-se assim a prévia autorização do Congresso Nacional, com audiência dessas comunidades, nos termos do relatório referido dispositivo constitucional, sob pena de nulidade da licença de instalação autorizada nesse contexto de regularidade procedimental (CF, art, 231, §6º).

XIII - De ver-se ainda, que, na hipótese dos autos, EIA/RIMA da Usina Hidrelétrica Teles Pires foi elaborado pela empresa pública federal - EPE vinculado ao Ministério das Minas e Energia com capital social e patrimônio integralizado pela União (Lei nº 10847, de 15/03/2004, arts. 1º e 3º) totalmente comprometida com a realização do Programa de Aceleração Econômica – PAC do Poder público federal, que é o empreendedor ou proponente o executor desse projeto elétrico, licenciado pelo Ministério do Meio Ambiente, através do IBAMA, como órgão de administração indireta do próprio Governo Federal. Desse contexto, licenciamento ambiental das usinas hidrelétricas situadas na bacia hidrográfica do Rio Teles Pires, na região amazônica é totalmente viciado e nulo de pleno direito, por agredir os princípios constitucionais de ordem pública, da impessoalidade e da moralidade ambiental (CF, art. 37, caput).

XIV - Agravo de instrumento desprovido para restabelecer a eficácia plena da decisão, na decorrência da dimensão do artigo 512 do CPC.

(AG 0018341-89.2012.4.01.0000/MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, eDJI p. 823 DE 10/08/2012).

Por sua vez, estabelece o § 1º do referido art. 231 da Carta Magna que “são tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.

Ao analisar as sociedades indígenas no Brasil e seus sistemas simbólicos de representação, **Carvalho Dantas** observa que “as condições da possibilidade de diálogo entre as sociedades indígenas e o estado brasileiro é um tema que ocupa na atualidade grande espaço de discussão e reflexão. Para Oliveira ancorado na ética da libertação de Enrique Dussel, essa possibilidade somente efetiva a partir da institucionaliza som de uma nova normatividade discursiva “capaz de substituir o discurso hegemônico exercitado pelo pólo dominante do sistema interétnico”.

O discurso dominante um discurso universalista e competente que exclui as sociedades indígenas ao longo da história e dolorido ideologizou e naturalizou as diferenças culturais ora como bárbaras de selvagens românticas e folclóricas, mas sempre e principalmente como óbices à integração unificação e desenvolvimento do estado. Os povos indígenas compõem o mosaico social e cultural brasileiro como sociedades culturalmente diferenciadas da nacional hegemônica. A diversidade sociocultural que esses povos configuram, ocultada no longo processo de colonização de construção do Estado Nacional vivo teve no direito positivado vivo um dos mais poderosos mecanismos de exclusão que, sendo fundamento da política indigenista levada a cabo o primeiro pela coroa portuguesa e, em seguida, pelo Estado brasileiro promoveram genocídio e genocídios dos responsáveis pela população e pelo desaparecimento de numerosas culturas de povos indígenas.

A apreensão parcial que o direito positivado faz da realidade social por meio de mecanismos de poder que valoram e privilegiam uma determinada forma de vida e práticas sociais como boas, com a conseqüente juridicidade amparada pelo estado, institucionalizou, ao longo da história do direito no Brasil a exclusão do espaço jurídico-político nacional das pessoas indígenas e sua sociedade sua vida zero, seus valores e suas formas diferenciadas de construção social da realidade.

Nesse sentido, os colonizadores portugueses desconsideraram a existência de povos autóctones, com organizações sociais e domínio territorial altamente diversificado e complexo negando aos seus membros a qualidade de pessoas humanas ou de humanidade viável, motivo pelo qual justificavam a invasão e tomada violenta do território a escravização as guerras massacres e o ocultamento jurídico.

O direito colonial e posteriormente o nacional seguiram o mesmo caminho a formulação jurídica Moderna do conceito de pessoa enquanto sujeito de direito fundado nos princípios liberais da igualdade Liberdade que configura o individualismo, modelo adotado pela cidade estatal Brasileira estampado no Código Civil de 1916, gerou o sujeito abstrato descontextualizado individual e formalmente igual e classificou as pessoas indígenas, não como sujeitos diferenciados, mas, diminutiva amente entre as pessoas de relativa incapacidade, pessoas em transição da barbárie à civilização. Essa depreciação justificava a tutela especial exercida pelo estado, os processos e ações públicas voltadas para a integração dos índios à comunhão nacional, o que equivale dizer, transformar os índios e não índios.

Com a promulgação da Constituição de 1988 reconhecendo expressamente as diferenças étnico culturais que as pessoas indígenas e suas sociedades configuram, pelos reconhecimentos dos índios sua organização social, usos costumes, tradições, direito ao território capacidade postulatória. Um novo tempo, não mais marcado pela exclusão jurídica e sim, pela inclusão constitucional das pessoas de povos indígenas em suas diferenças, valores realidades e práticas sociais, como permanentes e florais possibilidades instituintes.

Evidentemente, o reconhecimento constitucional dos índios e suas organizações sociais em modo relacionado configura um, no âmbito do direito, o novo sujeito indígena, diferenciado contextualizado, concreto, coletivo, ou seja, sujeito em

relação com suas múltiplas realidades socioculturais o que permite expressar a igualdade a partir da diferença.

O marco legal desse reconhecimento, em razão da dificuldade de espelhar exaustivamente a grandiosa complexidade diversidade que as sociedades indígenas representam, está aberto para a confluência das diferentes e permanentemente atualizadas maneiras indígenas de conceber a vida com seus costumes línguas, crenças e tradições, aliada sempre ao domínio coletivo de um espaço territorial.

O novo paradigma constitucional do sujeito diferenciado indígena e suas sociedades inserem se conflituosamente, tanto no âmbito interno dos estados nacionais quanto em nível mais amplo no contexto atual dos estados imobilizado confrontando se com a ideologia homogeneizante da globalização, que não reconhece realidades e valores diferenciados pois preconiza o pensamento e sentido único para o destino da humanidade, voltados para o mercado.

Entretanto, as lutas de resistência contra esse processo aponta para novos caminhos de regulação e emancipação ver 2 dizendo com formação de plurais e multiculturais para os estados da especificamente mudanças nas constituições, situadas atualmente em perspectivas com o direito Internacional dos direitos humanos.

*Assim sendo, os direitos constitucionais indígenas devem ser interpretados em reunião com os princípios fundamentais do estado brasileiro que valorizam e buscam promover a vida humana sem nenhuma distinção, aliados aos direitos fundamentais e com o conjunto integrado e indivisível dos direitos humanos civis políticos sociais econômicos e culturais, bem assim, as convenções de documentos internacionais. (In **“Socioambientalismo: Uma realidade” - Do Universalismo de Confluência” a Garantia do Espaço para Construir a Vida.** Fernando Antônio Carvalho Dantas. Homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho. Obra coletiva. Editora Juruá. Curitiba (PR) 2007, pp. 98/101.*

*E nessa perspectiva, ao analisar os fundamentos jurídicos condicionais de um direito fundamental ao mínimo existencial socioambiental (ou ecológico) e a tutela integrada do ambiente dos direitos sociais como premissa do desenvolvimento sustentável, **Ingo Sarlet** considera que a vida é condição elementar para o exercício da dignidade humana embora não se limite aquela, uma vez que a dia unidade não se resume à questão de existenciais de natureza meramente biológica ou física, mas exige a proteção da existência humana de forma mais abrangentes (em temos físico, psico, social, cultural político, ecológico etc.). De tal sorte impõem se à conjugação dos direitos sociais e direitos ambientais para efeitos de identificação dos patamares necessários de tutela da dignidade humana no sentido do reconhecimento de um direito garantia do mínimo existencial socioambiental, precisamente pelo fato de tal direito abarcar o desenvolvimento de todo o potencial da vida humana até a sua própria sobrevivência como espécie, no sentido de uma proteção do homem contra a sua própria ação predatória. (In **“Direito Constitucional Ambiental”** RT. SP. 2ª Edição. 1012, pp. 116).*

*Nessa linha de raciocínio, apregoa **Patrick Ayala** que “um mínimo ecológico de existência tem a ver, portanto, com a proteção de uma zona existencial que deve ser mantida e reproduzida mínimo que não se encontra sujeito a iniciativas*

*revisora as próprias do exercício das prerrogativas democráticas conferidas à função legislativa. É nesse ponto que a construção de uma noção de mínimo existencial abre parentes (também para a dimensão ambiental) estabelece relações com o princípio da proibição de retrocesso para admitir também ali uma dimensão ecológica que deve ser protegida e garantida contra iniciativas retros excessivos que possam, em alguma medida, representar ameaça padrões ecológicos elementares de existência”. E conclui na inteligência de que neste contexto o cumpra o estado responder oportunamente e de forma suficiente pelo exercício de seu dever de proteção para o fim de assegurar uma produção reforçada aos alimentos naturais e a todas as formas de vida preponderantemente, por iniciativa de sua função legislativa através de escolhas ou decisões sobre as políticas públicas, de modo a permitir a proteção da pessoa humana, de sua dignidade, de todas as suas realidades existenciais, assegurando linhas a Liberdade de escolher e definir os rumos de sua própria existência “autodeterminação dá vontade e livre desenvolvimento de sua personalidade” (In: **Direito Fundamental ao Ambiente e a Proibição de Retrocesso nos Níveis de Proteção Ambiental na Constituição Brasileira - Patrick de Araújo Ayala. “O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL. Senado Federal controle a coletiva. Brasília DF, 2012. pp. 223 e 240/241).**”*

Na hipótese dos autos, além da ausência do competente EIA/RIMA, também não se vislumbra a autorização do Congresso Nacional, a que alude o referido dispositivo constitucional, tampouco, a audiência das comunidades afetadas, a ferir o núcleo essencial do princípio da proibição de retrocesso ambiental ou ecológico, à luz do que dispõe o artigo 231 e respectivos parágrafos 1º, 2º e 3º, da Carta Política Federal.

Ausentes, portanto, a autorização do Congresso Nacional e a audiência das comunidades afetadas, realizada por seu intermédio, afiguram-se nulas, em princípio, as concessões descritas na inicial.

Do simples cotejo dos dispositivos constitucionais em referência com os fatos narrados pelo ilustre representante do Parquet e confirmados pelos elementos carreados para os presentes autos, verificam-se a flagrante violação aos direitos indígenas, no particular.

*Nesta linha de determinação, as medidas pretendidas pelo Douto Ministério Público Federal encontram-se em sintonia com a tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividades o dever de defender e preservar, para as presentes, e futuras gerações, um meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, com o direito difuso fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, artigo 225, **caput**), que já, instrumentaliza em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvidas sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente o vigor torna-se a decisão mais conservadora evitando-se ação) e conseqüentemente prevenção pois uma vez que se possa prever que a uma certa atividade possa ser danosa, pode ser evitada, exigindo-se, 100, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de nativos degradação do meio ambiente estudo prévio de impacto ambiental a que se dará publicidade CF, artigo 225, §1º, IV).*

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente no Brasil (Lei nº 6978, de 31/08/81) inseriu como objetivos essenciais dessa política pública “a compatibilidade do desenvolvimento econômico e social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico” a “prevenção e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida” (art. 4º, §incisos I e IV).

Em dimensão histórica, a imposição de medidas de precaução já foram recomendadas em junho de 1972, pela Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano com a advertência de que “atingiu-se um ponto da história em que devemos moldar nossas ações no mundo inteiro com a maior prudência, em atenção às suas consequências a mentais e, ainda, encontra abrigo a na declaração do Rio de Janeiro, decorrente da conferência das Nações Unidas para o meio ambiente e o desenvolvimento realizada em 1992, que, nas letras de seu princípio 15, se proclamou: “De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser ampla mente observado pelos estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

Nessa inteligência o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ação nº 3 3.884/RR, através da relatoria do eminente ministro Carlos Britto, já decidiu que o desenvolvimento que se fizessem a contra senhor contra os índios ali onde eles se encontram instalados por modo tradicional, data da Constituição de 1988, diz respeito ao objetivo fundamental do inciso II do artigo 3º da Constituição federal, assecuratório de um tipo de desenvolvimento nacional, tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado de modo a incorporada à realidade vista pois as terras inalienáveis dos índios merecem a proteção constitucional não só no que tange o aspecto fundiário, mas também no que se refere às suas culturas vírgulas aos seus costumes e às suas tradições.

Outra séria questão é a agressão de efeitos irreversíveis que causará esse gigantesco empreendimento ao rico cenário da biodiversidade amazônica, com a instalação desse projeto, sem as comportas da precaução, como resulta da seleção os elementos carreados para os autos.

Observa se, por oportuno, que o Brasil e todos os brasileiros estamos vinculados aos termos da convenção da biodiversidade biológica, assinada em 5/07/1992 e ratificada pelo Decreto 2.519, de 03/03/98, e que registra em seu preâmbulo: observando, também, que quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essas ameaças.

Por último, considere se o passivo ambiental, que resultará do desmatamento de florestas nativas, na região amazônica, para implementar se o descomunal projeto de instalação de inúmeras hidrelétricas, agredindo as recomendações constantes dos acordos de Copenhague - Dinamarca (COP 15) e de Cancún - México (COP 16) sobre reduzir se as emissões produzidas pelo desmatamento e degradação das florestas promovendo se o manejo Florestal sustentável, a conservação e o aumento dos estoques de carbono (REDD – plus).

Relembre-se, por oportuno, que a Constituição da República federativa do Brasil estabelece, como princípio fundante e dirigente da tutela constitucional do meio ambiente sadio, a proibição do retrocesso ecológico, a exigir, com prioridade, do poder público, o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações.

O Brasil, com a mais ampla zona costeira em dimensão continental, pode e deve explorar suas Fontes alternativas de energia limpa através de tecnologia avançada inteligente aproveitando o seu imenso potencial de energia eólica, solar e do fluxo e refluxo perene da plataforma marinha maré matriz em substituição ao projeto irracional das termoelétricas e hidrelétricas faraônica, arrasadoras de florestas nativas bem assim de poluidoras usinas nucleares, a compor um doloroso passivo ambiental de energia suja, com graves consequências para o equilíbrio climático e à sadia qualidade de vida do planeta.

*Nesse contexto de desafios das metas de desenvolvimento para todos os seres vivos, nesse novo milênio, na perspectiva da conferência das Nações Unidas - Rio +20, a tutela judicial inibitória do risco ambiental, que deve ser praticado pelo poder judiciário republicano, como instrumento de eficácia dos **princípios da precaução, da prevenção e da proibição do retrocesso ecológico**, como no caso em exame, no controle judicial de políticas públicas do meio ambiente, garantir inclusive o mínimo existencial ecológico dos povos indígenas atingidos diretamente em seu patrimônio de natureza material e imaterial pelo programa de aceleração econômica do poder executivo federal, há de resultar, assim, dos comandos normativos dos art. 3º, inciso I a IV e 5º, **caput**, incisos XXXV e LXXVIII e respectivo parágrafo 2º, c/c os arts. 170, inciso I a IX e 225, **caput**, da Constituição da República Federativa do Brasil, em decorrência dos tratados e convenções internacionais nesse sentido visando garantir a inviolabilidade do direito fundamental à sadia qualidade de vida, bem assim a defesa preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, em busca do desenvolvimento sustentável para as presentes e futuras gerações.*

De ver-se ainda, conforme bem pontuou o juízo monocrático, que o indispensável procedimento de consulta previa, livre e informada das comunidades indígenas e tradicionais ocupantes da área descrita nos autos haverá de se operar mediante a estipulação de um Plano de Consulta respeitando regras, protocolos e procedimentos apropriados, a serem definidos pelas próprias comunidades consultadas, nos termos do art. 6º, itens 1 e 2, da sobredita Convenção OIT nº 169, que assim dispõem:

Artigo 6º

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

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

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou

organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

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

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

Tais medidas segundo noticiam os elementos carreados para os presentes autos, não teriam sido adotados para fins de definição do sobredito Hidrograma de Consenso, a desautorizar a suspensão da decisão agravada, também sob esse viés.

*De ver-se, ainda, que também não merecem respaldo as alegações de que o referido **decisum** estaria a contribuir para a noticiada crise hídrica e de escassez de recursos energéticos, as quais, além de decorrerem, em princípio, de omissões de ordem governamental, não podem servir de suporte para descumprimento do ordenamento jurídico estabelecido em nosso país.*

*Com estas considerações, **indefiro** o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na Inicial”*

Como visto, higidez da decisão agravada já fora confirmada por este egrégio Tribunal, ainda que em sede provisória, nos autos do referido agravo de instrumento, restando, assim, prejudicado o pedido de concessão de efeito suspensivo formulado na inicial.

Conforme já assinalado na decisão em referência, não prosperam as alegação deduzidas pela requerente, na medida em que não conseguem infirmar as razões em que se amparou a decisão agravada, que examinou, e decidiu, com indelegável acerto, o pedido de tutela de urgência formulado nos autos de origem, rechaçando, uma a uma, as alegações lançadas pela recorrente, e, também, por se afinar coma orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito deste egrégio Tribunal, no sentido de que “*a tutela constitucional, que impõem ao poder público e a toda a coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, um meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, com o direito difuso fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, artigo 225, **caput**), que já instrumentaliza em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvidas sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente o vigor torna-se a decisão mais conservadora evitando-se ação) e conseqüentemente prevenção pois uma vez que se possa prever que a uma certa atividade possa ser danosa, pode ser evitada, exigindo-se, 100, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de nativos degradação do meio ambiente estudo prévio de impacto ambiental a que se dará publicidade CF, artigo 225, §1º, IV). No caso concreto impõem se Como maior rigor a observância desse princípio para por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também são aguardar a proteção da Posse de uso de terras indígenas com suas crenças e tradições culturais, aos quais o texto constitucional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na linha determinante de que os estados devem reconhecer apoiar de forma apropriada a identidade da cultura e interesses de sua população e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção*

do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da Eco-92, reafirmado na Rio +20)” e de que “ termos do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser ativadas com autorização do Congresso Nacional ouvidas as comunidades afetadas ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”, em harmonia com o disposto nos artigos 6º, item 1, alíneas a e b, da Convenção 169 da OIT”. (AG 0018341-89.2012.4.01.0000/MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, eDJI p. 823 DE 10/08/2012).

Na hipótese dos autos, conforme bem destacada pelo juízo monocrático, “a medida adotada pelo Presidente do IBAMA configura ato administrativo viciado padecendo de grave vício de fundamentação técnica afastando a postura precaucionaria do órgão vi expondo a Volta Grande à situação de não retorno face aos riscos de perdas definitivas ao ecossistema da região decorrente de possível cultura permanente da conectividade entre sistemas e Rio, isto sem a empreendedora tenha demonstrado a viabilidade técnica da ação que pretende implementar”.

Assim posta a questão, não restam dúvidas acerca dos impactos que o empreendimento descrito nos autos vem causando ao meio ambiente e às comunidades indígenas em referência, a reclamar a observância da regra do §3º do art. 231, da Constituição Federal, na determinação de que **“o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra de riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivadas com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas,** ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”, e na Convenção 169 da OIT, na determinação de que:

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

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

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

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

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

Registre-se, por oportuno, que, em casos assim, a consulta previa, livre e informada das referidas comunidades indígenas haverá de ser realizar “cada vez que previstas medidas administrativas” suscetíveis de afetar povos indígenas e tribais, sendo de se destacar lucidas anotações lançadas pelo Douto Ministério Público Federal, em caso similar, **in verbis**:

“(…)

3.3. Da autonomia da consulta prévia face a outros instrumentos participativos

25. A causa de pedir defensiva, data vênia, assenta-se em uma atecnia jurídica: a consulta prévia, livre e informada, prevista na Convenção n.º 169/OIT não se confunde com a participação via conselhos; associações e audiências públicas.

26. Aliás, a consulta prévia foi concebida como alternativa a estes instrumentos de participação, que historicamente não garantiram participação direta, efetiva e culturalmente adequada aos povos indígenas e comunidades tradicionais.

27. Neste sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos aponta que os instrumentos do direito ambiental geral, como audiências públicas, são suficientes para acomodar os requisitos da consulta prévia, concebida como um mecanismo especial de garantia de direitos e interesses dos povos indígenas e tribais.

299. La ausencia de directrices jurídicas claras para el procedimiento de consulta supone, en la práctica, un serio obstáculo para el cumplimiento del deber estatal de consulta. En ausencia de un marco jurídico sobre esta obligación, algunos Estados Miembros de la OEA han recurrido a la aplicación del derecho ambiental general, que frecuentemente incorpora requisitos de información y audiencias públicas para permitir la participación local en relación con los proyectos de inversión y desarrollo, generalmente en la fase de elaboración de los estudios de impacto social y ambiental. Sin embargo, a la luz de los estándares interamericanos de derechos humanos, los mecanismos de este tipo son usualmente insuficientes para acomodar los requisitos de la consulta a los pueblos indígenas, concebida como un mecanismo especial de garantía de sus derechos e intereses de conformidad con los criterios establecidos por los órganos del Sistema en aplicación de los estándares internacionales. (COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas e jurisprudência des Sistema Interamericano de Derechos Humanos).

28. Vejamos.

3.3.1 Da previsão legal

29. O direito a consulta prévia, livre e informada ingressou no ordenamento jurídico brasileiro a partir da ratificação da Convenção n.º 169/OIT em 20 de junho de 2002 (Decreto Legislativo n.º 143/2002), tendo entrado em vigor em 25 de julho de 2003 (Decreto Executivo n.º 5.051/2004).

30. Na condição de tratado internacional de direitos humanos, a Convenção n.º 169/OIT possui status de normativo supralegal (RE 349703, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, 03/12/2008), nos termos da jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário n.º

466.343/SP), significando dizer não apenas que toda medida legislativa infraconstitucional deverá estar em conformidade com suas disposições, mas que se constitui como vetor interpretativo das próprias normas constitucionais.

31. Também implica que seus direitos possuem aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, §1 da Constituição Federal, independentemente de qualquer regulamentação. Nesse sentido, jurisprudência uníssona do E. TRF1 e do próprio STF.

32. A Convenção n.º 169/OIT prevê o direito a consulta em seu artigo 6º:

Artigo 6º. 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

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

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

33. Enquanto o direito à consulta prévia está previsto na Convenção n.º 169/OIT, os Conselhos, por sua vez, são instrumentos colegiados de gestão das Unidades de Conservação, com previsão legal no Sistema Nacional de Unidade de Conservação (Lei n.º 9985/2000, artigo 18, § 2º).

(...)

3.3.4. Do caráter culturalmente apropriado

44. É no caráter culturalmente adequado que reside a principal singularidade do direito à consulta prévia.

45. A consulta busca superar formas participativas em que o Estado exige aos povos indígenas e tradicionais a indicação de um representante ou uma associação legalmente constituída, a fim centralizar a participação nestas estruturas, o que refoge absolutamente a organização sociopolítica dos grupos étnicos, bem como aos seus métodos tradicionais de tomada coletiva de decisão.

46. A Convenção n.º 169/OIT esclarece que ela deve ser levada a cabo “mediante procedimentos apropriados” e “segundo as instituições representativas do povo indígena ou tribal”.

47. No caso *Saramaka vs. Suriname*, a Corte IDH esclareceu que os governos precisam garantir o caráter “culturalmente apropriado” das condutas, de acordo “com os costumes e tradições” dos grupos consultados (CORTE IDH, *Caso Saramaka vs. Suriname*, 2007, p. 42-43), sobretudo no que diz respeito aos seus métodos tradicionais de tomada de decisão:

165. Es decir, está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados

cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Tales procesos deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados. (CORTE IDH, 2012, Caso Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, p. 49).

48. Nesse sentido, cabe aos próprios grupos a decisão sobre como se farão representar, jamais ao Estado:

18. La Corte omitió deliberadamente em la Sentencia cualquier consideracion em relacion com quien debe ser consultado. Al declarar que la consulta s debe realizar “de conformidad com sus costumbres y tradiciones”, la Corte reconocio que es el Pueblo Saramaka, y no e Estado, quien debe decidir sobre quien o quienes representaran al Pueblo Saramaka em cada processo de consulta ordenado por el Tribunal. (CORTE IDH, Caso Saramaka vs. Suriname [Interpretacion de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas], 2008).

49. Ser culturalmente apropriada significa que a consulta deve respeitar os métodos tradicionais de tomada de decisão do grupo consultado, sua temporalidade, sua organização política, dentre outros aspectos socioculturais.

50. A consulta é realizada no território e dirige-se ao povo como um todo, contemplado os mais diversos segmentos. Possui caráter coletivo e a deliberação é realizada de acordo com os métodos de tomada de decisão.

51. Portanto, trata-se de um absoluto equívoco jurídico afirmar que a anuência associativa ou a discussão no âmbito de conselhos administrativos configura realização do direito a consulta prévia, mesmo porque este instituto foi concebido como contraponto às formas individualizadas e burocráticas de participação dos grupos étnicos que prevaleciam até então, e que não raro resultam em centralização, cooptação e conflitos internos.

52. Apenas para ilustrar o quanto a representação nestes institutos jurídicos é radicalmente distinta, citamos o Protocolo de Consulta do Povo Tupinambá, maior povo indígena que ocupa tradicionalmente a Reserva Indígena-Arapiuns:

Quem nos representa no processo de consulta?

As decisões só podem ser tomadas por nós, em consenso. Conselho Indígena Tupinambá do baixo Tapajós (CITUPI), é a entidade que criamos para nos representar jurídica e politicamente em diversos assuntos, inclusive durante o processo de consulta prévia. Cabe ao conselho ouvir a proposta apresentada pelo governo e repassar às aldeias, que tomarão as decisões. Fazem parte do conselho os caciques, tuchawas, pajés, parteiras e benzendeiras das aldeias. Nossas lideranças são pessoas que oram escolhidas em processo coletivo para garantir melhorias para todos. As lideranças devem estar sempre informando o nosso povo. Além do nosso Conselho, reconhecemos a

atuação do Conselho Indígena Tapajós Arapiuns (CITA) como uma entidade de representação política. Deve haver a representatividade de todas as aldeias do território durante as consultas. Só será considerada uma consulta prévia, livre e informada quando a nossa representatividade for respeitada.

53. Sobre os Protocolos de Consulta, Biviany Rojas Garzon, Erika Yamada e Rodrigo Oliveira expõem:

“[...] alguns sujeitos coletivos vêm construindo seus Protocolos próprios de Consulta Prévia. São documentos nos quais os povos “regulamentam” a consulta de maneira específica, de acordo com seus usos, costumes e tradições. Nesses protocolos, povos indígenas, comunidades quilombolas, povos e comunidades tradicionais expõem ao governo como estão organizados politicamente, como se fazem representar, quem fala em nome deles, como esperam que as informações sejam repassadas e como tomam decisões autônomas levando em consideração a coletividade (ROJAS GARZON; YAMADA; OLIVEIRA. O direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, 2016, op.cit., p. 38).

54. A respeito, o E. TRF1, no caso do Projeto Volta Grande – Mineração de Ouro, decidiu de forma unanime pela necessidade de que a consulta prévia seja realizada “em conformidade com o protocolo de consulta respectivo, se houver, em atenção ao que dispõe a Convenção n.º 169 da OIT”. (TRF1, Sexta Turma, Acórdão na Ação Civil Pública n.º 0002505-70.2013.4.01.3903/PA, Relator Des. Federal Jirair Aram Meguerian, 2017)”.

Com estas considerações finais, nego provimento ao presente agravo de instrumento, restando mantida a decisão agravada, em todos os seus termos.

Comunique-se ao juízo monocrático, na dimensão eficaz do art. 1008 do CPC vigente.

Este é meu voto.